

Sygn. akt: KIO 83/12

**WYROK**  
z dnia 25 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **ORICA Poland Sp. z o.o., 50-110 Wrocław, ul. Kiełbaśnicza 24** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. 97-400 Bełchatów ul. 1 Maja 63**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w sposób wskazany w uzasadnieniu,**
- 2. kosztami postępowania obciąża PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. 97-400 Bełchatów ul. 1 Maja 63 i:**
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ORICA Poland Sp. z o.o., 50-110 Wrocław, ul. Kiełbaśnicza 24 tytułem wpisu od odwołania;**

2.2 zasądza od **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. 97-400 Bełchatów ul. 1 Maja 63** na rzecz **ORICA Poland Sp. z o.o., 50-110 Wrocław, ul. Kiełbaśnicza 24** kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu uiszczanego przez Odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. (dalej: „zamawiający”) na zakup usługi zalewania otworów strzałowych materiałem emulsyjnym wykonawca - ORICA Poland Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) złożył odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. wyborze oferty złożonej przez wykonawcę MAXAM Polska Sp. z o.o.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) (dalej: „ustawa Pzp”) o wartości szacunkowej wyższej od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że oferta wybrana nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), ponieważ firma MAXAM Polska Sp. z o.o. nie posiada pojazdów służących do zalewania otworów strzałowych z napędem na wszystkie osie i podwoziem odpowiednim do warunków terenowych panujących w Kopalni Węgla Brunatnego Bełchatów. Wskazał na punkt 3 załącznika nr 2 SIWZ.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie firmy MAXAM Polska Sp. z o.o. do przedstawienia odpowiednich dokumentów np. dowodów rejestracyjnych pojazdów lub też świadectw homologacji pojazdów potwierdzających, że firma MAXAM Polska Sp. z o.o. spełnia warunki techniczne określone w pkt. 3 załącznika nr 2 do SIWZ.

Odwołujący wniósł o:

1. odrzucenie oferty MAXAM Polska Sp. z o.o.,
2. wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

**Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odwołania, a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością

poniesienia szkody przez odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Izba ustaliła, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę z ceną wynoszącą 3 435 625,47 zł brutto (zgodnie z Załącznikiem nr 5 do Protokołu z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 7 grudnia 2011 r. w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: ORICA Poland Sp. z o.o. (odwołujący) z ceną jak wyżej oraz MAXAM Polska Sp. z o.o. z ceną 3 201 840,31 zł), która pozwoliła zakwalifikować ofertę tego wykonawcy na drugim miejscu w rankingu ofert, bezpośrednio po ofercie wykonawcy MAXAM Polska Sp. z o.o. uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Zarzut podniesiony w odwołaniu zmierza do wyeliminowania z postępowania wykonawcy MAXAM Polska Sp. z o.o., co oznacza, że uwzględnienie odwołania umożliwi odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdyż w postępowaniu nie wpłynęły, poza ofertą odwołującego i wykonawcy MAXAM Polska Sp. z o.o., żadne inne oferty, a oferta odwołującego nie została odrzucona.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem:

1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. Oferty wykonawcy MAXAM Polska Sp. z o.o.,
3. Informacji o złożonych ofertach w postępowaniu przetargowym na zakup usługi w zakresie zalewania otworów strzałowych materiałem emulsyjnym (Załącznik nr 3 do Protokołu nr 5 z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 7 grudnia 2011 r.),
4. Informacji o rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 5 stycznia 2012 r.,
5. Informacji o wniesieniu odwołania i wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym z dnia 13 stycznia 2012 r. (pismo FZU/ZP/145/2012),
6. Wezwania wykonawcy MAXAM Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp z dnia 13 stycznia 2012 r. (pismo FZU/ZP/159/2012),
7. Odpowiedzi wykonawcy MAXAM Polska Sp. z o.o. na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 16 stycznia 2012 r. (Pismo L. dz. 489/IP/2012),
8. Prośby o informację komisji przetargowej skierowanej do Naczelnego Inżyniera Sprzętu Technologicznego z dnia 17 stycznia 2012 r. (pismo FZU-ZP/211/2012),
9. Odpowiedzi Naczelnego Inżyniera Sprzętu Technologicznego z dnia 18 stycznia 2012 r. (pismo TT/265/2012).

Zarzut nie dysponowania przez wykonawcę MAXAM Polska Sp. z o.o. pojazdami służącymi do zalewania otworów strzałowych z napędem na wszystkie osie i podwoziem odpowiednim do warunków terenowych panujących w Kopalni Węgla Brunatnego Bełchatów, co stanowiło wymóg części II pkt 3 SIWZ potwierdził się.

W części II SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków” pkt 3) zamawiający wskazał, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem technicznym, przez który to potencjał techniczny zamawiający rozumiał pojazdy do pracy na terenie górniczym Pola Bełchatów i Pola Szczerców na podwoziu terenowym z napędem na wszystkie osie w okresie całego roku.

W części III SIWZ „Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” pkt 1 zamawiający wskazał, że w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem także dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, każdy z wykonawców powinien przedłożyć wraz z ofertą oświadczenie na potwierdzenie spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy wg opracowanego przez zamawiającego wzoru, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

Wg załącznika nr 2 do SIWZ pkt 3 każdy z wykonawców miał obowiązek złożyć oświadczenie o treści: „dysponujemy odpowiednim potencjałem technicznym (pojazdy do pracy na terenie górniczym Pola Bełchatów i Pola Szczerców na podwoziu terenowym z napędem na wszystkie osie w okresie całego roku”.

Zamawiający nie zażądał w SIWZ składania przez wykonawców na potwierdzenie dysponowania potencjałem technicznym, poza oświadczenie wg załącznika nr 2 do SIWZ, żadnych dokumentów.

Wykonawca MAXAM Polska Sp. z o.o. złożył oświadczenie o treści zgodnej z pkt 3 załącznika nr 2 do SIWZ. Nadto wykonawca ten złożył oświadczenie o treści: „W nawiązaniu do punktu 3, części II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oświadczamy, iż do realizacji kontraktu przewidziane są następujące typy systemów: MLS 2000 na podwoziu MAN o napędzie 6x4, UMS 2000 na podwoziu MAN o napędzie 6x4. Systemy te pracują na terenie całej Polski, gwarantując wysoką jakość świadczonych usług”.

W dniu 13 stycznia 2012 r., pismem FZU/ZP/159/2012, po poinformowaniu wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, co nastąpiło w dniu 5 stycznia 2012 r., a także po złożeniu odwołania przez wykonawcę ORICA Poland Sp. z o.o. (o czym świadczy numeracja pism wychodzących zamawiającego - pismem FZU/ZP/145/2012 z dnia 13 stycznia 2012 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym) zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4

ustawy Pzp, wezwał wykonawcę MAXAM Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień odnośnie oświadczenia dodatkowo złożonego przez tego wykonawcę. Zamawiający w treści pisma wskazał, że wyjaśnienie dotyczy wymagania dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, przytaczając sposób rozumienia tego potencjału oraz graficznie podkreślając element budzący wątpliwości, tj. „z napędem na wszystkie osie” („z napędem na wszystkie osie”). Żądanie złożenia wyjaśnień zamawiający uzasadnił, wskazując na złożenie w ofercie oświadczenia wg załącznika nr 2 do SIWZ, a jednocześnie oświadczenia o realizacji zamówienia przez systemy na podwoziu 6x4.

Wykonawca MAXAM Polska Sp. z o.o. w piśmie z dnia 16 stycznia 2012 r., które wpłynęło do zamawiającego faksem w dniu 17 stycznia 2012 r., a następnie w oryginale w dniu 18 stycznia 2012 r. wyjaśnił, że wymienione przez niego pojazdy (wymienione w oświadczeniu dodatkowym, które w wyjaśnieniach wykonawca nazwał „załączoną listą”) spełniają wymagania do pracy na terenie górniczym Pola Bełchatów i Pola Szczerców. Dodatkowo oświadczył, że pojazdy te pracują w najtrudniejszych warunkach górniczych w Polsce, precyzując miejsca ich pracy. W złożonych wyjaśnieniach wykonawca MAXAM Polska Sp. z o.o. nie odniósł się do budzącego wątpliwości zamawiającego wymogu odnośnie pojazdów, tj. napędu na wszystkie osie.

Po uzyskaniu wyjaśnień od wykonawcy MAXAM Polska Sp. z o.o. (pismo FZU-ZP/211/2012 z dnia 17 stycznia 2012 r.) komisja przetargowa zamawiającego, powołana w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwróciła się do Naczelnego Inżyniera ds. Sprzętu Technologicznego o udzielenie informacji, czy pojazdy wskazane w oświadczeniu MAXAM Polska Sp. z o.o. (MLS 2000 na podwoziu MAN o napędzie 6x4 oraz UMS 2000 na podwoziu MAN o napędzie 6x4) spełniają wymagania stawiane pojazdom w zakresie posiadania napędu na wszystkie osie.

Pismem z dnia 18 stycznia 2012 r. (TT/265/2012) Naczelnym Inżynierem ds. Sprzętu Technologicznego (PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A.) poinformował, że układ jezdny 6x4 oznacza „ilość kół jezdnych x ilość kół jezdnych napędzanych”, z czego wynika, że pojazd o układzie jezdnym typu 6x4 posiada 3 osie w tym 2 napędzane. We wniosku końcowym stwierdził, że pojazdy takie nie spełniają warunku posiadania napędu na wszystkie osie.

Skład orzekający Izby ustalił także, na podstawie oferty wykonawcy MAXAM Polska Sp. z o.o., że wykonawca ten nie zamierzał powierzyć jakiegokolwiek części zamówienia podwykonawcom (pkt 5 formularza ofertowego) oraz nie polegał w żadnym zakresie na zasobach podmiotów trzecich.

Wykonawca MAXAM Polska Sp. z o.o. nie skorzystał z prawa przystąpienia do postępowania odwoławczego.

### **Skład orzekający zważył, co następuje:**

Podstawowym argumentem zamawiającego, przemawiającym za brakiem podstaw do wykluczenia wykonawcy MAXAM Polska Sp. z o.o. z powodu niespełnienia jednego z elementów wymogu odnośnie potencjału technicznego, tj. dysponowania pojazdami z napędem na wszystkie osie było to, iż oświadczenie, w którym wykonawca MAXAM Polska Sp. z o.o. wskazał, że dysponuje pojazdami o napędzie 6X4 nie było oświadczeniem, którego zamawiający wymagał w SIWZ, z czego zamawiający wnioskował, iż winien złożyć tego oświadczenia i jego treść pominąć.

Skład orzekający Izby takie stanowisko zamawiającego w przedmiotowym stanie faktycznym uznaje za nieuprawnione, choć podziela pogląd, prezentowany również przez zamawiającego na rozprawie, że tak zamawiający, jak i wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są związani postanowieniami SIWZ. Jednak związanie postanowieniami SIWZ oznacza - w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - że zamawiającemu nie wolno było żądać od wykonawców żadnych dokumentów na potwierdzenie dysponowania potencjałem technicznym poza oświadczeniem o treści wskazanej w załączniku nr 2 do SIWZ. Z tego powodu skład orzekający Izby za niedopuszczalne uznał żądanie odwołującego wskazane w odwołaniu, aby zobowiązać wykonawcę MAXAM Polska Sp. z o.o. do przedstawienia innych dokumentów np. dowodów rejestracyjnych pojazdów lub też świadectw homologacji pojazdów na potwierdzenie dysponowania pojazdami z napędem na wszystkie osie.

W sytuacji, gdy zamawiający określa swój wymóg (tu: pojazdy z napędem na wszystkie osie) i jednocześnie określa sposób jego wykazania (tu: złożenie oświadczenia wg załącznika nr 2 do SIWZ ), zaś wykonawca czyni temu zadość, to brak jest podstaw do wykluczenia takiego wykonawcy, a ewentualne wykazanie złożenia oświadczenia, które nie odpowiada faktom obciąża podmiot, który oświadczenie to podważa.

Jednak w przedmiotowym stanie faktycznym wątpliwości co do złożonego wg załącznika nr 2 do SIWZ oświadczenia wywołał sam wykonawca MAXAM Polska Sp. z o.o., składając - z własnej inicjatywy - inne, dodatkowe oświadczenie, precyzujące to, jakie pojazdy zostały przez niego przewidziane do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Skoro w swojej ofercie wykonawca MAXAM Polska Sp. z o.o. złożył dwa, nie dające się pogodzić oświadczenia, obowiązkiem zamawiającego było wyjaśnienie tej kwestii, ponieważ niezależnie od tego, że oświadczenie precyzujące rodzaj pojazdów nie było wymagane przez zamawiającego, to znalazło się ono w treści oferty wykonawcy.

Zamawiający skorzystał z prawa żądania wyjaśnień i choć uczynił to już po złożeniu odwołania, w którym zakwestionowano fakt dysponowania przez wykonawcę oferty wybranej

pojazdami z napędem na wszystkie osie, to procedura ta została uruchomiona, przeprowadzona i pozostaje ważna (nic innego nie wynika z przepisów ustawy Pzp).

Wyjaśnienia wykonawcy MAXAM Polska Sp. z o.o. z dnia 16 stycznia 2012 r. wskazują na przekonanie tego wykonawcy o spełnieniu przez niego wymogu dysponowania pojazdami z napędem na wszystkie osie („wykonawca napisał: „W naszym rozumieniu ....”) pomimo dysponowania pojazdami z napędem 6x4.

Fakt, że napęd 6x4 nie jest napędem na wszystkie osie nie był między stronami sporny. Potwierdza to zarówno informacja złożona na żądanie komisji przetargowej przez Naczelnego Inżyniera ds. Sprzętu Technologicznego zamawiającego, stanowisko odwołującego, jak i samego zamawiającego, który nie kwestionował na rozprawie wyartykułowanego wprost na rozprawie twierdzenia odwołującego, że napęd 6x4 nie jest napędem na wszystkie osie. Skład orzekający Izby fakt ten uznał za oczywisty.

Ocena złożonych przez MAXAM Polska Sp. z o.o. wyjaśnień prowadzić musi do wniosku, że wykonawca ten nie dysponuje pojazdami z napędem na wszystkie osie, a oświadczenie wg załącznika nr 2 do SIWZ zostało przez niego złożone w błędnym przekonaniu, że napęd 6x4 to napęd na wszystkie osie. Poza zakresem zarzutów odwołania, a zatem i rozpoznania przez Izbę (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp) pozostaje kwestia, czy w przedmiotowym postępowaniu istnieje podstawa do wykluczenia wykonawcy MAXAM Polska Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ odwołujący zarzucił zaniechanie przez zamawiającego obowiązku odrzucenia oferty MAXAM Polska Sp. z o.o. w konsekwencji wykluczenia tego wykonawcy jedynie z tego powodu, iż nie dysponuje on żądanym potencjałem technicznym (nie spełnia postawionego w postępowaniu warunku).

Jednocześnie skład orzekający wskazuje, że brak podstaw do żądania przez zamawiającego w zakresie dysponowania pojazdami z napędem na wszystkie osie kolejnych wyjaśnień od wykonawcy MAXAM Polska Sp. z o.o., ponieważ wątpliwości, które powstały zostały już rozwiane.

Niecelowym jest także skorzystania przez zamawiającego z trybu uzupełnień na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ żądane oświadczenie (oświadczenie wg załącznika nr 2 do SIWZ) zostało złożone, tyle że nie może zostać uwzględnione ze względu na jednoczesne złożenie oświadczenia pozostającego z nim w sprzeczności. Złożenie kolejnego oświadczenia wg załącznika nr 2 do SIWZ - o tej samej treści - nie czyniłoby oświadczenie precyzującego rodzaj pojazdów niebyłym - oświadczenie to zostało sporządzone na potrzeby tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, było, jest i będzie składało się na treść oferty wykonawcy MAXAM Polska Sp. z o.o.

Wedle zamawiającego argumentem przemawiającym za brakiem podstaw do wykluczenia wykonawcy MAXAM Polska Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania był także fakt, że w pojęciu „dysponowania” mieści się również możliwość posłużenia się nie tylko pojazdami własnymi, ale również innych podmiotów.

Odnosząc się do tego argumentu skład orzekający Izby wskazuje, że w złożonej ofercie wykonawca MAXAM Polska Sp. z o.o. przewidział samodzielną realizację zamówienia (bez udziału podwykonawców), nie powoływał się w żadnym zakresie na zasoby innych podmiotów, wreszcie - treść oświadczenia złożonego przez MAXAM Polska Sp. z o.o. przesądza o rodzaju pojazdów przewidzianych do realizacji zamówienia, tj. pojazdów z napędem nie na wszystkie osie. Bez znaczenia w istocie jest to, czy są to pojazdy własne wykonawcy, czy nie.

Wszystko to przesądza o obowiązku zamawiającego, polegającego na wykluczeniu wykonawcy MAXAM Polska Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz odrzucenia jego oferty w konsekwencji zastosowania przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a zatem dokonując wyboru oferty tego wykonawcy zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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:** .....