Sygn. akt KIO/UZP 1402/07

WYROK
z dnia 11.12.2007 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Mazurek Grzegorz**

Członkowie: **Niedziałek Izabela**
Niwicki Andrzej

Protokolant: **Nowicka Dorota**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11.12.2007 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Maszyn Górniczych „Glinik" Sp. z o.o., Gorlice, Michalusa 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 56** protestu z dnia 31.10.2007 r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego. xxx po stronie odwołującego się oraz **Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych FAZOS S.A., Tarnowskie Góry, ul. Zagórska 167** - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Maszyn Górniczych „Glinik" Sp. z o.o., Gorlice, Michalusa 1**

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3156 zł gr 00

(słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Maszyn Górniczych „Glinik" Sp. z o.o., Gorlice, Michalusa 1**

2) dokonać wpłaty kwoty 2000 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące zł) przez . **Zakład Maszyn Górniczych „Glinik" Sp. z o.o., Gorlice, Michalusa 1** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 56**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego

3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr. (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

4) dokonać zwrotu kwoty 16844 zł 00 gr (słownie: szesnaście tysięcy osiemset czterdzieści cztery zł)

z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakład Maszyn Górniczych „Glinik" Sp. z o.o., Gorlice, Michalusa 1**

U z a s a d n i e n i e

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. (zwana dalej J.S.W. S.A.) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup dla potrzeb J.S.W. S.A. KWK „Pniówek" kompletu 161 sekcji liniowych oraz 4 sztuk sekcji skrajnych typu BSN fabrycznie nowej obudowy zmechanizowanej dopuszczonej do pracy w jednym wyrobisku ścianowym." W przedmiotowym postępowaniu po dokonanej ocenie ofert, w dniu 31.10.2007r został złożony protest przez Zakład Maszyn Górniczych „Glinik" sp. z o.o. (zwany dalej ZMG „Glinik" lub protestującym lub odwołującym) 156. Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 w zw. z art. 88 ust. 1 pkt 3 lit a) ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych „FAZOS" S.A. (zwanej dalej „Fazos" S.A.), pomimo, że jej cena brutto zaoferowana w ofercie jest wyższa niż cena brutto w ofercie protestującego. Ponadto zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawa Zamówień Publicznych z powodu niewykluczenia firmy „Fazos" S.A., Która to firma nie załączyła do oferty opinii nt. upodatnienia obudowy wraz z opinią uprawnionej jednostki naukowo – badawczej Głównego Instytutu Górnictwa. Protestujący podniósł ponadto naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa Zamówień Publicznych poprzez nie odrzucenie oferty firmy Fazos S.A. pomimo, że z rysunków załączonych do oferty (Załącznik nr 11) wynika, że nie spełniono warunku wyprowadzenie gniazd umożliwiających zabudowę zaworów szybkoupustowych i dolnego przyłącza zamka hydraulicznego stojaka powyżej górnej krawędzi spągnicy, jak to wynika z wymogu pkt III ust. 4 zał. Nr 1 do SIWZ.

W dniu 12.11.2007 r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu poprzez odrzucenie zarzutu związanego z ceną brutto oraz oddalenie dwóch pozostałych zarzutów. Wskazał na to, że w ofercie Fazos S.A. została poprawiona omyłka rachunkowa w obliczeniu ceny na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 1 Prawa Zamówień Publicznych, o czym poinformował protestującego, a ten nie wniósł w związku z tym protestu, co powoduje niemożność rozpatrywania tego zarzutu i konieczność jego odrzucenia, ponieważ jest złożony po terminie. W stosunku do zarzutu nie dołączenia do oferty opinii upodatnienia obudowy wskazał, że nie wymagał jej. Ponadto wskazał, że nie wymagał rysunków technicznych, z których wynikałyby szczegółowe rozwiązania techniczne konstrukcji obudowy.

Od takiego rozstrzygnięcia protestu wykonawca ZMG „Glinik" S.A. wniósł w dniu 16.11.2007 r. Odwołanie wskazując w nim, że Zamawiający dokonał naruszenia art. 180 ust. 2 i ust. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie protestu w zakresie zarzutu dotyczącego ceny brutto wybranej oferty, ponieważ protest został wniesiony z zachowaniem terminu, gdyż o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia powzięto wiadomość w dacie doręczenia Odwołującemu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i zdarzenie to przesądziło o rozpoczęciu biegu terminu na wniesienie protestu.

Ponadto Odwołujący, 16.11.2007 tak jak w proteście wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 91 w zw. z art. 88 ust. 1 pkt 3 lit a) ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych „FAZOS" S.A. (zwanej dalej „Fazos" S.A.) pomimo, że jej cena brutto zaoferowana w ofercie jest wyższa niż cena brutto w ofercie protestującego. Argumentacja związana z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z powodu nie wykluczenia firmy „Fazos" S.A., która to firma nie załączyła do oferty opinii nt. upodatnienia budowy wraz z opinią uprawnionej jednostki naukowo – badawczej Głównego Instytutu Górnictwa również znalazła swoje odniesienie w odwołaniu. Ponadto w odwołaniu miejsce znalazł zarzut związany z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa Zamówień Publicznych poprzez nie odrzucenie oferty firmy Fazos S.A,. pomimo, że z rysunków załączonych do oferty (Załącznik nr 11) wynikało, że nie spełniono warunku wyprowadzenia gniazd umożliwiających zabudowę zaworów szybkoupustowych i dolnego przyłącza zamka hydraulicznego stojaka powyżej górnej krawędzi spągnicy jak to wynika z wymogu pkt III ust. 4 zał. Nr 1 do SIWZ.

W dniu 7.12.2007 r. wpłynęło przystąpienie do odwołania, które złożył wykonawca „Fazos" S.A., w którym wskazał swój interes prawny w rozstrzygnięciu odwołania oraz zażądał odrzucenia odwołania w całości jako bezzasadnego. Ponadto zajęto stanowisko w całości popierające Zamawiającego.

Izba zważyła i ustaliła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu związanego z prawidłowością poprawy ceny w ofercie firmy „Fazos" S.A. stwierdzić należało poprawność argumentacji podniesionej przez Zamawiającego, a dotyczącej spóźnienia tego zarzutu. Izba wskazuje przede wszystkim na odrębność czasową czynności poprawy ceny oferty oraz informacji o wynikach postępowania. Fakt bezczynności wykonawcy w momencie otrzymania informacji o poprawieniu oferty firmy Fazos S.A., pomimo, że miał on zagwarantowany termin na wniesienie protestu wynikający z ustawy Prawo Zamówień Publicznych spowodował negatywne skutki w zakresie możliwości dalszego korzystania ze środków ochrony prawnej. Izba nie stwierdziła, że niemożność skorzystania ze środków ochrony prawnej w przypadku tego zarzutu spowodowała ograniczenie praw odwołującego w całym postępowaniu. Jak wynika bezpośrednio z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Określenie „można było powziąć" w odniesieniu do stanu faktycznego, jaki wynika z przeprowadzonego postępowania

odwoławczego nie może być inaczej zinterpretowane jak konieczność wniesienia protestu w ciągu 7 dni od dnia powzięcia informacji o dokonaniu czynności poprawienia ceny w ofercie „Fazos" S.A. Izba nie podziela argumentacji Odwołującego opartej o to, że dopiero wynik oceny ofert powoduje rozpoczęcie biegu tego terminu gdyż do tego momentu interes prawny nie doznał uszczerbku. Przede wszystkim wskazać należało na treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, z którego bezpośrednio wynika, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W stanie faktycznym wynikającym z przedmiotowego postępowania Odwołujący mógł powziąć wiadomość o tym, że jego interes prawny może doznać uszczerbku w wyniku ewentualnego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w momencie otrzymania informacji o poprawieniu ceny w ofercie firmy Fazos S.A. Tym samym wtedy właśnie nastąpiła konieczność skorzystania ze środków ochrony prawnej. W wyniku powyższego Izba uznała, że zarzuty podniesione w proteście a następnie w odwołaniu związane z nieprawidłowościami w zakresie poprawienia ceny w ofercie „Fazos" S.A. są spóźnione w wyniku, czego podlegać powinny odrzuceniu. Z tego również w konsekwencji wynika niezasadność zarzutu wskazanego w odwołaniu a polegającego na naruszeniu art. 180 ust. 2 i ust. 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez odrzucenie protestu w zakresie zarzutu dotyczącego ceny brutto wybranej oferty. W związku z powyższym Izba uznała, że z powodu niedotrzymania terminu na skorzystanie ze środków ochrony prawnej rozpatrywanie ewentualnej zasadności tego zarzutu nie jest możliwe.

Jak słusznie wskazał Zamawiający – opinia na temat upodatnienia obudowy wraz z opinią uprawnionej jednostki naukowo – badawczej Głównego Instytutu Górnictwa nie była wymagana w SIWZ. Należy tutaj wskazać zapisy Specyfikacji w tym zakresie – konkretnie pkt 5 w załączniku nr 1 do SIWZ gdzie Zamawiający wskazał, czego wymaga na etapie składania ofert w tym zakresie – miały to być:

- rysunki poglądowe sekcji obudowy zmechanizowanej liniowej i sekcji skrajnej z minimalnym i maksymalnym zakresie pracy, w rzucie z boku wraz z podstawowymi wymiarami,

- oświadczenie, że wraz z dostawą pierwszej sekcji zostanie dostarczone dopuszczenie Prezesa WUG lub deklaracja zgodności WE,

- opinia będąca dokumentacją pracy badawczej w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego,

Zamawiający wskazał ponadto, że w pkt 6 załącznika nr 1 do SIWZ żądał, że wraz z dostawą wykonawca powinien dostarczyć wymagane przepisami dokumenty – po 5 kompletów w formie drukowanej i 5 kompletów na nośniku elektronicznym.

Wynika z tego, że jeśli nawet można by wskazać konieczność dostarczenia przedmiotowej opinii, to powinno nastąpić na etapie dostawy pierwszej sekcji. Dlatego też Izba uznała przedmiotowy zarzut za niezasadny.

W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, z uwagi na niespełnienie warunku wyprowadzenia gniazd umożliwiających zabudowę zaworów szybkoupustowych i dolnego przyłącza zamka hydraulicznego stojaka powyżej górnej krawędzi spągnicy stwierdzić należało, że w ocenie zespołu orzekającego Izby, nie znajduje uzasadnienia.

Zgodnie ze SIWZ (str. 1 załącznika nr 1), Zamawiający wymagał, aby wszystkie sekcje były przystosowane i wyposażone do pracy w pokładach tąpiących. W przypadku zastosowania zaworów szybko-upustowych, gniazda (przyłącza) umożliwiające ich zabudowę w stojaku, powinny być wyprowadzone powyżej górnej krawędzi spągnicy. Przy zastosowaniu tego typu zaworów zakres pracy obudowy w pokładach tąpiących musi zostać potwierdzony opinią jednostki notyfikacyjnej, dołączonej do instrukcji lub DTR obudowy, a więc już na etapie realizacji zamówienia.

Izba nie podzieliła zdania odwołującego, z którego wynikało, że rysunki, stanowiące załącznik nr 11 do oferty firmy FAZOS S.A. (str. 109 i 110 oferty), jednoznacznie wskazywały, na nie spełnianie warunku wyprowadzenia gniazd umożliwiających odpowiednią zabudowę zaworów szybko-upustowych. Mając na uwadze okoliczności przywołane na rozprawie, a także zapisy SIWZ, zespół orzekający uznał, iż dołączone do oferty rysunki poglądowe nie stanowią wystarczającej podstawy, do stwierdzenia niezgodności treści oferty w tym zakresie. Zgodnie z zapisami SIWZ, złożenie rysunków poglądowych miało na celu dostarczenie Zamawiającemu informacji o sekcji obudowy zmechanizowanej liniowej i sekcji skrajnej w minimalnym i maksymalnym zakresie pracy, w rzucie z boku wraz z podstawowymi wymiarami. Nie stanowiły one natomiast rysunku technicznego, wskazującego na wszystkie szczegóły techniczne przedstawionego rozwiązania. Potwierdzają to również wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego, który stwierdził, że rysunki poglądowe miały na celu uzyskanie informacji o gabarytach zewnętrznych obudowy, pod kątem dokonania oceny możliwości sprowadzenia urządzenia pod ziemię. Zamawiający nie miał zamiaru dokonywać szczegółowej analizy zaproponowanych rozwiązań, stawiając jedynie wymagania konieczne dla oferowanych urządzeń. W zakresie dotyczącym wymogu będącego przedmiotem sporu, Wykonawca złożył oświadczenie o zgodności z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego (str. 9 oferty), które potwierdza, że przy zastosowaniu zaworów szybko-upustowych gniazda (przyłącza) umożliwiające ich zabudowę w stojaku są wyprowadzone powyżej górnej granicy spągnicy. W ocenie składu orzekającego Izby, sposób przedstawienia rysunków poglądowych, nie stanowi dostatecznej podstawy do podważenia treści złożonego oświadczenia.

Za uzasadnione koszty Zamawiającego Izba uznała kwotę 2000 zł tytułem zastępstwa prawnego.

W związku z powyższym postanowiono jak w sentencji.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w.....**.....**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....