

Sygn. akt KIO/UZP 1422/07

**WYROK/POSTANOWIENIE\***

z dnia 18.12.2007 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Jolanta Markowska  
**Członkowie:** Ewa Marcjoniak  
Lubomira Matczuk-Mazuś  
**Protokolant:** Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie\* w dniu / w dniach\* 18.12.2007 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakłady Gumowe Bytom S.A., Bytom, Szyby Rycerskie** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., Katowice, ul. Powstańców 30** protestu / protestów\* z dnia 09.11.2007 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **Zakłady Gumowe Bytom S.A., Bytom, Szyby Rycerskie**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3156 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Zakłady Gumowe Bytom S.A., Bytom, Szyby Rycerskie**.
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz **xxx**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx. na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 16844 zł 00 gr (słownie: szesnaście tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakłady Gumowe Bytom S.A., Bytom, Szyby Rycerskie**.

## **Uzasadnienie**

Zamawiający tj. Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę taśm przenośnikowych zwykłych gumowych i trudno zapalnych do stosowania na powierzchni dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2008 roku.

W dniu 2 listopada 2007 r. Zakłady Gumowe Bytom S.A. z siedzibą w Bytomiu zostały poinformowane o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 9 listopada 2007 r. Zakłady Gumowe Bytom S.A. złożyły protest na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10 art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ( tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy kwalifikującego się do wykluczenia z postępowania oraz poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty HANDLEX Sp. z o.o. jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego.

W uzasadnieniu protestu Protestujący zarzucił, że Wykonawca HANDLEX Sp. z o.o. nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, określonego przez Zamawiającego w pkt X ust. 2 SIWZ tj. warunku posiadania „niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia...” ponieważ załączył do oferty „Wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia”, w którym pod l.p. 1 tabeli wykazał dostawę taśmy, której oznaczenie nie wskazuje jednoznacznie, że taśma ta jest rodzajowo zgodna z przedmiotem niniejszego zamówienia. Ponadto Protestujący podniósł, że Wykonawca wykorzystał ten sam dokument o niewiele zmienionej treści do udokumentowania dostaw w innym postępowaniu, na inny rodzajowo przedmiot zamówienia tj. taśmy trudno palne, co świadczy o tym że te same dostawy nie mogą spełniać wymagań dotyczących dostaw rodzajowo odpowiadających przedmiotowi zamówienia, w sytuacji, gdy te zamówienia dotyczą różnych przedmiotów zamówienia. Wobec powyższego w konsekwencji Wykonawca nie spełnił warunku określonego w pkt X ust. 2 SIWZ tj. wykonania dostaw o wartości „nie mniejszej od sumy wartości dostaw określonych przez Zamawiającego dla poszczególnych zadań, na które Wykonawca składa ofertę.” gdyż po odliczeniu wartości dostaw nieodpowiadających rodzajowo przedmiotowi zamówienia w niniejszym postępowaniu, pozostała kwota wartości dostaw nie odpowiada sumie wartości dostaw wymaganych przez Zamawiającego dla zadań, na które HANDLEX Sp. z o.o. złożył ofertę - jest zbyt niska. Protestujący zarzucił

także nieprawdziwość oświadczenia HANDLEX Sp. z o.o. co do wartości dostaw zrealizowanych na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A.

Protestujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty HANDLEX Sp. z o.o. ul. Bernardyńska 1 41-902 Bytom, wykluczenie wykonawcy wybranego oraz odrzucenie jego oferty jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego oraz o dokonanie przez Zamawiającego ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert wykonawców niepodlegających wykluczeniu.

W dniu 16 listopada 2007 r. Zamawiający Kompania Węglowa S.A. rozstrzygnął protest odrzucając go w zakresie zadań nr 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 21, 23, 27, 28, 31, 33, 37, 39, 40, 41 i 43 na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony. W zakresie zadań nr 7, 12, 22, 24, 25, 26, 30, 34, 35, 36 i 38 Zamawiający oddalił protest Zakładów Gumowych Bytom S.A. uzasadniając, iż Zamawiający określił w pkt. X ust. 2 SIWZ warunek udziału w postępowaniu – posiadania przez Wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia dla wykonania zamówienia oraz żądał od wykonawców przedłożenia „Wykazu wykonanych dostaw... odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie.” Przez dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia Zamawiający rozumiał zarówno dostawy materiałów tożsamyh z przedmiotem zamówienia jak również dostawy materiałów rodzajowo podobnych tj. innych taśm przenośnikowych, w tym również taśm przenośnikowych tkaninowo-gumowych do stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych. Zamawiający nie wymagał więc wykazania wyłącznie dostaw tożsamyh z przedmiotem zamówienia. Byłoby to sprzeczne zdaniem Zamawiającego z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w którym jest mowa o dostawach odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia (§ 1 ust. 2 pkt 2) oraz ograniczyłoby krąg potencjalnych wykonawców i w efekcie stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W dniu 21 listopada 2007 r. od rozstrzygnięcia protestu Zakłady Gumowe Bytom S.A. złożyły odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymały zarzuty i wnioski zawarte w proteście w stosunku do oferty HANDLEX Sp. z o.o. w zakresie zadań nr 7, 12, 22, 24, 25, 26, 30, 34, 35, 36 i 38. Dodatkowo Odwołujący podniósł, że taśma trudno palna i taśma trudno zapalna, choć nazwy ich są zbliżone, różnią się właściwościami i przeznaczeniem. Taśma trudno zapalna jest przeznaczona do stosowania na powierzchni, a

nie w podziemnych wyrobiskach, gdzie należy używać taśm trudnopalnych, które spełniają istotnie wyższy poziom bezpieczeństwa (muszą np. posiadać dopuszczenie przez Wyższy Urząd Górniczy), w związku z czym stanowią różne rodzaje przedmiotów zamówień a dostawy tych taśm nie mogą być w tej sytuacji uznane za odpowiadające temu samemu rodzajowi przedmiotu zamówienia.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Odwołanie Zakładów Gumowych Bytom S.A. nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpatrując odwołanie w granicach zarzutów sformułowanych w proteście i ograniczonych w odwołaniu, w zakresie wynikającym z rozstrzygnięcia protestu, Izba ustaliła i zważyła:

W treści SIWZ Zamawiający określił m.in. warunek posiadania przez Wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt X ust.2 SIWZ ) tzn. warunek aby Wykonawcy w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości netto nie mniejszej niż wyszczególniona dla poszczególnych zadań, a w przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie wartość netto wykonanych dostaw nie może być mniejsza od sumy wartości dostaw określonych przez Zamawiającego dla poszczególnych zadań, na które Wykonawca składa ofertę. W pkt XII SIWZ, w celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku, Zamawiający zamieścił wymóg dot. przedstawienia przez Wykonawców wykazu wykonanych dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania oraz odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie.

Wymóg ten oparty został na treści § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). Należy stwierdzić, iż Zamawiający w sposób dość ogólny sformułował powyższy warunek podmiotowy w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ale zgodny z obowiązującymi przepisami. Zamawiający nie zdefiniował co rozumie pod pojęciem „dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia”. Należy jednak zaznaczyć, że to ogólne sformułowanie nie wzbudziło wątpliwości Wykonawców na etapie

przygotowywania ofert. Pomocne w zakresie wykładni cytowanego wyżej przepisu rozporządzenia okazuje się piśmiennictwo oraz dotychczasowe orzecznictwo ZA. Powołując się na linię orzecznictwa Zespołu Arbitrów w przedmiotowym zakresie należy przytoczyć fragment wyroku z dnia 20.12.2006 r. Sygn. akt UZP/ZO/0-2953/06 „Już z samego brzmienia powołanego wyżej przepisu (§ 1 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia) wynika, iż wola ustawodawcy było objęcie jego dyspozycją usług i dostaw, niekoniecznie tożsamy z przedmiotem zamówienia. Sformułowanie „odpowiadających swoim rodzajem” oznacza, iż wykazywane usługi lub dostawy powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie czy charakterze”.

Izba zważyła także, iż określone przez zamawiających warunki podmiotowe i wymagany sposób ich spełnienia, powinny być odpowiednie do specyfiki zamówienia i nie mogą prowadzić do naruszenia zasad określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych tj. m.in. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Postawione wykonawcom wymagania powinny dawać pewność, iż wszystkie podmioty je spełniające dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, a podmioty niespełniające ich prawdopodobnie nie będą w stanie zrealizować danego zamówienia. Dlatego nie znajduje uzasadnienia zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że określenie warunku podmiotowego w sposób ogólny nie ogranicza uczciwej konkurencji, a wręcz przeciwnie. Zgodzić się należy z twierdzeniem Zamawiającego, iż określenie wymogu wykazania przez wykonawców dostaw tożsamy z przedmiotem zamówienia odniosłoby skutek w postaci naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Ponadto należy podkreślić, że Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji ogólnych postanowień zawartych przez Zamawiającego w SIWZ w tym ogólnie sformułowanych warunków podmiotowych.

W zakresie zarzutu dot. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy HANDLEX Sp. z o.o. jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego, Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w rozstrzygnięciu protestu oraz opinią Zamawiającego przedstawioną na rozprawie, że przesłanka rodzajowości, dotycząca dostaw „odpowiadających swoim rodzajem” dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, w niniejszym postępowaniu spełniona jest zarówno w przypadku dostaw materiałów tożsamy z przedmiotem zamówienia jak również dostaw materiałów rodzajowo podobnych tj. innych taśm przenośnikowych, w tym również taśm przenośnikowych tkaninowo-gumowych do stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych.

Z przeprowadzonego na rozprawie dowodu z oferty HANDLEX Sp. z o.o. i oferty Odwołującego wynika, że w załączniku nr 3 „wykaz wykonanych dostaw...” HANDLEX Sp. z o.o. przedstawiła 18 pozycji potwierdzających wykonane dostawy w zakresie taśm przenośnikowych tkaninowych gumowych i taśm przenośnikowych gumowych trudno zapalnych (str. 33-37 oferty) zaś w ofercie złożonej przez Odwołującego Zakłady Gumowe Bytom S.A. wykazały w 7 pozycjach taśmy zwykłe i taśmy trudno zapalne, bez określenia nawet, że są to taśmy gumowe. Odwołujący potwierdził na rozprawie, że taśmy przenośnikowe tkaninowe gumowe i taśmy przenośnikowe tkaninowe gumowe trudno zapalne są szerszym pojęciem niż taśmy przenośnikowe zwykłe gumowe i trudno zapalne. Z przedstawionego zestawienia wynika, że Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wykazał wymagane w niniejszym postępowaniu przetargowym doświadczenie i niezbędną wiedzę do wykonania zamówienia, a wobec tego nie ma podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

Ponadto Zamawiający określając przedmiot zamówienia, dla taśm zwykłych gumowych i taśm trudno zapalnych użył tego samego kodu CPV, co wskazuje, iż te dwie odmiany taśm stanowią jedną grupę produktów, a wobec tego odpowiadają rodzajem jednemu przedmiotowi zamówienia. Taśma przenośnikowa tkaninowa gumowa jest odmianą taśmy przenośnikowej – spełnia podobne funkcje w nieco odmiennych warunkach. Nie sposób przyznać słuszności opinii Odwołującego, iż dostawy taśm spełniających wyższe wymagania bezpieczeństwa od taśm będących przedmiotem postępowania, nie mogą być w tym przypadku - przy tak ogólnie sformułowanym warunku dotyczącym doświadczenia i kwalifikacji wykonawcy - uznane za dostawy spełniające warunki określone przez Zamawiającego.

Mając to na względzie, należy uznać, iż kwestionowane przez Odwołującego dostawy taśm przenośnikowych tkaninowych gumowych oznaczonych jako P 1250/4 1200 4+3 K oraz 1250/3P 4+3 1000 wykazane przez HANDLEX Sp. z o.o. spełniają warunek, określony przez Zamawiającego w pkt. X ust. 2 SIWZ, tj. potwierdzają wykonanie dostaw odpowiadających rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości „nie mniejszej od sumy wartości dostaw określonych przez Zamawiającego dla poszczególnych zadań, na które Wykonawca składa ofertę.” a zatem Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Wykonawcy i w konsekwencji odrzucenia oferty HANDLEX Sp. z o.o. jako złożonej przez Wykonawcę wykluczonego.

Izba nie uznała za udowodniony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dotyczący zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia HANDLEX Sp. z o.o.

jako Wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w postaci oświadczenia HANDLEX Sp. z o.o. co do wartości dostaw zrealizowanych na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Izba stwierdza, iż Odwołujący w swoim odwołaniu oraz na rozprawie nie przedstawił wystarczających dowodów dla potwierdzenia zasadności powyższego zarzutu.

Nie stanowią dowodu w sprawie niniejszej dokumenty tj. wykaz wykonanych dostaw i referencje złożone przez HANDLEX Sp. z o.o. w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, załączone przez Zakłady Gumowe Bytom S.A. do odwołania.

Należy jednak podkreślić, iż wykonane dostawy i te same dokumenty mogą być składane przez wykonawców w różnych postępowaniach, dotyczących różnych przedmiotów zamówienia i mogą jednocześnie potwierdzać spełnienie wymagań dotyczących warunków podmiotowych udziału wykonawców w postępowaniu, o ile spełniają konkretne warunki określone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba uznała, że wątpliwości Zakładów Gumowych Bytom S.A. co do prawdziwości oświadczeń złożonych przez HANDLEX Sp. z o.o. nie znajdują uzasadnienia i tym samym należy uznać, że załączone do oferty dokumenty były prawidłowe.

Mając powyższe na uwadze odwołanie Zakładów Gumowych Bytom S.A. należało oddalić jako niezasadne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w .....

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*