

WYROK
z dnia 14 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 maja 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2013 r. przez **Odwołującego** – Fayat Bomag Polska sp. z o.o., ul. Szyszkowa 52, 02-285 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Zakład Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o., Gać 90, 55-200 Oława,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Fayat Bomag Polska sp. z o.o., ul. Szyszkowa 52, 02-285 Warszawa, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Fayat Bomag Polska sp. z o.o., Ul. Szyszkowa 52, 02-285 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** - Fayat Bomag Polska sp. z o.o., ul. Szyszkowa 52, 02-285 Warszawa, na rzecz **Zamawiającego** - Zakład Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o., Gać 90, 55-200 Oława, kwotę **4 627 zł 12 gr** (słownie: cztery tysiące sześćset dwadzieścia siedem złotych dwanaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu oraz noclegu.

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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Gospodarowania Odpadami sp. z o.o., Gać 90; 55-200 Oława, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „*Kontrakt nr 12 <<Modernizacja i rozbudowa Zakładu Gospodarowania Odpadami w m. Gać. Dostawa pojazdów i maszyn>>*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 lutego 2013 roku pod numerem 2013/S 023-035500.

Zamawiający dnia 18 kwietnia 2013 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dnia 29 kwietnia 2013 roku wykonawca Fayat Bomag Polska Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 52; 02-258 Warszawa (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach II części zamówienia, z powodu niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, oraz czynności polegającej na wykluczeniu Fayat Bomag Polska Sp. z o.o. z postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu błędne zastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, w stosunku do odwołującego, polegające na uznaniu, że odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu lub złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, co skutkowało wykluczeniem odwołującego się z postępowania, a w konsekwencji błędne zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonej przez odwołującego oferty,
- 2) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztami wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego według norm przepisanych.

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania.

Zamawiający, dnia 2 maja 2013 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający, dnia 10 maja 2013 roku złożył odpowiedź odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód w postaci dokumentów załączonych do odwołania, jak i dokumentów składających się na dokumentację przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący wskazał, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający, pismem z dnia 18 kwietnia 2013 roku, przekazał odwołującemu informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Zamawiający poinformował, że unieważnił przedmiotowe postępowanie (w części II zamówienia), gdyż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, co wypełniło przesłankę z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Ponadto zamawiający poinformował wykonawców, iż wykluczył odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

W toku prowadzonego postępowania odwoławczego, zamawiający doprecyzował, iż podstawą wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania było niewykazanie przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. wykluczył odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający podał, iż jedynie z ostrożności wskazał, że istnieje również przesłanka do wykluczenia

odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jednakże zamawiający nie zastosował tego przepisu w odniesieniu do odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w opinii odwołującego, należało go uznać za bezzasadny. Zamawiający skierował do odwołującego wezwanie do złożenia nowego załącznika nr 4 do oferty, a wezwanie to odwołujący wykonał zgodnie z jego treścią.

Wskazać należy, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisał warunek udziału w postępowaniu (dotyczący wiedzy i doświadczenia) w ten sposób, iż w pkt 9.7.2 s.i.w.z. zamawiający w odniesieniu do części drugiej zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia wskazał, że: *„Zamawiający wymaga, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie o realizację przedmiotowego zamówienia, wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, dostawy co najmniej dwóch sztuk kompaktorów, w ramach których każdy dostarczony kompaktor spełnia następujące minimalne wymagania:*

- 1) *pojazd fabrycznie nowy,*
- 2) *masa - nie mniej niż 23 tony,*
- 3) *moc max silnika - nie mniej niż 230 KM,*
- 4) *napęd na wszystkie koła z mechaniczną blokadą dyferencjału,*
- 5) *4 koła zagęszczające o liczbie kołków zagęszczających - min. 20 sztuk/ koło”.*

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, nr 1817) zamawiający na stronie 8 w lit. a s.i.w.z. wskazał, że: *„Celem spełnienia tego warunku Wykonawcy zobowiązani są złożyć wykaz wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wraz z podaniem ich rodzaju, daty, miejsca wykonania, danych odbiorcy (zgodny z wzorem stanowiącym Załącznik nr 4 do niniejszego IDW”.*

Ponadto, w pkt 14.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający dopuścił możliwość samodzielnego przygotowania dokumentów przez wykonawców z zastrzeżeniem, że powinny być one przygotowane na podstawie wzorów stanowiących załączniki do s.i.w.z.

Odwołujący w ofercie z dnia 8 marca 2013 roku złożył załącznik nr 4, który - zdaniem zamawiającego - nie zawierał wymaganych informacji dotyczących minimalnych parametrów technicznych dostarczonych kompaktorów.

W kolumnie: *Przedmiot zamówienia (rodzaj dostawy)* odwołujący podał bowiem tylko nazwy dostarczonych kompaktorów.

W konsekwencji powyższego, zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp pismem z dnia 25 marca 2013 r. wezwał odwołującego do złożenia załącznika nr 4, który będzie zawierał informacje dotyczące minimalnych parametrów technicznych.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący przedstawił nowy załącznik nr 4.

Uzupełniony (nowy) załącznik nr 4, zdaniem zamawiającego, także nie zawierał informacji dotyczących minimalnych parametrów technicznych dostarczonych kompaktorów.

W treści załącznika odwołujący oświadczył, że: „ (...) *wszystkie maszyny wyszczególnione w powyższej tabelce spełniają minimalne wymagania podane przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia*”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej sformułowanie użyte przez odwołującego jest stwierdzeniem wystarczającym, gdyż oświadczenie powyższe definiuje, iż wszystkie wymagane przez zamawiającego (w opisie warunku udziału w postępowaniu) parametry zostały spełnione. W zakresie tego oświadczenia mieszczą się zatem enumeratywnie wymienione poszczególne parametry i bezzasadnym zdaje się stanowisko zamawiającego o obowiązku przepisywania wszystkich wyszczególnionych przez niego w s.i.w.z. parametrów. Oświadczenie odwołującego w tym zakresie kompensuje wymaganie zamawiającego, co do wszystkich wymienionych w warunku parametrów.

Odrębną kwestią jest fakt, iż odwołujący nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał się doświadczeniem w dostawie kompaktorów, które wyposażone były w napęd na wszystkie koła z mechaniczną blokadą dyferencjału.

W toku prowadzonego postępowania Izba ustaliła, co potwierdził również odwołujący, że przedmiotem wykazanych w załączniku Nr 4 dostaw były kompaktory z hydrauliczną blokadą dyferencjału.

Izba wskazuje, w tym zakresie, na błędną interpretację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poczynioną przez odwołującego, który opis przedmiotu zamówienia odczytuje łącznie z warunkami udziału w postępowaniu i ich opisem. Zdaniem Izby opis przedmiotu zamówienia stanowi odrębną część s.i.w.z., w której zamawiający maksymalnie dokładnie i szczegółowo opisuje produkt finalny, jaki zamierza otrzymać w wyniku prowadzonej procedury udzielenia zamówienia publicznego. Opis oczywiście winien odpowiadać przepisom art. 29 – 31 ustawy Pzp. Natomiast warunki udziału w postępowaniu i opis ich spełniania stanowi odrębny element, który służyć ma ocenie podmiotowej wykonawcy i nie należy odczytywać go łącznie z opisem przedmiotu zamówienia. Są to bowiem dwa, różne od siebie, w stosunku do których ustawodawca przewidział odmienne sankcje prawne, elementy, których ocenę zamawiający prowadzi w sposób odpowiednio do nich przewidziany.

Powyższe oznacza, co znalazło swoje potwierdzenie w okolicznościach przedmiotowego postępowania, że wykonawca składając swoją ofertę w zakresie przedmiotu zamówienia spełnia wymagania zamawiającego, natomiast w odniesieniu do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu – takiego wymogu nie spełnia.

Przenosząc powyższą sytuację na grunt niniejszego postępowania, wskazać należy, że odwołujący błędnie utożsamiał dopuszczoną przez zamawiającego równoważność blokady mechanicznej i blokady hydraulicznej na możliwość wykazania się doświadczeniem w realizowaniu dostaw, których przedmiotem był komparator z blokadą hydrauliczną.

Zdaniem Izby, zamawiający jednoznacznie wskazał, opisując sposób spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, iż w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku dopuścił wyłącznie możliwość wykazania się dostawą kompaktora z napędem na wszystkie koła z mechaniczną blokadą dyferencjału. Załączenie do oferty załącznika Nr 4 z wykazem wykonanych dostaw, gdzie odwołujący wyłącznie wykazał realizację dostaw kompaktorów z hydrauliczną blokadą dyferencjału musiało wywołać skutek w postaci wykluczenia wykonawcy odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który podniesiony został przez odwołującego z ostrożności procesowej z uwagi na fakt, iż zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania/wykluczeniu wykonawców wskazał na taką alternatywną ewentualność Izba stwierdziła, że zamawiający nie miał podstaw do takiego twierdzenia.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie sposób wywieść, iż odwołujący złożył nieprawdziwe informacje. Wskazać bowiem należy na fakt, iż odwołujący od samego początku, tj. od momentu składania ofert, następnie w trakcie prowadzonej z zamawiającym korespondencji, jak i na rozprawie jednoznacznie oświadczał o przedmiocie swojej oferty i zdobytym do tej pory doświadczeniu. Odwołujący wskazywał, że zarówno przedmiot oferty, jak też wykazane w załączniku Nr 4 dostawy dotyczyły kompaktorów z hydrauliczną blokadą dyferencjału. Tym samym zamawiający od początku wiedział, jakie jest stanowisko odwołującego w tym zakresie. Okoliczność, iż odwołujący powoływał się na zdobyte w tym zakresie doświadczenie nie koresponduje z warunkiem ustanowionym przez zamawiającego, wywołana została jedynie przez błędne uznanie, że zamawiający dopuścił w zakresie potwierdzenia spełniania warunku również kompaktory z hydrauliczną blokadą dyferencjału. Błąd, co do możliwości wykazania się doświadczeniem tego rodzaju urządzeń wynikał

z wadliwego przyjęcia przez odwołującego równoważności opisu przedmiotu zamówienia z warunkiem udziału w postępowaniu. Jednakże błąd ten nie może obciążać odwołującego zarzutem złożenia nieprawdziwych informacji, a jedynie co znalazło swoje potwierdzenie niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego z przedmiotowego, a w braku ważnych ofert prawidłowo unieważnił przedmiotowe postępowanie w zakresie części II zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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: