

POSTANOWIENIE

z dnia 27 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **27 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2015 r.

przez wykonawcę: **SANDVIK POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup elementów narzędziowych wymiennych* (nr postępowania GEK/FZR-KWB/08881/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz SANDVIK POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawy pn. *Zakup elementów narzędziowych wymiennych* (nr postępowania GEK/FZR-KWB/08881/2014). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 7 października 2014 r. pod nr 2014/S_192-339721. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

8 stycznia 2015 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – SANDVIK POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {spółka zwana również dalej w skrócie „Sandvik”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu prowadzonego postępowania, w tym dla części I zamówienia: wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SEGER Cutting Tools O. M. sp. j. z siedzibą w Wiśniowej {spółka zwana również dalej w skrócie „Seger”, a także określana mianem „Wykonawcy” bez bliższego sprecyzowania}, a także o wykluczeniu z postępowania SANDVIK POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

19 stycznia 2015 r. Odwołujący wniósł – w formie pisemnej {pismo datowane na 14 stycznia 2015 r.} – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie {przy zachowaniu wymogu przesłania jego kopii Zamawiającemu} od powyższych czynności Zamawiającego, a także zaniechania wykluczenia Seger z postępowania i odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp: art. 7 ust. 2, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 30 oraz art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, gdyż Zamawiający:

1. Nie wykluczył Wykonawcy, pomimo że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. nie wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert zrealizował dostawy lub dostawę płytek odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, o łącznej ilości co najmniej: I część zamówienia – 20.000 szt.
2. Nie odrzucił oferty Wykonawcy, pomimo jej niezgodności z postanowieniami SIWZ, polegającej na tym, że Wykonawca złożył ofertę nieodpowiadającą przedmiotowi

zamówienia, tj. niespełniającą wymagań określonych przez Zamawiającego w części IV pkt 1,2 i 4 SIWZ dla części I zamówienia – płytki Baildonit lub równoważne.

3. Wykluczył Odwołującego, pomimo wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. złożenia zaświadczenia o niekaralności dla wszystkich członków zarządu, które potwierdzały spełnienie warunku udziału w przetargu na dzień, w którym upłynął termin składania ofert.
4. {ewentualnie w przypadku nieuwzględniania zarzutów wymienionych w pkt 1 i 2} Nie wezwał Wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonych dokumentów wymaganych zgodnie z postanowieniami SIWZ, względnie wyjaśniania treści oferty, pomimo że oferta budzi wątpliwości

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia Wykonawcy, względnie odrzucenia jego oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty
2. {ewentualnie przy uznaniu, że Odwołujący podlegał wykluczeniu} Unieważnienia postępowania.

Dodatkowo odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

{ad zarzutu nr 1}

Odwołujący zarzucił, że Wykonawca winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp (a jego oferta na podstawie art. 24 ust. 4 pzp uznana za odrzuconą), gdyż nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący podał, że Zamawiający w części II pkt 1 ppkt 2) SIWZ określił, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy zrealizowali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert dostawę lub dostawę płytek odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia o łącznej ilości co najmniej – I część zamówienia – 20.000 szt.

Natomiast w części IV SIWZ Zamawiający określił, że: *Przedmiotem zamówienia jest zakup płytek skrawających, płytek podporowych i łamaczy (kod CPV 44510000). Przedmiot zamówienia został podzielony na VII części – I część zamówienia – płytki Baildonit lub równoważne. Szczegółowy zakres przedmiotowy zamówienia określono w załączniku nr 5 do SIWZ, zawierającym specyfikację techniczną minimalnych parametrów technicznych przedmiotu zamówienia, ze wskazaniem, że należy ją traktować jako Specyfikację techniczną przedmiotu zamówienia o parametrach nie gorszych niż w niej przedstawiono.*

Ponadto Zamawiający w pkt 5 części IV SIWZ dopuścił rozwiązania równoważne w stosunku do płytek Baildonit, wymienionych z nazwy używanej przez producenta

Sygn. akt KIO 101/15

w wykazie, tj. załączniku nr 6a do SIWZ pn. *Formularz cenowy I część zamówienia – płytki Baildonit lub równoważne*. Uzasadnienie dla równoważności zostało opisane w formularzu technicznym – załączniku nr 5 do SIWZ.

Odwołujący zarzucił, że choć wykonawca złożył wykaz zrealizowanych dostaw, jednak wbrew złożonemu oświadczeniu wykaz ten nie potwierdza spełnienia powyżej przywołanego warunku udziału. W ocenie Odwołującego ponieważ Wykonawca wskazał na dostawy płytek innych niż płytki Baildonit, zatem powinny one spełniać wymóg równoważności w zakresie rodzaju dostarczanych płytek.

Odwołujący sprecyzował, że wykaz w następującym nie odpowiada wymaganiom SIWZ:

- lp. 1 płytka wieloostrowa do frezowania SPKN 1203 EDR-HPN w gatunku TT8020/Seeger, w liczbie 3180 szt. – nie spełnia wymogu równoważności z płytkami wieloostrowymi do frezowania SPKN 1203 EDR w gatunku SM25T/Baildonit (pkt 2 wykazu), określonego w załączniku nr 5 do SIWZ, a w szczególności w zakresie wskazanym w pkt II ppkt 2;
- lp. 2 płytka wieloostrowa do frezowania TPKN 1603 PPTR-GP w gatunku TT7080/Seeger, w liczbie 3180 szt. – nie spełnia wymogu równoważności z płytkami wieloostrowymi do frezowania TPKN 1603 PPR w gatunku SM25T/Baildonit (pkt 7 wykazu), określonego w załączniku nr 5 do SIWZ, a w szczególności w zakresie wskazanym w pkt II ppkt 2;
- lp. 3 płytka skrawająca TPKN 2204 PDR-HPN w gatunku TT8020/Seeger, w liczbie 5520 szt. nie spełnia wymogu równoważności z płytkami skrawającymi TPKN 2204 PPR w gatunku SM25T/Baildonit (pkt 17 wykazu), określonego w załączniku nr 5 do SIWZ, a w szczególności w zakresie wskazanym w pkt II ppkt 2. 1

Odwołujący podsumował, że łącznie na podaną liczbę 20840 szt. płytek 9420 szt. nie spełnia warunku równoważności zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ, co przesądza o niewykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu.

{ad zarzutu nr 2}

Odwołujący zarzucił, że oferta Wykonawcy winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, z uwagi na jej niezgodność z wymaganiami określonymi w części IV pkt 1, 2 i 4 SIWZ dla części I zamówienia – płytki Baildonit lub równoważne.

Odwołujący podał, że Zamawiający określił w załączniku nr 5 do SIWZ jakie cechy techniczne, funkcjonalne i jakościowe przedmiotu zamówienia będą decydowały o równoważności oferty, precyzując jednocześnie, że jest to specyfikacja techniczna stanowiąca minimalne wymagania techniczne dla przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zrelacjonował również, że Wykonawca w formularzu cenowym dla I części zamówienia – płytki Baildonit lub równoważne dla większości pozycji złożył ofertę na płytki równoważne dla płytek Baildonit.

Sygn. akt KIO 101/15

Odwołujący powołał się na to, że ustawa pzp w przypadku złożenia oferty równoważnej zobowiązuje wykonawcę do wykazania, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego (art. 30 ust 5).

Odwołujący zarzucił, że Wykonawca obowiązku tego nie wykonał. Nie został też wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący sprecyzował, że analiza cech płytek zaoferowanych przez Wykonawcę prowadzi do wniosku, że nie odpowiadają one przedmiotowi zamówienia w następującym zakresie (lp. odnosi się do liczby porządkowej w formularzu cenowym dla części I):

- lp. 2, 4, 7, 17, 28, 31 i 37 – nie spełniają wymogu równoważności z płytkami Baildonit wskazanymi przez Zamawiającego, w szczególności w zakresie pkt II ppkt 2 załącznika nr 5 do SIWZ;
- lp. 19, 21, 25 – nie spełniają wymogu równoważności z płytkami Baildonit wskazanymi przez Zamawiającego, w szczególności w zakresie pkt II ppkt 1 załącznika nr 5 do SIWZ;
- lp. 39 i 40 – nie spełniają wymogu równoważności z płytkami Baildonit wskazanymi przez Zamawiającego, w szczególności w zakresie pkt II ppkt 4 załącznika nr 5 do SIWZ.

Odwołujący podsumował, że ponieważ zaoferowane przez Wykonawcę narzędzia nie posiadają cech technicznych, jakościowych i funkcjonalnych wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ, złożona oferta nie jest równoważna.

{ad zarzutu nr 3}

Odwołujący zarzucił, że został wykluczony pomimo złożenia zaświadczenia o niekaralności dla wszystkich członków zarządu, w tym dla G. B. i J. H., które potwierdzały spełnienie warunku udziału w przetargu na dzień, w którym upłynął termin składania ofert.

Odwołujący opisał, że do oferty dołączył zaświadczenia o niekaralności dla członków zarządu Spółki tj. G. B., E. R. S. oraz J. H., wystawione przez polskie Biuro Informacji Krajowego Rejestru Karnego 18.07.2014 r., a zatem wystawione nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, który wyznaczono na 17.11.2014 r.

Odwołujący wyjaśnił, że osoby te w 2014 r. czasowo zamieszkiwały także w Polsce, z uwagi na wykonywanie obowiązków członków zarządu w Spółce Odwołującego.

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze, że G. B. i J. H. są obywatelami Szwecji, a więc państwa członkowskiego Unii Europejskiej, mogli oni skorzystać z prawa jakie przysługuje im na podstawie art. 7 ust. 1a ustawy z dnia z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (t.j. Dz.U.2012.654, z późn.zm.), zgodnie z którym *każdemu obywatelowi Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej oraz każdej osobie, która mieszka lub mieszkała w jednym z tych państw, przysługuje, prawo do złożenia do Rejestru wniosku o wystąpienie z zapytaniem o informację dotyczącą jego osoby zawartą w rejestrze karnym innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, jeżeli jest lub była*

obywatelem państwa, do którego kierowane jest zapytanie, lub mieszka albo mieszkała na jego terytorium.

Odwołujący podniósł, że z powyższego przepisu, jak też przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 kwietnia 2012 r. w sprawie wzoru formularza zapytania o udzielenie informacji pochodzących z rejestru karnego i odpowiedzi na zapytanie, wykorzystywanego między organami centralnymi państw członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U.2012.487) wprost wynika, że zaświadczenie o niekaralności wydane osobom będącym obywatelami innych państw członkowskich UE przez polskie Biuro Informacji Krajowego Rejestru Karnego zawiera informację dotyczącą tych osób, a pochodzącą z rejestru karnego państwa UE, którego obywatelami są te osoby lub na którego terytorium zamieszkują.

Odwołujący wskazał, że pomimo przedstawienia wyżej opisanych zaświadczeń Zamawiający wezwał go do uzupełnienia oferty przez złożenie zaświadczeń wydanych przez podmioty właściwe dla miejsca zamieszkania wszystkich członków zarządu, wyznaczając termin do 8.12.2014r. do godz. 11.00. Odwołujący złożył stosowne zaświadczenia w wyznaczonym terminie. Jednak w stosunku do G. B. i J. H. Zamawiający uznał, że zaświadczenia te nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu na dzień, w którym minął termin składania ofert.

Odwołujący stwierdził, że nie może zgodzić się z takim stanowiskiem Zamawiającego, gdyż z treści zaświadczeń wydanych przez polskie Biuro Informacji Krajowego Rejestru Karnego jasno wynika, że spełniają oni warunek niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp, nie później niż w dniu, w którym minął termin składania ofert. Natomiast powszechnie obowiązujące przepisy prawa upoważniają obywateli Szwecji do uzyskania zaświadczenia o niekaralności za pośrednictwem polskiego Biura Informacji KRK.

Odwołujący dodał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak też sądów administracyjnych utrwalony jest pogląd, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma jedynie służyć realizacji zasad przewidzianych w ustawie pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę przede wszystkim cel ustawy pzp, którym w tym przypadku jest ustalenie niekaralności członków zarządu (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 r., sygn. akt X Ga 23/07.).

Odwołujący podsumował, że skoro przepisy ustawy pzp i warunki SIWZ w stosunku do osób mających siedzibę poza RP dopuszczają nawet możliwość złożenia oświadczenia o niekaralności, w przypadku gdy w miejscu zamieszkania nie wydaje się zaświadczeń o niekaralności (co ma miejsce w przypadku obywateli Szwecji), oczywistym jest, że uzyskane za pośrednictwem polskiego Biura Informacji Krajowego Rejestru Karnego zaświadczenia o niekaralności na podstawie danych z rejestru karnego miejsca

Sygn. akt KIO 101/15

zamieszkania tych osób, cel ten realizuje i potwierdza spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w piśmie z 20 stycznia 2015 r. poinformował Izbę, że 19 stycznia 2015 r. kopia odwołania została przekazana drogą elektroniczną SEGER Cutting Tools O. M. sp. j. (jedynemu Wykonawcy, który oprócz Odwołującego złożył ofertę na część I zamówienia), a także wysłana w tym dniu listem poleconym.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

27 stycznia 2015 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wniesionym przez Sandvik w prowadzonym postępowaniu. Wobec powyższego, działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp, wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że 27 stycznia 2015 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w części I zamówienia i ponownie dokona czynności oceny ofert, o czym poinformował obu wykonawców.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zamawiający w piśmie z 27 stycznia 2015 r. w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania

Sygn. akt KIO 101/15

odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w prowadzonym postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron tego postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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: