

WYROK
z dnia 9 stycznia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8.01.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Węglokoks” S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice (lider konsorcjum), „INTERkrąż” sp. z o.o., Poręba Górna 87, 32-340 Wolbrom oraz Krzysztof śyła, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „PPH INTERkrąż Krzysztof śyła”, Poręba Górna 87, 32-340 Wolbrom** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** protestu z dnia 26.11.2008 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert w części I i II postępowania o udzielenie zamówienia,

2. kosztami postępowania obciąża Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice
i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Węglokoks” S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice (lider konsorcjum), „INTERkrąż” sp. z o.o., Poręba Górna 87, 32-340 Wolbrom oraz Krzysztof śyła, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „PPH INTERkrąż Krzysztof śyła”, Poręba Górna 87, 32-340 Wolbrom,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 7 624 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy sześćset dwadzieścia cztery złote zero groszy) przez **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Węglokoks” S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice (lider konsorcjum), „INTERkrąż” sp. z o.o., Poręba Górna 87, 32-340 Wolbrom oraz Krzysztof śyła, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „PPH INTERkrąż Krzysztof śyła”, Poręba Górna 87, 32-340 Wolbrom** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz zastępstwa prawnego,
 - 3) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie S.A., ubiegających zamówienia: „Węglokoks” ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice (lider konsorcjum), „INTERkrąż” sp. z o.o., Poręba Górna 87, 32-340 Wolbrom oraz Krzysztof śyła, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „PPH INTERkrąż Krzysztof śyła”, Poręba Górna 87, 32-340 Wolbrom.**

Uzasadnienie

W dniu 19.07.2008 r., Katowicki Holding Węglowy S.A., (zwany dalej Zamawiającym),

ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Dostawa krążników do przenośników taśmowych do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2009 r." i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie

2

prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).
Wartość zamówienia oszacowano na 2 514 197,33 euro.

W dniu 21.11.2008 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za ofertę najkorzystniejszą w częściach nr I i II została uznana oferta złożona przez „MET-ROLL” Sp. z o.o.

W dniu 26.11.2008 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „Węgłokoks” S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice (lider konsorcjum), „INTERkrąż” sp. z o.o., Poręba Górna 87,32-340 Wolbrom oraz Krzysztof Śyła, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „PPH INTERkrąż Krzysztof Śyła”, Poręba Górna 87, 32-340 Wolbrom (dalej: Odwołujący) – złożyli protest.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w 10-dniowym terminie, co Odwołujący zgodnie z art. 183 ust. 3 Prawa zamówień publicznych uznał za jego oddalenie i w dniu 19.12.2008 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

1. Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia w części nr I i II niezgodnej z treścią SIWZ oferty złożonej przez Wykonawcę „MET-ROLL” Sp. z o.o., Łobzów 163, 32-340 Wolbrom, mimo iż Wykonawca ten nie złożył stosownych dokumentów technicznych: certyfikatu typu B, lub wyników badań dokonania oceny zgodności wyrobu.
2. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, wskutek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Odwołującego, wbrew wyraźnemu wymogowi punktu 2.3. Rozdziału II SIWZ nie załączono do oprotestowanej oferty Certyfikatu typu B, który uprawnia do oznaczania wyrobu znakiem bezpieczeństwa i dopuszcza do stosowania w przenośnikach taśmowych w podziemnych wyrobiskach i na powierzchni zakładów górniczych. Brak również wyników badań dokonania oceny zgodności tych wyrobów, których składanie na potwierdzenie spełniania warunków przedmiotowych Zamawiający alternatywnie dopuścił w punkcie 2.3 rozdziału II SIWZ. Zarzut ten dotyczy krążnika gładkiego $\varnothing 133xL$ - str. 54 oferty, krążnika gładkiego $\varnothing 159xL$ - str. 55 oferty, krążnika gładkiego $\varnothing 133xL$ spawanego - str. 49 oferty,

3

krążnika gładkiego $\varnothing 159xL$ spawanego - str. 52 oferty, krążnika gładkiego $\varnothing 159xL$ spawanego - str. 51 oferty oraz krążnika gładkiego $\varnothing 159xL$ spawanego - str. 50 oferty. Ponadto Odwołujący podniósł, że złożony przez oprotestowanego Wykonawcę Certyfikat nr B/13 76/2005 wraz z Aneks nr 1, który stracił ważność w dniu 18 października 2008 r. (str. 37, 38, 39 oferty), jak i Certyfikat nr B/864/II/2007 (str. 40 i 41 oferty) nie obejmują swą treścią krążników wymienionych powyżej.

Odwołujący podsumowując, wskazał, iż Zamawiający w SIWZ Rozdział II pkt 2 określił warunki przedmiotowe krążników oraz w ppkt 2.3 i 2.4 wymienił dokumenty, które wykonawca winien dołączyć do oferty na potwierdzenie spełniania tych warunków, a kompletu takich dokumentów brak w ofercie Wykonawcy „MET-ROLL” Sp. z o.o. Oznacza to bądź, że Wykonawca zamierza oferować Zamawiającemu produkty wykonane niezgodnie z załączoną do oferty dokumentacją techniczną bądź, że dołączona do oferty dokumentacja nie odpowiada wymogom SIWZ. W każdym z tych przypadków zachodzi

niezgodność treści oprotowanej oferty z treścią SIWZ, co w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych powoduje konieczność jej odrzucenia.
W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o powtórzenie badania i oceny ofert.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez Zamawiającego w dwóch częściach – część I obejmuje dostawę krążników gładkich, część II – dostawę krążników gładkich i pierścieniowych.
2. Zgodnie z SIWZ, krążniki będące przedmiotem zamówienia, muszą spełniać przepisy prawne i wymogi dotyczące wprowadzenia do obrotu i wymagania bezpiecznego stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, gdzie może wystąpić zagrożenie wybuchem metanu i pyłu węglowego. Zamawiający w Rozdziale II, pkt 2.3 SIWZ określił, iż na potwierdzenie spełnienia ww. wymogów, producent lub jego upoważniony przedstawiciel winien przedstawić m.in. :
 - a) Certyfikat zgodności lub
 - b) Certyfikat uprawniający do oznaczania wyrobu(ów) znakiem bezpieczeństwa B lub
 - c) Wyniki badań dokonania oceny zgodności wyrobu(ów) (w rozumieniu Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002r. o systemie oceny zgodności (tekst pierwotny: Dz.U.2002r., Nr 166, poz. 1360, tekst jednolity: Dz. U. z 2004r., Nr 204, poz. 2087 z późn. zm.)

4

potwierdzające, że dany(e) wyrób(y) spełnia(ją) wymagania dokumentacji, odpowiednich norm lub innych przepisów oraz zapewnia(ją) bezpieczeństwo i higienę pracy pracowników zakładu górniczego, bezpieczeństwo powszechne i ochronę środowiska.

3. Otwarcie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbyło się 25.08.2008 r., Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej (w obu częściach postępowania) w dn. 21.11.2008 r.
4. „MET-ROLL” Sp. z o.o. złożył ofertę, w której zaoferował krążniki gładkie $\varnothing 133 \times L$ (str. 54 oferty), krążniki gładkie $\varnothing 159 \times L$ (str. 55 oferty), krążniki gładkie $\varnothing 133 \times L$ spawane (str. 49 oferty), krążniki gładkie $\varnothing 159 \times L$ spawane (str. 52 oferty), krążniki gładkie $\varnothing 159 \times L$ spawane (str. 51 oferty) oraz krążniki gładkie $\varnothing 159 \times L$ spawane – (str. 50 oferty). Na potwierdzenie, że oferowane krążniki spełniają wymagania Zamawiającego „MET-ROLL” Sp. z o.o. załączył do oferty Certyfikat nr B/1376/2005 wraz z Aneks nr 1 (str. 37, 38, 39 oferty) i Certyfikat nr B/864/II/2007 (str. 40 i 41 oferty).
5. Odwołujący stwierdził, że w ofercie „MET-ROLL” Sp. z o.o. nie złożono dokumentów, na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymogi Zamawiającego, ponieważ:
 - Certyfikat nr B/1376/2005 wraz z Aneks nr 1 był ważny tylko do dnia 18.10.2008 r.,
 - Certyfikat nr B/864/II/2007 nie obejmował wszystkich typów zaoferowanych krążników.
6. Na rozprawie Zamawiający przedłożył następujące dokumenty (w kopiach):
 - aneks nr 1 do Certyfikatu B/864/II/2007,
 - pismo „MET-ROLL” Sp. z o.o. z dn. 15.12.2008 r.,
 - pismo GIG z dn. 22.12.2008 r.
7. Ponadto Zamawiający udostępnił Izbie w całości oryginalną dokumentację postępowania; sporządzono wyciąg z oprotowanej oferty „MET-ROLL” Sp. z o.o. od strony 38 do strony 57, i kopię dołączono do akt sprawy.

Spór między Stronami nie dotyczył okoliczności, że wszystkie krążniki zaoferowane w ofercie, opisane za pomocą rysunków, powinny znaleźć swoje odbicie w certyfikatach złożonych wraz z ofertą; spór dotyczył jedynie dwóch aspektów złożonych w ofercie „MET-ROLL” Sp. z o.o. certyfikatów: utrata ważności oraz brak odniesień do wszystkich typów zaoferowanych krążników.

Na podstawie opisanych wyżej dokumentów i ustaleń, Izba zważyła, iż odwołanie

I. Rozpatrując zastrzeżenia Odwołującego odnoszące się do wygaśnięcia terminu, na jaki był wydany Certyfikat nr B/1376/2005 wraz z Aneksem nr 1 Izba stwierdziła, że zastrzeżenia te są nieuzasadnione. Potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, tak jak i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jest oceniane, co do zasady, na dzień składania ofert. Wyjątkiem od tej zasady był art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, w brzmieniu sprzed nowelizacji, która weszła w życie w dn. 24.10.2008 r., a więc już po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z którym Zamawiający, mógł wezwać do uzupełnienia dokumentów, a uzupełnienie to mogło poświadczać stan w dniu wyznaczonym przez Zamawiającego (a więc również w dniu po otwarciu ofert). Zamawiający wskazał na konieczność dołączenia aktualnych certyfikatów we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ (Rozdział V ust. 3 wzoru umowy, strona 32 SIWZ) wraz z pierwszą partią dostarczonych materiałów, co wprost wskazuje na okoliczność, że Zamawiający dopuszczał wygaśnięcie certyfikatu złożonego wraz z ofertą. Odwołujący na rozprawie potwierdził praktykę przedłużania ważności certyfikatów.

Zatem dla oceny, czy „MET-ROLL” Sp. z o.o. potwierdził, że oferowane przez niego krążniki spełniają wymogi Zamawiającego z Rozdziału II pkt. 2.1. SIWZ wystarczyło złożenie certyfikatu aktualnego w dniu otwarcia ofert, i bez znaczenia był fakt, że jego ważność wygasła w dn. 18.10.2008 r., a więc już po otwarciu ofert, a przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba przyznała słuszność argumentacji Zamawiającego, że pogląd przeciwny mógłby umożliwić Zamawiającemu manipulację postępowaniem – ponieważ mógłby on celowo czekać na expirację certyfikatów złożonych przez wykonawców, którzy mu „nie odpowiadają”.

II. Dla rozstrzygnięcia odwołania istotna okazała się analiza drugiego zastrzeżenia Odwołującego co do złożonych przez „MET-ROLL” Sp. z o.o. certyfikatów, a mianowicie ich zakres, tj. wątpliwość, czy złożone wraz z ofertą „MET-ROLL” Sp. z o.o. certyfikaty obejmują wszystkie typy krążników, zaoferowanych przez „MET-ROLL” Sp. z o.o., a opisane za pomocą rysunków przywołanych w odwołaniu. Analizując złożone dokumenty (sygnatury rysunków w ofercie „MET-ROLL” Sp. z o.o., dokumenty złożone przez „MET-ROLL” Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, oraz pismo „MET-ROLL” Sp. z o.o. z dn. 15.12.2008 r. i odpowiedź Głównego Instytutu Górniczego z dn. 22.12.2008 r.) oraz biorąc pod uwagę wszystkie złożone przez „MET-ROLL” Sp. z o.o. certyfikaty Izba uznała, że Odwołujący słusznie kwestionuje, iż w ofercie „MET-ROLL” Sp. z o.o. nie złożono certyfikatów, obejmujących wszystkie typy zaoferowanych krążników.

I tak, Izba stwierdziła, odnosząc się do każdego typu krążnika, wskazanego w odwołaniu:

1. Typy krążników, kwestionowane przez Odwołującego w pkt. II ppkt 1 i 2 odwołania (krążnik gładki $\varnothing$ 133xL Rys. LK-O1-170-000-01 -str. 54 oferty i krążnik gładki $\varnothing$ 159xL Rys.

LK-O1-160-000-01- str. 55 oferty, pkt. II.2 odwołania) posiadają ważny certyfikat zgodnie z aneksem nr 1 do Certyfikatu B/864/II/2007 (kopia złożona przez Zamawiającego na rozprawie w aktach sprawy), który Zamawiający otrzymał od „MET-ROLL” Sp. z o.o. w wyniku zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (wyraźnie przywołano w nim wskazane wyżej rysunki).

2. Typy krążników, kwestionowane przez Odwołującego w pkt. II ppkt 4-6 odwołania (krążnik gładki $\varnothing$ 159xL spawany, Rys. MR 01-06.00 a -str. 52 oferty; krążnik gładki 159xL spawany, Rys. MR 01-06.00 b -str. 51 oferty oraz krążnik gładki $\varnothing$ 159xL spawany, Rys. MR 01-06.00 c - str. 50 oferty) nie są objęte są załączonym do oferty Certyfikatem Nr B/864/II/2007 - wymieniono w nim tylko rysunek MR 01-06.00 bez dodatków literowych dla krążników $\varnothing$ 159xL.

Odwołujący na rozprawie wskazywał, że dodatki literowe po oznaczeniu rysunku oznaczają zmianę jednego z parametrów krążnika, co pociąga za sobą konieczność ponownego przebadania i wydania nowego certyfikatu (aneksu do istniejącego), natomiast Zamawiający twierdził, że zmiany te (na rysunkach w ofercie „MET-ROLL” Sp. z o.o. są na tyle nieistotne, że nie powodują obowiązku ponownego przebadania krążników.

Izba, oceniając „istotność” zmian wprowadzonych na rysunkach oznaczonych a, b i c dla krążników Ø 159xL oparła się na złożonym przez Zamawiającego piśmie Głównego Instytutu Górnicztwa z dn. 22.12.2008 r., w którym (w odpowiedzi na pytanie „MET-ROLL” Sp. z o.o. z dn. 15.12.2008 r.) stwierdzono, iż zmiany w krążnikach Ø 159xL nie wymagają dodatkowych badań „celem wydania aneksu”. Takie stwierdzenie nie jest tożsame, wbrew stanowisku Zamawiającego, z jednoznacznym oświadczeniem, że dokonane zmiany nie wymagają jednak potwierdzenia certyfikatem. GIG stwierdza jedynie, że do jego wydania (tj. wydania aneksu) nie są potrzebne dodatkowe badania.

W związku z powyższym Izba nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert w części I i II, ponieważ w zakresie krążników Ø 159xL Zamawiający nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego, czy przedłożone przez „MET-ROLL” Sp. z o.o. certyfikaty są wystarczające dla oceny, czy zaoferowane krążniki spełniają wymagania Zamawiającego. Przeświadczenie Zamawiającego w tym względzie winno być oparte na dokumentach, a nie na „praktyce”, na którą się powołuje.

3. Typy krążników, kwestionowane przez Odwołującego w pkt. II ppkt 3 odwołania (krążnik gładki Ø 133xL spawany, Rys. MR11-05.00a -str. 49 oferty), zgodnie z pismem GIG z dn. 22.11.2008 r. wymagają przebadania celem wydania aneksu do istniejącego certyfikatu. Zatem w przypadku tych krążników nie ma wątpliwości, że nie posiadają one ważnego certyfikatu.

7

W związku z powyższym Izba nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert w części II, ponieważ w zakresie krążników Ø 133xL Zamawiający powinien wezwać w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych „MET-ROLL” Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu (certyfikatu) potwierdzającego, że oferowane przez niego krążniki spełniają wymagania postawione w SIWZ.

Reasumując ustalenia (i konsekwencje z nich wynikające) opisane wyżej w punkcie II.2 i II.3 uzasadnienia, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, bowiem treść oprotetowanej oferty, na dzień dokonania przez Zamawiającego oceny ofert, była niezgodna z treścią SIWZ w tym sensie, iż nie potwierdzono za pomocą dokumentów składanych wraz z ofertą (certyfikatów), iż zaoferowane krążniki odpowiadają wymaganiom Zamawiającego.

Nie potwierdził się podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, którego podstawę Odwołujący upatrywał w nierównym traktowaniu wykonawców. Z czynności podjętych przez Zamawiającego także nie wynika, aby traktował on wykonawców w sposób zróżnicowany. Nierówne traktowanie wykonawców można byłoby stwierdzić wówczas, gdyby przy identycznych (bądź bardzo podobnych) stanach faktycznych dotyczących obu uczestników postępowania Zamawiający dokonał innych czynności, a taka sytuacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie miała miejsca. W dokonanej przez Zamawiającego (błędnej w ocenie Izby, a prawidłowej w ocenie Zamawiającego) analizie złożonych dokumentów, które miały potwierdzać spełnienie przez oferowane dostawy wymogów określonych w SIWZ nie można również upatrywać podstawy do utrudnienia uczciwej konkurencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

8

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....