

Sygn. akt KIO/2250/10

WYROK
z dnia 28 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 października 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Artura Kowalczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELMECH, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Konopnickiej 11** od czynności zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30.**

przy udziale **Wojciech Korczak PPHU KORPEX, 41-949 Piekary Śląskie, ul. M. Skłodowskiej-Curie 98/2/6** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zadania nr 2 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Wojciech Korczak PPHU KORPEX w zakresie zadania nr 2, nakazuje Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy Wojciech Korczak PPHU KORPEX z postępowania w zakresie zadania nr 2 i dokonanie ponownego badania i oceny pozostałych ofert,**
- 2. postanawia nie rozpoznawać odwołania w zakresie zarzutów dotyczących zadania nr 4 z powodu naruszenia przez Odwołującego terminu, o którym mowa**

w art.182 ust.3 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych,

3. Kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 i postanawia:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Artura Kowalczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELMECH, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Konopnickiej 11;**
- 2) zasądzić kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) od **Kompani Węglowej S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **Artura Kowalczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELMECH, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Konopnickiej 11** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę wentylatorów do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 roku.”

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 17.07.2010r. pod nr 2010/S 137-211164.

Rozstrzygnięcie o wyniku przetargu zostało przekazane przez Zamawiającego wykonawcom w dniu 7 października 2010r., między innymi o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy PPHU Korpex Wojciech Korczak z siedzibą w Piekarach Śląskich w zakresie zadania nr 2.

Natomiast w zakresie zadania nr 4 Zamawiający przewidział dodatkowo aukcję elektroniczną. Informacja o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 4 została przekazana wykonawcom biorącym w niej udział w dniu 8.09.2010r.

Przedmiotowa aukcja została przeprowadzona w dniu 13.09.2010r.

W dniu 16.09.2010r.wyniki aukcji zostały opublikowane w profilu nabywcy, a w dniu 23.09.2010r.zostały również przekazane wykonawcom uczestniczącym w aukcji za pośrednictwem faksu.

Z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący - Artur Kowalczyk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELMECH, ul Konopnickiej 11, 41-100 Siemianowice Śląskie nie zgodził się i w dniu 18.10.2010r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Przedmiotowe odwołanie Odwołujący wniósł od czynności Zamawiającego - Kompanii Węglowej S.A. w Katowicach w przedmiocie wyboru najkorzystniejszych ofert dla: zadania nr 2 oraz dla zadania nr 4, podjętych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Dostawę wentylatorów do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 r. (kod CPV: 43100000-4, 42520000-0; nr sprawy 331000592), jak również od związanych z nimi zaniechań w postaci:

1) niewykluczenia z postępowania wykonawcy PPHU Korpex Wojciech Korczak, ewentualnie nieodrzczenia złożonej przez tego wykonawcę oferty;

2) niewykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum: MAS sp. z o.o. i P.H.U. Energokrak sp. z o.o., ewentualnie nieodrzczenia złożonej przez tego wykonawcę oferty;

3) niewykluczenia z postępowania wykonawcy Eurotech sp. z o.o., ewentualnie nieodrzczenia złożonej przez tego wykonawcę oferty.

Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a w szczególności:

1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec wykonawcy PPHU Korpex Wojciech Korczak w związku ze złożeniem przez tego wykonawcę oświadczenia o gotowości dostaw do 31 grudnia 2010 r. 4 wentylatorów lutniowych GWE 630B/2x18,5 kW, jak również dokumentu rzekomo sporządzonego przez producenta przedmiotowych wentylatorów - spółkę Wiromag sp. z o.o., dotyczącego zasad serwisowania tych wentylatorów, które to informacje były niezgodne z prawdą, a z uwagi na ich charakter mogły mieć wpływ na wynik postępowania;

2) ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieodrzczenie oferty wykonawcy PPHU Korpex Wojciech Korczak, której złożenie wyczerpywało znamiona czynu nieuczciwej konkurencji statuowanego art. 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: uznk) polegającego na rozpowszechnieniu przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji o świadczonych przez niego usługach w zakresie dostaw przedmiotu zamówienia, jak również w zakresie świadczenia czynności serwisowych;

3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec wykonawcy PPHU Korpex Wojciech Korczak w związku z niewykazaniem odpowiednimi dokumentami potwierdzającymi złożone przez wykonawcę oświadczenie, że w okresie 3 lat przez upływem terminu składania ofert zrealizował dostawy o wartości netto wskazanej w pkt. X.1 SIWZ.

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzczenie oferty wykonawcy PPHU Korpex Wojciech Korczak pomimo jej sprzeczności z:

- pkt XII.3 SIWZ, a to wobec niewykazania, że wykonawca ten będzie dysponował zasobami niezbędnymi dla prawidłowego wykonywania czynności serwisowych;

- załącznikiem nr 2a do SIWZ w zakresie średnicy lutniociągu,

a przez to nieprawidłowe zastosowanie art. 91 wobec tego wykonawcy i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej dla zadania nr 2,

5) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec wykonawcy Konsorcjum MAS sp. z o.o. i P.H.U. Energokrak sp. z o.o. w związku ze złożeniem przez tego wykonawcę nieprawdziwego oświadczenia co do poziomu hałasu emitowanego przez wentylator znajdujący się w ofercie tego wykonawcy, która mogła mieć wpływ na wynik postępowania;

6) ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzczenie oferty wykonawcy Konsorcjum MAS sp. z o.o. i P.H.U. Energokrak sp. z o.o., pomimo jej sprzeczności z:

- pkt XII.3 SIWZ, a to wobec braku wykazania, że wykonawca ten będzie dysponował zasobami niezbędnymi dla prawidłowego wykonywania czynności serwisowych;

- załącznikiem 2a w zakresie: maksymalnego poziomu hałasu, średnicy lutociągu, a przez to nieprawidłowe zastosowanie art. 91 wobec tego wykonawcy i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej dla zadania nr 4,

7) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec wykonawcy Eurotech sp. z o.o. w związku z niewykazaniem odpowiednimi dokumentami potwierdzającymi złożone przez wykonawcę oświadczenie, że w okresie 3 lat przez upływem terminu składania ofert zrealizował dostawy o wartości netto wskazanej w pkt. X.1 SIWZ;

8) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy Eurotech sp. z o.o., pomimo jej sprzeczności z załącznikiem 2a w zakresie: maksymalnego poziomu hałasu, średnicy lutociągu.

Jednocześnie Odwołujący wnosil o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 2, wykluczenia z postępowania PPHU Korpex Wojciech Korczak, ewentualnie odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz dokonania ponownej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 2;

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 4, wykluczenia z postępowania Konsorcjum MAS sp. z o.o. i P.H.U. Energokrak sp. z o.o., ewentualnie odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz dokonania ponownej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 4;

3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy Eurotech sp. z o.o., ewentualnie odrzucenia oferty tego wykonawcy;

4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania wywołanego odwołaniem, w tym wpisem od odwołania.

W zakresie zadania nr 2 dotyczącego PPHU Korpex Wojciech Korczak Odwołujący zarzucił temu wykonawcy, iż ten w swej ofercie złożył dwa nieprawdziwe oświadczenia:

1. oświadczenie o zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia objętego zadaniem nr 2 na warunkach przewidzianych w SIWZ;

2. oświadczenie dotyczące zasad serwisowania oferowanych wentylatorów GWE 630B/2x18,5 kW, w szczególności co do prawa ich serwisowania z upoważnienia producenta(str.37 oferty).

Podniósł przy tym, że Odwołujący, będący oficjalnym dystrybutorem wentylatorów produkowanych przez spółkę PW Wiromag Sp. z o.o., po uzyskaniu wiedzy o rozstrzygnięciu przetargu, zwrócił się do tej spółki z prośbą o informację, czy spółka ta zapewniała wykonawcy PPHU Korpex produkcję i dostawę wentylatorów w 2010 r., a zatem w okresie, w którym miałyby

się odbyć realizacja zadania nr 2 realizowanego w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego przetargu. Odwołujący twierdził, że producent oświadczył, że nie wystawił oświadczenia dotyczącego serwisu, które zostało załączone do oferty wykonawcy PPHU Korpex, a dokument dołączony do oferty tego wykonawcy jest sfałszowany.

Do odwołania załączył pismo PW Wiromag Sp. z o.o. z dnia 14 października 2010r.

W kolejnym zarzucie Odwołujący podniósł, że wykonawca PPHU Korpex nie udokumentował w sposób należyty posiadanego doświadczenia, stanowiącego opisany w pkt. X pkt 1 SIWZ warunek ubiegania się o zamówienie.

Jego zdaniem przedstawione przez wykonawcę dokumenty, mające potwierdzić, iż w okresie 3 lat przed upływem składania ofert wykonał dostawy o wartości wskazanej w SIWZ nie potwierdzają tej okoliczności, albowiem brak jest w niektórych z tych dokumentów potwierżeń, co do wartości netto realizowanych dostaw, zaś wartość netto dostaw uwidoczniła w pozostałych dokumentach jest niższa niż wartość minimalna wskazana w pkt. X.1 SIWZ.

Trzeci zarzut Odwołującego oparty był na uznaniu, iż złożona oferta wykonawcy PPHU Korpex stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem ten rozpowszechniał w niej nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści.

W części obejmującej czwarty zarzut dotyczący powyższego wykonawcy wskazywał, iż nie ma on możliwości zapewnienia świadczenia usług serwisowych zwłaszcza, że nie tylko nie przedłożył on pisemnego zobowiązania producenta do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (o których mowa w pkt. XII.3 SIWZ str. 5), a z przedłożonego przez Odwołującego pisemnego oświadczenia producenta wynika, iż nie zagwarantuje on temu wykonawcy niezbędnych zasobów.

Ostatecznie Odwołujący zwrócił uwagę na niezgodność oferty PPHU Korpex z określonymi w załączniku do SIWZ wymaganiami technicznymi z zał. 2a do SIWZ na podstawie których wentylatory oferowane w ramach zadania nr 2 powinny współpracować z lutniociągami o średnicy 600 lub 800 mm, podczas gdy wentylator oferowany przez wykonawcę jest kompatybilny wyłącznie z lutniociągiem 800 mm (oraz 1.000, do której to jednak wartości nie odwołuje się SIWZ). Odwołał się przy tym do odpowiedzi Zamawiającego na zapytania z dnia 29.07.2010 r. (pismo l.dz. CW Południe/DE/EZ/CD/7052/10), w którym "Zamawiający żądał aby wentylatory posiadały średnice zgodnie z średnicami podanymi w załączniku nr 2a SIWZ", nie zaś średnice zgodne z niektórymi podanymi średnicami.

Druga część zarzutów odwoławczych dotyczyła wykonawców składających oferty na zadanie nr 4.

Według Odwołującego Wykonawca Konsorcjum MAS sp. z o.o. i P.H.U. Energokrak sp. z o.o. złożyło nieprawdziwe zapewnienie, iż poziom hałasu emitowanego przez oferowany przez tego wykonawcę wentylator nie przekracza 85 db.

Zdaniem Odwołującego zgodnie z Dokumentacją Techniczno-Ruchową (dalej: DTR) dla tego wentylatora, wentylator ten bez tłumika generuje dźwięk na poziomie pomiędzy $117,0 \pm 2,3$ dB a $131,7 \pm 2,3$ dB (zależnie od sposobu pomiaru), natomiast po zamontowaniu jednego tłumika "o znacznej skuteczności tłumienia 18 dB (A)" poziom ten zostanie obniżony do poziomu pomiędzy $98,9 \pm 2,3$ dB a $113,6 \pm 2,3$ dB, a zatem w najlepszym razie przekraczającym o 11,6 dB maksymalny poziom hałasu (85 dB) przewidziany w SIWZ. Zwrócił uwagę, że zgodnie z DTR obniżenie poziomu hałasu do wymaganych 85 dB jest w przypadku modelu WLE-1010B możliwe wyłącznie w przypadku: zastosowania dwóch lub więcej tłumików, zastosowania indywidualnych środków ochrony pracowników, zastosowania dodatkowych osłon dźwiękochłonnych, czy w końcu zmiany lokalizacji wentylatora (czy usunięcie go z rejonu pracy).

W związku z tym stwierdził, że powyższa niezgodność oferty Konsorcjum MAS sp. z o.o. i P.H.U. Energokrak sp. z o.o. z SIWZ powinna powodować odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W zakresie kolejnego zarzutu podniósł, że wykonawca Konsorcjum MAS sp. z o.o. i P.H.U. Energokrak sp. z o.o. nie przedstawił dokumentów, z których wynika, że którykolwiek z uczestników Konsorcjum jest uprawniony do świadczenia serwisowych czynności gwarancyjnych.

Zdaniem Odwołującego załączone do oferty tego wykonawcy upoważnienie udzielone przez producenta wentylatora było niewystarczające, bowiem uprawnienie (zdolność) do świadczenia czynności serwisowych dla urządzeń objętych ofertą musi być poparta stosownymi certyfikatami wydanymi przez jednostkę certyfikującą. Dopiero taki certyfikat umożliwi zgodne z prawem i zasadami bezpieczeństwa serwisowanie wentylatorów pracujących na kopalniach. Wywodził, że podmiot posiadający stosowny certyfikat (np. producent) nie jest władny przekazać go podmiotowi trzeciemu, który musi uzyskać w jednostce certyfikującej odrębne zezwolenie. Dlatego też podmioty, które nie oferują wentylatorów własnej produkcji (co do których posiadają certyfikaty na serwis) najczęściej zawierają z producentami porozumienia, na podstawie których producenci zobowiązują się do świadczenia usług serwisowych. Powołał się na

zastrzeżenie Zamawiającego z pkt. XII.3 SIWZ (str. 5), iż udowodnienie przez wykonawcę, iż podmioty, z którymi współpracuje wykonawca, a które będą wykonywały prace serwisowe, posiadają stosowne uprawnienia powinno następować przez złożenie "pisemnego obowiązania tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów".

Odwołujący zauważył, że w przypadku oferty złożonej przez Konsorcjum nie tylko brak jest takiego pisemnego zobowiązania podmiotu uprawnionego do czynności serwisowych, ale co więcej znajduje się jedynie upoważnienie producenta dla dokonywania tych czynności przez MAS sp. z o.o., które jednocześnie może być odczytywane jako oświadczenie, z którego wynika, że sam producent nie jest zainteresowany świadczeniem usług gwarancyjnych osobiście.

Wskazał również na niezgodność oferty Konsorcjum MAS sp. z o.o. i P.H.U. Energokrak sp. z o.o. z określonymi w załączniku do SIWZ wymaganiami technicznymi w zakresie konieczności współpracy przez oferowany wentylator z lutniociągami o określonych średnicach.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z zał. 2a do SIWZ wentylatory oferowane w ramach zadania nr 4 powinny współpracować z lutniociągami o średnicy 800, 1000, 1200 mm, podczas gdy wentylator oferowany przez wykonawcę jest kompatybilny wyłącznie z lutniociągiem 800 oraz 1.000, a z odpowiedzi Zamawiającego na zapytania z dnia 29.07.2010 r. (pismo znak CW Południe/DE/EZ/CD/7052/10) wynika, że "Zamawiający żądał aby wentylatory posiadały średnice zgodnie z średnicami podanymi w załączniku nr 2a SIWZ", nie zaś średnice zgodne z niektórymi podanymi średnicami. Według wiedzy Odwołującego wentylatory dostarczane w ramach zadania nr 4 miałyby współpracować właśnie z lutniociągami o średnicy 1.200. Skoro zatem sam wykonawca wskazał w swej ofercie, iż oferowany przez niego model wentylatora jest kompatybilny jedynie z jedną z dwóch średnic lutniociągów, to oferta ta powinna podlegać odrzuceniu, jako niezgodna z zapisami SIWZ.

Odwołujący poddał również w wątpliwość autentyczność jednego z dokumentów przedstawionych przez wykonawcę zawierającego referencję ze strony 52, która była wystawiona w dniu 27 października 2010 r., a więc nie tylko w dacie późniejszej niż data ostatniego dnia terminu składania ofert.

Kolejny zarzut dotyczył Wykonawcy Eurotech sp. z o.o. Odwołujący podniósł, że ten nie przedstawił wymaganej dokumentacji potwierdzającej posiadanie odpowiedniego doświadczenia w realizacji dostaw odpowiadających swym rodzajem przedmiotowi dostaw, większość rekomendacji stanowiących element oferty tego wykonawcy dotyczy dostaw klimatyzacji, a nie wentylatorów lutniowych, co jest sprzeczne z pkt. X.1 SIWZ.

Zdaniem Odwołującego wykonawca ten nie przedstawił dokumentów potwierdzających wymagania z SIWZ w zakresie doświadczenia, co daje podstawy do stwierdzenia, że powinien on zostać wykluczony z postępowania, jako niespełniający wymogów SIWZ (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp).

Ponadto, ponieważ wykonawca ten złożył oświadczenie, iż spełnia on wymagania dotyczące odpowiedniego doświadczenia, podstawa dla jego wykluczenia z postępowania będzie również art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zwrócił również uwagę, że parametry techniczne oferowanego przez tego wykonawcę wentylatora nie odpowiadają parametrom wymagany zgodnie z załącznikiem nr 2a do SIWZ.

Podniósł także, że według załączonej do oferty instrukcji obsługi wentylatora WOOEx-100/2/A (strona 65 oferty) poziom ciśnienia akustycznego (hałasu) wynosi dla tego wentylatora 108 dB. Opierając się o dokumentację techniczną dla wentylatora WLE-1010B wydaną przez CMG Komag, z której wynika, że jeden tłumik ma skuteczność tłumienia około 18 dB, stwierdził, iż wentylator oferowany przez tego wykonawcę, zaopatrzony w jeden tłumik, będzie generował hałas na poziomie przekraczającym dopuszczalne 85 dB co najmniej o kilka db. w związku z czym będzie on niezgodny z SIWZ. co powoduje konieczność odrzucenia oferty konkurenta.

Następny zarzut dotyczył niezgodności treści oferty z określonymi w załączniku do SIWZ wymaganiami technicznymi w zakresie konieczności współpracy przez oferowany wentylator z lutnociągami o określonych średnicach.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z zał. 2a do SIWZ wentylatory oferowane w ramach Zadania 4 powinny współpracować z lutnociągami o średnicy 800,1000, 1200 mm, podczas gdy wentylator oferowany przez wykonawcę jest kompatybilny wyłącznie z lutnociągiem 800 oraz 1.000. Zwrócił uwagę, że w odpowiedzi Zamawiającego na zapytania z dnia 29.07.2010 r. (pismo znak CW Południe/DE/EZ/CD/7052/10) "Zamawiający żądał aby wentylatory posiadały średnice zgodnie z średnicami podanymi w załączniku nr 2a SIWZ", nie zaś średnice zgodne z niektórymi podanymi średnicami. Skoro zatem sam wykonawca wskazał w swej ofercie, iż oferowany przez niego model wentylatora jest kompatybilny jedynie z jedną z dwóch średnic lutnociągów, to oferta ta powinna podlegać odrzuceniu, jako niezgodna z zapisami SIWZ.

Ostatecznie zwrócił uwagę, iż zgodnie z zapisami w DTR producenta wentylatora oferowanego w postępowaniu przez wykonawcę Eurotech sp. z o.o. wentylator ten jest wentylatorem przeznaczonym do wentylacji tłoczącej, natomiast w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego wymagana jest dostawa wentylatorów przeznaczonych do wentylacji ssąco-tłoczącej.

W dniu 20.10.2010r. PPHU Korpex Wojciech Korczak zgłosił pisemnie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a dniu 21.10.2010r. takie przystąpienie zgłosiło Konsorcjum MAS sp. z o.o. i P.H.U. Energokrak sp. z o.o. w formie elektronicznej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonej oferty Przystępującego PPHU Korpex Wojciech Korczak, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i oświadczeń Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

W pierwszej kolejności Izba jednak postanowiła nie rozpoznawać odwołania w zakresie zarzutów dotyczących zadania nr 4 z powodu naruszenia przez Odwołującego terminu, o którym mowa w art.182 ust.3 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Izba nie stwierdziła zaś istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania ani w całości, ani w części, bowiem na gruncie Prawa zamówień publicznych instytucja częściowego odrzucenia odwołania nie jest występująca, a w zakresie zadania nr 2 zostało ono wniesione w terminie.

Na posiedzeniu niejawnym w obecności stron potwierdziły one zgodnie, iż w dniu 8 września 2010 r. została przekazana wykonawcom informacja o zaproszeniu do aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 4. W informacji tej zostali również określone adresaci : Konsorcjum MAS sp. z o.o. i P.H.U. Energokrak sp. z o.o. i Eurotech sp. z o.o. poprzez wskazanie adresów poczty elektronicznej indywidualizujących pod względem nazwy te podmioty : biuro @eurotechpolska.pl i dostawy1@mas.pl.

Wobec tego Izba uznała, iż okoliczność ta dawała Odwołującemu pełną podstawę do zaskarżenia czynności Zamawiającego polegającej na dalszym dopuszczeniu w zakresie zadania nr 4 do aukcji elektronicznej tych podmiotów, jeżeli uważał on, że oferty złożone przez te podmioty zawierały wady.

Stosownie do brzmienia art.182 ust.3 pkt.1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust.1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia.

W pozostałym zakresie Izba uznała, iż odwołanie zostało wniesione w terminie.

Dodatkowo Izba uznała za bezskuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum MAS sp. z o.o. i P.H.U. Energokrak sp. z o.o., z tego powodu, iż podmiot podpisujący przedmiotowe zgłoszenie w przekazie elektronicznym - Marek H. - nie posiadał umocowania udzielonego przez konsorcjum do zgłoszenia tej czynności.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący PPHU Korpex Wojciech Korczak wnosili o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz.759 z póź. zm.).

Przede wszystkim Izba uznała, iż podane w ofercie przez Przystępującego PPHU Korpex Wojciech Korczak na stronie 7 oferty, pkt 3, 4 oraz na stronie 37 informacje są nieprawdziwe i mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jako kluczowy dowód na potwierdzenie tych okoliczności było – zdaniem Izby - przyznanie na rozprawie przez Przystępującego, iż prawdą jest, że nie będzie mógł on dostarczyć zaoferowanych wentylatorów odkupując je od producenta Wiromag sp. z o.o., a jedynie od odwołującego oraz oświadczenie tego drugiego, iż z uwagi na istniejący program produkcyjny nie jest w stanie w bieżącym roku zrealizować jakiegokolwiek zamówienia dla Przystępującego.

W tym stanie rzeczy nie można uznać za prawdziwą informację zawartą na stronie 7 oferty, pkt 3, iż termin dostawy ściśle oznaczonych wentylatorów nastąpi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz pkt 4, iż zapewni on warunki gwarancji oraz świadczenie usług serwisowych zgodnie z załącznikiem nr 1 i 2a do SIWZ.

Dodatkowo należy również wskazać, iż nie jest prawdziwa treść zasad świadczenia usług serwisowych w okresie gwarancyjnym i pogwarancyjnym wraz z cennikiem usług załączona na stronie 37 oferty Przystępującego, bowiem z oświadczenia producenta Wiromag sp. z o.o. z dnia 14.10.2010r., pismo l.dz.1050/10/10 wynika, iż nie przekazywał on firmie Korpex żadnego zapewnienia, że dostarczy jej wentylatory GWE 630B w 2010r. w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec tego – według Izby – nie mają żadnego znaczenia dla oceny wskazanych wyżej dowodów okoliczności prowadzenia wymiany handlowej pomiędzy Przystępującym a producentem w 2010r.

Przystępujący chcąc zabezpieczyć się przed zarzutem nieprawdziwości złożonych przez niego informacji powinien - zdaniem Izby - uzyskać przed złożeniem oferty zapewnienie producenta w postaci oświadczenia lub umowy, że przedmiotowe wentylatory zostaną mu sprzedane w celu realizacji umowy będącej następstwem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na tle rozpoznawanej sprawy Izba reprezentuje pogląd, iż informacje podane przy ofercie mogą być weryfikowane i konfrontowane w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Informacja taka nie może być uznana za prawdziwą jedynie w dacie złożenia oferty, z powodu braku wiedzy o niej składającego ofertę i pozostać taką wskutek zmiany okoliczności lub też istnienia takich okoliczności, które nie są Zamawiającemu znane, a ich nieprawdziwość ujawnia się dopiero w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bądź postępowania odwoławczego.

Dla niniejszego rozstrzygnięcia – według Izby – nie ma znaczenia czy Przystępujący złożył powyższe nieprawdziwe informacje w warunkach błędu czy braku należytej staranności.

Zgodnie z art.191 ust.2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Badając kolejne zarzuty odwołania w zakresie zadania nr 2, Izba doszła do przekonania, iż nie znajdują one uzasadnienia.

Zdaniem Izby za chybiony należy uznać zarzut braku udokumentowania w należyty sposób posiadanego przez Przystępującego doświadczenia. Na stronie 16 oferty, załącznik nr 3 znajduje się wykaz wykonanych dostaw. Wykaz ten oraz dodatkowo przedłożone do

Przystąpienia dokumenty: faktura VAT nr 47/P/2008 wystawiona przez Katowicki Holding Węglowy S.A. KWK „Wujek” oraz umowa z dnia 29.10.2009r.zawarta z Kompanią Węglową S.A. na łączną kwotę 209 400 zł/netto potwierdzają spełnianie przez Przystępującego warunku rozdziału X pkt 1 SIWZ w części dotyczącej zadania nr 2 dla którego wartość dostawy netto została określona jako nie mniejsza niż 180 000 tys. zł.

Izba nie uznała również zarzutu Odwołującego, iż złożona oferta Przystępującego stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem informacja będąca przedmiotem rozważań Izby nie była rozpowszechniana, lecz została przekazana jednorazowo dla potrzeb prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie znalazł uznania Izby również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu nie przedłożenia pisemnego zobowiązania producenta do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (rozdział XII pkt 3 SIWZ) z tej przyczyny, iż to postanowienie SIWZ dotyczyło warunków udziału w postępowaniu.

Ostatecznie zarzut zaoferowania wentylatora zgodnego z załącznikiem nr 2a do SIWZ nie mógł zostać uwzględniony, ponieważ Zamawiający w treści SIWZ przewidział parametr średnicy alternatywnie, a zatem wystarczającym było zaoferowanie wentylatora o średnicy lutniociągu 600 mm (strona 10 oferty).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp postanowiła uwzględnić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:

.....

