

Sygn. akt: KIO 1659/11

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2011 r. przez **Odwołującego - Grupa Kapitałowa „Wonam” S.A.**, ul. Dworcowa 13, 43-200 Pszczyna w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Katowicki Holding Węglowy S.A.**, ul. Damrota 16 - 18, 40-022 Katowice

przy udziale wykonawcy **Eurotech Sp. z o.o.**, 41-906 Bytom, ul. Konstytucji 150 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania **obciąża Odwołującego - Grupa Kapitałowa „Wonam” S.A.**, ul. Dworcowa 13, 43-200 Pszczyna, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Grupa Kapitałowa „Wonam” S.A.**, ul. Dworcowa 13, 43-200 Pszczyna, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Grupy Kapitałowej Wonam S.A., 43-200 Pszczyna, Ul. Dworcowa 13** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16 - 18, 40-022 Katowice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie urządzeń instalacji odzysku ciepła z układu chłodzenia klimatyzacji grupowej w rejonie szybu „III” KHW SA KWK „Wujek” Ruch „Śląsk”.

W dniu 27.07.2011 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu - Grupa Kapitałowa „Wonam” S.A., ul. Dworcowa 13, 43-200 Pszczyna informację o odrzuceniu jego oferty, jednocześnie informując, iż jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez wykonawcę Eurotech sp. z o.o. w Bytomiu.

Jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał niezłączenie do oferty wymaganego harmonogramu wykonania robót, zaś podstawę prawną odrzucenia stanowił zaś przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższymi czynnościami Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, który w dniu 4.08.2011r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej – jego zdaniem - z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu złożonej przez niego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym zarzutem Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Według Odwołującego wymagany przez Zamawiającego harmonogram wykonania robót, którego Odwołujący w wyniku przeoczenia nie dołączył do składanej przez siebie oferty, stanowi dokument mający potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 cyt. wyżej ustawy Pzp.

Wywodził, że powyższe wynika z samego charakteru dokumentu będącego harmonogramem, który nie odnosi się do właściwości samego Wykonawcy, a więc nie wiąże się z jego sytuacją podmiotową i jako taki nie służy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Twierdził, że celem, dla którego Zamawiający żądał złożenia harmonogramu, jaki można zrekonstruować z całokształtu zapisów SIWZ, było umożliwienie sobie dokonywania należytych odbiorów elementów bądź etapów realizacji zamówienia, na co wskazuje chociażby zapis punktu V.2 rozdziału II SIWZ.

Podniósł, że Zamawiający nie wzywając Odwołującego do złożenia brakującego harmonogramu naruszył obciążające go obowiązki ustawowe, a decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego była przedwczesna i bezpodstawna.

Zwrócił również uwagę, że Zamawiający naruszył także ogólną zasadę nakazującą prowadzenie postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie ogółu wykonawców, wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Podniósł, że Wykonawca, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą, nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania wymaganego doświadczenia. Stwierdził, że złożone przez niego referencje nie odpowiadają wymogom SIWZ, a mimo to Zamawiający uznał, że Wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Odwołujący jednak w odwołaniu nie wskazał braku spełniania przez referencje wykonawcy konkurencyjnego wymogów SIWZ.

W dniu 5.08.2011r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Eurotech Sp. z o.o., ul. Konstytucji 150, 41-906 Bytom wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę Odwołującego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący zgodnie wnosili o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 26 ust.3, art.89 ust.1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Przedmiotem sporu pomiędzy stronami była kwestia oceny zasadności odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, że podstawę do żądania przez Zamawiającego prawidłowej treści oferty stanowił harmonogram wykonania robót w zakresie zgłoszonego zarzutu, który wynikał z rozdziału I pkt 10 ppkt 13 lit.h postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W myśl cyt. wyżej postanowień SIWZ oferta musiała obowiązkowo zawierać harmonogram wykonania robót.

Nie mogła zatem znaleźć uznania Izby argumentacja Odwołującego o przedmiotowym charakterze tego dokumentu określonym w art.25 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba dostrzegła, iż wprowadzona przez Zamawiającego systematyka SIWZ wraz uregulowaniami rozdziału I pkt 6 SIWZ - wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie

wykonawca winien dostarczyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazują w sposób jednoznaczny na zamiar prowadzącego przetarg do unormowania w sposób zamknięty możliwej do żądania dokumentacji zarówno przedmiotowej, jak i podmiotowej.

W rozdziale I pkt 6 SIWZ harmonogram wykonania robót nie został przez Zamawiającego wymieniony jako dokument podmiotowy lub przedmiotowy podlegający uzupełnieniu stosownie do przepisu art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Nadto należy stwierdzić, że żądany przez Zamawiającego harmonogram wykonania robót nie mógł zostać uznany przez Izbę za dokument mający potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy, usługi, roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego stosownie do przepisu art.25 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem znaczenie tego dokumentu ma charakter merytoryczny i sprowadza się do etapowego określenia terminów wykonania przedmiotu zamówienia i sposobu spełnienia świadczenia, co według Izby oznacza essentialia negotii, bez których nie byłoby w ogóle możliwe zaciągnięcie zobowiązania, w aspekcie aktualnej treści SIWZ.

Należy wskazać również, iż stosownie do postanowień pkt 3 ppkt 4 zdanie 2 rozdziału IV IPU odbiorom miesięcznym podlegać będą elementy bądź etapy realizacji zamówienia wykonane całkowicie i bez usterek zgodnie z załączonym kosztorysem rzeczowo – finansowym przedmiotu zamówienia i harmonogramem wykonania robót załączonym do umowy. Z brzmienia powyższego postanowienia wynika, iż harmonogram wykonania robót musi być załączony do umowy w celu terminowego zagwarantowania odbiorów robót, a te zaś wykonane całkowicie i bezusterkowo stanowiąc będą podstawę do wystawienia faktury i w rezultacie do zapłaty wynagrodzenia. Powołane wyżej postanowienia SIWZ wskazują – zdaniem Izby - na istotny charakter harmonogramu wykonania robót. Nie zmieniają tego charakteru również postanowienia rozdziału IV pkt 3 ppkt 16 IPU statuujące obowiązek wykonawcy bieżącego utrzymywania zgodności harmonogramu z dokumentacją umowy oraz prowadzenia należytej dokumentacji w celu uzasadnienia faktycznego czasu trwania działalności i terminów jej zakończenia.

Zgodnie z art. 66 § 1 kodeksu cywilnego oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.

Brak zatem takich istotnych postanowień umownych jak szczegółowy harmonogram wykonania robót można by potraktować jako niekompletne oświadczenie woli, które

ogranicza możliwość określenia zainteresowania wykonawcy wykonaniem przedmiotu zamówienia w określonych terminach.

Z powyższych względów Izba uznała przedmiotowy harmonogram wykonania robót za element treści złożonej oferty.

Jednocześnie należy wskazać, iż na gruncie art. 87 ust.1 zd.2 ustawy Pzp niedopuszczalne jest co do zasady prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust.1a i 2 tego przepisu, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Wobec tego nie można Zamawiającemu czynić zarzutu, iż odrzucił ofertę Odwołującego, która nie zawierała pełnego oświadczenia woli i nie spełniała warunku SIWZ, a wobec tego należy uznać jej treść za pozostającą w sprzeczności z treścią cyt. wyżej rozdziału I pkt 10 ppkt 13 lit h SIWZ.

Jednocześnie z racji uznania przez Izbę harmonogramu wykonania robót za element treści oferty bezprzedmiotowe byłoby wzywianie Odwołującego przez Zamawiającego do uzupełnienia tego dokumentu na zasadzie art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Nie można było także potraktować za zasługujący na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji przepisu art.7 ust.1 ustawy Pzp jako, że Odwołujący w odwołaniu w ogóle nie sprecyzował na czym ten zarzut polegał, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że złożone przez wykonawcę konkurencyjne referencje nie odpowiadają wymogom SIWZ. Zaznaczył przy tym, że okoliczność tą przywołał jedynie marginesowo, jako że nie wiąże się ona bezpośrednio z głównym zarzutem odwołania.

Na rozprawie argumentacja w powyższym zakresie w ogóle nie była podnoszona przez pełnomocnika Odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....