

Sygn. akt: KIO/UZP 620/09

POSTANOWIENIE
z dnia 22 maja 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Marek Koleśnikow**
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 22 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLMAG” Sp. z o.o., Fabryki Maszyn i Urządzeń „OMAG” Sp. z o.o., 40-161 Katowice, al. W. Korfantego 83** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** protestu z dnia 29 kwietnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Fabryki Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING S.A., 40-142 Katowice, ul. Modelarska 11** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLMAG” Sp. z o.o., Fabryki Maszyn i Urządzeń „OMAG” Sp. z o.o., 40-161 Katowice, al. W. Korfanteo 83**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLMAG” Sp. z o.o., Fabryki Maszyn i Urządzeń „OMAG” Sp. z o.o., 40-161 Katowice, al. W. Korfanteo 83,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLMAG” Sp. z o.o., Fabryki Maszyn i Urządzeń „OMAG” Sp. z o.o., 40-161 Katowice, al. W. Korfanteo 83** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLMAG” Sp. z o.o., Fabryki Maszyn i Urządzeń „OMAG” Sp. z o.o., 40-161 Katowice, al. W. Korfanteo 83.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę nowych zgrzebeł i obejm (zatków) do przenośników zgrzeblowych do Katowickiego Holdingu Węglowego SA w okresie 18 miesięcy od daty zawarcia umowy, podzielonym na 13 części, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej (Dz. Urz. UE 2008/S 217 – 2895510 z 7.11.2008 r.) ze zmianami wprowadzonymi ogłoszeniem nr 2008/S 226 – 299566 oraz 2008/S 235 –311426), w dniu 29 kwietnia 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe "POLMAG" Sp. z o.o. z Katowic oraz Fabryki Maszyn i Urządzeń „OMAG” Sp. z o.o. z Oświęcimia.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia wykonawców w dniu 27 kwietnia 2009 r. o mającej się odbyć dniu 30 kwietnia 2009 r. aukcji elektronicznej i o zaproszeniu do udziału w tej aukcji konsorcjum firm: Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo – Produkcijno – Handlowo – Usługowe „Wimar” Wojciech Wieczorek.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Katowickiemu Holdingowi Węglowemu SA 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, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101) to jest:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty nie spełniającej wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez nierówne traktowanie wykonawców i dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy nie spełniającego warunków podmiotowych.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, odwołujący podniósł, że w punkcie 6 SIWZ, zawarty został wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie wykonawca winien dostarczyć w celu wykazania spełnienia warunków udziału w przetargu. Zgodnie z punktem 6.4 SIWZ, w celu potwierdzenia, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający żądał złożenia informacji banku, w którym wykonawca posiada rachunek, zaświadczającej wysokość środków finansowych lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż suma kwot podanych odpowiednio dla poszczególnych części zamówienia od I do XIII - litery "a do m." Wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytowa wykonawcy winna wynosić co najmniej sumę wielkości określonych w punkcie 6.4 lit. a – m, odpowiednio do części zamówienia, na które złożył ofertę. Ofertę w przetargu na części V ,VII ,XI, XII i XIII złożyło konsorcjum P.P.H.U. "Wimar" i Centrum Usług Górniczych Sp. z o. o., zatem zgodnie z pkt. 6.4 SIWZ, powinno przedstawić dokumenty z banku, potwierdzające wysokość środków finansowych i zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż 3.927.000,00 zł. Jak wynika z przedłożonych przez tego wykonawcę dokumentów – zaświadczenia Banku Pekao S.A. firma, P.P.H.U "Wimar" Wojciech Wieczorek posiada odnawialny limit debetowy w Oddziale tego Banku w Rybniku w wysokości 1 mln zł., natomiast informacja z Oddziału Katowice Banku Pekso SA mówi, że firma Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o. posiada zdolność kredytową, ale nie określa kwoty tej zdolności. Z przedstawionych więc dokumentów wynika, że konsorcjum spełniło warunek SIWZ z pkt 6.4 tylko na kwotę 1mln zł. limitu debetu odnawialnego i stan dostępnych środków wynosi 842.450,71 zł., w związku z czym oferta ta powinna zostać odrzucona. Zdaniem odwołującego, nie można traktować informacji Banku Pekao S.A. Oddział w Katowicach, że w razie realizacji kontraktu, na wniosek Centrum Usług Górniczych Sp. z o. o. udzieli kredytu w kwocie 3 mln zł, pod warunkiem pozytywnej oceny wniosku

kredytowego i wydania stosownej decyzji kredytowej, jako spełniającej wymagania, ponieważ dopiero taka decyzja potwierdza zdolność kredytową tego wykonawcy. Zamawiający powinien wyjaśnić jednoznacznie sytuację finansową wykonawcy, gdyż referencje załączone na str. 74 oferty, wystawione przez Centrum Wydobywcze Północ Kompanii Węglowej S.A. mówią, że dostawy były realizowane przez firmę "Wimar" Wojciech Wieczorek w terminach niezgodnych ze złożonymi zamówieniami, a nieterminowe dostawy wg oświadczenia firmy "Wimar", wynikły z opóźnień w płatnościach zobowiązań przez Kompanię Węglową S.A. Biorąc pod uwagę fakt, że opóźnienia w płatnościach zamawiającego są dłuższe niż w Kompanii Węglowej S.A., to brak pełnego wyjaśnienia sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, mającej zapewnić wykonanie zamówienia, może skutkować poważnymi problemami w zabezpieczeniu dostaw przedmiotowych zgrzebeł. Wskazał, że P.P.H. "POLMAG" Sp. z o. o. posiada interes prawny w złożeniu protestu, jako że jego oferta pozostaje ważna, w zakresie części V i XI zamówienia i po aukcji może zostać oceniona jako najkorzystniejsza. W związku z tym wniósł o:

1. wstrzymanie aukcji elektronicznej planowanej na dzień 30 kwietnia 2009 r., do czasu dokonania czynności sprawdzających dokumentów złożonych przez konsorcjum firm: P.P.H.U. "Wimar" i Centrum Usług Górniczych Sp. z o. o.,
2. dokonanie czynności sprawdzających, to jest weryfikacji prawidłowości dokumentów złożonych przez konsorcjum firm: P.P.H.U. "Wimar" Wojciech Wieczorek i Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o. wystawionych przez Bank Pekso SA dnia 8.12.2008r.
3. odrzucenie oferty konsorcjum firm: P.P.H.U. "Wimar" Wojciech Wieczorek i Centrum Usług Górniczych Sp. z o. o. z powodu niespełnienia wymagań SIWZ.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2009 r. zamawiający odrzucił protest P.P.H. "POLMAG" Sp. z o. o., uznając go za niedopuszczalny. W uzasadnieniu swego stanowiska, zamawiający stwierdził, iż w dniu 1 kwietnia 2009 r. zawiadomił wszystkich wykonawców o wniesieniu protestu przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Minec” Sp. z o. o. ze Świętochłowic. Protest z dnia 1 kwietnia 2009 r. P.R.I. Minec Sp. z o.o. obejmował ten sam zarzut – zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum P.P.H.U. "Wimar" Wojciech Wieczorek i Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o., wskutek nie spełnienia wymogu wykazania wiarygodności finansowej. Odwołujący w dniu 2 kwietnia 2009 r. przystąpił do postępowania wywołanego protestem P.R.I. Minec z dnia 1 kwietnia 2009 r. i poparł przedstawione zarzuty. Zamawiający odrzucił ten protest, uznał go za złożony po terminie, gdyż o czynności wykluczenia wykonawców i odrzucenia ofert, powiadomił uczestników postępowania w dniu 19 marca 2009 r., a w świetle postanowień art. 181 ust. 7 Pzp, wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany do udziału w postępowaniu

zainicjowanym tym protestem, nie mogą następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności.

Na wezwanie zamawiającego 29 kwietnia 2009 r. do postępowania w związku z protestem przystąpili:

1. w dniu 29 kwietnia 2009 r. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Minec Sp. z o.o., popierający odwołującego,
2. w dniu 30 kwietnia 2009 r. Fabryki Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa „Fasing” Sp. z o.o., popierająca odwołującego.

W odwołaniu wniesionym w dniu 8 maja 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, wnioski protestu zostały podtrzymane wraz z zarzutami naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty nie spełniającej wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez nierówne traktowanie wykonawców i dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy nie spełniającego warunków podmiotowych oraz art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do złożenia dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału;
3. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum firm: P.P.H.U. "Wimar" Wojciech Wieczorek i Centrum Usług Górniczych Sp. z o. o. jako wykonawcy, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.
4. ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 180 ust. 7 Pzp, przez bezpodstawne odrzucenie wniesionego protestu.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań, odwołujący wyjaśnił, że 27 kwietnia 2009 r. został powiadomiony o zaproszeniu do udziału w aukcji konsorcjum firm: P.P.U.H. „Wimar” Wojciech Wieczorek i Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o. W dniu 29 kwietnia 2009 r. złożył protest na tą czynność. Tego samego dnia, zamawiający pismem DE/DE/IN/2363/09 odrzucił protest, na podstawie art. 181 ust. 7 Pzp. Odwołujący stwierdził, że odrzucenie protestu jest błędne. Uprzednio wniesiony protest przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Minec Sp. z o.o., (do postępowania w sprawie którego przystąpił), został przez zamawiającego odrzucony bez rozpatrzenia, jako złożony po upływie ustawowego terminu. Z tych przyczyn, wymieniony protest, nie był poddany merytorycznemu rozpatrzeniu, wobec powyższego okoliczności podnoszone w proteście odwołującego są nowymi, które zamawiający powinien poddać badaniu. Celem normy wyrażonej w art. 181 ust. 7 Pzp, jest zapobieganie wielokrotnemu rozpatrywaniu tych samych okoliczności, co w rozpoznawanym przypadku nie miało miejsca.

Odwołujący ponownie przytoczył całą argumentację protestu, uzasadniając wniosek o odrzucenie kwestionowanej oferty konsorcjum oraz powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, w wyrokach o sygnaturach KIO/UZP 1017/08, KIO/UZP 1938/08, KIO/UZP 854/08 i KIO/UZP 1039/08, z których wynika, że potwierdzenia spełnienia warunków ustanowionych w SIWZ, nie można opierać na domniemaniach, natomiast pismo Banku Pekso SA znak PBlB/ZK/54/2008 z dnia 8.12.2008 r. Oddział Katowice, pozostawia dowolność interpretacyjną. Zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów narusza przepis art. 26 ust. 3 Pzp, a w następstwie zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, ponieważ stanowi przejaw nierównego traktowania wykonawców i naruszania zasady prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na doznany uszczerbek interesu prawnego w ubieganiu się o udzielenie zamówienia na część V i XI.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili swoje przystąpienie w dniu 21.05.2009 r. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Minec Sp. z o.o. i w dniu 22.05.2009r. Fabryki Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza nie dopuściła do udziału w sprawie Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Minec Sp. z o.o., gdyż jak ustaliła wykonawca ten został wykluczony, a jego oferta ostatecznie odrzucona i nie uczestniczy w wymienionym postępowaniu, zatem nie wykazał interesu prawnego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła w charakterze przystępującego po stronie odwołującego Fabryki Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania wraz z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, ze zmianami i oferty odwołującego.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu posiedzenia, jak również rozważyła stanowisko przystępującego Fabryki Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING S.A.

Izba ustaliła, że zgodnie z informacją zawartą w ogłoszeniu i w SIWZ, postępowanie toczy się w trybie przetargu nieograniczonego, z zastosowaniem aukcji elektronicznej. W punkcie 7.1 SIWZ, zamawiający postanowił – po dokonaniu oceny złożonych ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna, jeżeli w postępowaniu (dotyczy każdej części zamówienia) zostaną złożone co najmniej 3 oferty

niepodlegające odrzuceniu. Pismem z 19 marca 2009 r., zamawiający powiadomił uczestników postępowania o wykluczeniu wykonawców, w stosunku do których podjął taką decyzję oraz o odrzuceniu ich ofert. Jak opisano wyżej, i co stanowi okoliczności przyznane, protest z dnia 1 kwietnia 2009 r. P.R.I. Minec Sp. z o.o. obejmował ten sam zarzut – zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum, firm: P.P.U.H. „Wimar” Wojciech Wieczorek i Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o., dotyczący niespełnienia wymogu wykazania wiarygodności finansowej. Odwołujący w dniu 2 kwietnia 2009 r. przystąpił do postępowania zainicjowanego protestem Minec z dnia 1 kwietnia 2009 r. i poparł przedstawione zarzuty. Zamawiający odrzucił ten protest w dniu 3 kwietnia 2009 r., uznał go za złożony po terminie, ponieważ o czynności wykluczenia wykonawców i odrzucenia ofert, powiadomił uczestników postępowania w dniu 19 marca 2009 r.

Należy mieć na uwadze, że skoro postępowanie toczy się w trybie przetargu nieograniczonego to mają do niego zastosowanie przepisy dotyczące tego trybu, z uwzględnieniem specyfiki wyboru oferty w drodze aukcji elektronicznej. Stosownie do postanowień art. 91 a ust. 1 Pzp, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Art. 91 b Pzp, stanowi, że zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Z przywołanych przepisów wynika, że w przypadku postępowania z zastosowaniem aukcji elektronicznej, zaproszenie do aukcji, poprzedza badanie ofert oraz odrzucenie ofert niespełniających wymogów SIWZ. Zaproszenie do aukcji obejmuje jedynie tych wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu, po ostatecznym rozpatrzeniu ewentualnych protestów.

Z przedstawionych względów, powiadomienie w dniu 19 marca 2009 r. o czynności badania ofert i o wykluczeniu wykonawców niespełniających udziału w postępowaniu oraz o odrzuceniu ich ofert, dokonanej przez zamawiającego stanowiło podstawę do wniesienia protestu na zaniechania zamawiającego, skoro w ocenie któregośkolwiek z uczestników tego postępowania, zamawiający bezprawnie zaniechał wykluczenia wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Wykonawcy mają zapewniony dostęp do dokumentacji ofert, gdyż zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp, podlegają one udostępnieniu od daty otwarcia. Odwołujący został powiadomiony o czynnościach zamawiającego przeprowadzonej oceny ofert i mógł zachowując należytą staranność, powziąć wiadomość o zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum firm: P.P.U.H. „Wimar” Wojciech Wieczorek i Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o. w dacie 19 marca 2009 r.

W tych okolicznościach protest obejmujący przedstawione zarzuty, dla jego skuteczności należało złożyć w terminie 10 dni, od wymienionej daty, jak stanowi art. 180 ust. 2 Pzp. Przystąpienie przez odwołującego do protestu P.R.I Minec Sp. z o. o. z dnia 1 kwietnia

2009 r. nie miało żadnego wpływu na wynik niniejszej sprawy, skoro wymieniony protest został również wniesiony z uchybieniem terminu i odrzucony z tej przyczyny. Ponadto Izba stwierdziła, iż odwołanie zostało wniesione przez osobę nieumocowaną pełnomocnictwami do reprezentowania konsorcjum odwołującego, złożonymi w dokumentach oferty.

Zaproszenie do udziału w aukcji z dnia 27 kwietnia 2009 r., odnosi się do więc do wykonawców, których oferty zostały zweryfikowane pod względem spełnienia warunków udziału.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 3 i 4 Pzp Izba zobligowana jest odrzucić odwołanie, jeżeli zostało ono wniesione przez osobę nieumocowaną i gdy protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie. Podstawę do odrzucenia odwołania stanowi wystąpienie nawet jednej z przesłanek określonych w art. 187 ust. 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku sprawy.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznał za uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....