

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 09 września 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**  
**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 03 i 09 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego 27 sierpnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex sp. z o.o. (ul. Rudna Mała 49, 36-060 Głogów Małopolski)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa strzemion do łączenia elementów obudowy chodnikowej V do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w latach 2013-2014 prowadzonym przez zamawiającego: Kompania Węglowa S.A. (ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice)

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego Huta Łabędy S.A. (ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice) po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Odrzuca odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex sp. z o.o. (ul. Rudna Mała 49, 36-060 Głogów Małopolski) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907) 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**

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. - prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. Dostawa strzemion do łączenia elementów obudowy chodnikowej V do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w latach 2013-2014. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 27 kwietnia 2013 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 083-140294.

W postępowaniu oferty złożyli wykonawcy: Huta Łabędy S.A., Dremex Sp. z o.o., wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Monter Olga Koza, Interstlex Paulina Koza. W dniu 18 czerwca 2013r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Monter Olga Koza, Interstlex Paulina Koza wnieśli odwołanie w zakresie zadania 2, 3 i 6 na czynność wyznaczenia na 19.06.2013 r: aukcji elektronicznej, wbrew postanowieniom specyfikacji (rozdział VII ust. 1 pkt 1); z uwagi na fakt, że we wszystkich 3 zadaniach [2, 3 i 6] nie został spełniony warunek złożenia co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu; zaniechania czynności oceny złożonych ofert z należytą starannością, a tym samym zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Huta Łabędy S.A., wykonawcy Dremex Sp. z o.o. z uwagi na brak spełnienia wymogów w zakresie przeprowadzenia badań zgodnie z normą PN- G-15011:2011 ust. 5 na oferowany przedmiot zamówienia. Zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust 3, art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 4, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp; art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91a ust. 1 i art. 91b ust. 1 Pzp w związku z treścią części VII ust. 1 pkt 1 specyfikacji. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i o: nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej wykonawców Huta Łabędy S.A i Dremex Sp. z o.o.; unieważnienia zaproszenia z uwagi na brak przesłanek do jej przeprowadzenia; nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty wykonawcy Huta Łabędy S.A i oferty wykonawcy Dremex Sp. z o.o.; nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W dniu 11 lipca 2013 roku Krajowa Izba Odwoławcza w postępowaniu o sygnaturze akt KIO 1479/13 wydała wyrok, uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej, unieważnienie aukcji elektronicznej, ponowne badanie i ocenę ofert. Zamawiający w dniu 29 lipca 2013 roku dokonał czynności unieważnienia zaproszenia do aukcji elektronicznej, unieważnienia aukcji elektronicznej oraz poinformował, że dokona ponownego badania i oceny ofert.

W dniu 1 sierpnia 2013 roku wezwał Wykonawcę Huta Łabędy S.A. do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumentu: sprawozdanie z badań wykonane zgodnie z normą PN-G-15011:2011 ust. 5 wykonane przez niezależną, uprawnioną jednostkę badawczą, zgodnie z załącznikiem nr 1 lit. C pkt 6, znajdującego się w katalogu dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Następnie Zamawiający zaprosił wykonawców, w tym wykonawcę Huta Łabędy S.A do udziału w aukcji elektronicznej.

W dniu 27 sierpnia 2013 r. Wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Hutę Łabędy S.A. w zakresie zadań nr 2, 3 i 6 do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1479/13; 2. art. 91a ust. 1 w zw. z art. 91 b ust. 1 ustawy poprzez zaproszenie wykonawców drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie zadań nr 2 i 6 w okolicznościach braku złożenia co najmniej trzech ofert niepodlegających odrzuceniu; 3. art. 26 ust. 3 ustawy poprzez wezwanie Huty Łabędy S.A. „do uzupełnienia treści oferty” przez przedłożenie wskazanych dokumentów w zakresie zadań nr 2,3 i 6 pomimo tego, że jej oferta podlegała odrzuceniu na podstawie ustawy oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1479/13; 4. art. 7 ust. 1 ustawy przez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, skutkiem naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy oraz wyroku KIO w zakresie zadań nr 2, 3 i 6.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu wyroku KIO 1479/13 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Huta Łabędy SA wykonała badania i uzyskała wyniki prawidłowości jedynie dla 3 próbek, dlatego też oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu w związku z niewykazaniem spełnienia wymogu specyfikacji. W związku z powyższym Zamawiający powinien wykonać wyrok przez odrzucenie oferty Wykonawcy Huta Łabędy S.A.

Izba ustaliła także, że zarzuty i żądania podniesione w odwołaniu nie dotyczą czynności badania i oceny oferty Huta Łabędy S.A. Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron potwierdził, że kwestia dotycząca złożonych przez wykonawcę Huta Łabędy dokumentów, po wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w dniu 8 sierpnia 2013 r., nie powinna być, w ocenie Odwołującego, rozpatrywana; w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie powinien wzywać do uzupełnienia dokumentów.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z artykułem 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Uwzględniając zatem powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołanie dotyczy bowiem czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby sygn. akt KIO 1479/13.

Należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza w postępowaniu o sygnaturze akt KIO 1479/13 wydała wyrok, uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej, unieważnienie aukcji elektronicznej, co zostało przez Zamawiającego wykonane w dniu 29 lipca 2013 roku.

W treści tego samego wyroku Izba nakazała ponowne badanie i ocenę ofert. Zamawiający w dniu 1 sierpnia 2013 roku wezwał Wykonawcę Huta Łabędy S.A. do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumentu wymaganego w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Należy w tym miejscu podkreślić, że czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumentów na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy i usługi wymagań SIWZ mieści się w dyspozycji wyroku: ponowne badanie i ocena ofert. Co więcej, przed odrzuceniem oferty, Zamawiający jest zobowiązany do dokonania takich czynności. Dodatkowo należy zauważyć, że artykuł 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje bardzo szeroko rozumianą możliwość uzupełnienia brakujących dokumentów, w tym także możliwość uzupełnienia dokumentów, które posiadały wszelkie braki czy wady, które skutkowały brakiem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Należy także podkreślić, że stosownie do artykułu 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba może orzekać wyłącznie co do zarzutów zawartych w odwołaniu. W postępowaniu o sygnaturze KIO 1479/13 Izba nie orzekała w zakresie artykułu 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż taki zarzut nie był przedmiotem odwołania, a zatem nie mógł także być przedmiotem rozważań Izby.

Izba zatem w wyroku KIO 1479/13 stwierdzając, że „Huta Łabędy SA wykonała badania i uzyskała wyniki prawidłowości jedynie dla 3 próbek, dlatego też oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu w związku z niewykazaniem spełnienia wymogu specyfikacji” mogła

ocenić brak spełnienia przez Wykonawcę wymagań SIWZ odnosząc się do załączonych w ofercie dokumentów. Izba w uzasadnieniu wskazała, że dokument, na chwilę oceny przez Izbę, nie spełniał wymagań SIWZ.

Wobec powyższego, należało stwierdzić, że wniesione przez Wykonawcę odwołanie dotyczyło czynności wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby (sygn. KIO 1479/13), w którym nakazano Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert.

Wobec stwierdzenia zajścia powyżej wskazanych przesłanek, badanych z urzędu, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obowiązkowemu odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego Izba działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 i 6 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), obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczzonego przez niego wpisu.

**Przewodniczący:** .....

