

POSTANOWIENIE
z dnia 5 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziar

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 5 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2014 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „ELTEKON PGP” Sp. z o.o., ul. Elizy Orzeszkowej 2, 41-103 Siemianowice Śląskie** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „ELTEKON PGP” Sp. z o.o., ul. Elizy Orzeszkowej 2, 41-103 Siemianowice Śląskie** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „ELTEKON PGP” Sp. z o.o., ul. Elizy Orzeszkowej 2, 41-103 Siemianowice Śląskie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowo-Produkcyjnego „ELTEKON PGP” Sp. z o.o., ul. Elizy Orzeszkowej 2, 41-103 Siemianowice Śląskie** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług w zakresie sprzętu ciężkiego na zwałach węgla i osadnikach mułowych dla KWK S.A. Oddział „BIELSZOWICE” w okresie 24 miesięcy” wykonawca – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „ELTEKON PGP” Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowanie nieuczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ, poprzez zmianę:
 - a) formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ w zakresie opisu kolumny 5 tabeli 1, poprzez zastosowanie określenia normatywnego fabrycznego średniego zużycia paliwa,
 - b) pkt XIV ppkt 4 SIWZ, poprzez przyjęcie treści: „W przypadku maszyn i urządzeń rozliczanych z wykorzystaniem elektronicznego systemu zarządzania maszynami (Tabela 1 formularza ofertowego) po przeprowadzonej aukcji elektronicznej obniżone zostaną zarówno ceny jednostkowe dyspozycyjnego czasu pracy oraz normatywne zużycie paliwa”.
2. nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) przedmiotowego postępowania zawiera szereg postanowień, które skutkują tym, że prowadzone postępowanie uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że po zapoznaniu się z treścią ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu zauważył, że niektórzy oferenci przy wypełnianiu kolumny nr 5 tabeli 1 – załącznik nr 2 do SIWZ (normatywne zużycie paliwa) podali niewiarygodne, znacznie zaniżone w stosunku do fabrycznych norm zużycie paliwa.

Oświadczył, że pismem z dnia 12 grudnia 2013 r. zwracał zamawiającemu uwagę, że dopuszczenie do manipulacji wartością normatywnego zużycia paliwa jest naruszeniem art. 29 ust. 1 i art. 7 pkt 1 ustawy Pzp.

Oświadczył nadto, że na innym etapie nie mógł przewidzieć skutków, jakie niesie ze sobą niejednoznaczny opis kolumn 5 tabeli 1 załącznika nr 2 do SIWZ.

W ocenie odwołującego: „zezwolenie na manipulowanie normami zużycia paliwa i przenoszenie kosztów do wartości godziny dyspozycyjnej prowadzi w swojej konsekwencji do wypaczenia algorytmu opisanego w pkt XIV SIWZ”.

Oświadczył, że pismem z dnia 31 stycznia 2014 r. ponownie podniósł sprawę naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1, a nadto art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i ponownie wskazał, że nieprecyzyjny sposób opisu kolumny 5 tabeli 1 załącznika nr 2 do SIWZ ma wpływ na stosowanie algorytmu opisanego w pkt XIV SIWZ.

W dalszej części odwołania odwołujący wskazał, że „przez nieprecyzyjny opis kolumn 5 tabeli 1 załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający dopuścił możliwość manipulowania wielkością normatywnego zużycia paliwa przez jej dowolne zaniżanie z jednoczesnym przenoszeniem kosztów związanych ze zużytym paliwem do jednostkowej ceny dyspozycyjnego czasu pracy. Skutkiem powyższego, wykonawcy podając rzetelne dane przy wypełnianiu tabeli 1 załącznika nr 2 do SIWZ zostali poddani nieuczciwej konkurencji”.

Odwołujący podał wreszcie, że w dniu 17 lutego 2014 r. otrzymał zaproszenie do aukcji elektronicznej, co jest jednoznaczne z nieuwzględnieniem przez zamawiającego jego uwag dotyczących naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł również, że „określenie przez Zamawiającego w SIWZ przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu powinno odbywać się z uwzględnieniem dyspozycji art. 29 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp”.

Odwołanie zostało wniesione z naruszeniem art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. po upływie terminu określonego w ustawie Pzp, co obligowało skład orzekający Izby do jego odrzucenia.

Jak ustalił skład orzekający Izby odwołanie zostało wniesione wobec nieprecyzyjnej treści formularza ofertowego (kolumna 5 tabeli 1), który stanowił załącznik nr 2 do SIWZ, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione na czynność zamawiającego, polegającą na sporządzeniu SIWZ, czego potwierdzeniem jest sformułowane przez odwołującego żądanie nakazania zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ w sposób przez odwołującego wskazany.

Treść SIWZ została udostępniona wykonawcom, w tym odwołującemu, w dniu 16 listopada 2013 r., toteż niewątpliwie w dniu 21 lutego 2014 r., kiedy odwołanie zostało wniesione, upłynął już 10-cio dniowy termin na wniesienie odwołania na treść

(postanowienia) SIWZ (art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – odwołanie złożono w postępowaniu, którego wartość jest powyżej tzw. progów unijnych).

Jednocześnie skład orzekający Izby wskazuje, że odwołujący podając jakoby niektórzy oferenci przy wypełnianiu kolumny nr 5 tabeli 1 – załącznik nr 2 do SIWZ (normatywne zużycie paliwa) podali niewiarygodne, znacznie zaniżone w stosunku do fabrycznych norm zużycie paliwa, nie sformułował żadnego zarzutu wobec treści oferty któregośkolwiek z wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu i zostali zaproszeni do aukcji elektronicznej, stąd nie sposób przyjąć, że zamawiający dopuścił się jakiegokolwiek zaniechania, nie odrzucając oferty takiego wykonawcy.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, abstrahując od niespójności stanowiska odwołującego, który w odwołaniu bezsprzecznie podnosił nieprecyzyjność postanowień SIWZ, zaś na posiedzeniu prezentował stanowisko, że „istniał jedyny zgodny z wymogiem Zamawiającego sposób wypełnienia formularza, tj. miało to być wpisanie normatywnego zużycia paliwa, którego rozumienie, wedle Odwołującego, nie pozostawia wątpliwości”, co sugeruje, że inni wykonawcy nieprawidłowo wypełnili formularz, co być może winno skutkować odrzuceniem ofert tych wykonawców, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający przeprowadził już aukcję elektroniczną, jednak nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej, który to wybór musi nastąpić, aby zaktualizował się obowiązek zamawiającego, nałożony przepisem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, tj. m.in. zawiadomienie wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone (choć zdarza się, że praktyka zamawiających, którzy przewidzieli w postępowaniu aukcję elektroniczną bywa inna, tj. zamawiający przed przeprowadzeniem aukcji zawiadamiają uczestników o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni i o wykonawcach, których oferty podlegają odrzuceniu / zostały odrzucone). W ocenie składu orzekającego Izby kwestionowanie prawidłowości badania i oceny ofert przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wobec obowiązku poprzedzenia aukcji oceną ofert i wobec obowiązku łącznego zawiadomienia wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej (co jest możliwe po przeprowadzeniu aukcji) i ofertach, które zostały odrzucone, jest przedwczesne.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby odrzucił odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący: