

**WYROK**  
z dnia 11 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska**  
**Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09.03.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ELEKTROMETAL S.A., 43-400 Cieszyn, ul. Stawowa 71, Linter Sp. z o.o., 32-340 Wolbrom, ul. Łobzów 163, PPG „ROW-JAS” Sp. z o.o., 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Kasztanowa 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Lubelski Węgiel Bogdanka S.A., 21-013 Puchaczów, Bogdanka** protestu z dnia **22 grudnia 2009 r.**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych „PEMUG” S.A., 40-029 Katowice, ul. Reymonta 24** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża ELEKTROMETAL S.A., 43-400 Cieszyn, ul. Stawowa 71, Linter Sp. z o.o., 32-340 Wolbrom, ul. Łobzów 163, PPG „ROW-JAS” Sp. z o.o., 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Kasztanowa 2 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ELEKTROMETAL S.A., 43-400 Cieszyn, ul. Stawowa 71, Linter Sp. z o.o., 32-340 Wolbrom, ul. Łobzów 163, PPG „ROW-JAS” Sp. z o.o., 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Kasztanowa 2;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **ELEKTROMETAL S.A., 43-400 Cieszyn, ul. Stawowa 71, Linter Sp. z o.o., 32-340 Wolbrom, ul. Łobzów 163, PPG „ROW-JAS” Sp. z o.o., 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Kasztanowa 2** na rzecz **Lubelski Węgiel Bogdanka S.A., 21-013 Puchaczów, Bogdanka** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ELEKTROMETAL S.A., 43-400 Cieszyn, ul. Stawowa 71, Linter Sp. z o.o., 32-340 Wolbrom, ul. Łobzów 163, PPG „ROW-JAS” Sp. z o.o., 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Kasztanowa 2;**

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. w trybie przetargu nieograniczonego na „*Zaprojektowanie, dostawę, zabudowę i rozruch urządzeń przyszybowych skipowego górniczego wyciągu szybowego szybu 2.1. zakładu górniczego Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A.*”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 września 2009 r., S 188-271163, wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Przedsiębiorstwa Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych „Pemug” S.A., w dniu 22 grudnia 2009r. protest do zamawiającego wnieśli wspólnie ubiegający się o zamówienie” ELEKTROMETAL S.A., Linter Sp. z o.o., PPG ROW – JAS Sp. z o.o. (odwołujący). Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 6 stycznia 2010 r. oddalając go. Od takiego rozstrzygnięcia odwołujący wniósł w dniu 14 stycznia 2010 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu.

O czynnościach zamawiającego odwołujący został powiadomiony w dniu 14 grudnia 2009 r.

W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzuty zgłoszone w proteście naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, art. 91 ust. 1 ustawy PrZamPubl, do których doszło na skutek wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zakwestionował, jakoby wybrany wykonawca posiadał niezbędną wiedzę i doświadczenie opisane w rozdziale V pkt 1.3 siwz., tj. wykonał minimum jedno zamówienie, którego zakres obejmował dostawę, zabudowę i rozruch urządzeń przyszybowych, które obsługują górniczy wyciąg szybowy eksploatowany na podstawie decyzji Dyrektora UGBKUE zezwalającej na oddanie do ruchu w kopalni węgla kamiennego. Ponieważ w dalszej części specyfikacji, w rozdziale dotyczącym wymaganych dokumentów, zamawiający wymagał, aby wykaz wykonanych i wykonywanych zamówień obejmował również zamówienie polegające dodatkowo na zaprojektowaniu urządzeń przyszybowych (rozdział VI pkt 1.9), doświadczenie jakim mieli wykazać się wykonawcy miało obejmować nie tylko dostawę, zabudowę i rozruch urządzeń, ale również ich zaprojektowanie, co odpowiadało zakresowi przedmiotu zamówienia. Żadne z zamówień wskazanych na wykazie załączonym do oferty Pemug, nie obejmuje łącznie wszystkich elementów określonych przez zamawiającego – nie obejmuje zaprojektowania urządzeń przyszybowych – przedmiotu dostawy. Pemug w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego przyznał, iż jedynie zamówienia realizowane na rzecz KWK Chwałowice i KWK Jankowice obejmowały zaprojektowanie urządzeń przyszybowych. Odwołujący zakwestionował możliwość wykazania się zakresem zamówienia za pomocą referencji, wskazując iż potwierdzającym rodzaj wykonanych zamówień jest wykaz sporządzany przez wykonawcę. Ponadto, treść listu referencyjnego KWK Chwałowice nie potwierdza, że Pemug wykonał dokumentację techniczną na podstawie projektu własnego autorstwa. Zakres prac wskazanych w liście referencyjnym potwierdza, iż Pemug opracował dokumentację techniczną urządzeń na podstawie projektu przekazanego mu przez zamawiającego. Odwołujący zakwestionował referencję KWK Jankowice wskazując, iż faza projektowania fazy „kontynuacji budowy wieży szybu”, trwającej w latach 1999-2008, musiała zakończyć się przed upływem trzech lat przed datą wszczęcia postępowania (czyli przed wrześniem 2006 r.). Odwołujący wskazał również, iż dostawa realizowana na rzecz KWK Halemba Wirek pod tytułem „Modernizacja urządzeń załadowczych skipowych na poziomie 1030”, nie została zakończona do daty wszczęcia niniejszego postępowania i jako dostawa, która nie ma charakteru okresowego, ciągłego nie może być uwzględniona dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wskazane powyżej okoliczności winny, zdaniem odwołującego, doprowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy PrZamPubl oraz odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PrZamPubl.

Jako niezgodne z treści siwz, odwołujący ocenił oświadczenie producenta oferowanego układu automatyki i sterowania typu ELSAP 05, które nie dotyczy oferowanego układu typu ELSAP 50. Ponieważ wykonawca nie wyjaśniał zaistniałej niezgodności, a zamawiający nie poprawił jej w trybie art. 87 ust 2 ustawy PrZamPubl., zdaniem odwołującego nie można uznać jej jako oczywistej omyłki pisarskiej (tzw. „czeski błąd”). Ponieważ w załączniku nr 7 do siwz, zamawiający wyodrębnił, jako różne urządzenia przenośnik taśmowy 1000 oraz układ sterowania przenośników taśmowych 1000, konieczne było załączenie oświadczenia dla każdego z urządzeń, a nie tylko dla wyrobu końcowego. W ofercie wybranej nie zostały dodatkowo załączone oświadczenia, o których mowa w rozdziale VI pkt 1 ppkt 14 siwz, dotyczące wciągników elektrycznych, zbiorników rozładowniczych i załadowniczych oraz odpylaczy (które nie zostały ujęte w opisie technicznym przedmiotu zamówienia załączonym do oferty).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny oferty i nakazanie wykluczenia z postępowania Pemug S.A. i dokonanie wyboru oferty odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca PMKSiUG „Pemug” S.A.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Izba w toku posiedzenia uznała, iż odwołanie oraz protest wniesione zostały z zachowaniem terminów ustawowych, a zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu merytorycznemu na rozprawie.

Interes prawny odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia wynika z okoliczności, iż odwołujący złożył ofertę, która została sklasyfikowana jako druga w kolejności za ofertą wybraną. W przypadku potwierdzenia się zarzutów podnoszonych we wnoszonych środkach ochrony prawnej, oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. W tych okolicznościach Izba stwierdziła, iż czynność zamawiającego mogła naruszać interes prawny odwołującego, co prowadzi do wypełnienia przesłanki dla rozpoznania zarzutów zgłoszonych w odwołaniu.

Oddalając zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Pemug S.A., Izba kierowała się treścią warunku opisanego w siwz oraz treścią dokumentów załączonych do oferty. Skład orzekający uznał, iż zamawiający wymagał od wykonawców doświadczenia w wykonaniu minimum jednego zamówienia, którego zakres obejmował

zaprojektowanie, dostawę, zabudowę i rozruch urządzeń przyszybowych, obsługujących górniczy wyciąg szybowy eksploatowany na podstawie decyzji Dyrektora UGBKUE zezwalającej na oddanie do ruchu w kopalni węgla kamiennego. Na taki zakres doświadczenia wskazują zapisy rozdziału V pkt 3 i VI pkt 9 siwz., które należy czytać łącznie, co również potwierdził zamawiający na rozprawie. Dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczającym było wykazanie się przez wykonawcę wykonaniem chociaż jednego zamówienia odpowiadającego zakresem prac, przedmiotowi zamówienia. Izba uznała, iż zamówienie wykonane na rzecz KWK Jankowice było wystarczające dla pozytywnej oceny doświadczenia posiadanego przez Pemug S.A. Treść referencji, załączonej na stronie 25 oferty, potwierdza iż wykonawca wykonał prace projektowe, dostawę i prace montażowe przy budowie wieży szybu nr 8 zgodnie z oczekiwaniami Inwestora, na uzgodnionych warunkach, terminowo i solidnie przy dobrej organizacji pracy. Okoliczność, iż prace realizowane były w latach 1999-2008 nie dyskwalifikuje tego zamówienia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Decydującym dla uznania możliwości uwzględnienia tego zamówienia jest termin zakończenia prac, obejmujących łącznie prace projektowe, dostawę i prace montażowe, w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania. Ponieważ postępowanie zostało wszczęte we wrześniu 2009 r., przy ocenie spełnienia warunku mogły być brane pod uwagę wyłącznie zamówienia wykonane (zakończone) nie wcześniej niż we wrześniu 2006 r. Ustawodawca nie nadał znaczenia terminowi rozpoczęcia prac, wskazując jedynie na ich zakończenie – wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania. Ponieważ odwołujący nie przedstawił dowodu mogącego wskazywać, iż zamówienie realizowane dla KWK Jankowice było objęte odrębnymi umowami, obejmującymi poszczególne etapy budowy wieży szybu nr 8, Izba uznała, iż referencje dotyczą jednego zamówienia obejmującego rodzaj prac w nich wskazanych, odpowiadających wymaganiom zamawiającego, zakończonych w roku 2008. Uznając, iż zamówienie to jest wystarczające dla potwierdzenia wymaganego doświadczenia (zamawiający oczekiwał minimum wykonania jednego zamówienia odpowiadającego przedmiotowemu zamówieniu), Izba odstąpiła od badania pozostałych zamówień objętych wykazem (str. 22 oferty).

Zarzut braku zgodności oferty Pemug S.A. z siwz dotyczył braku złożenia oświadczenia producenta oferowanego układu sterowania przenośników taśmowych 1000 ELSAP 05. Wykonawca w załączniku nr 7 (str. 55 oferty), zawierającym zestawienie wyposażenia i oprogramowania, w oparciu o które będą budowane urządzenia przyszybowe, przy oferowanym układzie produkcji Pioma S.A. wskazał błędne oznaczenie typu „ELSAP 50”. Nie było spornym pomiędzy stronami, iż na rynku nie występuje urządzenie ELSAP 50, jest natomiast układ oznaczony ELSAP 05. W ocenie Izby, wykonawca popełnił w załączniku oczywistą omyłkę pisarską, podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1

PrZamPubl. Fakt, iż zamawiający jej nie poprawił nie ma znaczenia dla oceny merytorycznej złożonej oferty. Oświadczenie Fabryki Maszyn Górniczych Pioma S.A. dotyczy układu automatyki i sterowania ELSAP 05, co pozwalało na stwierdzenie, iż system ten został zaofertowany przez Pemug S.A. Izba nie uznała za zasadne uwzględnienie odwołania w celu nakazania zamawiającemu poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, która to czynność ma charakter techniczny i nie może mieć wpływu na prawidłowość oceny oferty wybranej. Na podstawie złożonego przez odwołującego wraz z odwołaniem certyfikatu WE, dotyczącego systemu sterowania ELSAP 05, Izba uznała, iż jego producentem jest wskazany w nim ELEKTROMETAL S.A., co jednak nie mogło mieć wpływu dla oceny zgodności oferty Pemug S.A. z siwz. Zamawiający wymagał w rozdziale VI pkt 14 siwz złożenia oświadczenia, że oferowane wyroby pochodzą z udokumentowanego źródła – w formie oświadczenia, iż wykonawca jest producentem oferowanych wyrobów lub, gdy tak nie jest, w formie pisemnego oświadczenia producenta (podpisanego przez osoby uprawnione do jego reprezentacji) zapewniającego Wykonawcę o dostarczeniu mu przedmiotu zamówienia w przypadku wyboru oferty Wykonawcy w niniejszym postępowaniu przetargowym. Wskazany zapis specyfikacji nie precyzował, czy oświadczenie zawierać ma szczegółowe wyliczenie urządzeń przyszybowych, które zamawiający wyspecyfikował w załączniku nr 7. Mogło ono zatem mieć formę ogólnego oświadczenia wykonawcy będącego producentem oferowanych wyrobów, czy też oświadczenia producenta. Zarówno oświadczenia wykonawcy, jak i producenta miały na celu jedynie potwierdzać źródło pochodzenia wyrobów. W ocenie Izby, oświadczenie producenta przenośników taśmowych FMG Pioma S.A. o ich dostarczeniu wraz z układem automatyki i sterowania ELSAP 05 (str. 56 oferty), czyniło zadość wymaganiu zamawiającego, aby producent zapewnił wykonawcę o dostarczeniu mu przedmiotu zamówienia. Skoro producent wyposaża produkowane przez siebie urządzenia w system produkowany przez inny podmiot i jest ono dostarczane wraz z tym systemem, to jego oświadczenie jest wystarczające dla potwierdzenia dostawy urządzenia stanowiącego przedmiot zamówienia. Żądanie oświadczenia producenta samego układu, w sytuacji gdy nie będzie on go dostarczał wykonawcy, było zbędne z punktu widzenia zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ zamawiający nie wskazał w stosunku do jakich wyrobów stanowiących przedmiot zamówienia, oczekuje złożenia oświadczeń, Izba uznała, iż oświadczenia obejmujące wyroby wskazane w zestawieniu wyposażenia i oprogramowania (załącznik nr 7) były wystarczające.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż zamawiający nie dopuściła się naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu i dokonał oceny oferty Pemug S.A. zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na tej podstawie odwołanie należało oddalić jako bezzasadne. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – 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:**

.....

.....