

Sygn. akt: KIO 1546/13

WYROK
z dnia 11 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **24 czerwca 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., ul. Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kompania Węglowa S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,**

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER O..... K....., Interstalex P..... K....., Częstochowska 19, 42-714 Lisów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., ul. Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., ul. Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., ul. Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski** na rzecz zamawiającego **Kompania Węglowa S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) 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 **Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa strzemion do łączenia elementów obudowy chodnikowej V do Oddziałów Kompanii Węglowej SA w latach 2013-2014«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **27.04.2013 r.** pod nrem **2013/S 083-140294.**

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **13.06.2013 r.** odwołującego o uznaniu za nieodrzucone ofert wykonawców (a) Huta Łabędy S.A. i (b) Dremex Sp. z o.o. oraz braku ich wykluczenia oraz zaproszeniu do aukcji elektronicznej.

Wykonawca Dremex Sp. z.o.o., zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **24.05.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie w zakresie **części nr 2 i 6** na naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTER” O..... K..... oraz INTERSTALEX P..... K.....) pomimo tego, że nie wnieśli oni wadium do upływu terminu składani ofert;
- 2) art. 91a ust. 1 w zw. z art. 91b ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w okolicznościach braku złożenia co najmniej trzech ofert niepodlegających odrzuceniu, co nastąpiło na skutek zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z udziału postępowaniu (w zakresie zadań nr 2 i 6);
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieodrzucone oferty ww. wykonawców pomimo tego, że oferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji w zakresie normy PN-G-15011.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania stwierdzając naruszenie przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania oraz o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert wraz z wykluczeniem z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to jest konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTER” O..... K..... oraz INTERSTALEX P..... K..... lub odrzuceniem oferty tego konsorcjum;
- 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami związanymi z udziałem w rozprawie fachowego pełnomocnika.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dostawa strzemion do łączenia elementów obudowy chodnikowej o profilu V do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w latach 2013-2014 w trybie przetargu nieograniczonego”.

Pismem z 13 czerwca 2013 r. zamawiający poinformował wykonawców, że zgodnie z art. 91b ust. 1 Pzp zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej w zadaniach nr 2 i 6 wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, tj.: (a) odwołującego, (b) wykonawca Huta Łąbędy S.A., (3) konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTER” O..... K..... oraz INTERSTALEX P..... K.....

Zamawiający przewidział w specyfikacji aukcję elektroniczną.

Zgodnie z art. 91a ust. 1 Pzp warunkiem przeprowadzenia aukcji elektronicznej jest złożenie co najmniej trzech ofert niepodlegających odrzuceniu. Składając odwołanie Odwołujący zauważa, że Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTER” O..... K..... oraz INTERSTALEX P..... K..... powinno zostać wykluczone z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, gdyż wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

Stosownie do art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Powołane Konsorcjum składając ofertę złożyło (str. 176 oferty) gwarancje ubezpieczeniową wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group w Warszawie. W treści dokumentu zaznaczono, że jego wystawienie jest konsekwencją działania na zlecenie Przedsiębiorstwa Wielobranżowego MONTER O..... K..... Nie odwołano się natomiast w żaden sposób do INTERSTALEX P..... K..... Wynika z tego niepodważalnie, że **gwarancję**

**wystawiono na zlecenie tylko i wyłącznie Przedsiębiorstwa Wielobranżowego
MONTER O..... K.....**

Tymczasem wykonawcą biorącym udział w postępowaniu jest Konsorcjum dwóch podmiotów gospodarczych. To one wspólnie, zgodnie z art. 2 pkt 11 Pzp, są podmiotami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast treść gwarancji identyfikuje tylko i wyłącznie jeden z tych podmiotów, który indywidualnie nie ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe twierdzenia mają oparcie w stanowisku prezentowanym przez Krajową Izbę Odwoławczą np. w wyroku z 4 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 149/13.

W świetle zarzutów sformułowanych przez odwołującego należy dojść do wniosku, że zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną w okolicznościach braku ku temu podstaw prawnych. Gdyby odrzucił ofertę złożoną przez konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTER” O..... K..... oraz INTERSTALEX P..... K..... aukcja elektroniczna nie miałaby racji bytu, gdyż złożone zostały ponadto tylko dwie oferty: odwołującego oraz Huty Łabędy S.A. Zaznaczenia wymaga, że jedynym kryterium oceny ofert była cena.

Oferta Odwołującego była najniższa; została więc wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów, które mają wpływ na wynik postępowania i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący ponadto podnosi, że oferowany przez ww. konsorcjum przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji. Zamawiający określił w pkt 2 Wymagania szczegółowe dla strzemion ujętych w poszczególnych zadaniach część I Wymagania prawne i wymagane parametry techniczno-użytkowe dla strzemion dwujarzmowych oszczędnościowych (SDO) ujętych w zadaniach nr 1 2 i 3, pkt 5).

Strzemiona powinny być wykonane w typie: strzemiona dwujarzmowe oszczędnościowe (SDO) w odmianie podstawowej w wersji z zabierakami zgodnie z normą PN-G-15011:2011 oraz w części II wymagania prawne i wymagane parametry techniczno-użytkowe dla strzemion oszczędnościowych (SDO) o podwyższonych parametrach mechanicznych ujętych w zadaniach nr 4, 5 i 6 pkt 5) Strzemiona powinny być wykonane w typie: strzemiona dwujarzmowe oszczędnościowe (SDOw) w odmianie wzmocnionej w wersji z zabierakami zgodnie z normą PN-G-15011:2011. Jarzma dolne strzemion górnych i jarzma górne strzemion dolnych powinny posiadać zabieraki. Jarzma dolne i górne strzemion środkowych nie posiadają zabieraków.

Mianowicie z oferty wynika, że konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTER” O..... K..... oraz INTERSTALEX P..... K..... na stronie 47 oferty przedstawiony certyfikat nr KOMAG/13/B/OI 14 zawiera informację, że dotyczy typów (odmian) SDOG29, SDOD29, SDOS29 są to typy niezgodne z normą PN-G-15011:2011 pkt

4.1.1, która to wyróżnia typy SD, SDO, SDK, SDw, SDOw, SKN, SKW, oraz na stronie 49 oferty przedstawiony Certyfikat KOMAG12/B/5 zawiera informację, że dotyczy typów (odmian) SDOG32/34/36, SDOD32/34/36, SDOS32/34/36 są to typy niezgodne z normą PN-G-15011:2011 pkt 4.1.1, która to wyróżnia typy SD, SDO, SDK, SDw, SDOw, SKN, SKW SDOD32/34/36 w związku z powyższym oferowane typy są niezgodne z wymaganiami specyfikacji.

Zgodnie z art. 91b ust. 1 Pzp Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

„Udział w aukcji wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu skutkować musi unieważnieniem aukcji elektronicznej przeprowadzonej z udziałem tej oferty, gdyż niewątpliwie ma on zwykle wpływ na wynik aukcji, a tym samym na wybór oferty najkorzystniejszej; jako konsekwencja dokonywanych przez wykonawców w ramach aukcji postąpień” (tak KIO w wyroku z dnia 12 grudnia 2011 r., KIO 2555/11).

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **24.06.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **25.06.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

26.06.2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTER” O..... K....., ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów (pełnomocnik) oraz [2] INTERSTALEX P..... K....., ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

05.07.2013 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie:

- 1) odwołujący wniósł odwołanie 24.06.13 r., gdy uzyskał wiadomość o niewykluczeniu kwestionowanego wykonawcy, a treść oferty była znana od 10.06.13;
- 2) wadium było właściwe w związku z tym zamawiający nie miał prawa wykluczyć wskazanego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp;
- 3) oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania specyfikacji i dlatego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;

- 4) zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia kwestionowanego wykonawcy ani odrzucenia jego oferty, w związku z tym miał obowiązek przeprowadzenia aukcji i zaproszenia wykonawcy do aukcji.

Zamawiający zażądał oddalenia odwołania i zaliczenia kosztów pełnomocnika do kosztów postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTER” O..... K..... oraz INTERSTALEX P..... K....., pomimo tego, że nie wnieśli oni wadium do upływu terminu składani ofert – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w cz. XVIII ust. 1 specyfikacji ustanowił wadium na ogólną kwotę 264 000,00 zł dla wykonawców składających ofertę na wszystkie części zamówienia. Jednocześnie zamawiający wskazał konkretne wysokości wadium dla wykonawców ubiegających się o zamówienie tylko w poszczególnych częściach zamówienia. Dla zadań [części] nr 2, 3 i 6, w których wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTER” O..... K..... oraz INTERSTALEX P..... K....., zwani dalej przystępującym, złożyli ofertę kwota ta wynosiła 152 000,00 zł, a przystępujący złożył gwarancję na kwotę 228 000,00 zł.

Jednak odwołujący kwestionuje, że gwarancja wadialna opiewa na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie na obu z nich i w dokumencie wadialnym brak jest odniesienia do drugiego z wykonawców. Zdaniem odwołującego powinno to powodować wykluczenie przystępującego z postępowania. Odwołujący na poparcie swojego stanowiska przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 149/13, jednak odnosił się do odmiennego stanu faktycznego.

Skład orzekający Izby, za zamawiającym stwierdza, że zamawiający nie wskazał w specyfikacji żadnych wymagań, co do wnoszenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym wykonawca mógł złożyć gwarancję wadialną, która spełnia cel wadium – zabezpieczenie interesu zamawiającego w przypadku, gdy w postępowaniu wskazanym w treści gwarancji wystąpią przesłanki określone w art. 46 ust. 4a lub ust. 5 Pzp. Nie jest konieczne wyliczanie w treści gwarancji wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia. Przepis art. 46 ust. 4a Pzp brzmi: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”. Przepis art. 46 ust. 5 Pzp brzmi: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.

Podobne stanowisko wyraziła Izba w wyroku z 5 lutego 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 99/09. Izba podziela stanowiska Sądu Okręgowego w Poznaniu z 12 maja 2006 r. sygn. akt II Ca 489/06 i Sądu Okręgowego w Częstochowie z 7 września 2005 r. sygn. akt VI Ca 527/05, że nie ma przeszkód do uznania, że członkowie konsorcjum odpowiadają za obowiązek zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z uczestników konsorcjum. Jeśli umowa stanie się niemożliwa do zawarcia z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie, to sytuacja ta będzie równoznaczna z niemożliwością podpisania tej umowy przez lidera konsorcjum. W ocenie Izby oferta złożona przez przystępującego została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy, pomimo że nie zawiera w swej treści odniesienia do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z tym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nie potwierdził się.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieodrzućenie oferty ww. wykonawców pomimo tego, że oferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji w zakresie normy PN-G-15011 – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący stwierdził, że treść certyfikatu KOMAG SDOG29 nie odpowiada specyfikacji, str. 23 część pierwsza pkt 5 i str. 25 część druga pkt 5. Postanowienia certyfikatu odnoszą się do typu strzemion SDOG29 i SDOD29 i SDOS29 i są to typy zgodne z normą PNG ust. 4.1.1, która takich typów nie wyróżnia.

Jednak na stronie 47 i n. oferty przystępującego, wszędzie jest oznaczenie typu SDO czyli zgodność z wymogami specyfikacji w wykonaniu podstawowym i wzmocnionym o żądanej wielkości 29 i rodzajach: górne, środkowe i dolne. Czyli potwierdzenie zgodności z załącznikiem nr 1 do specyfikacji. Załączone certyfikaty odnosiły się do oferowanych wyrobów spełniając wymagania zamawiającego.

Wobec tego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie może zostać uwzględniony.

Ze względu na to, że odwołujący nie wykazał, że wskazany wykonawca [przystępujący] podlega wykluczeniu bądź jego oferta podlega odrzuceniu – odwołujący nie ma podstaw do stawiania zarzutu, że zamawiający naruszył art. 91a ust. 1 w zw. z art. 91b ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w okolicznościach braku złożenia co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu, co nastąpiło na skutek zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu (w zakresie zadań nr 2 i 6).

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....