

WYROK

z dnia 29 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Izabela Niedziałek
Andrzej Niwicki

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

COMPLEX S.A. Al. Piłsudskiego 143, 92-332 Łódź

od rozstrzygnięcia przez zamawiających

BOT KWB Bełchatów S.A. Rogowiec ul. Św. Barbary 3, 97-400 Bełchatów,

BOT Elektrownia Bełchatów S.A. ul. Energetyczna 7, 97-400 Bełchatów,

BOT KWB Turów S.A. 59-916 Bogatynia 3,

BOT Elektrownia Turów S.A. ul. Młodych Energetyków 12, 59-916

Bogatynia,

BOT Elektrownia Opole S.A. 46-021 Brzeziny k. Opola

w których imieniu postępowanie prowadzi pełnomocnik

BOT Górnictwo i Energetyka S.A. Al. Piłsudskiego 12, 90-051 Łódź

protestu z dnia 28 marca 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz XXX po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża COMPLEX S.A. Al. Piłsudskiego 143, 92-332 Łódź nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez COMPLEX S.A. Al. Piłsudskiego 143, 92-332 Łódź,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez COMPLEX S.A. Al. Piłsudskiego 143, 92-332 Łódź na rzecz Zamawiających stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz COMPLEX S.A. Al. Piłsudskiego 143, 92-332 Łódź.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę łożysk dla Spółek Grupy BOT nr postępowania BOT/SL/0032/08* (w odwołaniu: *dostawę łożysk mało- i wielkogabarytowych nr BOT/SL/0032/08*), którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego, w celu zawarcia umowy ramowej. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z 15 marca

2008 r. (sobota) pod numerem 2008/S 53-072379. Wartość zamówienia przekracza 412.000 euro.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona 17 marca 2008 r. (poniedziałek) na stronie www.bot.pl.

Odwołujący, w terminie zgodnym z art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wniósł protest na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia żądając jej modyfikacji poprzez wykreślenie:

1. z punktu 3.2. zdania „Zamawiający może dokonać modyfikacji warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej, jeżeli modyfikacja ta nie będzie istotna”,
2. punktu 4.4. lit. b,
3. punktu 7.1. lit. g.

Zdaniem Odwołującego powyższa treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia narusza art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez przygotowanie postępowania w sposób wyłączający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez wymaganie 50% udziału towarów z państw członkowskich UE lub państw, z którymi WE zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców nie dla całej oferty, lecz dla poszczególnych jej elementów, a także przez wprowadzenie odniesienia do czynników rynkowych, na które żaden z wykonawców nie może mieć wpływu.

W punkcie 4.4. lit. b Zamawiający wymagają, aby w każdej pozycji formularza cenowego udział łożysk z państw członkowskich UE lub państw, z którymi WE zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców wynosił ponad 50%, tymczasem art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do takiego udziału w całej ofercie. Dodatkowo, jeżeli w danej pozycji zamówienie dotyczy jednego łożyska, jest to niemożliwe i tym bardziej wskazuje na to, że powinno się brać pod uwagę całą ofertę.

Ponadto w modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 27 marca 2008 r. pojawił się zapis, iż 50% udział nie dotyczy łożysk, których wyłącznymi krajami pochodzenia są państwa nie będące członkami

UE lub państwa, z którymi WE zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców.

Zdaniem Odwołującego wykonawcy nie mają obowiązku sprawdzać, w jakich krajach są produkowane łożyska, które zamierzają zaoferować. Poza tym może dojść do zmiany realiów rynkowych (miejsca produkcji), na które wykonawcy nie mają wpływu, co z kolei może prowadzić do nierównego traktowania przedsiębiorców. Dlatego, w ocenie Odwołującego, specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie powinna w ogóle zawierać ograniczeń co do pochodzenia łożysk.

Odwołujący wniósł również o wykreślenie z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia punktu 3.2. – nie jest bowiem dopuszczalne, aby Zamawiający mógł dokonywać modyfikacji warunków zamówienia w stosunku do uprzednio określonych w dokumentacji postępowania (poza wyjątkami przewidzianymi w ustawie Prawo zamówień publicznych).

Również wymaganie określone w punkcie 7.1. lit. g jest bezpodstawne i nieznajdujące oparcia w przepisach, tym bardziej, że obrót łożyskami i innymi towarami będącymi przedmiotem zamówienia nie wymaga pozwoleń, koncesji ani zgody, ponadto nie ma dla Zamawiającego znaczenia, czy wykonawca jest producentem łożysk, czy ich sprzedawcą.

Zamawiający nie rozstrzygnął powyższego protestu co, zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uznaje się za jego oddalenie.

11 kwietnia 2008 r. (wpływ do UZP 14 kwietnia 2008 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym powtórzył swoje zarzuty i żądania z protestu dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez przygotowanie postępowania w sposób wyłączający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez wymaganie 50% udziału towarów z państw członkowskich UE lub państw, z którymi WE zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców nie dla całej oferty, lecz dla

poszczególnych jej elementów, a także przez wprowadzenie odniesienia do czynników rynkowych, na które żaden z wykonawców nie może mieć wpływu (co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) wnosząc o nakazanie Zamawiającemu zmianę kwestionowanych punktów 3.2., 4.4. lit. b i 7.1. lit. g specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Punkt 4.4. lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia po modyfikacji z 27 marca 2008 r. brzmi: *wykonawcy składając ofertę w niniejszym postępowaniu powinni uwzględnić:*

a) wymagania techniczne (...),

b) dla każdej pozycji – ponad 50% udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, z wyjątkiem tych łożysk, których wyłącznymi krajami pochodzenia są państwa nie będące członkiem Unii Europejskiej lub państwa, z którymi Wspólnota Europejska nie zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców. Określony w lit. b warunek jest sugestią pełnomocnika zamawiających, którego niespełnienie na etapie składania ofert do umowy ramowej może rodzić skutki prawne w postaci odrzucenia ofert składanych do umów wykonawczych.

W modyfikacji z 27 marca 2008 r. Zamawiający w następujący sposób uzasadnił ten zapis specyfikacji istotnych warunków zamówienia: zgodnie z punktem 14.3. lit. j specyfikacji istotnych warunków zamówienia niespełnienie warunku 50% udziału towarów z krajów UE lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców spowoduje odrzucenie oferty, a Zamawiający, w trakcie realizacji zamówień objętych umową ramową (zwanych przez Zamawiających „postępowaniami wykonawczymi” lub „zamówieniami wykonawczymi”) powołają się na tę przesłankę odrzucenia oferty. Natomiast w poszczególnych „zamówieniach wykonawczych” podział pozycji i ilości asortymentu może być dokonany w ten sposób, że wykonawca, który nie uwzględni tych 50%

w poszczególnych pozycjach, nie będzie w stanie spełnić tego 50% warunku i jego oferta będzie musiała zostać odrzucona (poza wymienionym w punkcie 4.4. lit. b wyjątkiem).

Jak więc wynika z powyższego zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyjaśnienia w modyfikacji z 27 marca 2008 r. Zamawiający nie nakłada na wykonawców obowiązku, aby ponadpięćdziesięcioprocentowy udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców uwzględniać w każdej pozycji formularza cenowego, lecz zwraca uwagę na konsekwencje, jakie wybór producenta i kraju pochodzenia towaru w ofercie składanej w przedmiotowym postępowaniu może mieć dla ofert składanych w przyszłych „postępowaniach wykonawczych”.

W związku z tym skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający nie naruszył przepisu art. 138 c ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z punktem 7.1. lit. g specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu mieli złożyć *oświadczenie, iż są producentem przedmiotu zamówienia lub, w przypadku, gdy nie są producentem przedmiotu zamówienia, oświadczenie producenta, że uprawnia wykonawcę do obrotu handlowego przedmiotem zamówienia lub zapewnia dostarczenie wykonawcy przedmiotu zamówienia w celu realizacji dostaw w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – oświadczenie nie dotyczy przedmiotu zamówienia zgłoszonego przez BOT Elektrownia Turów S.A. w poz. 107, 108, 111, 114-117, 137 i 138.*

Oświadczenia te miały potwierdzać spełnienie warunku opisanego w punkcie 6.2. lit. b drugi tiret specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym *o zawarcie umowy ramowej mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a mianowicie są producentem przedmiotu zamówienia lub są przedstawicielem handlowym*

producenta przedmiotu zamówienia lub posiadają zdolność do nabycia przedmiotu zamówienia w celu realizacji dostaw wynikających z niniejszego postępowania.

Odwołujący podczas rozprawy stwierdził, iż zapis punktu 7.1. lit. g specyfikacji istotnych warunków zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ stawia producentów w korzystniejszej sytuacji niż sprzedawców, gdyż producenci, zainteresowani udziałem w postępowaniu i jego rozstrzygnięciem na swoją korzyść mogą odmówić wydania takiego zaświadczenia konkurentowi. Poza tym, zgodnie z art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający sektorowy może wymagać innych dokumentów niż określone w „rozporządzeniu o dokumentach”, jednak muszą być to dokumenty istotne dla rozstrzygnięcia postępowania i niezbędne do jego przeprowadzenia.

Natomiast zdaniem Zamawiającego, taki dokument od producenta zabezpiecza wiarygodność i pewność dostaw i to, iż wykonawca będzie miał możliwość realizacji umowy, co dla Zamawiających jest bardzo istotne.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż w przypadku zamówień sektorowych, zgodnie z art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może żądać przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykraczających poza zakres rozporządzenia wykonawczego do art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oświadczenie żądane przez Zamawiających w punkcie 7.1. lit. g specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest takim dokumentem. W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający decydując się na podpisanie umowy ramowej na okres trzech lat jednocześnie niejako uzależnia się od wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniach objętych tą umową ramową, dlatego jego wymaganie, aby wykonawca chociaż w minimalny sposób zagwarantował udział w owych „zamówieniach wykonawczych” i dostawę przedmiotu zamówienia nie można uznać za nieuzasadnione.

W stosunku do zarzutu nierównego traktowania producentów i wykonawców nie będących producentami, trudno porównywać sytuację

producenta i sprzedawcy danych produktów, ponieważ zawsze istnieje dysproporcja pomiędzy nimi – producent znajduje się w lepszej sytuacji z powodu pierwszeństwa w dostępie do produkowanych przez siebie towarów, jednak sprzedawca oferujący produkty różnych producentów ma większą możliwość wyboru pomiędzy produktami tych producentów. Taka sama sytuacja występuje w przypadku żądania dokumentów pochodzących od producenta (a ma to miejsce w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i jest uważane za uzasadnione).

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

W trakcie rozprawy pełnomocnik Odwołującego oświadczył, iż rezygnuje z popierania żądania dotyczącego zmiany punktu 3.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ze względu na zapis art. 101 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający, udzielając zamówień, których przedmiot objęty jest umową ramową, może dokonać modyfikacji warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej, jeżeli modyfikacja ta nie jest istotna. W związku z powyższym skład orzekający Izby nie rozpatrywał powyższego zarzutu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....