

Sygn. akt: KIO 1983/10

WYROK

z dnia 28 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fabrykę Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Hutnicza 5 – 9** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16 – 18**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Becker – Warkop Sp. z o.o. (lider), i Millennium Leasing Sp. z o. o. z siedzibą dla lidera: 44-266 Świerklany, ul. Przemysłowa 11** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych "FAZOS" S.A. (lider), i Nowosądecka Fabryka Urządzeń Górniczych „NOWOMAG” S.A. z siedzibą dla lidera 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Zagórska 167** zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wykonawcy **Kopex S.A., 40-172 Katowice, ul. Grabowa 1**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Fabrykę Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Hutnicza 5 – 9

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Fabrykę Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Hutnicza 5 – 9**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Fabrykę Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Hutnicza 5 – 9** na rzecz **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16 – 18** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Katowicki Holding Węglowy S.A., z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „dostawa przenośników zgrzeblowych, sekcji obudów zmechanizowanych, kruszarek oraz wyposażenia elektrycznego do eksploatacji w ścianach zawałowych dla KHW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła”.

Pismem z dnia 2 września 2010 r. (przesłanym faksem w dniu 6 września 2010 r.) zamawiający poinformował wykonawców, iż w wyniku oceny spełniania postawionych warunków dopuścił do udziału w postępowaniu następujących wykonawców:

- 1) Kopex S.A. z siedzibą w Katowicach,
- 2) Konsorcjum: Becker-Warkop Sp. z o. o. z siedzibą w Świerklanach oraz Millennium Leasing Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, (dalej konsorcjum Becker-Warkop),
- 3) Konsorcjum: Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych „FAZOS” S.A. z siedzibą w Tarnowskich Górach oraz Nowosądecka Fabryka Urządzeń Górniczych „NOWOMAG” S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, (dalej konsorcjum Fazos),
- 4) Fabryka Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A. z siedzibą w Tarnowskich Górach.

Wykonawców tych zamawiający zaprosił do składania ofert.

Wobec takich czynności pismem z dnia 13 września 2010 r. odwołanie złożył wykonawca Fabryka Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A. z siedzibą w Tarnowskich Górach zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) „art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie, a przez to błędne przyjęcie, że wykonawcy Konsorcjum Fazos i Konsorcjum Becker-Warkop spełnili warunki ubiegania się o zamówienie dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia,
- 2) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia prawidłowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia przez Konsorcjum Fazos i Konsorcjum Becker-Warkop,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie, a przez to zaniechanie wykluczenia wykonawców Konsorcjum Fazos i Konsorcjum Becker-Warkop - tj. podmiotów, które nie wykazały spełnianie warunków ubiegania się o zamówienie dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez Konsorcjum Fazos i Konsorcjum Becker-Warkop jako wykonawców wykluczonych z postępowania,

- 5) art. 51 ust. 1 ustawy poprzez zaproszenia do składania ofert wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu,
- 6) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców”.

Odwołujący wnosił o:

- 1) dokonania ponownego badania i oceny złożonych przez Konsorcjum Fazos i Konsorcjum Becker-Warkop, wniosków o dopuszczenie do składania ofert,
- 2) dokonanie zaniechanej czynności wezwania Konsorcjum Fazos i Konsorcjum Becker-Warkop do złożenia wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia,
- 3) w przypadku nie złożenia prawidłowych dokumentów w wyznaczonym terminie wykluczenie Konsorcjum Fazos i Konsorcjum Becker-Warkop z postępowania i nie zapraszanie ich do składania oferty.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający bezzasadnie zaprosił do składania ofert Konsorcjum Becker-Warkop oraz Konsorcjum Fazos, pomimo, że oba te podmioty nie spełniają warunków ubiegania się o zamówienie. Odwołujący podniósł, iż zamawiający pismem z dnia 9 sierpnia 2010 r. dokonał korekty brzmienia Informacji niezbędnych do przygotowania wniosku. Zgodnie z nowym brzmieniem pkt 8.8 „za udokumentowaną dostawę kompletu urządzeń, o których mowa w pkt 8.1. Zamawiający rozumie potwierdzenie dostawy kompletu urządzeń w jednej dostawie bądź też potwierdzenie dostaw poszczególnych urządzeń wchodzących w skład kompletu. Powołując się na oświadczenie zamawiającego złożone na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1661/10 odwołujący stwierdził, iż w skład kompletu współpracujących ze sobą urządzeń wchodzi następujące trzy elementy:

- sekcje obudowy zmechanizowanej,
- przenośnik zgrzeblowy ścianowy wraz z kruszarką wstępną,
- przenośnik zgrzeblowy ścianowy wraz z kruszarką wstępną.

Mając na względzie takie ustalenia odwołujący stwierdził, iż wykonawcy Konsorcjum Becker-Warkop oraz Konsorcjum Fazos w złożonych wnioskach o dopuszczenie nie wykazali się dostawą przenośnika zgrzeblowego ścianowego wraz z kruszarką, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Odwołujący przyznał, że wykonawcy ci wykazali się co prawda dostawą kruszarek jednak dostawy te nie były realizowane łącznie z dostawami przenośników zgrzeblowych ścianowych, jak żądał zamawiający - były one realizowane na podstawie odrębnych zamówień. W ocenie odwołującego Konsorcjum Becker-Warkop jak i Konsorcjum Fazos nie potwierdziły we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełniania wymagań określonych przez zamawiającego co do zakresu wiedzy

i doświadczenia i nie spełniają warunku ubiegania się o zamówienie.

Pismem z dnia 15 września 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło konsorcjum Becker-Warkop wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 16 września 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło konsorcjum Fazos wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 15 września 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpiło konsorcjum Kopex S.A. z siedzibą w Katowicach wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający - Katowicki Holding Węglowy S.A., z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „dostawa przenośników zgrzeblowych, sekcji obudów zmechanizowanych, kruszarek oraz wyposażenia elektrycznego do eksploatacji w ścianach zawałowych dla KHW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 lipca 2010 r. pod numerem 2010/S 144-222660.

Zgodnie z pkt III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu jak też pkt 8 ppkt 8.1 „Informacji niezbędnych do przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego” (dalej „Informacje”) – opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków – w zakresie warunku wykazania się wiedzą i doświadczeniem – „Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonana będzie na podstawie liczby punktów przyznanych poszczególnym wykonawcom. Punkty przyznawane będą wykonawcom według zrealizowanych(...) dostaw przenośników zgrzeblowych, sekcji obudów zmechanizowanych, kruszarek oraz wyposażenia elektrycznego do eksploatacji w ścianach zawałowych(...) Zamawiający uznaje za komplet urządzeń do eksploatacji w ścianach zawałowych zespół współpracujących ze sobą urządzeń, w skład którego wchodzi co najmniej n/w urządzenia:

- sekcje obudowy zmechanizowanej,
- przenośnik zgrzeblowy ścianowy wraz z kruszarką wstępną,
- przenośnik zgrzeblowy podścianowy z kruszarką kęsów.”.

Wobec takich zapisów ogłoszenia jak też „Informacji” odwołania złożyli wykonawcy:

- Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych „FAZOS” S.A. z siedzibą w Tarnowskich Górach oraz
- Rybnicka Fabryka Maszyn RYFAMA S.A. z siedzibą w Rybniku.

Obaj odwołujący zarzucali zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. poprzez zawężenie kręgu wykonawców spełniających postawione wymagania, jedynie do wykonawców realizujących dostawę łącznie sekcji obudów zmechanizowanych, przenośników zgrzeblowych ścianowych wraz z wstępnymi kruszarkami kęsów oraz przenośników podścianowych z kruszarkami kęsów. Obaj odwołujący stwierdzili, iż dostawy takie mają charakter incydentalny i są realizowane bardzo rzadko. Ponadto odwołujący Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych „FAZOS” S.A. z siedzibą w Tarnowskich Górach wnosił o dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia i „Informacji” poprzez rezygnację z konieczności wykazania się realizacją dostawy kruszarek wstępnych kęsów wraz z pozostałymi urządzeniami w postaci sekcji obudów zmechanizowanych, przenośników zgrzeblowych ścianowych i podścianowych.

Odpowiadając na wniesione odwołania, zamawiający wyjaśnił, iż spełnienie wymogu określonego w pkt III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu jak też pkt 8 ppkt 8.1 „Informacji” zostanie uznane w przypadku dostawy kompletu urządzeń pracujących ze sobą w jednej kopalni w jednej ścianie jak również mogą to być dostawy urządzeń pracujących w różnych ścianach zawałowych w różnych kopalniach, pogrupowane przez wykonawcę w komplety urządzeń. Jednocześnie pismem z dnia 9 sierpnia 2010 r. Zamawiający dokonał zmiany treści „Informacji” poprzez dodanie pkt. 8.8. o treści:

„Za udokumentowaną dostawę kompletu urządzeń , o których mowa w pkt 8.1. Zamawiający rozumie, potwierdzenie dostawy kompletu urządzeń w jednej dostawie bądź też potwierdzenie dostaw poszczególnych urządzeń wchodzących w skład kompletu. W wykazie wykonanych w okresie ostatnich 3 lat dostaw należy przedstawić jako „Przedmiot zamówienia” komplet urządzeń a jako „Wartość zamówienia netto” należy ująć każdą dostawę urządzenia osobno i osobno też podać wartość dostaw każdego urządzenia w ramach kompletu”.

Wobec takiej zmiany odwołujący Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych „FAZOS” S.A. z siedzibą w Tarnowskich Górach wycofał odwołanie a odwołujący Rybnicka Fabryka Maszyn RYFAMA S.A. z siedzibą w Rybniku cofnął zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p., gdyż czyniło to zadość ich żądaniom.

Do upływu wyznaczonego terminu wpłynęły 4 wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 2 września 2010 r. przesłanym wykonawcom w dniu 6 września 2010 r. zamawiający zaprosił do składania ofert następujących wykonawców:

- 1) Kopex S.A. z siedzibą w Katowicach,
- 2) Konsorcjum: Becker-Warkop Sp. z o. o. z siedzibą w Świerklanach i Millennium Leasing Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie,
- 3) Konsorcjum: Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych „FAZOS” S.A. z siedzibą w Tarnowskich Górach i Nowosądecka Fabryka Urządzeń Górniczych „NOWOMAG” S.A. z siedzibą w Nowym Sączu,
- 4) Fabryka Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A. z siedzibą w Tarnowskich Górach.

Czynność zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu konsorcjum Becker-Warkop oraz konsorcjum FAZOS, zaniechania odrzucenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tych wykonawców oraz zaproszenia tych wykonawców do składania ofert leży u podstaw postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy p.z.p. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Zgodnie z brzmieniem art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące (...) posiadania wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby działaniom zamawiającego nie sposób przypisać naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. gdyż prawidłowo określił warunek udziału w postępowaniu i w oparciu m.in. o warunek posiadania wiedzy i doświadczenia dokonał prawidłowej oceny wniosków złożonych przez konsorcjum Fazos i konsorcjum Becker-Warkop.

Izba wskazuje, że zamawiający dokonując zmiany treści ogłoszenia o udzielenie zamówienia jak też „Informacji” poprzez dodanie pkt 8.8. uznał, iż dostawa urządzeń określonych w pkt 8.1 „Informacji” w różnych dostawach, dla różnych zamawiających, w ramach oddzielnych umów będzie warunkiem wystarczającym w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, umożliwiającym zamawiającemu zaproszenie wykonawców gwarantujących realizację zamówienia. Izba wzięła pod uwagę stanowisko zamawiającego, który wskazywał, iż w skład kompletu wchodzi następujące urządzenia: sekcja obudowy zmechanizowanej, przenośnik zgrzebłowy ścianowy, kruszarka wstępna, przenośnik zgrzebłowy podścianowy, kruszarka kęsów. Ponadto Izba uznała za udowodnione, iż każde z wymienionych urządzeń może być przedmiotem odrębnej dostawy a w celu wykazania się spełnianiem warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wystarczające było wykazanie się dostawą każdego z w/w urządzeń także w odrębnych dostawach. Takie rozumienie postawionego przez zamawiającego warunku w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia wskazuje również na brak podstaw do uznania naruszenia art. 26 ust. 3 jak też 24 ust. 2 pkt 4 (w treści odwołania pkt 3 jednak treść zarzutu i uzasadnienie wskazuje na zaniechanie wykluczenia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu) ustawy p.z.p. Izba podzieliła pogląd zamawiającego, iż skoro zarówno konsorcjum Fazos jak i konsorcjum Becker-Warkop wykazały się dostawami poszczególnych urządzeń w różnych dostawach (czego odwołujący nie kwestionował) to brak było podstaw do wzywania ich do złożenia prawidłowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia a w konsekwencji brak było podstaw do wykluczenia w/w wykonawców z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy p.z.p.

Biorąc pod uwagę powyższe stanowisko Izba nie znalazła podstaw do uznania zarzutu naruszenia art. 51 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż zamawiający zaprosił do składania ofert wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. Izba uznała go za bezzasadny. Izba wskazuje, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. W przedmiotowej sprawie zarzut ten nie znajduje żadnego uzasadnienia faktycznego gdyż nie można mówić o zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania czy też niezaproszonego do składania ofert skoro termin składania ofert jeszcze nie upłynął i zamawiający na etapie zaproszenia do składania ofert nimi nie dysponuje.

Izba nie znalazła również podstaw do uznania zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż zamawiający prowadzi postępowanie z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji, uznając, że nie potwierdziły się zarzuty zgłoszone w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....