

**WYROK**

**dnia 21 kwietnia 2008 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie - w składzie:**

**Przewodniczący: Ewa Marcjoniak**

**Członkowie: Renata Tubisz**

**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2008 roku odwołania wniesionego przez Agnieszkę Ziemak prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „FHU Ag-Tra – Agnieszka Ziemak” z siedzibą w Kobyłce od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A z siedzibą w Warszawie

protestu z dnia 19 marca 2008 roku

**orzeka:**

- I. Oddala odwołanie;
- II. Kosztami postępowania obciąża Agnieszkę Ziemak prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą FHU Ag-Tra – Agnieszka Ziemak z siedzibą w Kobyłce i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego
  - 2) dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego.

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A z siedzibą w Warszawie na „dostawę piasku kopalnianego oraz usuwanie odpadów gleby i ziemi, w tym kamieni”, Agnieszka Ziemak prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą FHU Ag-Tra – Agnieszka Ziemak w dniu 19.03.2008r. złożyła protest na czynność oceny przez Zamawiającego złożonego przez Wykonawcę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wykluczenia go od udziału w postępowaniu. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 1 pkt. 10 pzp oraz § 3 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa RM z dnia 25 maja 2006r. – w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wniósł, o: unieważnienie czynności wykluczenia, w następstwie dopuszczenie Protestującego do udziału w postępowaniu i dokonanie ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp).

W dniu 31.03.2008r. Zamawiający oddalił protest. Treść rozstrzygnięcia doręczył Protestującemu w dniu 01.04.2008r.

Z treści uzasadnienia wynika, że w ocenie Zamawiającego zachodziły przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt. 3 pzp do wykluczenia Protestującego od udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem pomimo wezwania Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, nie złożył umowy z kopalnią, z której miałyby dostarczać piasek, ani nie przedłożył koncesji na wydobywanie kopalin (pkt. 6.1 lit. f SIWZ). W to miejsce Protestujący złożył decyzję o udzieleniu koncesji dla firmy „Budodróg” na wydobycie kruszywa ze złoża Dzierżenin XV oraz umowę zawartą pomiędzy Protestującym a Zakładem Produkcji Kruszyw PAAN s.c. z siedzibą w Warszawie. Ponadto, Zamawiający podniósł, że zastosowanie w niniejszym postępowaniu znajdują przepisy rozdziału 5 działu III ustawy - Prawo zamówień publicznych uprawniające Zamawiającego sektorowego do żądania innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 pzp, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełnienia przez wykonawców tych warunków. W ocenie Zamawiającego dyspozycja art. 138c pzp uzasadniała zamieszczenie w treści Specyfikacji wymogu złożenia dokumentów, o których w pkt. 6.1 lit. f) SIWZ, tym samym nie naruszył dyspozycji art. 22 pzp.

Od rozstrzygnięcia protestu Wykonawca - Agnieszka Ziemak prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą FHU Ag-Tra – Agnieszka Ziemak złożył odwołanie w dniu 04.04.2008r. Tego samego dnia przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu, wynikającego z art. 184 ust. 2 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie dyspozycji:

1. art. 7 ust. 1 pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji
2. art. 24 ust. 1 pkt. 10 pzp poprzez wykluczenie Odwołującego od udziału w postępowaniu, mimo że spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu z art. 22 ust. 1 pkt. 1-3 pzp

Ponadto, podniósł zarzut naruszenia dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy - EWAN II E. Szumpur.

Wniósł, o: nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy - EWAN II E. Szumpur, nakazanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy, nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

### **W tym stanie faktycznym Izba zważyła co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu jako niezasadne.

W ocenie Izby, Odwołujący kierując odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wykazał interes prawny do wniesienia środka ochrony prawnej, zgodnie z dyspozycją art. 179 ust. 1 pzp, pomimo nie zamieszczenia wprost w proteście zarzutu naruszenia dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp i nie zawarcia żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazania dokonania ponownej oceny ofert.

Izba nie podzieliła zarzutu naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt. 10 pzp oraz § 3 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa RM z dnia 25 maja 2006r. – w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym argumentacji Odwołującego zawartej w treści odwołania i przedstawionej na rozprawie.

Według literalnego brzmienia zapisu pkt. 6.1. lit. f) SIWZ, Zamawiający wymagał załączenia do oferty dokumentów w postaci koncesji na wydobywanie kopalni, a w przypadku firmy nie posiadającej kopalni umowy z kopalnią, z której będzie dostarczać piasek.

Bezspornym jest, że pomimo wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty o ww. dokumenty pismem z dnia 23.01.2008r., Odwołujący takiej umowy, ani koncesji nie przedstawił. Tym samym podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 pzp.

Ze stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie wynika, że celem zapisu z pkt. 6.1 lit.f) SIWZ było zagwarantowanie dostaw kruszywa z legalnych źródeł oraz odpowiednio przefiltrowanego, bez zanieczyszczeń. Powyższe wyjaśnienia korelują z wymogiem szczegółowym opisanym w pkt. 2.1 Załącznika Nr 1 do Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z których wynika, że Zamawiający nie dopuszcza dostaw piasku nie posiadającego świadectwa jakości i pochodzącego z niezalegalizowanych kopalni. W świetle powyższego celowe było żądanie przedstawienia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu stosownych dokumentów, o których w pkt. 6.1 lit.f) SIWZ.

Na marginesie podnieść należy, iż Odwołujący jeżeli posiadał uzasadnione zastrzeżenia odnośnie treści Specyfikacji, w tym zapisu pkt. 6.1 lit.f) i wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, winien z zachowaniem terminów z art. 180 ust. 3 pzp złożyć protest na treść Specyfikacji. Tymczasem Odwołujący nie oprotestował treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podnoszenie zarzutu odnośnie kwestionowanego wymogu należy uznać, na obecnym etapie postępowania, za spóźnione.

Izba nie podzieliła zarzutu naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 89 ust. pkt. 2 pzp przez wybór oferty podlegającego odrzuceniu. W ocenie Izby oferta Wykonawcy – Ewy Szumpur prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą EWAN II E. Szumpur odpowiada treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie. Stosownie do wymogu z pkt. 6.2 lit.c) SIWZ na stronie 37-38 oferty znajduje się orzeczenie laboratoryjne o jakości i przydatności kruszywa pobranego w kopalni Jeżewie III, z którego będzie dostarczany piasek. Z załączonej przez Wykonawcę dokumentacji wynika, że orzeczenie zostało wydane przez laboratorium Kombinat Geologicznego „Północ” w Warszawie i Przedsiębiorstwa Geologicznego „Polged” w Warszawie na podstawie

dokumentacji geologicznej, załączonej przez Wykonawcę (dowód: pismo z dnia 31.03.2008r. wraz z Uproszczoną dokumentacją geologiczną w kat. C1 złoża kruszywa naturalnego Jeżewie III). Orzeczenie wraz z dokumentacją zostało pozytywnie zweryfikowane przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, oferta wybrana odpowiadała treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uznając bezzasadność zarzutów zawartych w treści odwołania Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 191 ust. 1 pzp oddaliła odwołanie i orzekła jak w pkt. I wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, 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 (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....