

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 września 2009 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Blanka Zorębska (spr.)

Sędziowie: SO Grażyna Jeziorowska

SO Małgorzata Kowalska

Protokolant: st. sekr. sądowy Anna Skrzypek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2009 r. w Katowicach

sprawy z odwołania Minova Ekochem Spółki Akcyjnej w Siemianowicach
Śląskich

przeciwko Kompanii Węglowej Spółce Akcyjnej w Katowicach

przy udziale przystępującego do sporu po stronie zamawiającego
Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego "UTEX" Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Rybniku

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego "UTEX" Spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień
Publicznych w Warszawie

z dnia 10 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 800/09

1. oddała skargę;
2. zasądza od skarżącego Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego "UTEX" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku na rzecz przeciwnika skargi Minova Ekochem Spółki Akcyjnej w Siemianowicach Śląskich kwotę 3.600,-zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Na oryginale właściwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM
stwierdzam

SEKRETARZ,

XIX Ga 334/09

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 10.07.2009r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez Minova Ekochem S.A. w Siemianowicach Śląskich i nakazała zamawiającemu Kompanii Węglowej S.A. w Katowicach powtórny ocenę ofert w zakresie zadań nr 2, 3 i 4 oraz wykluczenie wykonawców: Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowego „UTEX” Spółki z o.o. w Rybniku, Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego „MIDO” Spółki z o.o. w Katowicach i Centrali Zbytu Węgla „Węglózbyt” S.A. w Katowicach oraz orzekła o kosztach postępowania.

Zamawiający Kompania Węglowa S.A. w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę spoiw cementowo - mineralnych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2009r. w trybie przetargu nieograniczonego.

Uczestnik postępowania przetargowego wykonawca Minova Ekochem S.A. w Siemianowicach Śląskich w dniu 22.05.2009r. wniósł protest na czynność zamawiającego: zaniechania dokonania wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego „Mido” Spółki z o.o. i w konsekwencji uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą z przyczyny jej niezgodności z SIWZ oraz czynność wyboru oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą w zakresie zadania nr 1; w zakresie zadania nr 2 i 3 oprotestowany został wybór oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowego „UTEX” Spółki z o.o. jako najkorzystniejszej bowiem oferta ta nie odpowiada treści SIWZ i winna zostać odrzucona; w zakresie zadania nr 4 oprotestowane zostało zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy Centrali Zbytu Węgla „Węglózbyt” S.A. oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, nimo, że winna ona zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ. Protestujący zarzucił nadto zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia z postępowania w zakresie tego zadania wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego „Mido” Spółki z o.o. i uznanie tej oferty za odrzuconą lub odrzucenie wskazanej oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Protestujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego art.24 ust.2 pkt 2 i 3, art.24 ust. 4, art.89 ust.1 pkt 2 i art.7 ust.1 ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.z 2007r. nr. 223, poz.1655 ze zm.) i wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniach od 1 do 4, powtórzenie czynności wyboru i oceny ofert, w zakresie zadania nr 1 wykluczenie z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego „Mido” Spółki z o.o. i uznanie tej oferty za odrzuconą ewentualnie odrzucenie jej na mocy art.89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień; w zakresie zadania nr 2 i 3 domagał się odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowego „UTEX” Spółki z o.o., a w zakresie zadania nr 4 wniósł o wykluczenie wykonawców Centrali Zbytu Węgla „Węglózbyt” S.A. oraz Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego „Mido” Spółki z o.o. i uznanie tych ofert za odrzucone ewentualnie odrzucenie ich na mocy art.89 ust.1 pkt 2 Prawa zamówień oraz wybór jako najkorzystniejszej we wszystkich zadaniach oferty protestującego.

W uzasadnieniu protestujący zarzucił:

- w zakresie zadania nr 1 wykonawcy PPU „MIDO” Spółce z o.o. brak dokumentu wyniku badań wymaganego na mocy pkt IV 6 zał. nr 1 do SIWZ w zakresie zastosowania produktu - spoiwa do wykonywania obudów torketowych w prewencji pożarowej;
- w zakresie zadania nr 2 i 3 wykonawcy PPH „UTEX” Spółce z o.o. złożenie w ofercie nieprawdziwego oświadczenia, iż udziela 6 miesięcznej gwarancji jakości na produkt - spoiwo UTEX - 5 (zgodnie z pkt V.2 zał. nr 1 do SIWZ w którym zamawiający ustalił minimalny okres gwarancji na 6 miesięcy od daty dostawy przedmiotu zamówienia do magazynu zamawiającego), podczas gdy w certyfikacie załączonym do oferty (str. 118) wykonawca ten wskazał, iż produkt zachowuje swoje właściwości przez okres 3 miesięcy od daty produkcji. Nadto protestujący zarzucił, iż oferta ta nie zawiera wyników badań w zakresie przydatności produktów do zastosowania w prewencji pożarowej - pkt IV 6 zał. nr 1 do SIWZ, a złożone wraz z ofertą opinie (str. 108-109 i 141-142) nie są wynikami badań;
- w zakresie zadania nr 4 wykonawcy Centrali Zbytu Węgla „Węglózbyt” S.A. nie spełnienie wymogów określonych w pkt.III.4 zał. nr 1 SIWZ co do docelowej wytrzymałości na ściskanie oraz, iż z certyfikatu typu B (str. 33 i 62) oferty nie wynika, iż spoiwo oferowane przez tego wykonawcę nadaje się do budowy tam i korków przeciwybuchowych. Wykonawca nie przedstawił również zgodnie z pkt IV 6 zał. nr 1 do SIWZ wyników badań przeprowadzonych przez jednostkę uprawnioną w zakresie zastosowania produktu w prewencji pożarowej, wykonawca ten nie wykazał również spełnienia wymagań określonych w pkt.III.4 zał. nr 1 do SIWZ zgodnie z którym spoiwo musi posiadać właściwości umożliwiające jego podawanie pompami MODO lub równoważnymi przy zachowaniu podanych przez oferenta parametrów wytrzymałościowych.

Zamawiający w dniu 1.06.2009r. oddalił protest uznając go za niezasadny bowiem wykonawcy spełnili zawarte w SIWZ wymagania, dlatego brak podstaw do odrzucenia ich ofert na mocy art.89 ust.1 pkt 2 Prawa zamówień.

Z powyższą decyzją zamawiającego nie zgodził się protestujący i w dniu 12.06.2009r. wniósł odwołanie od wskazanego rozstrzygnięcia, domagając się unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności wyboru i oceny ofert, odrzucenia oferty PPH „UTEX” Spółki z o.o. w zakresie zadania nr 2 i 3, wykluczenia z postępowania wykonawców: PPU „Mido” Spółki z o.o. i Centrali Zbytu Węgla „Węglózbyt” S.A., uznanie ich ofert za odrzucone ewentualnie nakazanie odrzucenia ofert tych wykonawców na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 Prawa zamówień w zakresie zadania nr 4 oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego się.

W dniu 26.06.2009r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło PPH „UTEX” Spółka z o.o.

W oparciu o przedstawiony materiał dowodowy w postaci ofert wykonawców złożonych w postępowaniu, wyjaśnienia i oświadczenia stron w nim występujących KIO stanęła na stanowisku, iż nie istnieją przesłanki do odrzucenia odwołania, a odwołujący wykazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania zgodnie z art. 179 ust.1 Prawa zamówień. Podkreśliła KIO, iż zamawiający w pkt IX SIWZ zawarł wymóg 6-cio miesięcznej gwarancji na dostawę spoiw cementowo - mineralnych dostarczanych do oddziałów Kompanii Węglowej S.A. liczonej od daty dostawy przedmiotu zamówienia do magazynu zamawiającego. Również w pkt V zał. nr 1 do SIWZ zastrzeżono 6 miesięczną gwarancję liczoną od daty dostawy produktu.

PPH „UTEX” Spółka z o.o. w swojej ofercie na stronie 7 w pkt 6 wskazała, iż „oferuje okres gwarancji 6-cio miesięczny od daty dostawy do magazynu zamawiającego”, równocześnie jednak na stronie 85 oferty wykonawca ten zamieścił certyfikat nr B/1210/11/2008 wydany przez Główny Instytut Górnictwa dla mineralnych spoiw UTEX - 15 z którego wynika, iż podstawowe parametry techniczne tego wyrobu ujęte są w dokumentacji wymienionej na stronie 2 certyfikatu, na której (strona 86 oferty) zawarto ramową instrukcję bezpiecznego stosowania mineralnego spoiwa górniczego UTEX - 15 w warunkach dołowych. W pkt 5 na stronie 95 oferty stwierdzono „mineralne spoiwo górniczne UTEX - 15 należy przechowywać w warunkach suchych nie dłużej niż 3 miesiące od daty produkcji”. Nadto w pkt 4.2

„Dokumentacji technicznej mineralnego spoiwa górniczego UTEX - 15 nr DT2/U15/08 (strona 110-112 oferty) stwierdza się, że „spoiwo UTEX - 15 pakowane i przechowywane w warunkach określonych w pkt 4.1 zachowuje swoje właściwości przez okres 3 miesięcy licząc od daty produkcji, pod warunkiem, że jest przechowywane w suchym miejscu”.

Mając powyższe na uwadze w ocenie KIO wykonawca PPH „UTEX” Spółka z o.o. oferując gwarancję 6-cio miesięczną na przedmiotowe spoiwa złożył nieprawdziwą informację, która miała wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z przedstawionych, bowiem dokumentów wynika, iż spoiwo produkowane przez PPH „UTEX” Spółkę z o.o. zachowuje swoje właściwości przez okres 3 miesięcy od daty produkcji, a nie 6 miesięcy jak tego wymagał zamawiający. Zatem wbrew stanowisku wykonawcy treść jego oferty nie odpowiada treści pktu IX SIWZ oraz pktu V zał. nr 1 do SIWZ.

Nadto zamawiający w pkt IV 6 zał. nr 1 do SIWZ zażądał podania wyników badań w zakresie zastosowania produktu w prewencji pożarowej wystawionych przez uprawnioną jednostkę, jednak wykonawca PPH „UTEX” Spółka z o.o. takich wyników badań nie przedłożył. Na wezwanie zamawiającego - pismo z dnia 17.02.2009r. - odpowiedział pismem z dnia 20.02.2009r. w którym wskazał, iż spełnił ten wymóg przez załączenie na stronie 108-109 i 141-142 oferty opinii technicznych nr 45 i 44/2008 wydanych przez Centralną Stację Ratownictwa Górniczego S.A. Natomiast na rozprawie wykonawca przedłożył „Sprawozdania z badań nr 101/05/SM2 Analiza termiczna metodą dytrygraficzną spoiw „UTEX”, którego częścią są wyniki badań analizy termicznej oraz analizy chemicznej”.

W ocenie KIO nie można uznać za spełnienie wymogu postawionego przez zamawiającego przedstawienia w ofercie wyników badań w zakresie zastosowania produktu do prewencji pożarowej wystawionego przez jednostkę uprawnioną poprzez zastąpienie wymaganych wyników badań, przedłożoną opinią techniczną wystawioną przez Centralną Stację Ratownictwa Górniczego S.A.

KIO uznała nadto, iż wykonawca PPU „MIDO” Spółka z o.o. nie spełniła wymogu postawionego w pkt IV.6 zał. nr 1 do SIWZ w zakresie zadania nr 4 tj. przedłożenia wyników badań w zakresie zastosowania produktu w prewencji pożarowej wystawionych przez uprawnioną jednostkę, bowiem załączona na stronie 179 opinia techniczna 53/2008 sporządzona przez Centralną Stację Ratownictwa Górniczego S.A. nie może być uznana za spełnienie postawionego przez zamawiającego w treści SIWZ wymogu.

W ocenie KIO wykluczeniu z postępowania winien podlegać również wykonawca Centrala Zbytu Węgla „Węglózbyt” S.A. na podstawie art.24 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień, bowiem nie złożył wyników badań w zakresie zastosowania produktu w prewencji pożarowej wystawionych przez uprawnioną jednostkę zgodnie z pkt IV.6 zał. nr 1 do SIWZ. Nadto z certyfikatów załączonych przez tego wykonawcę na stronach 33 i 62 oferty nie wynika możliwość zastosowania oferowanego spoiwa do budowy tam i karków izolacyjnych przeciwybuchowych, a dokument sporządzony przez Centralną Stację Ratownictwa Górniczego S.A. w Bytoniu w kwietniu 2008r. „Sposoby wykonywania tam izolacyjnych” nie jest dowodem na możliwość zastosowania oferowanego przez tego wykonawcę spoiwa do budowy tam i karków przeciwybuchowych.

Na wezwanie zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 16.03.2009r. wykonawca ten przesłał oświadczenie producenta oferowanego spoiwa tj. Kopalnię Gipsu i Anhydrytu „Nowy ład” Spółkę z o.o. w Niwnicach określające parametry wytrzymałościowe na ściskanie spoiw anhydrytowych GSA. W odpowiedzi na pytanie wykonawców zamawiający (pismo z dnia 22.12.2008r.) podtrzymał wymóg potwierdzenia parametrów dotyczących wytrzymałości oraz wydajności przez zewnętrzną jednostkę badawczą. Zatem oświadczenie Kopalni Gipsu i

Anhydrytu „Nowy ład” Spółkę z o.o. w Niwnicach nie jest równoznaczne z potwierdzeniem parametrów przez zewnętrzną jednostkę badawczą i nie potwierdza wytrzymałości docelowej na ściskanie spoiw wymaganych przez zamawiającego w SIWZ.

Zdaniem KIO w opisaney sytuacji za zasadne należało uznać zarzuty odwołującego się naruszenia przez zamawiającego art.7 ust. 1, art. 24 ust.2 pkt 3, art.24 ust.2 pkt 2, art.24 ust.4, art.89 ust.1 ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., nr 223. poz 1655 ze zm.).

O kosztach postępowania orzeczono na mocy art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień. Skargę na powyższy wyrok KIO w części uwzględniającej odwołanie i nakazującą zamawiającemu powtórny ocenę i badanie ofert w zakresie zadań nr 2 i 3 oraz wykluczenie wykonawcy PPH „UTEX” Spółki z o.o. wniósł wykonawca Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowe „UTEX” Spółka z o.o. w Rybniku, domagając się zmiany wyroku w zaskarżonej części, nieuwzględnienia odwołania wykonawcy „Minova Ekochem” S.A. w Siemianowicach Śląskich w części objętej zaskarżeniem i utrzymania w mocy decyzji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez PPH „UTEX” spółkę z o.o. w Rybniku na łączną kwotę 1.006.240zł. netto oraz zasądzenia od przeciwnika skargi na rzecz wnoszącego skargę kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych w postępowaniu przed KIO oraz Sądem.

Skarżący zarzucił sprzeczność istotnych ustaleń KIO z treścią zebranego w postępowaniu materiału dowodowego przez ustalenie, iż oferta skarżącego nie odpowiada treści SIWZ, bowiem zamówiony produkt nie spełnia warunków 6-cio miesięcznej gwarancji i brakuje w ofercie wyników badań w zakresie zastosowania tegoż produktu w prewencji pożarowej podczas gdy, wnikliwa ocena zgromadzonych w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego dowodów przemawia przeciwko takiemu stanowisku.

Skarżący podniósł również naruszenie przez KIO przepisów postępowania tj. art. 191 ust.3 ustawy Prawo zamówień przez rozstrzygnięcie zarzutu o naruszenie art.7 ust.1 Prawa zamówień, podczas gdy zarzut ten nie był podniesiony w proteście przez wykonawcę „Minova Ekochem” S.A. w Siemianowicach Śląskich.

Wbrew stanowisku KIO zamawiający w SIWZ „, nie nakłada obowiązku przedstawienia przez skarżącego jakichkolwiek certyfikatów czy też wyników badań potwierdzających trwałość zaoferowanych mineralno - cementowych spoiw górnictwa UTEX - 5 i UTEX - 15”. Specyfikacja w załączniku nr 1 przewidywała w pkt V jako dodatkowy warunek wymagany minimalny okres gwarancji wynoszący 6 miesięcy. Taki warunek skarżący wypełnił składając w ofercie oświadczenie o gwarancji w żądanym wymiarze. Podkreślił skarżący, iż okres trwałości mineralno - cementowych spoiw górnictwa UTEX - 5 i UTEX - 15 deklarowany przez niego jako producenta, nie oznacza, iż po upływie tego okresu produkt ten nie jest w pełni wartościowy. Trwałość tego rodzaju spoiw zależy tylko i wyłącznie od warunków, w jakich produkt jest przechowywany, tj. otoczenia oraz jego opakowania. Zatem spoiwa te zachowują swoje właściwości (są trwałe) tak długo, jak długo są zabezpieczone przed czynnikami atmosferycznymi, a przede wszystkim wilgocią tj. cząsteczkami wody, powodującymi reakcje chemiczne niepożądane w czasie przechowywania. Mechanizm ten dotyczy każdego rodzaju spoiw cementowo - mineralnych, a zatem również oferowanych przez innych wykonawców. Nie oznacza to, iż produkt skarżącego wykonany jest z mniej trwałych składników.

Skarżący zadeklarował 6-cio miesięczną gwarancję na spoiwa UTEX - 5 i UTEX - 15, dlatego iż dostarcza również spoiwa nie luzem, ale w wielowarstwowych powleczonych workach papierowych o wadze 25 kg./szt., na bezzwrotnych paletach drewnianych dodatkowo zabezpieczonych szczelnie folią przed wpływem warunków atmosferycznych. Tak dostarczone spoiwo przechowywane w warunkach suchych powoduje, iż jego trwałość przekracza okres 6 miesięcy od dostarczenia, co znaczy, iż spełnia warunki udzielonej 6-cio miesięcznej gwarancji.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu, to Centralna Stacja Ratownictwa Górniczego S.A. jest jedyną jednostką uprawnioną do wydania opinii w zakresie stosowania spoiw górnictwa w prewencji pożarowej w podziemnych wyrobiskach górniczych. Skarżący w postępowaniu przetargowym przedstawił opinię CSRG S.A. z której wynika, iż pozytywna ocena stosowania mineralnego spoiwa górnictwa UTEX - 5 i UTEX - 15 do celów profilaktyki przeciwpożarowej w podziemnych wyrobiskach górniczych w polach niemetalowych i metanowych ze stopniem „a”, „b” i „c” niebezpieczeństwa wybuchu. Opinia ta została wystawiona na podstawie wyników badań wymaganych przez SIWZ, które wykonane zostały również przez uprawnioną jednostkę tj. Główny Instytut Górnictwa. Sprawa wyników badań została wyjaśniona zamawiającemu przez dostarczenie opinii i zamawiający uznał, iż opinia jak dokument sporządzony na podstawie żądanych wyników badań jest bardziej miarodajna niż same wyniki badań i dokument ten w pełni odpowiada wymogom. Skarżący przedstawił,

zatem zamawiającemu kompleksową i w pełni profesjonalną informację o produkcie w tym zakresie ponad wymagane minimum. Bowiem opinia to dokument zawierający ocenę np. wyników badań, a zatem uznać należy, że same wyniki badań bez ich oceny są

niewystarczające do celów, jakim mają służyć.

W ocenie skarżącego interpretacja KIO i wydany wyrok sprzeciwia się zachowaniu uczciwej konkurencji i równemu traktowaniu wykonawców.

W odpowiedzi na skargę uczestnik postępowania „Minova Ekochem” S.A. wniósł o oddalenie skargi w całości i zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Podkreślił uczestnik, iż w zakresie zadania nr 2 w pkt 4.2 „Dokumentacji technicznej mineralnego spoiwa górniczego UTEX - 15 nr DT2/U15/08 załączonej na stronie 110-112 oferty stwierdzono, iż „spoiwo UTEX - 15 pakowane i przechowywane w warunkach określonych w pkt 4.1 zachowuje swoje właściwości przez okres 3 miesięcy licząc od daty produkcji, pod warunkiem, że jest przechowywane w suchym miejscu.” Natomiast w zakresie zadania nr 3 w pkt 4.2 („Trwałość”) „Dokumentacji technicznej mineralnego spoiwa górniczego UTEX - 5, nr DT1/U5/08, edycja II z dnia 4.06.2008r.” widnieje zapis, że „Spoiwo UTEX - 5 pakowane i przechowywane w warunkach określonych w pkt 4.1 zachowuje swoje właściwości przez okres 3 miesięcy licząc od daty produkcji, pod warunkiem, że jest przechowywane w suchym miejscu.”

Z zapisów tych wynika, iż spoiwo zachowuje swoje właściwości przez okres 3 miesięcy od daty produkcji, jeśli jest pakowane w zamkniętych opakowaniach jednostkowych i przechowywane w pomieszczeniach w temperaturze otoczenia, natomiast dostarczone luzem dla zachowania właściwości w tym okresie winno być przechowywane w suchym miejscu. Zatem w obu przypadkach spoiwo zachowuje swoje właściwości jedynie przez okres 3 miesięcy, dlatego w ocenie przeciwnika skargi niezrozumiała jest argumentacja skarżącego dotycząca 6-cio miesięcznego okresu gwarancji w związku z opakowaniem spoiwa.

Skarżący nie wykazał również, na czym miałyby polegać sprzeczność istotnych ustaleń KIO z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Podkreślił nadto przeciwnik skargi, iż skarżący nie przedłożył wystawionych przez uprawnioną jednostkę wyników badań w zakresie zastosowania produktu w prewencji pożarowej, zaś na wezwanie zamawiającego pismem z dnia 20.02.2009r. wskazał na spełnienie wymagań postawionych w pkt IV.6 SIWZ przez załączenie na stronie 108-109 i 141-142 oferty opinii nr 45 i 44/2008 wydanych przez Centralną Stację Ratownictwa Górniczego S.A., a na rozprawie przed KIO wykonawca przedłożył dalsze dokumenty w postaci „Sprawozdania z badań Ne 101/05/SM2. Analiza termiczna metodą derywatograficzną spoiw UTEX”, jednak słusznie KIO uznała, iż najpóźniej wraz z pismem z dnia 20.02.2009r. wykonawca mógł uzupełnić dokumentację, dlatego wskazanych

dokumentów nie przyjął.

Zwrócił również uwagę przeciwnik skargi, iż zamawiający w piśmie z dnia 16.12.2008r. wskazał jakie dokumenty łącznie uznaje za wystarczające dla spełnienia warunku zawartego w pkt IV.6 SIWZ tj. wyniki badań toksyczności i szkodliwości produktu, atest P*ZH, badania palności metodą płomieniową, badania wpływu podwyższonych temperatur, badania na wymywalność, badania na ściskanie, opinia Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego). Powyższe oznacza, iż sama opinia CSRG S.A. jest niewystarczająca. Również zakres pojęć wyniki badań i opinia nie jest tożsamy, dlatego zamawiający żądając wyników badań mógł we własnym zakresie ocenić przydatność oferowanego produktu w prewencji pożarowej. Wbrew zarzutowi skarżącego na stronie 6 i 7 protestu przeciwnik skargi zawarł zarzut, iż działania zamawiającego naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust.1 Prawa zamówień), dlatego za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia przez KIO art. 191 ust.3 Prawa zamówień publicznych.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy zważył:

Skarga wykonawcy PPH „UTEX” Spółki z o.o. w Rybniku nie może odnieść zamierzonego skutku, dlatego jako nie zasadna podlegała oddaleniu na mocy przepisu art. 198 ust.2 Prawa zamówień publicznych.

Wskazać należy, iż na mocy przepisu art. 188 ust.7 Prawa zamówień Izba ocenia

wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

Wbrew zarzutom skargi KIO przeprowadziła prawidłowe postępowanie dowodowe, co skutkowało ustaleniem stanu faktycznego znajdującego uzasadnienie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym oraz prawidłową oceną zasadności odwołania.

Mając na uwadze art. 194 ust.2 Prawa zamówień publicznych wskazać należy, iż celowym jest w niniejszym przypadku, gdy skarżący zarzuca sprzeczność istotnych ustaleń KIO z zebranych w sprawie materiałem dowodowym przywołanie stanowiska Sądu Najwyższego w kwestii przekroczenia granic swobodnej oceny materiału dowodowego.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 czerwca 1999r. (sygn. akt II UKN 685/98, publ.OSNP 2000/17/655) ramy swobodnej oceny dowodów (art.233§1kpc.) wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których Sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Błąd w ustaleniach faktycznych następuje, gdy zachodzi dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie a konkluzją, do której dochodzi Sąd na skutek przeinaczenia dowodu oraz wszelkich wypadków wadliwości wynikających z naruszenia przepisu art.233§ 1 kpc. Przepis ten byłby naruszony, gdy ocena materiału dowodowego koliduje z zasadami doświadczenia życiowego lub regułami logicznego wnioskowania.

Tak rozumianego zarzutu sprzeczności ustaleń KIO z treścią materiału dowodowego Krajowej Izbie Odwoławczej w niniejszej sprawie skutecznie zarzucić nie można.

Faktem nie kwestionowanym w postępowaniu pozostaje:

- zapewnienie przez skarżącego w ofercie (strona 7) 6-cio miesięcznej gwarancji od daty dostawy do magazynu zamawiającego spoiw mineralno - cementowych UTEX- 15 i UTEX-5
- informacja zawarta w Ramowych instrukcjach bezpiecznego stosowania mineralnych spoiw górniczych UTEX- 15 i UTEX-5 w warunkach dołowych numer odpowiednio IS2/U15/08 edycja II z 04.06.2008 i IS1/U5/08 edycja II z 04.06.2008r. - mineralne spoiwo górnicze UTEX-15, UTEX-5 dostarczane jest do odbiorcy w warstwowym papierowym workach wentylowanych lub luzem transportem zamkniętym w hermetycznych cysternach kolejowych lub samochodowych. Mineralne spoiwo górnicze UTEX-15, UTEX-5 w warunkach dołowych należy magazynować w taki sposób, aby zapewnić warunki powietrzno suche oraz w takiej ilości, która jest potrzebna do zachowania ciągłości procesu technologicznego i związanego z zakresem stosowania. Mineralne spoiwo górnicze UTEX-15, UTEX-5 pakowane, należy przechowywać w zamkniętych opakowaniach jednostkowych w pomieszczeniach, w temperaturze otoczenia. Dopuszcza się przechowywanie w warunkach powierzchniowych w miejscu zadaszonym, spoiwa workowanego składowanego na paletach transportowych zabezpieczonych kapturem z folii polietylenowej. Mineralne spoiwo górnicze UTEX-15, UTEX-5 należy przechowywać w warunkach suchych nie dłużej niż 3 miesiące od daty produkcji,
- informacja zawarta w Dokumentacji technicznej mineralnego spoiwa górniczego: EITEX-15 nr DT2/U15/08 edycja II z dnia 04.06.2008r. oraz UTEX-5 nr DT1/U5/08 edycja II z dnia 04.06.2008r. pkt 4.1 (Pakowanie i przechowywanie) mineralne spoiwo górnicze UTEX-15, UTEX-5 produkowane jest luzem lub w workach papierowych. Spoiwo górnicze UTEX-15, UTEX-5 pakowane jest do 25 kg dwuwarstwowych wentylowanych worków papierowych produkowanych przez Segezha Packaging 79391 Uvalo Czech Republik. W przypadku paletyzacji jednostki ładunkowe są formowane na paletach zabezpieczone kapturem z folii polietylenowej. Mineralne spoiwo górnicze UTEX-15, UTEX-5 pakowane należy przechowywać w zamkniętych opakowaniach jednostkowych w pomieszczeniach w

temperaturze otoczenia. Dopuszczane jest przechowywanie spoiwa pakowanego w worki papierowe, ułożone na palecie transportowej i całość zabezpieczona kapturem z folii polietylenowej w warunkach powierzchniowych w miejscu zadaszonym; pkt 4.2 (Trwałość) spoiwo UTEX-15, UTEX-5 pakowane i przechowywane w warunkach określonych w pkt 4.1 zachowuje swoje właściwości przez okres 3 miesięcy licząc od daty produkcji. Spoiwo EITEX-15, UTEX-5 luzem zachowuje niezmiennione właściwości przez 3 miesiące licząc od daty produkcji, pod warunkiem, że jest przechowywane w suchym miejscu.

W opisaney sytuacji kwestią wymagającą rozważenia przez Sąd jest wzajemna relacja oświadczenia skarżącego o udzieleniu 6-cio miesięcznej gwarancji jakości produktów liczonej od daty ich dostawy i zapisów w dokumentach technicznych tych produktów o zachowaniu przez nie właściwości przez okres 3 miesięcy przy zachowaniu określonych warunków pakowania i przechowywania.

Wskazać należy, iż w zależności od okoliczności udzielenia gwarancji, a w szczególności czy udziela jej producent towaru czy też np. jego sprzedawca dochodzi do zawarcia umowy gwarancyjnej lub do dokonania jednostronnej czynności prawnej. Jednakże przez przyjęcie przez kupującego dokumentu gwarancyjnego powstaje między jego wystawcą, a kupującym stosunek obligacyjny. Kwestię udzielenia gwarancji reguluje przepis art.577 kc. Kodeks ten nie zawiera jednak definicji pojęcia gwarancji. Natomiast zgodnie ze stanowiskiem doktryny gwarancja jakości obejmuje dwa elementy: pierwszym jest zapewnienie (zagwarantowanie) sprawnego funkcjonowania przedmiotu czy też zachowania wszystkich deklarowanych właściwości towaru, drugim zaś jest określenie warunków odpowiedzialności gwarancyjnej.

W niniejszym przypadku oświadczenie złożone przez skarżącego w ofercie oraz w piśmie z dnia 18.03.2009r. o udzieleniu 6-cio miesięcznej gwarancji na mineralne spoiwa górnice UTEX-15 i UTEX-5 zasadnie KIO uznała za informację nieprawdziwą. Należy zwrócić, bowiem uwagę za udzielającym odpowiedzi na skargę Minova Ekochem S.A., iż wyjaśnienia skarżącego zawarte w piśmie z dnia 18.03.2009r. stanowiącym odpowiedź na zapytanie zamawiającego oraz w samej skardze, a dotyczące związku między warunkami w jakich należy przechowywać spoiwo i długością jego trwałości są nie wiarygodne. W obu powołanych wyżej dokumentach technicznych oraz ramowych instrukcjach bezpiecznego stosowania spoiw określone zostały warunki przechowywania spoiw, aby przez okres 3 miesięcy od daty produkcji zachowały one deklarowane przez producenta właściwości. Wyjaśnienia gwaranta, co do warunków przechowywania spoiw zawarte w przywołanym piśmie z 18.03.2009r. oraz w skardze nie różnią się od określonych we wskazanych dokumentach. Powyższe oznacza, iż deklarowane przez wykonawcę właściwości spoiwa mineralno - cementowego UTEX-15 i UTEX-5 przy zachowaniu określonych przez producenta warunków ich przechowywania i magazynowania zachowują przez okres 3 miesięcy od daty produkcji.

W konsekwencji powyższych ustaleń należało uznać, iż producent udzielił 6-cio miesięcznej gwarancji na spoiwa UTEX-15 i EITEX-5 ale jednocześnie zapewnił zachowanie deklarowanych właściwości tych spoiw przy zachowaniu ściśle określonych warunków ich przechowywania jedynie przez okres 3 miesięcy.

Wątpliwości, zatem budzi sytuacja, gdy zamawiający przechowując dostarczone spoiwo przez okres przekraczający 3 miesiące od daty jego produkcji, ale nie przekraczający 6-ciu miesięcy, na które wykonawca udzielił gwarancji, nawet dochowując wskazanych przez producenta warunków jego magazynowania spełnił warunki domagania się realizacji uprawnień gwarancyjnych, skoro z dokumentów producenta wynika, iż właściwości produkt posiada jedynie przez okres 3 miesięcy od daty jego produkcji.

Skarżący udzielając gwarancji nie wskazał w przedstawionych dokumentach technicznych oraz instrukcjach stosowania, aby oferowany produkt zachowywał deklarowane właściwości przez okres 6-ciu miesięcy, na które udzielił gwarancji.

W opisaney sytuacji prawidłowo KIO uznała za zasadny zarzut podniesiony w odwołaniu naruszenia art.24 ust.2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez zamawiającego, co do oferty złożonej przez PPH „UTEX”.

Podobnie za chybiony należało uznać zarzut skarżącego błędnego ustalenia przez KIO, iż

złożył ofertę, która nie odpowiadała treści SIWZ z przyczyny nie przedłożenia w ofercie wyników badań w zakresie zastosowania produktu w prewencji pożarowej.

Skarżący podkreślił, iż przedłożona przez niego opinia Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego S.A. wydana została na podstawie wyników badań wymaganych przez SIWZ, które zostały wykonane przez GIG. Wskazaną wyżej opinię w ocenie skarżącego należy traktować jako ocenę wyników badań.

Podkreślić należy, iż w pkt.XVI.6 SIWZ zamawiający wyraźnie wskazał, iż w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w zał. nr 1 wymaga dołączenia do oferty wyników badań oceny toksyczności i szkodliwości dla zdrowia oraz w zakresie zastosowania produktu w prewencji pożarowej, wystawionych przez jednostkę uprawnioną. Ponadto zamawiający w tej kwestii udzielił wyjaśnień pismem z dnia 16.12.2008r. oraz pismem z dnia 17.02.2009r. wezwał skarżącego do wyjaśnienia, który z dokumentów przedstawionych wraz z ofertą zawiera wyniki badań prewencji pożarowej ewentualnie aby uzupełnił dokumentację w tym zakresie. Skarżący dokumentacji nie uzupełnił, a jedynie wskazał, iż informacje na temat zastosowania oferowanych produktów w prewencji pożarowej znajdują się w opiniach CSRG S.A.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko KIO, iż nieporównywalne są pojęcia wynik badania, opinia i informacja. Wynik badania winien zawierać szczegółowe dane uzyskane przez profesjonalny podmiot po przeprowadzeniu określonych: prób, analiz i obserwacji. Opinia zawiera ocenę, której nie domagał się zamawiający, natomiast informacja niesie w sobie jedynie przekaz, a nie wynik „czynności badawczych”. Zatem przedstawienie opinii CSRG S.A. nie może zostać uznane za spełnienie wymogu SIWZ przedstawienia wyników badań. Zatem również i w tym zakresie ustalenia poczynione przez KIO należało uznać za uzasadnione, a w konsekwencji za zasadne, iż zamawiający naruszył art.24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Wbrew zarzutom skargi „Minova Ekochem” S.A. w proteście (str. 6 i 7) zawarła zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art.7 ust.1 Prawa zamówień publicznych nakazującego zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, co oznacza, iż KIO orzekając w tej kwestii nie przekroczyła przepisu art.191 ust.3 Prawa zamówień, dlatego również i w tym zakresie skarga nie mogła odnieść zamierzonego skutku i podlegała oddaleniu jako nieuzasadniona.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono zgodnie z przepisem art. 198 ust.5 Prawa zamówień publicznych.

A

**Na oryginale właściwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM**

slwieiizam

SEKRETARZ