

Sygn.aktII Ca 39/09) 'J/

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 lutego 2009 r.

Sąd Okręgowy w Piotrkowie Tryb. Wydział II Cywilny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Arkadiusz Lisiecki (spr.)
Protokolant SSO Alfred Szubert
Sędziowie SSO Stanisław Łęgosz
Justyna Dolata

po rozpoznaniu w dniu 23 lutego 2009r. w Piotrkowie Tryb.

na rozprawie sprawy ze skargi Konsorcjum Przedsiębiorstwo Inżynieryjno
- Projektowe "BinŻ" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ergis - Eurofilms
Spółka Akcyjna, Grillex Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
w Bełchatowie

przeciwko PGE Elektrowni Bełchatów Spółka Akcyjna w Rogowcu

przy udziale Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Bełchatów oraz
Przedsiębiorstwa J.A.T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rogowcu
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 16 grudnia 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 1383/08

1. z urzędu prostuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w ten sposób, że w miejsce błędnie wpisanej nazwy firmy „Energis - Eurofilms” S.A. wpisuje prawidłowo „Ergis -Eurofilms” S.A.
2. oddala skargę,
3. zasądza od Konsorcjum Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Projektowe "BinŻ" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ergis - Eurofilms Spółka Akcyjna, Grillex Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie na rzecz PGE Elektrownia Bełchatów Spółka Akcyjna w Rogowcu kwotę 3600 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem joyrotu kosztów procesu za instancję odwoławczą.

Za

Sygn. akt II Ca 39/09

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie w sprawie KIO/UZP 1383/08 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert; kosztami postępowania obciążyła PGE Elektrownia Bełchatów S.A., Rogowiec, ul. Energetyczna 7.

Podstawy rozstrzygnięcia KIO stanowiły następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

PGE Elektrownia Bełchatów S.A. Rogowiec zwana „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r, Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Wykonanie infrastruktury technicznej i uszczelnienia zbiornika nr 3 na składowisku odpadów paleniskowych „Zwałowisko - nr referencyjny FU.290 - 16/ZP/2008. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 10/05/2008, nr 2008/S 91 - 123806. W dniu 30 października 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. w Rogowcu - lider oraz Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o. w Gdańsku.

W dniu 6 listopada 2008 roku w piśmie z tej samej daty do Zamawiającego wpłynął protest wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia - Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Projektowe „BinŻ” Sp. z o.o. w Bełchatowie, ERGIS - EUROFILMS S.A w Warszawie oraz GRILTEX POLSKA Sp. z o.o. w Poznaniu - zwanego dalej „Protestującym” lub „Odwołującym”, na czynności podjęte przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania o zamówienie.

Protestujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez przyjęcie, że wykonawca będący Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o., nie podlegał wykluczeniu z udziału w przetargu pomimo nie złożenia wymaganych w SIWZ dokumentów potwierdzających spełnienie warunków uczestnictwa w przetargu, w szczególności dokumentu potwierdzającego, iż zastosowana geomembrana będzie niepalna i samogasnąca oraz odporna na promieniowanie UV,
- naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 PZp poprzez jego niezastosowanie i dokonanie wyboru oferty Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o., którego oświadczenie potwierdzające spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym (deklaracja producenta dotycząca zachowania warunków niepalności geomembrany) budzi istotne wątpliwości zarówno co do treści jak i prawdziwości dokumentu,
- naruszenie § 4 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605) poprzez niezastosowanie tego przepisu, to jest niezażądanie przez Zamawiającego przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu - deklaracji producenta NAUE GmbH § Co dotyczącego niepalności geomembrany PEHD Carbofol 406 1,5 mm - złożonego przez Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o., w sytuacji gdy istnieją uzasadnione wątpliwości co do jego prawdziwości,
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa J.A.T. Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści SIWZ i z tego powodu winna zostać odrzucona,
- rozstrzygnięcie przetargu na rzecz wykonawcy, którego oferta nie została podpisana zgodnie z wzorami podpisów złożonymi na karcie podpisów, która zgodnie z SIWZ stanowiła

wymagany przez Zamawiającego załącznik do oferty, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Jednocześnie Protestujący wniósł o:

- uchylenie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Belchatów Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o.,
- odrzucenie oferty złożonej przez wyżej wymienione Konsorcjum,
- ponowną ocenę ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 10 listopada 2008 roku do postępowania protestacyjnego zgłosiło przystąpienie konsorcjum przedsiębiorców: Energomontaż - Północ Belchatów oraz J.A.T. Sp. z o.o., opowiadając się przeciwko zarzutom podniesionym w proteście.

Rozstrzygnięciem z dnia 14 listopada 2008 roku Zamawiający oddalił protest w całości, jako niezasadny.

W dniu 24 listopada 2008 roku Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, iż podtrzymuje i ponawia zarzuty przedstawione w proteście. Zarzucił, iż

Zamawiający naruszył przepisy: art. 7, art. 24, art. 26, art. 89 Pzp oraz inne przepisy wymienione w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikające. Zawarł także zarzut, iż Konsorcjum przedsiębiorców: Energomontaż - Północ Belchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż jego oferta nie została zabezpieczona wadium.

Odwołujący wnosil o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Belchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o.;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert;
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Belchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o. oraz odrzucenia jego oferty,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i zawarcie z nim umowy; ewentualnie, jeżeli nie zaistnieją przesłanki do wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Belchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o.;
5. nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Belchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów żądanych w SIWZ.

W dniu 10 grudnia 2008 roku Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Belchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o. zgłosiło do Prezesa Urzędu przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o częściowe odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp oraz o częściowe oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

SIWZ dotycząca przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia składa się z dwóch części: części 1. „Instrukcja dla wykonawców i wymagania formalno - prawne” oraz części 2 „Umowa wraz z załącznikami”. W części 1 SIWZ w pkt 15 „opis sposobu przygotowania ofert” w ppkt 15.1.1 Zamawiający wskazał, iż „Oferta musi być zgodna z wymaganiami SIWZ i Ustawy. Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ”.

W części 1 SIWZ w pkt 3 „Zakres przedmiotu zamówienia” ppkt 3.1 Zamawiający

podał, iż „Szczegółowy zakres, wymagania i opis Przedmiotu zamówienia oraz warunki jego wykonania przedstawione są w Części 2 SIWZ, Umowa wraz z załącznikami”.

SIWZ - w części 2 „Umowa z załącznikami” w § 5 „Wymagania dla uszczelnienia z geomembrany” ust. 3 projektu umowy zawarto, m. in. następujące wymogi dotyczące geomembrany:

„Odporność na promieniowanie UV (geomembrana ułożona na skarpach będzie w stanie odkrytym przez okres min. 10 lat a na dnie przez okres 5 lat)” - § 5 ust. 3;

„Zastosowana geomembrana musi posiadać wymagane przepisami certyfikaty i dopuszczenia a także gwarancje producenta dotyczące odporności na warunki atmosferyczne w tym promieniowanie UV: dla geomembrany ułożonej na skarpach - min 10 lat, dla geomembrany ułożonej na dnie - min. 5 lat. Geomembrana umieszczona na skarpach musi być samogasnąca lub niepalna (wymagana deklaracja producenta)” - § 5 ust. 5;

„Skuteczność zabezpieczenia geomembrany przed unoszeniem winna być zapewniona dla wiatru o sile $< 100 \text{ km/h}$ ” - § 5 ust. 6 projektu umowy.

W świetle powyższych postanowień SIWZ, Zamawiający zawarł wymagania odnoszące się do właściwości i cech geomembrany, która zostanie użyta do wykonania przedmiotu zamówienia.

Rozpoznając zarzut odwołania, iż „oferowana przez Przystępującego geomembrana nie jest odporna na promieniowanie UV, a co za tym idzie jako niezgodna z SIWZ podlega odrzuceniu”, skład orzekający stwierdził, co następuje.

W złożonej ofercie, w załączniku nr 1 - Część techniczna (s. 70 oferty) Przystępujący zawarł opis sposobu wykonania uszczelnienia zbiornika geomembraną i jego zabezpieczenia przed unoszeniem:

Opis wybranego materiału.

Wykonawca proponuje wykorzystanie geomembrany HCPE o nazwie handlowej Cerbofol PEHC 406 1,5 G/G (gładkiej), produkowanej (...) przez niemiecką firmę NAUE. (...) Materiał ten posiada też gwarancję producenta zapewniającą odporność na promieniowanie UV przez 25 lat.”

Oferta Przystępującego, na str. 83, zawiera potwierdzony przez Przystępującego za zgodność z oryginałem dokument o nazwie „CE 0799 - CPD - 20 dokumenty towarzyszące wg CE”, w którym NAUE NAUE GmbH & Co KG - producent Carbofol PEHD 406 1,50 G/G (GBR - P), odnośnie tego produktu stwierdził, m. in. „Dopuszcza się pozostawienie bez przykrycia przez max. 25 lat (Raport laboratoryjny 1445 z dnia 7 listopada 2005)”. Załączona do oferty Przystępującego Aprobata techniczna ITB AT - 15 - 6362/2004, w pkt 4.2 zatytułowanym „Przechowywanie i transport” (str. 77 oferty) zawiera następujący zapis: „Rolki geomembran CARBOFOL 406 należy przechowywać i przewozić w sposób

zabezpieczający je przed uszkodzeniem lub zniszczeniem oraz działaniem promieniowania ultrafioletowego” (str. 77 oferty). W ocenie składu orzekającego Izby, z tego zapisu nie można wywodzić, iż geomembrana 406 nie spełnia wymogów dotyczących odporności na promieniowanie UV. Postanowienia powołanego wyżej pkt 4.2 Aprobaty technicznej ITB odnoszą się bowiem jedynie do sposobu przechowywania i transportu rolek geomembran. Wyjaśnienia wymaga, czy tylko w tym czasie geomembrana powinna być chroniona przed promieniowaniem UV.

Skład orzekający Izby ustalił, że Zamawiający nie żądał w SIWZ od wykonawców załączenia do oferty dokumentów na potwierdzenie właściwości produktu odnośnie odporności na promieniowanie UV. Dlatego nie można kwestionować ewentualnych braków formalnych załączonego do oferty, a nie wymaganego w SIWZ dokumentu na potwierdzenie, że wskazany w nim produkt, którego Wykonawca zamierza użyć do wykonania zamówienia, posiada określone właściwości oraz wywodzić z tego faktu negatywnych skutków dla wykonawcy.

Jednakże w sytuacji, gdy w toku badania i oceny ofert zachodzą wątpliwości co do treści złożonej oferty (brak możliwości ustalenia w sposób jednoznaczny jakie cechy posiada geomembrana), Zamawiający winien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Dlatego, zdaniem Izby, wobec zaistniałych wątpliwości do spełniania przez wskazany wyrób wymogu dotyczącego odporności geomembrany na promieniowanie UV, których nie rozwiewa przedłożony na rozprawie Aneks Nr 1 z dnia 21 października 2008 roku do Aprobaty Technicznej ITB, Zamawiający winien wezwać Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

W § 5 ust. 5 Projektu umowy Zamawiający określił, że „Zastosowana geomembrana musi posiadać wymagane certyfikaty i dopuszczenia, a także gwarancje producenta dotyczące odporności na warunki atmosferyczne, w tym promieniowanie UV (...). Geomembrana umieszczona na skarpach musi być samogasnąca lub niepalna (wymagana deklaracja producenta)”.

Konsorcjum Energomontaż załączyło do oferty (str. 94 oferty) pismo producenta - NAUE GmbH & Co.KG dotyczące niepalności geomembrany PEHD Carbofol 406 1,5 mm. Pismo to, datowane na dzień 14 kwietnia 2008 roku, na którym widnieje nieczytelny podpis, stwierdza: „Producent geomembrany PEHD Carbofol 406 1,5 mm (...) oświadcza, że w/w geomembrana zastosowana na składowisku odpadów paleniskowych jako syntetyczna przesłona uszczelniająca nie będzie powodować zagrożenia pożarowego w postaci

samozapłonu, podtrzymywania ognia oraz rozprzestrzeniania się ognia, ponieważ w opisanych warunkach w/w obiekcie będzie materiałem samogasnącym”.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Odwołującego, iż z dokumentu tego wynika, że oferowany wybór nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego, aby geomembrana była niepalna lub samogasnąca. Podkreślić należy, iż Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „samogaśnięcie”, w tym nie określił, w jakim czasie „samogaśnięcie” geomembrany powinno nastąpić. Z przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie opinii Politechniki Szczecińskiej wynika tyle tylko, że folia PVC IZOFOL wykazuje w warunkach badania większą odporność na działanie zewnętrznych źródeł podpalania niż folia PE - HD Carbofol. Pierwsza z nich gaśnie sama po 12,5 minutach, druga nie gaśnie samoczynnie po 30 minutach, co wobec braku szczegółowych wymogów granicznych SIWZ pozostaje bez znaczenia. Jak oświadczył Zamawiający na rozprawie, czego nie zakwestionował Odwołujący, składowisko na którym realizowane będzie zamówienie, warunki na nim panujące nie uległy zmianie po dacie wystawienia deklaracji producenta, tj. 14.04.2008 roku.

Jednocześnie, Odwołujący nie dowiódł w jakiej dacie faktycznie została sporządzona deklaracja producenta (s. 94 oferty), w szczególności nie wykazał, że data zamieszczona na tym dokumencie (14.04.2008r.) jest nieprawidłowa. W ocenie składu orzekającego Izby, rozważanie właściwości geomembrany w oderwaniu od uwarunkowań obiektu, na którym ma być zastosowana, jest bezcelowe.

Odwołujący nie wykazał, że geomembrana, jakiej Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o. zamierza użyć do zrealizowania zamówienia nie jest samogasnąca.

Nieuzasadnionym okazał się zarzut, iż treść oferty Konsorcjum firm: Elektromontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. i J.A.T. Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ z powodu zaoferowania połączenia folii PEHD z PVC w sposób, który nie gwarantuje uzyskania 100% szczelności połączenia. Folię tej bowiem, jak wskazał Odwołujący, z racji swoich właściwości, nie można połączyć z folią PVC w technologii zgrzewania, gdyż jest to fizycznie niemożliwe.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił w tym zakresie jak niżej.

Wykonawcy obowiązani byli opisać w Załączniku Nr 1 - Część Techniczna „sposób ułożenia i zabezpieczenia geomembrany ułożonej na dnie i skarpach zbiornika przed unoszeniem i/lub załączyć szkic rozwiązania, podając także objętość, którą zajmie proponowane zabezpieczenie. Wykonawca zobowiązany jest także do podania w tym

załączniku rodzaju i wymiarów pasów geomembrany w rulonach (szerokość x długość) oferowanej do uszczelnienia dna oraz skarp zbiornika” - s. 40 SIWZ.

Konsorcjum firm: Elektromontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. i J.A.T. Sp. z o.o. zawarło na s. 70 i 71 oferty opis montażu geomembrany i rozwiązania szczegółów technicznych.

Konsorcjum to podało, m. in., iż „Materiał układany będzie na istniejącym, ukształtowanym podłożu, po uzupełnieniu przez wykonawcę ubytków (...). Pasy materiału rozwijane będą z rolek na gruncie i zgrzewana z następnymi zgodnie z wcześniej przygotowanym i zatwierdzonym przez Zamawiającego planem połączeń. Około 99% połączeń wykonanych będzie zgrzewem dwutorowym (rysunek nr 1), jedynie przecięcia się zgrzewów, łąty i kliny o bardzo ostrym kącie połączone będą zgrzewem pojedynczym - wytłaczanym (rysunek nr 2). Zgrzewy testowane będą zgodnie z w/w normą w tym zgrzew dwutorowy przez napełnianie powietrzem pod ciśnieniem, a pojedynczy przy pomocy klosza próżniowego. W szczególnych przypadkach zgrzew pojedynczy będzie testowany metodą wysokiego napięcia”.

Szczegóły rozwiązań w miejscach kontaktu z obiektami (podpory, studnie, wylewki) Konsorcjum pokazało na załączonych szkicach - rysunki nr 5, 6, 7 i 8. Jednocześnie Konsorcjum wyjaśniło, że „przebieg geomembrany pod fundamentem podpór pod pomost komunikacyjny i innych jest sugestią Wykonawcy do uzgodnienia z Zamawiającym na etapie projektu wykonawczego. Wykonawca sugeruje takie rozwiązania dla uniknięcia kotwienia geomembrany na słupach i ścianach pionowych, trudniejszego do testowania szczelności. (...).

Wykonawca proponuje ułożenie geomembrany na gruncie rodzinnym w obniżeniach pod stopami obiektów. Stopy posadowione będą na geowłókninie ochronnej (...).

Szczegół połączenia z istniejącym uszczelnieniem zbiornika nr 2 (folia PVC) pokazano na rysunku nr 9 (...).”

Skład orzekający Izby stwierdził, iż w świetle zapisów zawartych na s. 70 i 71 oferty Konsorcjum firm: Elektromontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o. niezasadnym jest zarzut, że proponowane przez tego Wykonawcę rozwiązanie nie stanowi połączenia. W technologii zgrzewania łączone będą rolki nowoukładanej geomembrany, co jest fizycznie możliwe. Opis ten jest zgodny z warunkami wykonania robót określonymi w § 6 ust. 4 Projektu umowy, o treści: „Łączenie fabrycznych pasów (rulonów) geomembrany stanowiącej uszczelnienie dna jak i skarp zbiornika wykonać poprzez zgrzewania dwutorowe, (...)”.

Zamawiający nie zawarł wymogu łączenia metodą zgrzewania nowokładzonej geomembrany ze starą geomembraną.

Krajowa Izba Odwołacza uznała za niezasadny zarzut Odwołującego, iż w ofercie Konsorcjum firm: Elektromontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o. nie wskazano w jaki sposób mają być połączone folie PVC i HDPE na skarpach zbiornika oraz na jego dnie. Informacje w tym zakresie Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o. zawarło na str. 70 oferty, co wobec braku szczegółowych wymagań Zamawiającego w zakresie opisu, uznać należy za wystarczające.

W zakresie wymagań dotyczących uszczelnienia zbiornika geomembraną Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o. podało, że szczegóły rozwiązań pokazano na rysunkach nr 5 - 8, przy czym nie nadano im charakteru ostatecznego, a jedynie sugestii, propozycji do uzgodnienia z Zamawiającym na etapie projektu wykonawczego. Zgodnie bowiem z § 4 ust. 1 Projektu umowy, projekt techniczny wykonawczy zawierający rozwiązania uszczelnienia geomembraną dna i skarp, wykonawca zobowiązuje się wykonać i dostarczyć Zamawiającemu do akceptacji na etapie realizacji umowy.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut niezgodności treści oferty Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o. z treścią SIWZ w zakresie zabezpieczenia geomembrany przed unoszeniem przez wiatr. Zgodnie z § 5 ust. 6 projektu

umowy, cyt. „Skuteczność zabezpieczenia geomembrany przed unoszeniem winna być zapewniona dla wiatru o sile < 100 km/h.”

Na str. 71 oferty Konsorcjum określiło, m. in., iż „Przewidywany wygląd rowu kotwienia pośredniego przeciw działaniu wiatru określa rysunek nr 10. Podało, że rowy te, o głębokości 0,5 m i średniej szerokości 0,8 m, wypełnione będą dowolnym materiałem mineralnym (ziemia, piasek, popiół). Geomembraną przechodzić będzie przez rów w sposób ciągły (jako lokalne obniżenie). Istotne jest, aby w trakcie wykonania zapewnić pod geomembraną na dnie zbiornika ciągłość warstwy ilowej o grubości 0,5 m. Pośrednie rowy kotwiące wykonane będą równoległe do istniejących obwałowań (...), przy czym gęstość siatki tych rowów i ich rozstaw określi projekt wykonawczy po obliczeniu działania siły wiatru na określoną powierzchnię (...).”

Wobec faktu, że - jak z powyższego wynika - szczegóły w tym zakresie zostaną dopracowane, co nastąpi na etapie projektu wykonawczego, skład orzekający Izby uznał za nieudowodnione twierdzenie Odwołującego, iż „Oczywistym jest, że ziemia, piasek lub popiół pozostawione w stanie wolnym umieszczone w rowach, w przypadku silnych

podmuchów wiatru zostaną wywiane. Skutkiem tego może być unoszenie geomembrany do góry i jej uszkodzenie oraz trudności przy wykonywaniu zakładów i spoin (zagniecenia folii i zanieczyszczenia styków)”.

Nie stwierdził również, by zaproponowane przez Konsorcjum firmy: Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o. rozwiązanie zakładające zastosowanie: ziemi, piasku, popiołu naruszało pkt 10.4 SIWZ (s. 16), w którym Zamawiający nie dopuścił złożenia oferty wariantowej. Zamawiający nie określił bowiem sposobu wykonania zamówienia.

Skład orzekający Izby uznał za bezpodstawny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, z powodu - jak podniósł Odwołujący - zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum przedsiębiorców: Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o. mimo, iż ofertę Konsorcjum należy uznać za nie podpisaną z powodu braku możliwości ustalenia czy została podpisana przez osobę do tego upoważnioną.

Izba ustaliła w tym zakresie, że zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (pkt. 15.2.1) do oferty należało załączyć „Wzory podpisów osoby/osób podpisujących Ofertę Wstępną - składa każdy z Wykonawców”.

W ofercie Konsorcjum, na str. 40, znajduje się załącznik nr A2 - „Wzory podpisów osoby/osób podpisujących Ofertę”, zawierający wzór podpisu Pana Jerzego C. - Prezesa Zarządu Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. oraz wzór podpisu Pana Jacka T. - Prezesa Zarządu Przedsiębiorstwa J.A.T. Sp. z o.o. Bez znaczenia - zdaniem składu orzekającego Izby - pozostaje, czy wymagane wzory zawarte zostaną na jednym dokumencie, czy na odrębnych. Istotna jest bowiem treść, a nie forma dokumentu.

Izba ustaliła, iż ofertę złożoną przez Konsorcjum firm: Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o. podpisał Pan Jerzy C., na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26.09.2008 r. na mocy którego Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o. umocowało Spółkę Energomontaż - Północ Bełchatów reprezentowaną przez Pana Jerzego C. do, m. in. złożenia i podpisania wspólnej oferty w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Oferta w/w Konsorcjum podpisana została przez osobę uprawnioną do składania woli, zgodnie z reprezentacją ujawnioną w odpisie KRS, a tym samym jest prawnie wiążąca.

Zamieszczenie na poszczególnych stronach oferty parafy (złożenia parafy na poszczególnych stronach oferty Zamawiający nie żądał) nie skutkuje nieważnością oferty.

W świetle powyższych ustaleń, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba uznała za niezasadny.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podniesiony w tym zakresie, w proteście i w odwołaniu, zarzut zaniechania wykluczenia

Konsorcjum z postępowania o zamówienie z powodu nie złożenia wymaganych w SIWZ dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w przetargu nie potwierdził się. Izba nie dopatrywała się także naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazującego zamawiającemu przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba pozostawiła bez rozpatrzenia zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum firm Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. oraz J.A.T. Sp. z o.o., jako nie poprzedzony protestem.

W świetle powyższego, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

Skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wniósł w imieniu Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Inżynieryjno - Projektowego „BinŻ” sp. z o.o., ENERGIS - EUROFILMS S.A. oraz GRILTEX POLSKA Sp. z o.o. (dalej „Skarżący” lub „Konsorcjum „BinŻ”).

Zaskarżył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w części, w której wyrok nie uwzględnił żądań i argumentacji zamieszczonej w odwołaniu.

Skarżący podtrzymał zarzuty oraz żądanie podnoszone w proteście i odwołaniu, które nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zarzucił, że Krajowa Izba Odwoławcza wydała orzeczenie z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności:

1. naruszono przepis art. 190 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego,
2. naruszono art. 192 ust. 2 Pzp poprzez wydanie uzasadnienia sprzecznego z tezą wyroku,
3. naruszono przepisy prawa materialnego art. 7, art. 24, art. 89 ust. 1 ustawy, w sposób wskazany w uzasadnieniu skargi.

Wskazując na powyższe wnosił o:

1. uznanie skargi za zasadną,
2. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie wszystkich zarzutów zawartych w odwołaniu wniesionym przez Konsorcjum BinŻ i:
 - a) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Energomontaż jako najkorzystniejszej;
 - b) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert;
 - c) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania Konsorcjum Energomontaż oraz odrzucenia jego oferty,
 - d) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Skarżącego jako najkorzystniejszej i zawarcie z nim umowy.

Zamawiający wnosił o oddalenie skargi i zasądzenie od Skarżącego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Konsorcjum Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o., interwenient uboczy po stronie zamawiającego, wnosił o oddalenie skargi.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje: skarga wniesiona przez Konsorcjum Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Projektowe BinŻ sp. z o.o.; ENERGIS - EUROFILMS S.A.; GRILTEX POLSKA sp. z o.o. nie jest uzasadniona.

Na wstępie zaznaczyć należy, że Sąd Okręgowy podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą (w skrócie KIO).

W ocenie Sądu Okręgowego zarzut naruszenia przez KIO przepisów prawa materialnego, tj. art. 7, 24 i 89 ust.1 Pzp nie jest zasadny. Skarżący w proteście, jak i w skardze domaga się wykluczenia Konsorcjum: Energomontaż - Północ Bełchatów Sp. z o.o. w Rogowcu - lider oraz Przedsiębiorstwo J.A.T. Sp. z o.o. w Gdańsku (w skrócie Konsorcjum Energomontaż ...) z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, ponieważ w/w wykonawca nie przedstawił właściwych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a ponadto oferta przez niego złożona jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego, sprecyzowanymi w SIWZ. Zdaniem skarżącego uczestnik nie przedstawił dokumentów potwierdzających, że oferowana przez niego geomembrana jest odporna na promieniowanie ultrafioletowe (UV) oraz ma właściwości samogasnące, a ponadto iż oferta jest sprzeczna z SIWZ, ponieważ folia PEHD nie jest samogasnąca, a połączenie jej ze starą folią PVC nie zapewnia szczelności i nie zabezpiecza przed unoszeniem przez wiatr.

Jak prawidłowo ustaliła KIO, zamawiający opisał zakres i wymagania techniczne przedmiotu zamówienia, warunki jego wykonania oraz wskazał wykaz dokumentów, jakie muszą przedłożyć kandydaci na wykonawcę. Część z żądanych dokumentów szczegółowo wymieniona w pkt 15.2.1 i w pkt 15.2.2 SIWZ oraz w pkt 10 § 15 projektu umowy miała być dołączona do oferty, natomiast co do innych dokumentów, to termin ich dostarczenia nie został określony, chociaż zamawiający w pkt 11 Załącznika nr 1 do Części 1 SIWZ zastrzegł,

że mają być dostarczone na każde jego żądanie w terminie 6 dni. Tymi dokumentami, których nie było wymogu dołączyć do oferty są gwarancje i deklaracje producenta, potwierdzające spełnianie przez geomembranę wymogów odporności na warunki atmosferyczne i promieniowanie UV oraz samogaśnięcia lub niepalności. Brak jest w SIWZ, by zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą certyfikatów, dopuszczeń, aprobat technicznych, atestów na materiały, które zostaną użyte do wykonania zamówienia.

Prawdą jest, że zamawiający w § 5 ust. 5 projektu umowy zamieścił wymóg posiadania przez geomembranę odporności na warunki atmosferyczne i promieniowanie UV na skarpach przez okres minimum 10 lat, a na dnie zbiornika przez okres minimum 5 lat, a nadto by geomembraną umieszczoną na skarpach była samogasnąca lub niepalna.

Jak zaznaczono wyżej zamawiający na etapie składania ofert nie żądał składania certyfikatów, dopuszczeń i gwarancji producenta co do właściwości geomembrany. Jako potwierdzenie posiadania przez oferowaną geomembranę wymaganych właściwości w zakresie warunków odporności na promieniowanie UV wystarczającym było złożenie stosownego oświadczenia w treści oferty. Takie oświadczenie konsorcjum Energomontaż zawarło na stronie 70 oferty.

Niezależnie od powyższego Konsorcjum Energomontaż ... wraz z ofertą przedstawiło deklarację zgodności CE 0799-CPD-20 wystawioną przez producenta dla geomembrany o nazwie handlowej CARBOFOL PEHD 406, z której wynika, że może ona pozostawać bez przykrycia maksymalnie 25 lat. Dokument ten jest zgodny z wymogiem § 5 ust.5 projektu umowy - SIWZ. Kwestionowanie tego dokumentu przez skarżącego nie może odnieść zamierzonego skutku, albowiem dokument ten został wystawiony przez producenta.

Powoływanie się przez skarżącego na aprobatę techniczną ITB AT -15-6362/2004 (złożyła ją także Konsorcjum Energomontaż ...), a w której stwierdzono, że geomembranę PEHD należy przechowywać i przewozić w sposób zabezpieczający przed zniszczeniem oraz działaniem promieniowania UV powyższego ustalenia nie może podważać. Z atestu bowiem nie wynika, że produkt ten nie jest odporny na promieniowanie UV. Dodatkowo podnieść należy, że z aneksu do aprobaty technicznej wynika, że brak jest szczególnych wymogów co do transportu i przechowywania z uwagi na promieniowanie UV.

Nie jest również trafny zarzut skarżącego, że oferta Konsorcjum Energomontaż... powinna być odrzucona z powodu braku właściwości samogasnących. Jak słusznie podnosi zamawiający w odpowiedzi na skargę nigdy nie żądał by deklaracja producenta w tej kwestii była złożona wraz ofertą, ani też nie domagał się żeby została wystawiona w określonym czasie.

Zdaniem Sądu Okręgowego zasadnie KIO w swym uzasadnieniu podniosła, że zamawiający w SIWZ nie zdefiniował pojęcia „samogaśnięcia”, w tym nie określił w jakim czasie „samogaśnięcie” geomembrany powinno nastąpić. Wykonawca, Konsorcjum Energomontaż... jednak do oferty załączył oświadczenie producenta z dnia 14.04.2008 r. z którego wynika, że oferowana geomembrana zastosowana na składowisku odpadów paleniskowych nie będzie stwarzać zagrożenia pożarowego w postaci samozapłonu, podtrzymywania ognia, gdyż w warunkach obiektu będzie materiałem samogasnącym. Zauważyć trzeba, że zamawiający w SIWZ wskazał jedynie, iż geomembrana ułożona na skarpach ma być samogasnąca lub niepalna. Jak ustaliła KIO, zamawiającemu nie chodziło o niepalność lub właściwość samogaśnięcia folii w innych warunkach niż przedmiotowe zwałowisko. Dlatego trafnie wywiódł, że rozważanie właściwości geomembrany w oderwaniu od uwarunkowań obiektu zwałowiska, na którym ma być ona zastosowana jest bezcelowe.

Dodatkowo Sąd Okręgowy zauważa, że deklaracja producenta z 14.04.2008 r. nie może budzić wątpliwości zarówno co do treści, ani co do prawidłowości jej sporządzenia i prawdziwości. Deklaracja została sporządzona na papierze firmowym producenta i opatrzona jego pieczęciami oraz paraflowana. Kwestionowanie przez skarżącego daty wystawienia dokumentu również nie może odnieść zamierzonego skutku. Zamawiający w SIWZ nie określił z jakiej daty ma pochodzić deklaracja producenta, dlatego wskazanie jakiegokolwiek daty nie dyskwalifikuje tego dokumentu.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie ma racji skarżący, że oferta Konsorcjum Energomontaż... powinna być odrzucona, gdyż jego zdaniem jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie nieszczelności połączenia nowej geomembrany z już istniejącą oraz jej zabezpieczenia przed unoszeniem przez wiatr.

Zamawiający w SIWZ (str 40) Załącznik Nr 1 - Część techniczna (opracowywana przez wykonawcę) żądał by w ofercie znalazła się informacja dotycząca sposobu ułożenia i zabezpieczenia geomembrany ułożonej na dnie i skarpach zbiornika przed unoszeniem i/lub szkie rozwiązań ze wskazaniem objętości jaką zajmie proponowane zabezpieczenie oraz rodzaj i wymiary pasów geomembrany w rulonach (szerokość i długość) oferowanej do uszczelnienia dna zbiornika oraz jego skarp. Na etapie składania ofert zamawiający nie oczekiwał od wykonawców żadnych innych szczegółów dotyczących sposobu wykonania zamówienia. W § 4 projektu umowy - SIWZ zamawiający zawarł zapisy, z których wynikało, że na etapie realizacji umowy wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia zamawiającemu rozwiązania uszczelnienia geomembraną dna i skarp zbiornika, rozwiązania połączenia nowego uszczelnienia z folią starą, zabezpieczenia geomembrany przed

unoszeniem i zabezpieczenia przeciwerozryjnego skarp. Ta kwestia miała być rozwiązana na etapie sporządzenia projektu technicznego wykonawczego, który podlegał akceptacji zamawiającego. Konsorcjum Energomontaż... przedstawił w swojej ofercie na kartach 70,71 i 93 informacje i zamieścił szkice rozwiązań jakie były wymagane. Przedstawiona na karcie 93 koncepcja połączenia nowej geomembrany z już istniejącą jest tylko propozycją która będzie podlegać ocenie i akceptacji zamawiającego. Skoro będzie podlegać ona ocenie dopiero na etapie akceptowania projektu technicznego, to nie może być przedmiotem oceny na etapie badania ofert.

Dodatkowo podnieść należy, że wbrew wywodowi skarżącego SIWZ nie zawiera wymogu by nowa geomembrana była połączona z już istniejącą wg. metod opisanych w normie PN-97/B-10290. Faktem niespornym pomiędzy stronami jest, że połączenie folii PEHD z folią PVC według w/w normy jest niemożliwe. Z tego powodu zamawiający wprowadził żądanie przedstawienia na etapie wykonywania umowy odrębnego projektu połączeń w/w folii. Natomiast zapis § 6 ust. 4 projektu umowy odnosi się wyłącznie do łączenia fabrycznych pasów (rulonów) geomembrany stanowiącej uszczelnienia dna i skarp zbiornika poprzez zgrzewanie dwutorowe zgodnie z wymogami normy PN-97/B-10290.

W tym stanie rzeczy trafnie wywiódł KIO, że w ofercie Konsorcjum Energomontaż... nie wskazano w jaki sposób mają być połączone folie PEHD i PVC na skarpach zbiornika oraz na jego dnie. Informacje w tym zakresie zawarte na str. 70 oferty wobec braku szczegółowych wymagań ze strony zamawiającego w zakresie opisu są wystarczające.

Chybiony jest także zarzut niezgodności oferty Konsorcjum Energomontaż z SIWZ w

zakresie zabezpieczenia geomembrany przed unoszeniem przez wiatr. Na str. 71 oferty przedstawiono opis sposobu zabezpieczenia geomembrany na skarpach i dnie zbiornika przed unoszeniem przez wiatr. Ponieważ opis szczegółowego zabezpieczenia w tym zakresie zostanie dopracowany dopiero na etapie projektu wykonawczego (§ 4 ust.1 projektu umowy), a więc na etapie realizacji umowy, to wówczas podlegać będzie akceptacji zamawiającego. Dlatego zasygnalizowane w tym przedmiocie rozwiązania stanowią jedynie propozycję wykonawcy i nie podlegają ocenie na etapie badania ofert. Zgodzić się natomiast trzeba ze stanowiskiem KIO, że zaproponowane rozwiązania techniczne pozostają w zgodzie z wymaganiami zamawiającego i nie są sprzeczne z SIWZ.

Nie ma racji skarżący, że oferta Konsorcjum Energomontaż... jest ofertą wariantową z uwagi na zaproponowany sposób wypełnienia rowów kotwiących materiałem mineralnym (alternatywnie piasek, ziemia, popiół). Ponieważ zamawiający w tym przedmiocie nie

określił sposobu wykonania zamówienia, to nie można mówić o ofercie wykonawcy jako wariantowej.

Zarzut skarżącego polegający na niezabezpieczeniu oferty Konsorcjum Energomontaż... wadium stosownie do treści art. 198 ust.4 Pzp nie może być przedmiotem orzekania. Dzieje się tak dlatego, że zarzut wadliwego wniesienia wadium nie był przedmiotem protestu skarżącego.

Nie może odnieść zamierzonego skutku zarzut naruszenia art. 190 ust 1 i 2 Pzp oraz art. 192 Pzp. Zdaniem Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie KIO przeprowadziła postępowanie dowodowe, dostatecznie wyjaśniając sprawę do merytorycznego rozstrzygnięcia. Uzasadnienie wyroku nie pozostaje w sprzeczności z tezą wyroku, który uwzględnił jedno z żądań odwołania.

Skoro zarzuty skarżącego nie są uzasadnione, dlatego Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 ust. 2 zdanie 1 Pzp oddalił skargę.

7Va oryginał;

dpisy

Za zgodność świadczy
SEKRETARZ SĄDOWY
Justwałfiolata