

**Sygn. akt KIO/UZP 884/09**

**WYROK**

**z dnia 24 lipca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Członkowie: Luiza Łamejko  
Jolanta Markowska**

**Protokolant: Edyta Skowrońska**

w sprawie wniesionego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 29 czerwca 2009 r. przez **Grupa Powen - Wafapomp S.A., ul. Odlewnicza 1, Warszawa** odwołania, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, Katowice** protestu z dnia 10 czerwca 2009 r.<sup>1</sup>

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Grupa Powen - Wafapomp S.A., ul. Odlewnicza 1, Warszawa** 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 **Grupa Powen - Wafapomp S.A., ul. Odlewnicza 1, Warszawa**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Grupa Powen - Wafapomp S.A., ul. Odlewnicza 1, Warszawa** na rzecz **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Grupa Powen - Wafapomp S.A., ul. Odlewnicza 1, Warszawa**.

## Uzasadnienie

Zamawiający – Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę fabrycznie nowych pomp wirowych, zatapialnych dla Kopalń KHW S.A.: KWK „Murcki”, KWK „Mysłowice -Wesoła”; KWK „Wieczorek”; KWK „Wujek” i KWK „Staszic”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich dnia 31 stycznia 2009 roku pod numerem 2009/S 21-030380.

Dnia 3 czerwca 2009 roku Wykonawca Grupa Powen-Wafapomp S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej Odwołującym się) wniósł protest wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego się.

Wyżej wskazanej czynności zarzucił naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, iż oferowane przez Odwołującego się w części 1 i 2 zamówienia pompy nie spełniają wymagań rozdziału II, pkt 1.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uzasadniając wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu protestu gdyż poprzez sprzeczne z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucenie oferty, Odwołujący doznał uszczerbku w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem Odwołującego się z postanowienia rozdziału II pkt 1.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika by każda z oferowanych pomp z osobna: winna posiadać możliwość pracy zamiennie z napięciem zasilania 500V i 1000V. Taką wykładnię zapisu pkt 1.1.1 Rozdziału II s.i.w.z. wzmaga treść pkt 4 s.i.w.z. oraz rozdziału IV s.i.w.z. - Istotne postanowienia umowy (pkt II. Termin Wykonania pkt 1) z których wynika, iż dostawy pomp będą dokonywane *"každorazowo na podstawie złożonego zamówienia, w którym podane będzie napięcie zasilania dla przedmiotu dostawy"*. Z treści tych zapisów wynika zatem, zdaniem Odwołującego, iż Zamawiający składając określone zamówienia na pompę w ramach zawartej już umowy, podawał będzie żądane napięcie zasilania pompy, co neguje wykładnię zapisu pkt 1.1.1 Rozdziału II s.i.w.z. w kierunku wymagania, iż każda z oferowanych pomp z osobna winna posiadać możliwość pracy zamiennie z napięciem zasilania 500V i 1000V.

Wskazał, iż podany w pkt 1.1.1 Rozdziału II specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunek zmiany napięcia zasilania może zostać spełniony poprzez zaoferowanie w ofercie dwóch odmian tego samego typu pompy z napięciem zasilania 500 V oraz napięciem zasilania 1000 V. Ewentualna zmiana napięcia w takim przypadku nastąpi poprzez dokonanie wymiany na nową pompę albo dostarczenie nowej pompy o żądanym przez Zamawiającego napięciu, bez kosztowo i w ramach kontraktu. Odwołujący stoi zatem na stanowisku, iż treść pkt 1.1.1 Rozdziału II nie uniemożliwia złożenia oferty o treści jak złożona w niniejszym postępowaniu oferta Odwołującego i nie stanowi podstawy do jej odrzucenia jako niezgodnej z s.i.w.z. Nadto wskazał, iż składając ofertę dopełnił wszystkich warunków treści oferty wynikających z treści pkt 10 pkt 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferując pompy o napięciu zasilania 500V i 1000V.

Podniósł ponadto, iż w treści postanowień umowy (rozdziału IV s.i.w.z. – „Istotne postanowienia umowy”), które zostaną wprowadzone do umowy, na etapie jej zawierania, nie została przewidziana możliwość dokonywania zmiany napięcia zasilania dostarczonych pomp. Zatem planowanie dokonywania takich czynności na etapie weryfikacji oferty jest bezprzedmiotowe. Jednakże nawet jeżeli uznać, iż takie czynności będą podejmowane, to należy zaliczyć je do etapu wykonywania umowy przez wykonawcę. Hipotetyczny brak realizacji tego zobowiązania wykonawcy na etapie realizacji umowy, nie można, zdaniem Odwołującego kwalifikować jako niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ale ewentualnie jako zaktualizowanie się uprawnienia do dochodzenia przez Zamawiającego roszczeń o charakterze odszkodowawczym, powstałych wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zawartej umowy.

Zamawiający protestu nie rozstrzygnął, co zgodnie z przepisem art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uznaje się za jego oddalenie.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 29 czerwca 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania jak w proteście.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treścią oferty, postanowieniami specyfikacji**

**istotnych warunków zamówienia, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje:

Zamawiający, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale II pkt 1.1 postawił wymóg aby *pompy wirowe zatapialne opisane w częściach I-III powinny spełniać poniższe wymagania:*

*1.1.1 napięcie 500 i 1000 V prądu przemiennego z możliwością zmiany napięcia bez kosztowo, przez Wykonawcę, w ramach kontraktu zakupu. W przypadkach awaryjnych dopuszcza się możliwość dokonania zmiany napięcia przez przeszkolonego (zgodnie z pkt III.1 niniejszych Szczególnych Wymagań technicznych) pracownika kopalni, co nie spowoduje utraty gwarancji,*

*1.1.2 rodzaj pracy – S1,*

*1.1.3 częstotliwość sieci – 50 Hz.*

Ponadto, w rozdziale I pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Termin wykonania zamówienia - Zamawiający określił, iż *Terminem wykonania zamówienia jest termin od daty zawarcia umowy do końca 2009 roku, zgodnie z harmonogramem dostaw (zał. Nr 8) – każdorazowo na podstawie złożonego zamówienia, w którym podane będzie napięcie zasilania dla przedmiotu dostawy.*

W rozdziale I pkt 10 ppkt 13 lit. g wskazał, iż *Oferta musi obowiązkowo zawierać szczegółowy opis oferowanych pomp zawierających nazwę pompy i jej producenta; parametry oferowanej pompy tj.: moc znamionową, zakres wydajności, zakres wysokości podnoszenia, ciężar oraz inne ważne cechy oferowanej (nych) pompy (pomp).*

Odwołujący w swojej ofercie zaoferował dostawę pomp dla części 1 oraz części 2 zamówienia. Do oferty załącznik Nr 8 – Harmonogram dostaw fabrycznie nowych pomp wirowych, zatapialnych do kopalń Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie od dnia zawarcia umowy do końca 2009 r. (strona 45 oferty) wskazując, iż w zakresie 1 części

zamówienia dostarczy - 44 sztuki pomp, natomiast w zakresie 2 części zamówienia – 135 sztuk pomp.

Ponadto Odwołujący załączył Certyfikat badania typu WE o numerze KDB 04ATEX023X – dla pompy wirowej typu P-1BA z napięciem zasilania 500 V wraz z uzupełnieniem wprowadzającym dodatkową odmianę pompy z silnikiem o napięciu zasilania 1000V oraz Certyfikat badania typu WE o numerze KDB 04ATEX024X – dla pompy wirowej typu P-2BA z napięciem zasilania 500 V wraz z uzupełnieniem wprowadzającym dodatkowe odmiany pompy z silnikiem o napięciu zasilania 660V i 1000V.

Zamawiający pismem z dnia 18 marca 2009 roku, na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał Odwołującego się do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanych w części I i II zamówienia pomp. Zamawiający żądał potwierdzenia, *Czy oferowane pompy spełniają wymagania rozdziału II pkt 1.1.1. s.i.w.z. tj. wg. którego opisane w danej części zamówienia pompa ma być na napięciu 500 i 1000 V prądu przemiennego z możliwością zmiany napięcia bez kosztowo, przez wykonawcę w ramach kontraktu zakupu [...] w związku z czym prosił o przedstawienie sposobu realizacji zmiany napięcia zasilania pompy, przez przeszkolonego pracownika kopalni, w celu zastosowania pompy dostarczonej na kopalnię na napięciu 500V w przypadku konieczności zmiany jej zasilania na 1000V i odwrotnie.*

W odpowiedzi z dnia 26 marca 2009 roku Odwołujący się poinformował, iż zgodnie z zapisem rozdziału II pkt 1.1.1 s.i.w.z. *Odwołujący gwarantuje zmianę napięcia prądu przemiennego z 500V na 1000V i z 1000V na 500V bez kosztowo w ramach kontraktu zakupu. Sposób realizacji tej zmiany zostanie przedstawiony osobom wytypowanym przez kopalnię do obsługi naszych pomp, podczas nieodpłatnego szkolenia będącego integralną częścią kontraktu, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie przetargowe.*

W tym stanie faktycznym, odnosząc się zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych skład orzekający Izby uznał powyższy zarzut za bezzasadny.

Jako podstawę rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania Izba kierowała się treścią przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten stanowi, iż *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.* Tym samym zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia niż ten, który wymagał Zamawiający stanowi o jej niezgodności z

treścią s.i.w.z. Z niezgodnością treści oferty z treścią s.i.w.z. mamy do czynienia wówczas, gdy oferta złożona w postępowaniu nie spełnia wymogów Zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu, zdaniem Izby Odwołujący się złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przemawiają za tym twierdzeniem następujące okoliczności.

Odwołujący złożył ofertę na część I i część II zamówienia, gdzie zaoferował dwa rodzaje pomp, które mogą pracować zarówno przy napięciu 500 V jak i 1000 V. Jednakże są to dwie różne pompy, a wymogiem Zamawiającego było dostarczenie pompy, która ma możliwość pracy zarówno przy napięciu 500V i 1000V z możliwością bez kosztowej zamiany napięcia przez wykonawcę w ramach kontraktu, czy też konieczności jej wymiany. Przesądza o tym treść rozdziału II pkt 1.1.1 s.i.w.z., w którym występuje spójnik „i” uniemożliwiający zaoferowanie oddzielnie pompy pracującej przy napięciu 500V i oddzielnie pompy pracującej przy napięciu 1000V. Ponadto wymóg bez kosztowej zmiany napięcia potwierdza również, iż dana pompa nie tylko musi mieć możliwość pracy w dwóch zakresach napięcia ale także musi istnieć możliwość zmiany napięcia pompy bez ponoszenia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów.

Powoływanie się w uzasadnieniu zarówno protestu jak i odwołania na aspekt konieczności wykonywania dostaw zgodnie z harmonogramem dostaw, gdzie Zamawiający w zamówieniu każdorazowo będzie żądał dostawy pomp o określonym napięciu zasilania w kontekście możliwości zaoferowania przedmiotu zamówienia – dwóch pomp każda o innym napięciu (tak jak to uczynił Odwołujący) – Izba uznała za całkowicie bezzasadny. Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego, iż każdorazowo – zgodnie z harmonogramem dostaw – będzie zamawiał pompy o odpowiednim napięciu, jednakże będą one dedykowane do określonego miejsca w kopalni, gdzie aktualnie dostępny jest prąd o napięciu takim jak zamawiana pompa.

Wymóg jaki postawił Zamawiający w zakresie konieczności posiadania przez daną pompę określonego napięcia przy dostawie, nie wyłącza obowiązku posiadania możliwości zmiany napięcia pompy umożliwiającego jej pracę przy napięciu 1000V lub 500V. Wymóg ten, jak wyjaśnił na rozprawie Zamawiający konieczny jest w sytuacjach zagrożenia życia, w przypadkach nagłego, niekontrolowanego zdarzenia jaki jest nagły przyptyk wody. W tym zakresie Izba daje wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, wskazując jednocześnie, że nietrafione jest stanowisko Odwołującego, iż w nagłych przypadkach możliwa jest wymiana pompy na inną o innym napięciu zasilania, tj. dostarczenie jej z magazynu, który jak stwierdził Zamawiający może być oddalony od miejsca zdarzenia nawet do 6 kilometrów.

Po to Zamawiający postawił wymóg w zakresie możliwości zmiany prądu przemiennego z napięcia 500 V na 1000 V i odwrotnie, aby w sytuacjach nagłych, przy wykorzystaniu wiedzy przeszkolonego przez wykonawcę pracownika dokonać natychmiastowej i bezpiecznej zmiany, która umożliwi szybką reakcję na zagrożenie.

Skład orzekający Izby zwraca uwagę Odwołującemu na obowiązek wyjaśnienia wątpliwości dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, już na etapie jej udostępnienia. Obowiązek taki jest wynikiem okoliczności, których następstwem może być odrzucenie oferty jak w przedmiotowym postępowaniu. Wzmoczone działanie tym bardziej jest wskazane, jeżeli wykonawca planuje zrealizować dane zamówienie w sposób odmienny lub nawet „*odrobinę inny*” niż może to wynikać z zamierzeń Zamawiającego ujawnionych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wszelkie wątpliwości wyjaśnione na tym etapie (s.i.w.z.) powodują, a przynajmniej powinny powodować jasne i precyzyjne skonstruowanie oferty – odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego, bądź też rezygnację z udziału w postępowaniu, dzięki czemu powodować to może ograniczenie kosztów działalności firmy-wykonawcy. Dzięki takim działaniom zarówno Zamawiający jak i wykonawcy stoją na równych pozycjach z pełną świadomością swoich oczekiwań i działań umożliwiających realizację celu w jakim zamierzają się spotkać , tj. Zamawiający – udzielenie zamówienia, Odwołujący – uzyskanie zamówienia.

Podsumowując, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury VAT złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zmianami).



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) na niniejszy wyrok - 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*