

Sygn. akt 1642/09

WYROK
z dnia 14 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Emil Kuriata
Izabela Kuciak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ISOPLUS POLSKA Sp. z o.o., ul. Żeliwna 43, 40-599 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, ul. Bogdanka, 21-013 Puchaczów** protestu z dnia 8 października 2010 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża ISOPLUS POLSKA Sp. z o.o., ul. Żeliwna 43, 40-599 Katowice i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **ISOPLUS POLSKA Sp. z o.o., ul. Żeliwna 43, 40-599 Katowice,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **ISOPLUS POLSKA Sp. z o.o., ul. Żeliwna 43, 40-599 Katowice** na rzecz **Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S.A. w Bogdance, ul.**

Bogdanka, 21-013 Puchaczów, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ISOPLUS POLSKA Sp. z o.o., ul. Żeliwna 43, 40-599 Katowice.**

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

Zamawiający - Lubelski Węgiel "Bogdanka" S.A. z siedzibą w Bogdance – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawę rur i kształtek preizolowanych".

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w 2 października 2009r. pod numerem 2009/S 190-27387. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) zamieszczona została na stronie internetowej zamawiającego www.lw.com.pl 30 września 2009r.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwie części dopuszczając możliwość składania ofert częściowych.

Wobec treści siwz ISOPLUS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach wniosła protest, a po jego rozstrzygnięciu odwołanie, w części oddalającej protest.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art.36 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny uniemożliwiający prawidłowe sporządzenie oferty i utrudniający uczciwą konkurencję. Jako podstawa faktyczna podnoszonych zarzutów wskazana została część III pkt 1 siwz oraz w § 1 ust. 1 wzoru umowy w zakresie dotyczącej procentowego udziału rur o określonej długości w całości zamówienia tzn. możliwości zmiany ilości ostatecznie dostarczonych rur.

Odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji postanowień siwz przez prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia, tj.:

1. określenie w przywołanych postanowieniach, że przedmiotem zamówienia są rury o długościach odpowiednio 6 m, 3 m i 1 m, i wprowadzenie postanowienia o maksymalnym procentowym udziale rur o określonej długości w całości zamówienia np. "zamówienie rur o długościach 1 m i 3 m nie przekroczy 20% wszystkich zamówionych rur";

ewentualnie o:

2. wprowadzenie postanowienia, iż przedmiotem zamówienia są rury o określonej długości - odpowiednio 6 m, 3 m i 1 m - przy podaniu całkowitej długości lub ilości rur o określonych wymiarach, przy określeniu ceny za każdą pojedynczą rurę o określonej długości.

Odwołujący się zarzucił, że postanowienia siwz opisują przedmiot zamówienia nieprawidłowo, gdyż procentowy udział poszczególnych rur jest istotny dla ustalenia ceny ofertowej, a przywołane postanowienia pozwalają na zmniejszenie lub zwiększenie ilości rur w poszczególnych rozmiarach, co powoduje, iż nie wiadomo do końca w jakich proporcjach zamawiający będzie zamawiał rury o długości 6 m, 1 m i 3 m, a tym samym jaką cenę zaproponować w ofercie.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest pismem z 8 października 2009 r. (faks z 12 października 2009 r.), odwołanie 30 października 2009 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego (pismo z 29 października 2009 r.). Zamawiający otrzymał kopię odwołania 30 października 2009 r. z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający nie podzielił powyższego zarzutu i pismem z 21 października 2009 r. oddalił protest, tego dnia przekazując rozstrzygnięcie odwołującemu się. Zamawiający oświadczył, że oczekuje podania ceny za konkretną, podaną w tabeli formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik Nr 1 do siwz, ilość rur preizolowanych (Zadanie Nr 1) oraz rur ocynkowanych (Zadanie Nr 2) i nie może być tutaj mowy o jakiegokolwiek wieloznaczności czy braku precyzji. Wywiódł, że sporządzając ofertę, wykonawcy podają cenę wyrobów według danych zawartych w formularzu ofertowym. Natomiast podana we wzorze umowy informacja o szacunkowym charakterze i ewentualnych zmianach w okresie obowiązywania umowy, zarówno w poszczególnych asortymentach jak i w całkowitej ilości spowodowana została faktem, że rzeczywiste zapotrzebowanie zamawiającego będzie wynikało z postępu prac pod ziemią. Poczynione zastrzeżenie nie ma wpływu na zdolność wykonawcy do złożenia oferty, gdyż wszystkie dane i informacje do tego potrzebne są dokładnie opisane w siwz.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę podczas której strony i uczestnik postępowania podtrzymali wcześniejsze stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w Części III rozdział I siwz (opis przedmiotu zamówienia oraz w § 1 ust. 1 wzoru umowy ustalił, że wykonawca zobowiązuje się dostarczyć na rzecz zamawiającego

fabrycznie nowe wyroby – rury kołnierzone preizolowane i/lub ocynkowane DN150PN 40 i DN100PN40. Zamawiający wskazał rozmiary i ilości szacunkowe w poszczególnych rozmiarach oraz postanowił, że rury o długości 6 m stanowią będą ok. 80%, natomiast rury o długościach 3 i 1 m ok. 20% dostawy. Zamawiający postanowił również, że w skład dostawy wchodzić będą kształtki ocynkowane i preizolowane, przy czym ich rozmiary i ilości zostały wyszczególnione.

W § 1 ust. 1 *in fine* wzoru umowy zamawiający postanowił, że wymienione ilości rurociągów i kształtek w poszczególnych rozmiarach, jak i łączna ilość są ilościami szacunkowymi i mogą ulec zmianie (zwiększeniu lub zmniejszeniu) w okresie obowiązywania umowy.

Zamawiający oświadczył w rozdziale I części III siwz, że „minimalna wartość ww. wyrobów zamówionych w ramach umowy nie może być niższa, niż 80% maksymalnej wartości umowy.

Formularz oferty - załącznik Nr 1 do siwz zawiera takie same, jak podane we wzorze umowy i rozdziale I części III siwz, ilości wskazanych wyrobów.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie protokołu ZP-1 oraz siwz znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący się podnosi zarzuty wskazujące na niemożność prawidłowego przygotowanie oferty i ustalenia jej ceny. Ponadto interes prawny odwołującego się wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy nakazuje zamawiającemu dokonanie w siwz opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przywołanych przepisów. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący wskazując ilości metrów bieżących poszczególnych typów rur oraz ich ilości szacunkowe. Izba nie dopatrzyła się braku możliwości prawidłowego przygotowania i ustalenia ceny oferty przez brak ilościowego rozdzielenia ilości rur o długości 1 i 3 m. Zamawiający wskazał, że w

ogólnym wolumenie zamówienia rury o długości 6 m stanowić będą ok. 80%, natomiast na pozostałe 20 % składać się mają rury o długościach 1 i 3 m. Powyższe jest tożsame z pierwszym ze zgłaszanych przez odwołującego się żądań. Drugie z podanych żądań sprowadzałoby się *de facto* do narzucenia wykonawcom ceny za realizację przedmiotu zamówienia, co niweczyłoby jakąkolwiek konkurencję w postępowaniu i czyniłoby je bezprzedmiotowym.

Wskazać też należy, że kwestionowane postanowienia siwz i wzoru umowy są jednakowe dla wszystkich wykonawców potencjalnie zainteresowanych zamówieniem, nie stwarzają możliwości złożenie ofert nieporównywalnych (oferujących różne świadczenia) i nie zawierają w sobie jakiegokolwiek preferencji. Tym samym nie stoją na przeszkodzie uczciwej konkurencji między wykonawcami.

Kwestionowane postanowienia o możliwości zmiany ilości w poszczególnych rozmiarach oraz ilości łącznej w okresie obowiązywania umowy, nie mają żadnego wpływu na sporządzenie oferty i ustalenie jej ceny, tym samym pozostają bez znaczenia dla zachowania w postępowaniu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Mogą mieć jedynie znaczenie na etapie realizacji zamówienia przez wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę – rzutują na zyskowność wykonywanej umowy uzależnioną od rzeczywistej ilości dostarczonych rur, która może być mniejsza albo większa od ilości wskazanych na potrzeby sporządzenia oferty. Postanowienie to uznaje Izba nadto za uzasadnione obiektywnymi warunkami istniejącymi u zamawiającego. Wskazać też należy, że zamawiający zagwarantował wykonawcom minimalny poziom realizacji zamówienia, a tym samym dał gwarancje otrzymania wynagrodzenia na poziomie 80%.

W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 ustawy i na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy oddaliła odwołanie. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 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 zm.)

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, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....