

WYROK
z dnia 21 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Lubomira Matczuk-Mazuś**

Andrzej Niwicki

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Hutę Łabędy S.A., 44-109 Gliwice, ul. Zawadzkiego 45** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., 21-013 Puchaczów, Bogdanka** protestu z dnia **9 czerwca 2009 r.**

przy udziale konsorcjum przedsiębiorców: **Olga Koza Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Monter”** oraz **Zdzisław Koza Zakłady Metalowe „Kozamex” Zakład Pracy Chronionej, 42-714 Lisów, ul. Częstochowska 19**, zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Hutę Łabędy S.A., 44-109 Gliwice, ul. Zawadzkiego 45 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 **Hutę Łabędy S.A., 44-109 Gliwice, ul. Zawadzkiego 45,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Hutę Łabędy S.A., 44-109 Gliwice, ul. Zawadzkiego 45** na rzecz **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., 21-013 Puchaczów, Bogdanka** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) 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 **Hutę Łabędy S.A., 44-109 Gliwice, ul. Zawadzkiego 45.**

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

I. Stan faktyczny i stanowiska stron.

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę fabrycznie nowych strzemion dwujarzmowych do łączenia elementów drzwi obudowy chodnikowej z kształtownika V-32/36 wykonanej ze stali o podwyższonych parametrach wytrzymałościowych* (numer sprawy 4392), ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 marca 2009 roku, 2009/S 61-088310.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm: PW „Monter” Olga Koza i ZM „Kozamex” ZPrCh Zdzisław Koza, informując o dokonanej czynności wykonawców faksem w dniu 3 marca 2009 roku. W dniu 9 czerwca protest do zamawiającego wniósł wykonawca Huta Łabędy S.A., zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez zaniechanie wykluczenia wybranego konsorcjum i zaniechanie odrzucenia jego oferty. W ocenie wnoszącego protest, konsorcjum nie złożyło dokumentów na potwierdzenie, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. że uzyskali przychód za ostatni rok

obrotowy (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres) na podstawie rachunku zysków i strat pozycja przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów lub przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim – o wartości większej niż 13 000 000,00 zł.” Zamawiający żądał załączenia do oferty „Bilansu i Rachunku Zysków i Strat (część sprawozdania finansowego w rozumieniu ustawy o rachunkowości), a w przypadku Wykonawcy niezobowiązanego do sporządzania sprawozdania finansowego – informacji określającej obroty, zysk oraz zobowiązania i należności, złożonych na druku Oświadczenie finansowe, stanowiącym załącznik nr 3 do siwz. Do oferty konsorcjum nie załączyło Bilansu oraz Rachunku Zysku i Strat dla jednego z konsorcjantów – PW „MONTER” Olga Koza, zastępując je oświadczeniem finansowym. Zamawiający przyjął oświadczenie bez weryfikacji, czy przedsiębiorca jest zwolniony z obowiązku prowadzenia pełnej rachunkowości, co doprowadziło do nierównego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Dodatkowo konsorcjum dokonało zmiany na formularzu przygotowanym przez zamawiającego w określeniu roku, za który złożyło oświadczenie (z 2007 r. na 2008 r.), bez parafowania i datowania tak istotnej zmiany. W ocenie protestującego rodzi to obawę, że informacje za rok 2007 mogłyby być niekorzystne dla konsorcjum z punktu widzenia możliwości uzyskania zamówienia.

Powyższe okoliczności powinny skłonić zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania i dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia, protestujący wskazał na zaoferowanie strzemion, które mogą mieć szerokości 80 mm, na co wskazuje dokumentacja techniczno-konstrukcyjna. Zamawiający nie dopuścił zmniejszenia szerokości jarzm górnych i dolnych poniżej 100 mm. Zgodnie z dokumentacją konstrukcyjną, do produkcji jarzm konsorcjum zamierza użyć płaskownik o grubości 14,8 mm czyli przekraczający o 0,7 mm dopuszczalną dolną tolerancję. Natomiast ze sprawozdania z badań wynika, że jarzma mogą mieć grubość od 13 do 19 mm przy zakładanej tolerancji +/- 3 mm. Tolerancja w dokumentacji technicznej nie uwzględnia Polskiej Normy PN-EN10058:2005, która dopuszcza tolerancję płaskownika o grubości 16 mm +/- 0,5 mm. Zgodnie z przedstawioną ofertą konsorcjum może dostarczać jarzma o masie mniejszej o ok. 20 % od zakładanej w siwz. Obniżenie grubości płaskownika do zakładanej w dokumentacji technicznej dolnej granicy tolerancji spowoduje, że oferowane strzemiona staną się pod względem wymiarów pewnego rodzaju strzemionami oszczędnościowymi, a tego zamawiający chciał uniknąć (nie dopuścił strzemion dwujarzmowych tzw. oszczędnościowych (np. SDO). Okoliczności te powinny stanowić podstawę do odrzucenia oferty konsorcjum i dokonania ponownego wyboru oferty.

Do postępowania protestacyjnego w dniu 12 czerwca 2009 r. przystąpiło konsorcjum, którego ofertę zamawiający wybrał.

Zamawiający rozstrzygnął protest w piśmie z dnia 18 czerwca 2009 roku oddalając go w całości jako bezzasadny. W uzasadnieniu swojego stanowiska zamawiający w zakresie braku podstaw do wykluczenia konsorcjum z postępowania, odwołał się do wyjaśnień konsorcjum przedstawionych w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, z których wynika, iż jeden z konsorcjantów zobowiązany jest prowadzić pełną rachunkowość dopiero od 2009 roku, gdyż dopiero w 2008 roku jego obroty przekroczyły kwotę określoną w przepisach. Zamawiający określił wysokość przychodu za ostatni rok obrotowy lub za okres prowadzenia działalności, jeżeli jest on krótszy niż 1 rok. Tym samym zamawiający uznał, iż konsorcjum było uprawnione do złożenia oświadczenia finansowego za 2008 rok w odniesieniu do jednego z konsorcjantów.

Zamawiający ocenił wprowadzoną do formularza załącznika nr 3 zmianę roku, jako konsekwencję określonego warunku odwołującego się w treści do ostatniego roku obrotowego, którym dla konsorcjum jest rok 2008. Stanowiło to dokładne wypełnienie wymagań zamawiającego w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający uznał, iż załączona dokumentacja nie budziła jego wątpliwości co do rozmiarów strzemion (80 +/- 2 do 100 +/- 2). Wykonawca potwierdził, iż jest w stanie dostarczyć strzemiona o szerokości jarzma 100 mm, wg wymagań zamawiającego, na potwierdzenie czego załączyło wyniki badań nr 77/DLB-2/20098. Zamawiający nie miał podstaw kwestionować treści oświadczenia wykonawcy popartego załączonymi dokumentami. Zamawiający zaznaczył, iż treść dokumentacji nie odnosi się do normy PN 10058:2005, natomiast dokumentacja rysunkowa określa grubość płaskownika, z której będzie wykonane strzemie na 16 mm. Zamawiający nie znalazł zasadności dla stawiania zarzutu, iż waga strzemion będzie niższa, niż wymagana, zwłaszcza, że zamawiający nie wymagał podania wagi strzemion.

Wobec takiego rozstrzygnięcia protestu Huta Łabędy S.A. wniosła w dniu 26 czerwca 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego treść zamawiającemu.

W odwołaniu wykonawca podtrzymał i ponowił zarzuty oraz żądania podniesione w proteście. W uzupełnieniu wcześniejszej argumentacji, odwołujący wskazał, iż treść załącznika nr 3 wskazywała, że zamawiający wymagał przedstawienia informacji o stanie finansów za rok 2007, natomiast oświadczenie konsorcjanta dotyczy roku 2008. W jego ocenie przedłożenie informacji za rok 2007 spowodowałoby wykluczenie wykonawcy, gdyż

nie spełniał wymogu przychodów wyższych niż 13 000 000,00 zł. Zmiana treści załącznika nr 3 była oczywistą zmianą treści formularza i nie była również parafowana, datowana ani nie była w żaden sposób oznaczona (jak wymagał tego zamawiający), co sugerowałoby, że konsorcjum liczy na przeoczenie tego faktu przez zamawiającego. Odwołujący zakwestionował prawidłowość danych o wysokości przychodu za 2008 r., który był pięciokrotnie wyższy niż w roku poprzedzającym.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło w dniu 3 lipca 2009 roku konsorcjum PW „Monter” Olga Koza i ZM „Kozamex” ZPChr Zdzisław Koza.

II. Ustalenia i stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, skład orzekający ustalił i zważył co następuje (Izba nie dopuściła dowodu z opinii Instytutu Techniki Górniczej, która to opinia jako dokument prywatny nie ma waloru dowodu z opinii biegłego).

Interes odwołującego we wniesieniu środków ochrony prawnej uzasadniony jest możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta jest drugą w kolejności po wybranej, a w przypadku uwzględnienia odwołania, stałaby się najkorzystniejszą, mając na uwadze kryterium wyboru oferty – cena 100 %. Czynność zamawiającego narusza interes wykonawcy, który traci szansę na wybór jego oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzuty podniesione w proteście, a następnie w odwołaniu, Izba uznała za niezasadne i na tej podstawie oddaliła odwołanie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego konsorcjum z postępowania, gdyż nie złożyło ono dokumentów wykazujących, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, jest bezzasadny.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Część I Rozdział V.1.3) wymagał od wykonawców wykazaniem się uzyskaniem przychodu za ostatni rok obrotowy (a jeżeli okres działalności jest krótszy – za ten okres) na podstawie rachunku zysków i strat pozycja przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów lub przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim – o wartości większej niż 13 000 000,00 zł. W celu potwierdzenia spełniania warunku, wykonawcy mieli dołączyć Bilans i Rachunek Zysków i

Strat (część sprawozdania finansowego w rozumieniu ustawy o rachunkowości), a w przypadku wykonawcy niezobowiązanego do sporządzania sprawozdania finansowego – informację określającą obroty, zysk oraz zobowiązania i należności, złożoną na druku Oświadczenie finansowe, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ: za ostatni okres obrotowy lub za okres prowadzenia działalności, jeżeli jest ona prowadzona przez okres krótszy niż 1 rok (Część I, Rozdział VI.1.7 siwz). Do wybranej oferty konsorcjum załączyło Bilans sporządzony na dzień 31.12.2008 r. i Rachunek Zysków i Strat za okres od 01.01.2008r. do 31.12.2008r. prowadzonej działalności przez Zakłady Metalowe „Kozamex” Zdzisław Koza (str. od 26 do 28 oferty) oraz oświadczenie finansowe złożone za rok 2008 przez Olgę Koza PW „Monter” (str 25 oferty).

Izba uznała, iż konsorcjum załączyło dokumenty potwierdzające znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej, jakiej wymagał zamawiający. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż dokumenty finansowe wykonawcy składali za ostatni rok obrotowy lub okres prowadzonej działalności, jeżeli jest on krótszy niż 1 rok. Jako bezsporną Izba uznała okoliczność, iż Olga Koza prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Monter” zarejestrowaną od 12.02.2004 r. roku (dowód zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej pod numerem 3101). Tym samym konsorcjant był zobowiązany złożyć odpowiednie dokumenty za ostatni rok obrotowy, który jest definiowany przez ustawę o rachunkowości, jako rok kalendarzowy lub inny okres trwający 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych, stosowany również do celów podatkowych. Rok obrotowy lub jego zmiany określa statut lub umowa, na podstawie której utworzono jednostkę. Dzień bilansowy jest to dzień, na który jednostka sporządza sprawozdanie finansowe. W odniesieniu do Olgi Koza ostatnim rokiem obrotowym, za które przedsiębiorca sporządzał sprawozdanie finansowe był okres 12 miesięcy, tj. od 01.01.2008r. do 31.12.2008r., a dniem bilansowym był dzień 31.12.2008 r.

W tak ustalonym stanie faktycznym i prawnym wykonawca był uprawniony do złożenia oświadczenia finansowego w celu potwierdzenia sytuacji finansowej i ekonomicznej, gdyż przedsiębiorca nie był zobowiązany do prowadzenia w roku obrotowym za okres od 01.01.2008 do 31.12.2008 pełnej rachunkowości (zgodnie z art. 2.1 ustawy o rachunkowości). Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu w celu podważenia ustaleń Izby dokonanych na podstawie dokumentów złożonych w sprawie, które wskazywałyby na obowiązek prowadzenia przez Olgę Koza pełnej rachunkowości za ostatni rok obrotowy. Tym samym nie było podstaw do uznania twierdzeń odwołującego, iż konsorcjum było zobowiązane przedłożyć rachunek zysków i strat dla Przedsiębiorstwa „Monter” Olga Koza.

Nie było podstaw do kwestionowania prawidłowości oświadczenia finansowego złożonego za rok 2008. Dokonana przez konsorcjum zmiana załącznika nr 3 do siwz polegająca na wpisaniu prawidłowego (tj. zgodnego z opisanym przez zamawiającego

warunkiem), roku obrotowego, nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, który dostosował opracowany przez zamawiającego druk do jego oczekiwań. Wykonawca słusznie wprowadził zmianę w oznaczeniu roku obrotowego, doprowadzając w ten sposób do pełnej jasności treści złożonego oświadczenia. W ocenie Izby brzmienie siwz nie pozostawiało żadnych wątpliwości, co do roku obrotowego, za który zamawiający oczekiwał złożenia dokumentów/oświadczeń. Izba nie przychyliła się do stanowiska odwołującego, iż oznaczenie roku 2007 na załączniku nr 3 przygotowanym przez zamawiającego było wiążące dla wykonawców. Przede wszystkim to opis warunku udziału w postępowaniu decyduje o brzmieniu warunku. Odwołanie się w rozdziale VI pkt 1 pkt 7 siwz do załącznika nr 3 nie dawało podstawy do stwierdzenia, że wykonawcy byli zobowiązani składać sprawozdanie finansowe/oświadczenia finansowe za rok 2007. Brak parafki przy zmienionym roku nie jest podstawą do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią siwz, gdyż nie ma on charakteru merytorycznego, a jedynie formalny. Izba uznała za nieudowodnione twierdzenie odwołującego, iż konsorcjum celowo wprowadziło wskazaną zmianę, tak aby wprowadzić w błąd zamawiającego, co do jego rzeczywistej sytuacji finansowej.

Odnosnie zarzutu dotyczącego szerokości oferowanych strzemion i ich zgodności z siwz, skład orzekający nie potwierdził zarzutu, jakoby strzemiona zaoferowane przez konsorcjum nie odpowiadały opisowi przedmiotu zamówienia. W szczególności decydujące znaczenie ma opis przedmiotu zamówienia – część III siwz, w której zamawiający wskazał, iż dotychczasowe strzemiona do przedmiotowych obudów spełniających oczekiwania zamawiającego produkowane są według dokumentacji wymienionych w tabeli na stronie 1. Zamawiający jedynie dla celów informacyjnych zamieścił jedną z przykładowych dokumentacji. Zamawiający wymagał wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o dokumentację pozostającą w dyspozycji wykonawcy. W zakresie jarzm wskazane w siwz parametry dotyczyły m.in. parametrów stali, śrub oraz wytrzymałości jarzm (pkt 2). Wskazana przez odwołującego niezgodność co do grubości płaskownika 16 mm i dopuszczalnej tolerancji +/- 0,5 mm, określonej normą PN-EN10058:2005, nie jest niezgodnością z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie określał grubości płaskownika, a wskazanie tego parametru w dokumentacji przykładowo załączonej do siwz przez zamawiającego nie może stanowić podstawy do oceny oferowanych strzemion, jako niezgodnych z zapisami siwz. Izba przyznała, iż dokumentacja techniczna oraz wyniki badań potwierdzają spełnianie oczekiwań zamawiającego, określonych w części III pkt 2 tieret 1 do 3, czego odwołujący nie kwestionował. Zarzut odwołującego sprowadza się wyłącznie do porównania dokumentacji przykładowo załączonej przez zamawiającego z dokumentacją będącą w dyspozycji wykonawcy, załączoną do oferty konsorcjum. Porównanie to nie może stanowić podstawy dla stwierdzenia zgodności oferty z treścią siwz. Załączona do siwz dokumentacja miała charakter wyłącznie informacyjny, natomiast nie stanowiła elementu

opisu przedmiotu zamówienia. Swoje wymagania względem przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł w części III w punktach od 1 do 16 i w odniesieniu do tych wymagań oferty podlegały ocenie.

KIO nie uznała również za udowodnioną okoliczność podnoszoną przez odwołującego, jakoby oferowane przez niego strzemiona dwujarzmowe były strzemionami oszczędnościowymi, na tej podstawie, iż obniżona zostałyby grubość płaskownika. Zamawiający nie dopuścił jedynie zmniejszenie szerokości jarzm górnych i dolnych poniżej 100 mm. W oparciu o dokumentację techniczną Kozamex konsorcjum jest w stanie wykonać strzemiona o wymaganej szerokości jarzm (str. 43 i 40 oferty). Potwierdzają to również wyniki badań (str. 75 oferty).

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem), Izba obciążyła odwołującego.

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, 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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*