

Sygn. akt KIO/UZP 51/09

WYROK
z dnia 27 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **AZIS PLUS Sp. z o.o., ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie Zdrój** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 23 grudnia 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **AZIS PLUS Sp. z o.o., ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie Zdrój** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **AZIS PLUS Sp. z o.o., ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie Zdrój**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **AZIS PLUS Sp. z o.o., ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie Zdrój** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., ul. Powstańców 30,**

40-039 Katowice stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- ~~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 **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **AZIS PLUS Sp. z o.o., ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie Zdrój.**

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

Zamawiający, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „wykonanie klimatyzacji grupowej na poziomie 780 i 1000 m w części centralnej KWK Bielszowice”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 14 października 2008 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2008/S 199-264472.

W dniu 23 grudnia 2008 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez konsorcjum: Compensus Sp. z o.o. i EUROTECH Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 1994 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp .

Zdaniem Odwołującego się, z dokumentów przedłożonych przez tego Wykonawcę, tj. z Wykazu wykonanych usług (załącznik nr 3 do SIWZ) oraz z referencji (dokumentów) nie wynika, iż faktycznie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania wykonał wymagane zamówienie tj. dostarczył, zabudował i uruchomił klimatyzację w podziemnych wyrobiskach górniczych o mocy co najmniej 1 MW (pkt XI ust. 2 lit. a, pkt XIII ust. 1 SIWZ). Żadna bowiem ze wskazanych przez wybranego wykonawcę usług (w pozycjach od 1 do 8 Wykazu), nie może zostać bowiem uznana za potwierdzającą jego wiedzę i doświadczenie do wykonania przedmiotu zamówienia, co tym samym czyni złożoną ofertę za niezgodną i nieodpowiadającą treści SIWZ we wskazanym zakresie.

Pozycje od 1 do 4 przedmiotowego Wykazu dotyczą wyłącznie dostaw poszczególnych

maszyn lub urządzeń niezbędnych do wykonania klimatyzacji w podziemnych wyrobiskach górniczych, a nie jak to wyraźnie wskazano w punkcie XI ust. 2 a) SIWZ dostaw, zabudowy i uruchomienia całej klimatyzacji w podziemnych wyrobiskach górniczych o mocy co najmniej 1 MW. Ponadto zwrócić należy uwagę na fakt, iż z przedłożonego Wykazu oraz referencji wynika jasno, że dostarczone urządzenia były urządzeniami o mniejszej mocy niż wymagał tego Zamawiający tj. poniżej 1 MW, a mianowicie 700 KW lub 350 KW.

Warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt XI ust. 2 a) SIWZ nie potwierdziły również usługi wskazane przez w pozycjach 5 i 8 załącznika nr 3 do oferty, a także referencje wystawione przez KGHM POLSKA MIEDŹ S.A. Oddział Zakłady Górnicze "RUDNA". Z przedmiotowych referencji wynika bowiem w sposób jednoznaczny, iż członek konsorcjum tj. EUROTECH Sp. z o.o. współpracowała z KGHM wyłącznie w zakresie dostaw urządzeń chłodniczych, a nie jak wymagał tego Zamawiający przede wszystkim w zakresie zabudowy i uruchomienia całej klimatyzacji. Przedmiotowe referencje, podobnie jak referencje dotyczące punktów od 1 do 4 wykazu, nie potwierdziły zatem spełnienia przez wybranego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Wynikało z nich bowiem jedynie, iż w 2008 r. dostarczono zespoły chłodnicze tj. chłodnice powietrza, będące jedynie jednymi z podzespołów układu klimatyzacyjnego, a nie całą klimatyzacją. Jednocześnie Odwołujący się zwraca uwagę, iż wbrew zapisowi pozycji 5 Wykazu, przedmiotem zamówienia była jedynie dostawa tego typu urządzeń, które zostały następnie przez KGHM wykorzystane w systemie klimatyzacji centralnej kopalni, a nie jak jednoznacznie wynika z treści referencji dostawa, zabudowa i uruchomienie (czyli wykonanie) całej klimatyzacji, jak wymagał tego SIWZ. Wręcz przeciwnie z treści tej referencji należy wnioskować, iż wykonawcą klimatyzacji był inny podmiot. Odnośnie drugiej z części referencji, mającej za zadanie potwierdzić należyte wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w pozycji 8 Wykazu, podnieść należy, iż również nie potwierdza ona, wbrew warunkowi SIWZ, wykonania całej klimatyzacji, lecz jedynie dostarczenie agregatu chłodniczego, który nie jest klimatyzacją, lecz jedynie jej elementem. Jak wynika z przedmiotowej referencji wykonana praca nie została wykonana na zamówienie, nie stanowiła ponadto sensu stricto klimatyzacji niezbędnej do wykonania prac górniczych, była bowiem jedynie prototypem, modelem doświadczalnym, próbnym, co tym samym nie może świadczyć o doświadczeniu wykonawcy w budowie (wykonaniu) całego układu klimatyzacyjnego. Wręcz przeciwnie, zaświadcza to o fakcie, iż wybrany wykonawca dopiero podejmował próby zdobycia niezbędnych kwalifikacji i wiedzy w tym zakresie. W związku z powyższym ww. referencja nie spełnia wymogu określonego w pkt XI ust. 2 a) oraz XIII SIWZ. Odnośnie wskazanych referencji Odwołujący się podnosi również, iż nie zostały one podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania, działania w imieniu KGHM POLSKA MIEDŹ S.A., lecz wyłącznie przez osobę zajmującą stanowisko Głównego

inżyniera mechanika ds. klimatyzacji i rurociągów, która nie ma ona uprawnień do działania w imieniu KGHM POLSKA MIEDŹ S.A.

Zupełnie nie stanowią potwierdzenia o wykonaniu usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia usługi ujęte w pozycjach 6 i 7 Wykazu, bowiem w dniu otwarcia ofert, a nawet w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zostały one wykonane, albowiem do tej pory nie nastąpił ich ostateczny odbiór. Nie można więc stwierdzić, że usługi te zostały wykonane przez wybranego wykonawcę należycie i wydać referencji w tym zakresie, w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Konieczność wykonania danej usługi i jej odbioru ewidentnie wynika ponadto z objaśnień znajdujących się w treści załącznika nr 3 do SIWZ, to samo dotyczy wymogu potwierdzenia należytego wykonania usług. Dodatkowo Odwołujący się nadmienia, co zresztą znane jest zarówno Odwołującemu się, jak i Zamawiającemu z urzędu, w kwestii usługi ujętej w pozycji 6, iż Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 28 listopada 2008 r., nakazał Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i wyboru ofert w przedmiotowym postępowaniu

W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum: Compensus Sp. z o.o. i EUROTECH Sp. z o.o., powtórzenie czynności oceny i badania ofert oraz wybór oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej.

Zamawiający protestu nie rozstrzygnął, co na podstawie art. 183 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza jego oddalenie.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i w dniu 9 stycznia 2009 r. wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście, ponadto podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ustawy Pzp.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pkt XI ust. 2 lit. a SIWZ, Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, formułując go w sposób następujący: „o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy (...) w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej jedno zamówienie tj. dokonali dostawy, zabudowy i uruchomienia klimatyzacji w podziemnych wyrobiskach górniczych o łącznej mocy co najmniej 1 MW w przypadku zadań 1 i 3, zabudowy rurociągów w podziemiach kopalń o

łącznej długości co najmniej 4 km w przypadku zadań 2 i 4". W celu potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku, wykonawca zobowiązany był przedstawić wykaz wykonanych (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych), w wymaganym okresie zamówień, charakteryzujących się cechami, o których była mowa powyżej oraz dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie (pkt XIII, ust. 1 SIWZ).

Na tle przedmiotowego warunku, spór w niniejszej sprawie sprowadza się w istocie do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy opisana w poz. 8 Wykazu (Załącznik nr 3 w ofercie konsorcjum: Compensus Sp. z o.o., Eurotech Sp. z o.o.), dostawa spełnia wymagania Zamawiającego. Ocena pozostałych zamówień zawartych w przedmiotowym Wykazie jest bezprzedmiotowa, wobec oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie, że zamówienia wykazane w poz. 1-7 nie spełniają wymagań Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołującego się, że zamówienie, o którym mowa w poz. 8 przedmiotowego Wykazu nie potwierdza posiadania wymaganego doświadczenia. Otóż, wykonawca potwierdził, że dokonał na rzecz KGHM Polska Miedź ZG „RUDNA”, dostawy i uruchomienia urządzeń klimatyzacyjnych o mocy 1 140 kW. Jakkolwiek w treści oświadczenia wykonawcy, w istocie nie ma mowy o zabudowie przedmiotowych urządzeń, to po pierwsze, trudno sobie wyobrazić, że czynności montażu, wykonuje podmiot inny niż ten, który dostarczył urządzenia i który jest odpowiedzialny za ich uruchomienie. Po drugie, ewentualne wątpliwości w tym przedmiocie rozwiewa treść referencji z dnia 3 listopada 2008 r., gdzie inwestor potwierdził, że montaż został dokonany przez Wykonawcę. Nie ma zatem wątpliwości, że Wykonawca zrealizował wszystkie czynności, o których mowa w pkt XI ust. 2 lit. a SIWZ.

Istota sporu sprowadza się jednak do rozstrzygnięcia, czy dostawa, montaż i uruchomienie urządzeń klimatyzacyjnych, a ściślej agregatu chłodniczego (jak wynika z treści powołanych referencji) oznacza, że dostarczono klimatyzację. Udzielenie odpowiedzi na tak postawione pytanie, wymaga ustalenia definicji klimatyzacji. Jak podaje Słownik współczesnego języka polskiego (Warszawa 1998 r.), „klimatyzacja” to urządzenia techniczne służące do klimatyzowania lub utrzymywanie w pomieszczeniach zamkniętych stałej temperatury, odpowiedniej wilgotności i właściwego składu powietrza przy użyciu odpowiednich urządzeń (wentylatorów, filtrów i nawilżaczy itp.). Zatem, wykładania językowa spornego postanowienia pozwala na stwierdzenie, że chodzi o dostawę urządzeń, które służą określonemu celowi. Agregat chłodniczy z osprzętem z pewnością ma za zadanie utrzymywanie w pomieszczeniach określonych parametrów w procesie klimatyzacji. Istotność i cel tego urządzenia potwierdza również wzór Formularza ofertowego (Załącznik nr 2 do SIWZ), z którego wynika, że jest to urządzenie dostarczane w ramach zadania nr 1 i 3 oraz co wynika z Formularza ofertowego Wykonawcy, jest to urządzenie podstawowe,

biorąc pod uwagę chociażby cenę urządzeń dostarczanych w ramach wymienionych zadań. Odwołujący się podnosi, iż dostawa agregatu, stanowi jedynie element klimatyzacji, stąd też nie może być brana pod uwagę. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, zarzut Odwołującego się nie koreluje z warunkami niniejszego zamówienia. Należy zwrócić bowiem uwagę na kilka aspektów. Jak zostało wyżej wskazane, klimatyzacja oznacza dostawę urządzeń. W niniejszej sprawie Zamawiający, żądając wykazania się doświadczeniem w przedmiocie dostawy, zabudowy i uruchomienia klimatyzacji, nie określił, dostawa jakich i ewentualnie, ilu urządzeń będzie spełniała jego wymagania. Należy więc przyjąć, że może to być nawet jedno urządzenie, które zostanie zamontowane i uruchomione w celu klimatyzowania podziemnych wyrobisk górniczych. Ponadto, stanowisko powyższe potwierdza również fakt, że chodzi o zamówienia odpowiadające rodzajem przedmiotowi zamówienia (pkt XIII ust. 1 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia 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 – Dz. U. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.), a to nie oznacza, że chodzi o zamówienie identyczne, ale o zbliżonym charakterze. Przedmiotowej cechy nie można oceniać oczywiście w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, ale nie można również zapominać, co wydaje się czyni Odwołujący się, iż niniejsze zamówienie podzielono na 4 zadania i odpowiednio do potrzeb każdego z zadań sformułowano wymogi w zakresie doświadczenia. Nie jest więc tak, jak twierdzi Odwołujący się, że wykonawca powinien wykazać się również doświadczeniem w zakresie budowy rurociągów, bowiem choć wskazany element z pewnością dotyczy klimatyzacji, to doświadczenie w tym przedmiocie należało wykazać w ramach zadania nr 2 i 4. W niniejszym postępowaniu, nie można zapominać również o tym, że przedmiotem zamówienia jest dostawa, jak wynika wyraźnie z Ogłoszenia o zamówieniu (mimo, iż Zamawiający w Załączniku nr 3 posługuje się zarówno pojęciami dostawy, jak i usługi), a co za tym idzie, istotą dostawy jest nabywanie m.in. rzeczy (art. 2 pkt 2 ustawy Pzp), a więc w niniejszej sprawie urządzeń, które są wykorzystywane w celu klimatyzowania podziemnych wyrobisk górniczych.

W opinii Izby, wymóg wykazania wykonania określonego zamówienia nie ogranicza się jedynie do zrealizowania zamówienia publicznego. Przedmiotowego twierdzenia nie da się wyprowadzić z treści powoływanego rozporządzenia, gdzie mówi się o wykonanych lub wykonywanych dostawach i usługach. Co więcej, nieracjonalne byłoby przesądzanie o doświadczeniu lub jego braku w zależności od statusu inwestora. Wprowadzenie ograniczenia, o którym mówi Odwołujący się, nie ma oparcia w przepisach prawa i stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego się, iż sporne zamówienie jest jedynie prototypem, rozwiązaniem eksperymentalnym (doświadczalnym) i stąd nie może stanowić o posiadanym doświadczeniu, należy stwierdzić, że brak poparcia dla takiego twierdzenia w

złożonych dokumentach. Gdyby nawet przyjąć, że twierdzenie Odwołującego się jest prawdziwe, to w niniejszej sprawie, nie sposób odmówić doświadczenia Wykonawcy, który ewentualnie wdrożył prototyp i co istotne, rozwiązanie spełnia swoją funkcję (co potwierdza treść referencji).

Zdaniem Izby, Odwołujący się nie wykazał, iż sporne zamówienie nie zostało zrealizowane (brak ostatecznego odbioru). Z treści referencji z dnia 3 listopada 2008 r., a więc z oświadczenia podmiotu, na rzecz którego wykonywano zamówienie, wynika okoliczność przeciwna. W referencjach potwierdzono bowiem wykonanie zamówienia w całości, na co wskazuje sformułowanie, iż „wszystkie zlecenia zrealizowane zostały profesjonalnie, terminowo i zgodnie z zaleceniami użytkownika”. W związku z powyższym oraz mając na uwadze fakt, że w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z dostawą, wszelkie rozważania dotyczące świadczeń okresowych i ciągłych są bezprzedmiotowe.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że w tych okolicznościach Zamawiający nie miał podstaw, żeby uznać, iż doświadczenie Wykonawcy nie odpowiada jego wymogom, biorąc pod uwagę fakt, że również pozostałe oczekiwania w tym przedmiocie zostały spełnione, tj. co do okresu wykonania przedmiotowego zamówienia oraz mocy urządzeń.

W odniesieniu zaś do referencji należy stwierdzić, że Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela poglądu Odwołującego się, iż są one podpisane przez osobę nieuprawnioną. Wskazywane rozporządzenie w przedmiotowym zakresie nie zawiera żadnych regulacji, mówi jedynie o dokumentach, których może żądać zamawiający, wśród nich wymieniając dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. Referencje, z pewnością należy zaliczyć do tej grupy dokumentów. Dalszych unormowań w zakresie przedmiotowych dokumentów brak. W tych okolicznościach należy przyjąć, że referencje, które bezspornie należy zaliczyć do kategorii oświadczeń wiedzy, mogą być podpisane przez osoby mające wiedzę co do faktów, które poświadczają. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej trudno odmówić wiedzy w zakresie realizacji klimatyzacji w ZG „RUDNA” osobie, która sprawuje funkcję głównego inżyniera mechanika ds. klimatyzacji i rurociągów.

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca również uwagę, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego się, referencje nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z powoływanym rozporządzeniem fakt ten potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie), zaś referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie należyte wykonanie konkretnego zamówienia. Zatem badanie doświadczenia na podstawie składanych referencji jest nieuprawnione. Podkreślić w tym miejscu również należy, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny. W tych okolicznościach trudno sobie wyobrazić, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania, warunku udziału.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba, na podstawie art. 188 ust. 6 ustawy Pzp, odmówiła przeprowadzenia dowodów wnioskowanych przez Odwołującego się, gdyż fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*