

WYROK

z dnia 22 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Barbara Bettman
	Jolanta Markowska
Protokolant:	Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych ENERGOPOL-WSK S.A., Kozięgłowy, ul. Zielona 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 19 grudnia 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych ENERGOPOL-WSK S.A., Kozięgłowy, ul. Zielona 1 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych ENERGOPOL-WSK S.A., Kozięgłowy, ul. Zielona 1,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych ENERGOPOL-WSK S.A., Kozięgłowy, ul. Zielona 1.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Kompania Węglowa S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na obsługę zwału sprzętem ciężkim do wykonania robót związanych z formowaniem i utrzymaniem zwałowiska węgla oraz obsługą punktów drobnej sprzedaży KWK „Jankowice” w okresie 12 miesięcy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 września 2008 r. pod numerem 2008/S 185-245548.

W dniu 12 grudnia 2008 r. (pismem z dnia 10 grudnia 2008 r.) Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Largo - Trade Sp. z o.o.

Na powyższą czynność Zamawiającego protest wniósł w dniu 19 grudnia 2008 r. Wykonawca Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych ENERGOPOL-WSK S.A. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp

Protestujący stwierdził, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Podniósł, iż Largo - Trade Sp. z o.o. w Załączniku nr 5 do swojej oferty wskazała, iż w jej dyspozycji jest spycharka typu T-130 (rok produkcji 1984) o mocy 130kW, co według obliczeń Protestującego powinno odpowiadać 176,8KM, podczas gdy w rzeczywistości spycharka ta posiada niższą moc niż wymagana w Specyfikacji, tj. 160KM. Na potwierdzenie powyższego Protestujący załączył do protestu oświadczenie bezpośredniego importera maszyn gaśnicowych typu T-130 rosyjskiej fabryki CAZ w Czelabińsku - Przedsiębiorstwa Remontowo-Handlowego „RENOX” s.j. Mirosław Wielechowski z dnia 16 listopada 2005 r.

Protestujący podniósł zarzut niezgodności oferty Largo – Trade Sp. z o.o. z treścią Specyfikacji także w zakresie spycharki o mocy co najmniej 150kW. Wskazał, iż Wykonawca ten w Załączniku nr 5 oświadczył, że w jego dyspozycji jest spycharka typu TD-15C (rok produkcji 1990) o mocy 150kW, co zgodnie z wyliczeniami Protestującego odpowiada 204KM. Zdaniem Protestującego, w rzeczywistości spycharka ta posiada moc zaledwie 153KM, co nie jest zgodne z wymogiem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Na dowód powyższego Protestujący załączył pismo producenta spycharek typu TD 15C - Biura Serwisu Huty Stalowa Wola z dnia 21 lutego 2008 r. (znak HS/510/2008).

Zarzut niezgodności treści oferty Largo - Trade Sp. z o.o. z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczy również pozycji IV w Załączniku nr 5 do

Specyfikacji, gdzie ww. Wykonawca oświadczył, iż w jego dyspozycji jest koparka typu „Ostrówek” (rok produkcji 1992) o mocy 52KM. Zdaniem Protestującego, w rzeczywistości koparka ta posiada łyżkę podsiębierną, co w istotny sposób zmienia charakterystykę pracy maszyny, prowadząc do zdecydowanie niższej, niż oczekiwana przez Zamawiającego, wydajności. Jako dowód na potwierdzenie powyższego Protestujący wskazał na specyfikację techniczną koparki, będącą w dyspozycji Largo - Trade Sp. z o.o.

Zdaniem Protestującego, „niezgodność merytoryczna, będąca efektem podania nieprawdziwych danych, jest oczywistą przesłanką skutkującą odrzuceniem oferty”. Na poparcie powyższego twierdzenia Protestujący przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 339/08) oraz z dnia 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 349/08).

Ponadto Protestujący wskazał, iż w świetle utrwalonego orzecznictwa niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Na potwierdzenie powyższego wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 218/08).

Protestujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Largo - Trade Sp. z o.o. oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 29 grudnia 2008 r. W ocenie Zamawiającego, żądanie odrzucenia oferty Wykonawcy Largo – Trade Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest nadmierne i niezgodne ze stanem faktycznym, wobec czego oddalił protest jako bezzasadny. Jednocześnie Zamawiający uznał, iż postawione w proteście zarzuty mogą budzić wątpliwości co do spełniania przez ww. Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Stwierdził, iż postawione zarzuty powinny dotyczyć naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i skutkować wezwaniem Wykonawcy do wyjaśnienia bądź uzupełnienia złożonych dokumentów. Zamawiający zobowiązał się do powtórzenia czynności badania i oceny oferty Largo – Trade Sp. z o.o. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 169/08) i wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 10 stycznia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/3052/06).

Wobec powyższej decyzji Zamawiającego Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich i Remontowych ENERGOPOL-WSK S.A. wniosło w dniu 8 stycznia 2008 r.

odwołanie zarzucając Zamawiającemu jak w proteście, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście stwierdzając jednocześnie, iż Largo – Trade Sp. z o.o. oferując przedmiot zamówienia niezgodny z treścią Specyfikacji złożyła tym samym nieprawdziwe oświadczenia. Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do protestu oraz opinii biegłego sądowego w zakresie konstrukcji maszyn drogowych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Largo – Trade Sp. z o.o. oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Odwołujący, wobec złożenia przez Zamawiającego oświadczenia, iż Zamawiający nie kwestionuje faktu, że urządzenia, co do których toczy się spór, powinny mieć parametry i funkcjonalność określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wycofał wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Analizując dokumentację postępowania Izba dokonała następujących ustaleń:

Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 3 860 000,00 zł, co stanowi równowartość 995 589,48 euro.

Jednym z warunków udziału w postępowaniu było dysponowanie odpowiednim sprzętem. W pkt X ppkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał wykazania się przez Wykonawców dysponowaniem m.in.:

- syparką o lemieszach półwklęsłych o mocy co najmniej 130kW i szerokości lemiesza nie mniejszej niż 3m,
- syparką o lemieszach półwklęsłych o mocy co najmniej 150kW i szerokości lemiesza nie mniejszej niż 3m,
- koparką o pojemności łyżki przedsiębiernej co najmniej 0,5m³.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku Zamawiający wymagał złożenia wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia maszyn, jakimi dysponuje Wykonawca (posiada Podwykonawca), zgodnie z Załącznikiem nr 5 do Specyfikacji (pkt XII ppkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia).

Wykonawca Largo – Trade Sp. z o.o. wypełnił i załączył do oferty *Wykaz spełniania istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych* (Załącznik nr 2a),

w którym oświadczył, iż dysponuje spycharką o mocy co najmniej 130kW z lemieszem półwklęsłym o szerokości co najmniej 3m, spycharką o mocy co najmniej 150kW z lemieszem półwklęsłym o szerokości co najmniej 3m oraz koparką o pojemności łyżki przedsiębiernej co najmniej 0,5m³. Wykonawca ten złożył również Załącznik nr 5 *Wykaz sprzętu jakim dysponuje Wykonawca*, gdzie złożył następujące oświadczenia:

- w zakresie spycharki o mocy co najmniej 130kW i szerokości lemiesza nie mniejszej niż 3m: typ T-130, rok produkcji 1984, moc – 130kW,
- w zakresie spycharki o mocy co najmniej 150kW i szerokości lemiesza nie mniejszej niż 3m: typ T-15C, rok produkcji 1990, moc – 150kW,
- w zakresie koparki kołowej o pojemności łyżki przedsiębiernej co najmniej 0,5m³: typ Ostrówek, rok produkcji 1992, moc 52KM.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło trzech Wykonawców, jeden z nich został wykluczony z udziału w postępowaniu, jedna z ofert została odrzucona.

Jedynym kryterium oceny oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest cena.

Ranking ważnych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu kształtuje się następująco:

- Largo – Trade Sp. z o.o. – 3 220 800,00 zł,
- Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych ENERGOPOL – WSK S.A. – 4 556 700,00 zł.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie jest zasadne i jako takie podlega oddaleniu.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia środków ochrony prawnej.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Regulacja ta odnosi się do merytorycznej zgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Tymczasem, jak wskazano powyżej, wymagania w zakresie sprzętu, jakim powinni dysponować wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia stanowiły warunki udziału w postępowaniu. Nie wykazanie przez danego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu skutkuje wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu, podczas gdy na skutek niezgodności oferty z treścią Specyfikacji oferta podlega odrzuceniu. Odwołujący zdaje się nie widzieć powyższej różnicy.

Tymczasem obie instytucje służą realizacji innych celów. Warunki udziału w postępowaniu służą zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do realizacji danego zamówienia, natomiast Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia określa przedmiot zamówienia. Wobec powyższego, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała za chybiony.

Jednocześnie Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Złożone wraz z protestem pisma Przedsiębiorstwa Remontowo-Handlowego „RENOX” s.j. Mirosław Wielechowski z dnia 16 listopada 2005 r. oraz Biura Serwisu Huty Stalowa Wola z dnia 21 lutego 2008 r. nie mogą stanowić dowodu w przedmiotowej sprawie, nie odnoszą się one bowiem bezpośrednio do sprzętu zaoferowanego przez Largo – Trade Sp. z o.o. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który stwierdził, iż zaoferowane przez ww. Wykonawcę spycharki mogły zostać zmodernizowane, a co za tym idzie, mogą na dzień składania ofert posiadać inne funkcjonalności niż stwierdzone w ww. pismach. Ponadto Izba stwierdziła, iż pismo z dnia 16 listopada 2005 r. odnosi się do spycharek produkowanych w latach 1985 – 1995, podczas gdy spycharka typu T-130, dysponowanie którą wykazywała w ofercie Largo – Trade Sp. z o.o. została wyprodukowana, zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy, w roku 1984. Należy również podkreślić, iż Odwołujący nie przeprowadził dowodu na potwierdzenie faktu posiadania przez wskazaną w ofercie Largo – Trade Sp. z o.o. koparkę łyżki podsiębiernej zamiast przedsiębiernej, a zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), to Odwołujący jest zobowiązany do wskazywania dowodów na poparcie faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Izba stoi na stanowisku, iż w sytuacji, gdy podniesione przez Odwołującego argumenty wzbudziły wątpliwości Zamawiającego co do rzeczywistych funkcjonalności sprzętu wykazanego w ofercie Largo – Trade Sp. z o.o., ma on prawo do powtórzenia czynności. Dokumenty, w których ww. Wykonawca złożył oświadczenie w zakresie dysponowania sprzętem stanowią dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, mogą podlegać uzupełnieniu, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bądź wyjaśnieniu w myśl art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy Pzp na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....