

Sygn. akt: KIO/UZP169/08

WYROK *
z dnia 11 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

**Członkowie: Izabela Niedziałek
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 marca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych „Energopol – WSK” S.A, ul. Zielona 1, 42-295 Koziegłowy** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kopalnia Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia **11 lutego 2008 r.**

~~przy udziale zgłaszającego przystąpienie do
postępowania odwoławczego po stronie
odwołującego się oraz - po stronie zamawiającego².~~

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych „Energopol – WSK” S.A, ul. Zielona 1, 42-295 Kozięgłowy**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych „Energopol – WSK” S.A, ul. Zielona 1, 42-295 Kozięgłowy**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
- 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 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych „Energopol – WSK” S.A, ul. Zielona 1, 42-295 Kozięgłowy**

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Obsługę sprzętem ciężkim zwałów węgla w KW S.A. Oddział KWK „Ziemowit” w okresie 12 miesięcy”.

W dniu 6.02.2008r. poinformował odwołującego – Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich i Remontowych „Energopol-WSK” S.A. zwane dalej „Energopol-WSK” o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego Carbotrans sp. z o.o. – zwanego dalej „Carbotrans”.

W dniu 12.02.2008r. „Energopol-WSK” złożył protest na ww. czynność zamawiającego. Zarzucił naruszenie przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych. Wskazując, że „Carbotrans” powinien zostać wykluczony z postępowania lub jego oferta odrzucona ponieważ nie dysponuje potencjałem technicznym zdolnym do wykonania zamówienia, jego oferta nie odpowiada treści SIWZ a ponadto złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zażądał wykluczenia „Carbotrans” oraz dokonania wyboru oferty „Energopol-WSK”. W argumentacji wskazał na to, że „Carbotrans” w wykazie sprzętu jakim dysponuje wyodrębnił spycharkę TD-15-C o mocy 130 kW pomimo, że posiada on fabryczną moc silnika 114 kW. Wymagania zamawiającego natomiast dotyczyły spycharki o mocy co najmniej 130 kW. Protestujący ponadto wskazał na wątpliwości związane z umowami najmu oraz leasingu operacyjnego na ładowarki wskazując na podejrzenie nie zawarcia umów lub ich zawarcia dla pozorów. Ponadto wskazał, że ładowarka Ł-34 jest fabrycznie wyposażona w silnik o mocy 162 kw co nie pokrywa się z wymaganiami zamawiającego dotyczącymi konieczności posiadania sprzętu równoważnego do ładowarki kołowej 555B.

W dniu 15.02.2008r. do postępowania protestacyjnego przystąpienie zgłosił „Carbotrans” opowiadając się po stronie zamawiającego. W argumentacji wskazał na to, że wzbogacił fabryczną wersję spycharki TD-15 C podwyższając moc silnika do 130 kW. Ponadto wskazał, że kwestionowane umowy dotyczące ładowarki są częścią dokumentacji prowadzonej przez „Carbotrans”. Wskazano, że ładowarka Ł-34 została przystosowana do wymogów związanych z przedmiotowym postępowaniem co podobnie zrobił protestujący.

W dniu 20.02.2008r. zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu. Wskazał, że uwzględni go co do zarzutów związanych z dysponowaniem spycharką gąsienicową oraz dotyczących parametrów ładowarki – ale w taki sposób, że wezwie „Carbotrans” do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 a jednocześnie wskazał, że oddała żądanie dotyczące bezwzględnego wykluczenia tego wykonawcy. Ponadto wskazał, że oddała zarzut dotyczący sposobu dysponowania maszynami i urządzeniami. W argumentacji podkreślił konieczność

podjęcia działań sanacyjnych dotyczących każdej z ofert co wynika z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W dniu 25.02.2008r. „Energopol-WSK” wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Wskazał na obrazę przepisów art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie „Carbotrans” oraz o wybranie „Energopol-WSK”. W argumentacji ponownie wskazał na to, że sprzęt – spycharka i ładowarki wskazane w ofercie „Carbotrans” nie spełniają wymagań zamawiającego. W ocenie odwołującego zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych w przedmiotowej sytuacji jest niedopuszczalne na co przywołał wybrane wyroki Zespołów Arbitrów.

W dniu 3.03.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił „Carbotrans” opowiadając się po stronie zamawiającego. W argumentacji wskazał, że spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie sprzętu i na dowód przedstawił opinie certyfikowanego rzeczoznawcy samochodowego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza zważyła i ustaliła co następuje.

Odwołanie należało oddalić.

W niniejszym stanie faktycznym kluczowe stało się ustalenie dopuszczalności zwrócenia się zamawiającego do firmy „Carbotrans” o udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Na początku należy zaznaczyć, że odwołujący w proteście zażądał wykluczenia „Carbotrans” z postępowania a zamawiający to żądanie oddalił i wskazał, że wezwie „Carbotrans” do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Od tego rozstrzygnięcia odwołał się „Energopol-WSK” wskazując na bezzasadność takiego stanowiska jak również na nieprawdziwość informacji mającej wpływ na wynik postępowania.

Z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wynika, że Zamawiający ma obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W połączeniu z art. 26 ust. 3 ww. ustawy wskazującym na konieczność wezwania do uzupełniania dokumentów i oświadczeń zamawiający ma więc obowiązek zarówno wzywania do wyjaśnień na temat już złożonych dokumentów jak również do uzupełniania dokumentów. Jednostki redakcyjne art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w obecnym brzmieniu zostały uchwalone w nowelizacjach ustawy z 2006r. i 2007r. Dlatego należało uznać orzeczenia Zespołów Arbitrów przywoływane w odwołaniu – UZP/ZO/07/06 i UZP/ZO/634/06 za nieodpowiednie do stanu prawnego obowiązującego w

chwili obecnej. Z kolei z przywołanego orzeczenia UZP/ZO/3052/06 wynika, że Zamawiający ma obowiązek wezwania do wyjaśnień w każdym przypadku, kiedy oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu budzą wątpliwości – jest to wręcz potwierdzenie argumentacji Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego zamawiający zasadnie podjął decyzję o konieczności zwrócenia się do „Carbotrans” o wyjaśnienia dotyczące maszyn wyszczególnionych w wykazie załączonym do oferty. W wykazie wykonawca wskazywał nazwę sprzętu, parametry, rok produkcji, zasady dysponowania. Wykaz sprzętu załączony do oferty „Carbotrans” odpowiadał wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ. W wyniku protestu zamawiający powziął informacje z których wynikało, że poszczególne maszyny równoważne mogą nie odpowiadać jego wymaganiom. Anulował decyzję o wyborze oferty i podjął decyzję o wyjaśnieniu kwestii spornych maszyn. Nie miał podstaw do natychmiastowego wykluczenia „Carbotrans” z postępowania.

Potwierdzają to również dowody złożone zarówno przez „Carbotrans” jak i „Energopol-WSK” – wynika z nich, że kwestią sporną jest możliwość modyfikowania maszyn – spycharek oraz ładowarek.

Z opinii złożonych przez „Carbotrans” wynikało, że w ładowarce Ł 34 wymieniono silnik z SW680 produkcji WSK Mielec o mocy 162 kW na silnik Scania DSC11-22 w wyniku czego moc użyteczna wzrosła do 262 kW a przeprowadzona modernizacja zbliżyła tą ładowarkę pod względem parametrów technicznych do ładowarki 55B HSW. Natomiast w spycharce TD 15 C zmieniono parametry wtrysku paliwa w wyniku czego moc użyteczna wzrosła do 130 kW. Z wyjaśnień zamawiającego wynikało, że posiadał on wiedzę o różnych typach spycharek TD 15 i ich mocy i doszedł do wniosku, że istnieją na rynku firmy, które oferują spycharki TD 15 C o mocy 130 kW.

Z drugiej strony – z opinii technicznych nr 8043/06/CRM/08 i 8044/06/CRM/08 wykonanych na zlecenie „Energopol-WSK” wynika, że modernizacja i przeróbki opisane w opiniach wykonanych na zlecenie „Carbotrans” nie dają możliwości spełnienia funkcji użytkowych stawianych maszynom oryginalnym. Świadek powołany przez odwołującego również potwierdził, że nie są możliwe modernizacje opisane w opiniach złożonych przez „Carbotrans”. Należy jednak podkreślić, że świadek jest pracownikiem odwołującego i składał wyjaśnienia w obecności prezesa zarządu wobec czego pomimo jego wewnętrznego przekonania o własnej bezstronności do informacji uzyskiwanych w tych okolicznościach należy podchodzić z dużą ostrożnością.

Ponadto stwierdzić należało, że zamawiający uzyskał te informacje dopiero na rozprawie. Protest nie został poparty żadnymi opiniami technicznymi, były w nim jedynie stwierdzenia protestującego odnoszące się do kwestionowanego sprzętu. Na tej podstawie

zamawiający nie powinien dokonywać natychmiastowego wykluczenia „Carbotrans” czego słusznie nie uczynił.

Z porównania opinii technicznych złożonych przez „Carbotrans” i „Energopol-WSK” wynika jedynie fakt ich sprzeczności.

Zamawiający dokonując wyjaśnień na podstawie art. 24 ust. 2 powinien zważyć argumenty zawarte w opiniach a nawet rozważyć powołanie niezależnego podmiotu który dokonałby oceny twierdzeń przedstawianych przez wykonawców i ich znaczenia dla niniejszego postępowania.

Zarzut dotyczący świadomej nieprawdziwości złożonego oświadczenia przez „Carbotrans” nie znalazł potwierdzenia w materiale dowodowym. Z materiału dowodowego wynika, że „Carbotrans” działa w przekonaniu o prawdziwości swoich twierdzeń i dopiero zamawiający będzie mógł je zweryfikować.

Twierdzenie o konieczności składania dokumentów na potwierdzenie równoważności maszyn wskazywanych w wykazie urządzeń nie znalazło uzasadnienia. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane określające zamknięty katalog dokumentów dotyczących warunków udziału w postępowaniu nie daje zamawiającemu możliwości żądania takich dokumentów.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy.

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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*