

Sygn. akt: KIO 508/10

POSTANOWIENIE

z dnia 20 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 20 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Stomil – Poznań S.A. ul. Starołęcka 18, 61- 361 Poznań** w postępowaniu „Na zakup i dostawę do KWB „Konin” w Kleczewie S.A. mieszanki gumowej do regeneracji taśm,” prowadzonym przez zamawiającego **Kopalnię Węgla Brunatnego „Konin” w Kleczewie S.A. ul. 600- lecia 9, 62-540 Kleczew,**

przy udziale **Sempertrans Bełchatów Sp. z o.o. ul. Transportowa 5, 97- 427 Rogowiec** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Umarza postępowanie,
2. Znosi wzajemnie koszty postępowania między stronami,
3. Nakazuje dokonać zwrotu kwoty **15 000,00zł** (słownie: **piętnaście tysięcy złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu zamówień Publicznych na rzecz **Stomil – Poznań S.A. ul. Starołęcka 18, 61- 361 Poznań.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - sektorowego na zakup i dostawę do kopalni Węgla Brunatnego Konin w Kleczewie S.A. mieszanki gumowej, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2010/S 27-038889 z 9.02.2010 r.), w dniu 25 marca 2010 r. zostało wniesione odwołanie przez Stomil Poznań S.A., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie. Odwołanie zostało złożone

na czynność zamawiającego z dnia 22 marca 2010 r. wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu Kopalni Węgla Brunatnego „Konin” w Kleczewie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 222, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65 poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219, poz. 1706, Nr 223, poz. 1778), to jest:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez bezpodstawne wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez wezwanie do wykazania spełniania warunków, które zostały sformułowane po terminie składania ofert.

Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia - gdyż złożył najkorzystniejszą ofertę w wyznaczonym kryterium ceny oraz wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań odwołujący ponosił, iż w rozdziale VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wymagane było aby wykonawca złożył wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw. W zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...) z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie (np. referencji), o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł. - według wzoru załącznika 5 do SIWZ. Odwołujący wyjaśnił, iż złożył wymagany wykaz dostaw mieszanek gumowych, z którego w jego opinii, wynika że zrealizował dostawy w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert na rzecz:

- PUP TIP –TOPOL Sp. z o. o. w Pobiedziskach o wartości 1 006 000 zł. netto;
- PP H. Leszczyński o wartości 370 000,00 zł;

W wezwaniu z dnia 22 marca 2010 r. zamawiający wymagał uzupełnienia wykazu dostaw wraz z referencjami dla mieszanki określonej w ofercie symbolem ZKK -10. Zdaniem odwołującego, żądanie takie wykracza poza opis sposobu spełnienia warunku określonego w rozdziale VI SIWZ, bowiem żądanie uzupełnienia dokumentów nie może prowadzić do zmiany pierwotnego brzmienia warunków określonych w SIWZ. Tak w zakresie ustalonego warunku, jak i rodzaju dokumentu mającego potwierdzać jego spełnienie. Powołał się na ustalenia wyroku KIO/UZP 1408/09 z 12.11.2009 r. Odwołujący podkreślał, iż w SIWZ nie został postawiony wyodrębniony warunek wykazania się zrealizowaniem dostaw dla konkretnego typu mieszanki gumowej. Uznał zatem za niedopuszczalne domniemywanie

istnienia takiego warunku. W konsekwencji w opinii odwołującego, zamawiający nie mógł wzywać wykonawcy do potwierdzenia faktu spełnienia takiego warunku. Żądanie złożenia dokumentów niepodanych w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu, jak wywodził odwołujący, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Na potwierdzenie trafności swego stanowiska, odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej w sygnaturach akt: KIO/UZP 71/08; KIO/UZP 1042/08, KIO/UZP 1363/09. Podkreślał, opierając się na treści wyroku Izby z dnia 28.10.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1171/09, iż na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie jest dopuszczalne doprecyzowywanie warunków, przez wskazywanie na tożsamość dostaw z przedmiotem zamówienia. Zaznaczał, iż gdyby nawet zamawiający określił w SIWZ wymóg wykazania się dostawami mieszanki o określonym symbolu naruszyłyby przez to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący potwierdził, iż dopuszczalne jest żądanie zrealizowania dostaw o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia, a nie identycznych – tożsamy, na co przywołał kolejne orzeczenia Izby o sygnaturach akt: KIO/UZP 1241/09 i KIO/UZP 1379/09, iż żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem, charakterem a nie dostaw tożsamy (takich samych), stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 30 marca 2010 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty oraz żądania przedstawione w odwołaniu. W związku z czym zamawiający wniósł o :

- 1) umorzenie postępowania odwoławczego,
- 2) zniesienie wzajemnie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu, zamawiający przyznał, iż pismem z 22 marca 2010 r. wezwał odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dla mieszanki, którą odwołujący zaoferował w swojej ofercie, o symbolu ZKK-10, spełniającej wymagania techniczne określone w specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia na mieszankę gumową do regeneracji taśm. Zamawiający przyznał także, iż wadliwie wezwał odwołującego do przedłożenia wykazu dostaw wraz z referencjami, dla oferowanej mieszanki ZKK -10. W szczególności wobec zmiany przepisów w tym zakresie i wejścia w życie od dnia 31.12.2009 r. przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), które nie odwołują się do wykazu dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia.

Pismem z dnia 29 marca 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Sempertrans Bełchatów Sp. z o. o. zarzucając odwołującemu naruszenie przepisów art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, art. 44 tej ustawy oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający ocenił zarzuty wykonawcy przystępującego do odwołania jako bezzasadne, nie odnoszące się do merytorycznej treści odwołania.

Przystąpienie do odwołania ze strony wykonawcy Sempertrans Bełchatów Sp. z o. o. nastąpiło w terminie ustawowym 3 dni od otrzymania kopii odwołania. Wymieniony wykonawca, jako uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do odwołania po stronie zamawiającego, wezwany został przez Izbę pismem doręczonym w dniu 13 kwietnia 2010 r. w trybie § 13 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, pod rygorem umorzenia postępowania.

Przystępujący w ustawowym terminie 3 dni od daty wezwania, nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego. W tej sytuacji zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego stosownie do postanowień art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. O umorzeniu postępowania Izba orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp oraz zgodnie § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania. Jednocześnie Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu na podstawie § 5 ust. 1 pkt 2a 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).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, 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 **Koninie**.

Przewodniczący:

.....

