

Sygn. akt: KIO/UZP 829/08

**WYROK**  
z dnia 25 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Mazurek**

**Członkowie: Izabela Niedziałek  
Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **AZIS PLUS Sp. z o.o., ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie Zdrój** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 23 lipca 2008 r.,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GRUPA KAPITAŁOWA WONAM S.A., ul. Kopernika 26, 40-064 Katowice, PPU WONAM Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, Eurotech Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, Compensus Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża AZIS PLUS Sp. z o.o., ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie Zdrój i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **AZIS PLUS Sp. z o.o., ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie Zdrój,**

- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty ... zł ... gr (słownie: ...) przez ... na rzecz ... stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu ...,~~
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty ... zł ... gr (słownie: ...) przez ... na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **AZIS PLUS Sp. z o.o., ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie Zdrój.**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wraz z zabudową urządzeń podziemnej klimatyzacji grupowej o mocy chłodniczej 1 MW dla KW S.A. Oddział KWK „Rydułtowy – Anna”.

W dniu 17.07.2008r. dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej – Konsorcjum – Grupa Kapitałowa „WONAM” S.A. (lider), PPU „WONAM” sp. z o.o., Eurotech sp. z o.o., Compensus sp. z o.o. zwanego dalej „Konsorcjum Wonam”. Wybór uzasadniono uzyskaniem przez ofertę ww. wykonawcy najwyższej oceny punktowej w kryterium cenowym.

W dniu 23.07.2008r. protest dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej złożyła „AZIS PLUS” sp. z o.o. – zwana dalej Azis Plus. Wskazano na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wybór oferty podlegającej odrzuceniu jako niespełniającej wymogów SIWZ w zakresie warunków wymaganych od Wykonawców ubiegających się o zamówienie, określonych w pkt X.2.a) i XII.1 SIWZ. W wyniku powyższego wniesiono o uchylenie czynności wyboru oferty Konsorcjum Wonam i jej odrzucenie oraz wybór oferty protestującego. W argumentacji wskazano na brzmienie SIWZ w pkt X.2a) i na to, że Konsorcjum Wonam nie wykazało się wymaganym doświadczeniem jakie wynikało z brzmienia tego zapisu SIWZ. W szczególności podkreślano różnice pomiędzy klimatyzacją centralną – jaka była przedstawiana w referencjach Konsorcjum Wonam a klimatyzacją grupową – jaka jest przedmiotem postępowania.

Wskazano ponadto na niezgodność z zapisem XII.1 SIWZ oferty Konsorcjum Wonam gdyż nie objaśniło ono przedmiotu zamówienia wykonanego dla KWK „Budryk” .

W dniu 25.07.2008r. przystąpienie do postępowania wywołanego wniesieniem protestu złożyło Konsorcjum Wonam. Opowiedziano się po stronie zamawiającego i wniesiono o oddalenie protestu. Wskazano na to, że referencje JSW S.A. – KWK Budryk zawierały wszystkie elementy wymagane zgodnie z pkt XII.1 SIWZ a wynika z nich, że przedmiotem zamówienia było opracowanie projektu technicznego, zakup, dostawa, montaż i uruchomienie klimatyzacji dla schładzania wyrobisk dołowych o mocy 4 MW. Różnice jakie zostały opisane przez protestującego dotyczące klimatyzacji grupowej i centralnej są w przedmiotowym postępowaniu bezpodstawne. Nadrzędnym celem klimatyzacji jest zastosowanie w przodkach (tj. chodnikach i ścianach) urządzeń powodujących obniżenie temperatury. Różnica pomiędzy klimatyzacjami polega na sposobie i miejscach wytworzenia chłodu – w jednych wytwarzany jest na dole, w innych na górze. Klimatyzacja centralna jest rozbudowaniem zasad klimatyzacji grupowej.

Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia w terminach o których mowa w art. 183 ust. 1 i 2 co zgodnie z art. 183 ust. 3 uznaje się za oddalenie.

W dniu 5.08.2008r. Azis Plus wniosła odwołanie. Zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wybór oferty która powinna podlegać odrzuceniu z powodu nie spełniania wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – określonych w pkt X.2.a) i XII.1 SIWZ wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania co najmniej jednego zamówienia odpowiadającego swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. dostawy maszyny klimatyzacyjnej o mocy chłodniczej co najmniej 1 MW wraz z osprzętem oraz wykonania podziemnej klimatyzacji grupowej o mocy co najmniej 1 MW. Wskazano na nie przedstawienie prawidłowego wykazu wykonanych dostaw zgodnego z załącznikiem nr 3 do SIWZ oraz właściwych dokumentów potwierdzających, że zostały one wykonane należycie.

Wniesiono o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum Wonam i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wniesiono o przeprowadzenie w postępowaniu dowodu z opinii biegłego specjalisty z dziedziny wentylacji i klimatyzacji górniczej na okoliczność wskazania cech charakterystycznych dla klimatyzacji centralnej i będącej przedmiotem zamówienia klimatyzacji grupowej, różnic pomiędzy w/w rodzajami klimatyzacji, a także na okoliczność ustalenia, iż opis wykonanego układu klimatyzacyjnego wskazany w referencjach przez

wybranego oferenta nie był opisem klimatyzacji grupowej. Powołanie biegłego miało dotyczyć również okoliczności ustalenia, że urządzenia wykazane przez wybranego oferenta w wykazie dostaw oraz w przedstawionych referencjach nie były maszynami klimatyzacyjnymi do wykonania klimatyzacji grupowej, będących przedmiotem postępowania przetargowego.

Ponadto wniesiono o zobowiązanie PPU „WONAM” sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów postępowania przetargowego nr 19/VII/2005 na okoliczność ustalenia, że przedmiotem ww. postępowania wskazanego w referencjach z dnia 26.05.2008r. nie była zabudowa podziemnej klimatyzacji grupowej, lecz nie będącej przedmiotem zamówienia klimatyzacji centralnej.

W argumentacji wskazano na treść pkt X.2.a) SIWZ określający warunek posiadania odpowiedniego doświadczenia w celu ubiegania się o zamówienie. Następnie wskazano, że Konsorcjum Wonam nie wykazało się wykonaniem klimatyzacji odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia ani dostawą maszyny klimatyzacyjnej wraz z osprzętem właściwej do wykonania tej klimatyzacji. Wskazano, że w rubryce nr 6 wykazu dostaw nie opisano przedmiotu zamówienia i daty dostawy czym naruszono pkt XII.1 SIWZ. Referencje jakie zostały przedstawione w postępowaniu nie dotyczyły wykonania klimatyzacji grupowej i nie powinny być brane przez zamawiającego pod uwagę. Podkreślano, że z treści SIWZ wynikało, że w każdej pozycji oferent powinien był przedstawić przedmiot zamówienia odpowiadający swoim rodzajem przedmiotowi postępowania przetargowego natomiast ani przedłożony przez Konsorcjum Wonam wykaz ani referencje nie odpowiadały tym wymaganiom.

Wskazano dalej, że klimatyzacja grupowa, której w ocenie odwołującego wykonanie warunkowało możliwość wzięcia udziału w przetargu charakteryzuje się innymi cechami niż klimatyzacja centralna. Różnice polegają na tym, że układ tej klimatyzacji jest w większości pod ziemią a w przypadku klimatyzacji centralnej jest w większości na powierzchni. Do wykonania tej klimatyzacji konieczne jest zatem posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia a zakresie tego typu instalacji a nie podanej w ofercie Konsorcjum Wonam.

Również kwestia dostarczenia maszyny klimatyzacyjnej wraz z osprzętem odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia była przedmiotem wątpliwości gdyż referencje z KWK Budryk z dnia 26.05.2008r. nie potwierdziły dostarczenia takiej maszyny. Wskazano, że maszyny wymienione w pkt 1-5 wykazu dostaw nie są maszynami klimatyzacyjnymi które stosuje się w klimatyzacji grupowej.

Wskazano dalej, że okoliczność wykonania przez PPU „WONAM” sp. z o.o. dla KWK Budryk części klimatyzacji centralnej wynika z postępowania przetargowego ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 178 poz. 42162 z dnia 18.08.2005r. którego przedmiotem było wykonanie części klimatyzacji centralnej a nie klimatyzacji grupowej.

Wskazano ponadto na odpowiedź Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. w postępowaniu prowadzonym na opracowanie projektu technicznego klimatyzacji grupowej oraz zakup z zabudową klimatyzacji grupowej w JSW S.A. KWK „Krupiński” z której wynikało, że systemy klimatyzacji centralnej i grupowej są odrębnymi systematami a zatem do wykonania klimatyzacji grupowej konieczne jest posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji tego typu instalacji.

W dniu 18.08.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożyło Konsorcjum Wonam. Wskazano na spełnienie przez referencje JSW S.A. – KWK Budryk wszystkich wymagań określonych przez zamawiającego w pkt XII.1 SIWZ.

Odnosnie powołania biegłego wskazano, że ustalenie stanu faktycznego w niniejszej sprawie nie wymaga wiadomości specjalnych a ponadto wydłużyłoby to czas trwania postępowania. Odnosnie zobowiązania PPU „WONAM” sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazano, że dokumenty te mają charakter jawny i odwołujący powinien wystąpić bezpośrednio o ich udostępnienie do JSW S.A.

Pod przeprowadzeniu rozprawy oraz dokonaniu analizy dokumentacji postępowania Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić odwołanie.

Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie ma interpretacja warunku postawionego przez zamawiającego odnośnie konieczności posiadania odpowiedniego doświadczenia, w stosunku do oferty złożonej przez Konsorcjum Wonam, przy zapewnieniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Należy wskazać, że rynek producentów i dostawców klimatyzacji do kopalń węgla kamiennego w Polsce jest ograniczony w wyniku czego istotne znaczenie ma poszanowanie zasady równego traktowania wykonawców przez zamawiającego.

Należy podkreślić, że brak jest oficjalnych definicji dotyczących podziału klimatyzacji na centralne i grupowe w jakichkolwiek aktach normatywnych. Z powodu ograniczenia rynku rodzaje klimatyzacji i podziały klasyfikacyjne są tworzone przez dostawców i producentów. Z broszury załączonej do odwołania, zawierającej reklamy Azis+ i Azis Mining Service wynika zastosowanie różnych systemów klimatyzacji w KWK „Pniówek” i KWK „Zofiówka”. Wynika z tego, że każda kopalnia wymaga indywidualnego projektu klimatyzacji dopasowanej do jej potrzeb. Brak oficjalnego podziału rodzajów klimatyzacji i płynność wymagań w zależności od miejsca instalacji, powoduje możliwość różnej interpretacji pojęć klimatyzacji grupowej i

centralnej. Ograniczanie wymagań odnośnie doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu wyłącznie do danego typu klimatyzacji proponowanego przez odwołującego mogłoby stanowić naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jak wynika z dokumentacji postępowania – Zbiorczego zestawienia ofert – w niniejszym postępowaniu tylko dwa podmioty złożyły oferty – odwołujący oraz przystępujący do odwołania. Z twierdzeń, jakie padły na rozprawie wynikało, że doświadczenie w instalacji klimatyzacji grupowej na terenie Polski posiada wyłącznie odwołujący. Zapewnił o tym bezpośrednio zarówno zamawiający, jak i przystępujący do odwołania. Odwołujący stwierdził, że wg jego wiedzy, doświadczenie posiada jeszcze jeden podmiot, ale nie skonkretyzował czy doświadczenie do odpowiada warunkowi mocy 1 MW, jaki znalazł się w przedmiotowym postępowaniu. W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego i w celu zapewnienia uczciwej konkurencji wskazała, że wąskie rozumienie warunku wymaganego doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu prezentowane przez odwołującego jest bezzasadne.

Określenie w pkt X.2.a SIWZ należało więc interpretować, jako wymaganie posiadania doświadczenia w zakresie wykonania zamówienia odpowiadającego swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Następne stwierdzenia są konkretyzacją przedmiotu zamówienia, jaki występuje w przedmiotowym postępowaniu, a nie rodzaju zamówień, jakich wykonanie będzie powodowało nabycie wymaganego doświadczenia.

Konsorcjum Wonam, zgodnie z wymaganiami pkt X.2.a i pkt XII.1 SIWZ, złożyło wykaz dostaw, z którego w poz. 6 wynikało, że wykonano „Montaż i uruchomienie klimatyzacji o mocy 4MW w KWK Budryk”. Z referencji złożonej na potwierdzenie tej pozycji w wykazie wynikało, że PPU „WONAM” sp. z o.o. w ramach zamówienia dostarczyła maszynę klimatyzacyjną o mocy chłodniczej 4MW i wykonała podziemną klimatyzację wyrobisk dołowych polegającej m.in. na zabudowie i uruchomieniu dołowej sieci rurociągów układu klimatyzacyjnego wraz z chłodnicami przodkowymi i systemem sterowania. Wykonanie tej roboty potwierdza również pismo z dnia 22 sierpnia 2008 r. JSW SA KWK Budryk złożone przez odwołującego na rozprawie.

W wyniku powyższego należało stwierdzić, że oferta Konsorcjum Wonam nie jest sprzeczna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Znaczenie miało również sformułowanie zarzutu w proteście i odwołaniu w taki sposób, że Krajowa Izba Odwoławcza mogła orzekać odnośnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast orzekanie odnośnie ewentualnego naruszenia art. 24 byłoby sprzeczne z zakazem określonym w art. 191 ust. 3.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić wniosek dowodowy zawarty w odwołaniu odnośnie powołania biegłego, gdyż ustalenie stanu faktycznego w niniejszym postępowaniu nie wymagało wiadomości specjalnych a ponadto spowodowałoby to nieuzasadnioną zwłokę w postępowaniu.

Wniosek o zobowiązanie PPU „WONAM” sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów postępowania przetargowego nr 19/VII/2005 KIO oddała ze względu na nieprzydatność w przedmiotowym postępowaniu, gdyż przedmiot zamówienia w postępowaniu ogłoszonym w BZP nr 178 poz. 42162 z dnia 18.08.2005r. nie należy do przedmiotu sporu objętym niniejszym postępowaniem odwoławczym.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*