

Sygn. akt: KIO 1034/13

WYROK
z dnia 20 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2013 r. przez **odwołującego:** Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Hagera 41; 41-800 Zabrze w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Kompania Węglowa S.A. Oddział KWK „Bolesław Śmiały” z siedzibą w Łaziskach Górnych, 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności aukcji elektronicznej, ponowne badanie i ocenę złożonych ofert po uprzednim wykluczeniu z postępowania Bytomskiego Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Ar-Go Sp. z o.o. z siedzibą ul. Strzelców Bytomskich 133/1; 41-914 Bytom i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą

2. kosztami postępowania obciąża Kompania Węglowa S.A. Oddział KWK „Bolesław Śmiały” z siedzibą w Łaziskach Górnych, 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Hagera 41; 41-800 Zabrze tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Kompania Węglowa S.A. Oddział KWK „Bolesław Śmiały” z siedzibą w Łaziskach Górnych, 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 na rzecz Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Hagera 41; 41-800 Zabrze kwotę 18.600 **zł** 00 **gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 25.01.2013r. pod poz. 2013/S 018 – 026662 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Pismem dnia 30 kwietnia 2013r. odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego polegającą na przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w sytuacji gdy zamawiający nie powinien jej przeprowadzać, ponieważ wykonawca BPW Ar-Go Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu powinien być odrzucony.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”: art.24 ust.2 pkt 4 w związku z art.22 ust.1 pkt 2 oraz art.24 ust.2 pkt 4 ustawy, polegającego na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy BPW Ar-Go Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, który podlegał wykluczeniu z postępowania z powodu nie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia jego oferty; art.26 ust.3 ustawy polegającej na ponownym wezwaniu w dniu 9 kwietnia 2013r. ww wykonawcy ponownie do uzupełnienia dokumentów; art.91a ust.1 ustawy poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w sytuacji gdy pozostały dwie oferty niepodlegające odrzuceniu to jest oferta odwołującego i ofert Budkop Sp. z o.o. w siedziba w Mysłowicach; art.7 ust.1 i 3 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasad uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi o: unieważnienie czynności aukcji elektronicznej i z ostrożności wyboru najkorzystniejszej oferty; ponownego badania i oceny ofert; wykluczenia wykonawcy BPW Aro-Go Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu i odrzucenie oferty tego wykonawcy; dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego; zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał na interes do wniesienia odwołania przez uniemożliwienie uzyskania zamówienia wskutek naruszenia powyżej wskazanych przepisów i skutków z tych naruszeń wynikających.

W uzasadnieniu odwołania wskazał na naruszenie pkt VI ust.1 SIWZ (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) zgodnie z którym wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni posiadać doświadczenie zawodowe, polegające na wykonaniu lub

wykonywaniu co najmniej dwóch zamówień drażenia wyrobisk korytarzowych kamiennych za pomocą materiałów wybuchowych o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 miliony złotych brutto.

Dokumenty wykonawcy BPW Ar-Go Sp. z o.o. z Bytomia z oferty nie wskazują na wykonane prace to jest drażenie wyrobisk kamiennych z użyciem materiałów wybuchowych.

Zamawiający wezwał tego wykonawcę w dniu 28 luty 2013r. w trybie art.26 ust.3 pismem o L.dz. DE/EZP/TSz/119/2013 ustawy do uzupełnienia dokumentów wskazując na obowiązujący warunek poprzez jego wytluszczenie w treści pisma, iż doświadczenie ma obejmować drażenie wyrobisk kamiennych za pomocą materiałów budowlanych o łącznej wartości co najmniej 2 miliony złotych brutto.

W wyniku wezwania w dniu 7 marca 2013r. wskazany wykonawca przedłożył wykaz wykonanych usług z umową nr 071201608 z dnia 27 lipca 2012 z załącznikiem protokół z dnia 17 września 2012r., protokół z dnia 31 sierpnia 2012r.; protokół z dnia 31 lipca 2012r , referencje wykonawcze o numerze K15/TPI/1821/11426/2012 z dnia 6 listopada 2012r. oraz Aneks Nr 1 do umowy Nr 151 100 713 z dnia 25 maja 2011 z załącznikiem w postaci harmonogramu robot górniczych.

Z przedłożonego wykazu robót górniczych ponownie nie wynika aby wezwany wykonawca wykonywał roboty odpowiadające warunkom siwz to jest drażenie podziemnych wyrobisk korytarzowych kamiennych za pomocą materiałów wybuchowych.

Komisja przetargowa zamawiającego w dniu 11 marca 2013r. analizując dokumenty, nadesłane w wyniku uzupełnienia za pismem przewodnim z dnia 07.03.2013r., stwierdziła brak doświadczenia zawodowego Ar-Go Sp. z o.o. z Bytomia (punkt II i III protokołu).

Pomimo ustaleń Komisji Przetargowej zamawiający w dniu 9 kwietnia 2013 r. ponownie wzywa do uzupełnienia dokumentów tegoż wykonawcę stwierdzając, że ani dokumenty dołączone do oferty, ani dołączone do pisma z dnia 07.03.2013r. nie potwierdzają wymaganego doświadczenia.

Co prawda zamawiający w piśmie z dnia 09.04.2013r. przywołuje art.87 ust.1 ustawy ale z treści tego pisma wynika, że ponownie wzywa do uzupełnienia wykazu lub referencji.

Odwołujący wskazuje również na niewłaściwe zastosowanie art.87 ust.1 ustawy, ponieważ właściwym byłby art.26 ust.4 ustawy odnoszący się do dokumentów, a nie oferty jak to czyni art.87 ust.1 ustawy.

Poza tym odwołujący podkreśla, że zgodnie z jednolitą linią orzecznictwa wezwanie w trybie art.26 ust.3 ustawy zamawiający czyni tylko jednokrotnie.

Odwołujący podnosi, że w związku z dwukrotnym wezwaniem o uzupełnienie dokumentów, żadne z wyjaśnień czy dokumentów uzupełnionych wskutek wezwania zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2013r., nie może być uwzględniane przy ocenie spełnienia warunku doświadczenia zawodowego wykonawcy.

Ponadto pismo z dnia 17 kwietnia 2013r. nie stanowi wyjaśnienia tylko uzupełnienie dokumentów, ale mimo to nadal wykonawca Ar-Go Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu nie wykazał żadanego doświadczenia to jest wykonania lub wykonywania co najmniej dwóch korytarzy w wyrobiskach kamiennych za pomocą materiałów wybuchowych o łącznej wartości 2 miliony złotych.

Pomimo powyższego zamawiający przeprowadził aukcję i o wynikach powiadomił wykonawców, czym naruszył art.91 a ust.1 ustawy, który przewiduje aukcję, w przypadku co najmniej trzech ważnych ofert. Natomiast gdyby postąpił prawidłowo i wykluczył Ar-Go Sp. z o.o. w Bytomiu to oferta odwołującego byłaby najkorzystniejszą (4.255.800,00 złotych) Druga pozycję pod względem ceny to jest jedyne kryterium ofert zajęłaby oferta Budkop Sp. z o.o z Mysłowic (4.778.300,89 złotych).

W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła.

Izba na rozprawie przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania zamawiającego oraz dokumentów przedłożonych przez odwołującego w poczet dowodów i dokonała następujących ustaleń jak poniżej.

W punkcie VI podpunkt 1 SIWZ zamawiający zawarł następujący warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia.

„o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 1 posiadania wiedzy i doświadczenia, to znaczy: Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...) wykonali (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują) co najmniej dwa zamówienia w zakresie niezbędnym do wykazania tego warunku tj. drażenie podziemnych wyrobisk korytarzowych kamiennych za pomocą materiałów wybuchowych o łącznej wartości nie mniejszej niż 2.000.000,00 PLN brutto.”

W ofercie znajduje się wykaz obejmujący: trzy roboty to jest:

1. Wykonanie ciągu wyrobisk przygotowawczych w pokładzie 409 F w KW S.A. Oddział „Halemba-Wirek”;

2. Drażenie powierzchni badawczej 1 oraz obcinki ściany 1 dla KW S.A. Oddział „Halemba-Wirek”;
3. Rekonstrukcja odstawy i transportu dla drażenia przekopu wentylacyjnego 1 dla KW S.A. Oddział „Halemba-Wirek”.

oraz załączono referencję z dnia 06.11.2012 potwierdzającą wykonanie trzech robot wymienionych w Wykazie robót.

W dniu 28.02.2013r. wezwano BPW Ar-Go sp. z o.o. z s. w Bytomiu w trybie art.26 ust.3 do uzupełnienia wykazu lub referencji, ponieważ z dokumentów dołączonych do oferty nie wynika jednoznacznie, że wykonawca wykazał doświadczenie w zakresie punktu VI podpunkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dniu 07.03.2013r. wykonawca przesłał w wyniku wezwania zamawiającego, dokumenty potwierdzające wykonywanie robót polegających na drażeniu wyrobisk korytarzowych kamiennych za pomocą materiałów wybuchowych. Pismo nie określa załączonych dokumentów.

Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonego przez zamawiającego wynika, że za tym pismem znajduje się wykaz robót na dwie roboty to jest:

1. Wykonanie ciągu wyrobisk przygotowawczych w pokładzie 409 F w KW S.A. Oddział „Halemba-Wirek”- drażenie chodnika odstawczego i części węglowo – kamiennej powierzchni badawczej.
2. Przebudowa chodnika nadścianowego p 44 na odcinku o długości 19,0 m oraz drażenie chodnika nadścianowego p 44 w pokładzie 412/1 na odcinku o długości 145,0 m w KWK „Sośnica – Makoszowy” Ruch Makoszowy.

oraz umowa 071 201 608 z dnia 27.07.2012, która w § 1 potwierdza zakres jak w poz.1 uzupełnionego Wykazu. Szczegółowy opis robót zawarto w zał. Nr 1 do umowy gdzie między innymi wskazuje się na prowadzenie robót przy użyciu materiałów wybuchowych lub kombajnu chodnikowego, protokół odbioru robót z 02.01.2012 wskazujący wartość robót oraz dalszy protokół i faktury potwierdzające wartości robót. Załączono referencje z dnia 17.10.2012r., z których wynika wartość robót i „drażenie 145 m chodnika nadścianowego p 44 za pomocą MW i kombajnu”, aneks nr 1 do umowy 151 100 713 z 25.05.2011 wraz z harmonogramem.

Z protokołu Nr 6 komisji przetargowej z dnia 11.03.2013r. wynika z pkt II dotyczącego BPW Ar-Go Sp. z o.o. z s. w Bytomiu, że Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia

dokumentów pismem z dnia 28.02.2013r. Wykonawca złożył uzupełnienie w dniu 07.03.2013r. Komisja przetargowa stwierdza, że firma Ar-Go nie spełnia postawionego w SIWZ warunku dotyczącego wykazania się posiadaną wiedzą i doświadczeniem poprzez drążenie wyrobisk korytarzowych kamiennych za pomocą materiałów wybuchowych na łączną kwotę 2 miliony złotych. W propozycjach komisja przetargowa (pkt III) wnioskuje o wykluczenie z postępowania firmy Ar-Go wobec nie uzupełnienia dokumentów w zakresie wystarczającym.

Pomimo takich wniosków komisji przetargowej zamawiający pismem z dnia 09.04.2013r. w trybie art.87 ust.1 ustawy, wzywa do uzupełnienia referencji lub wykazu, ponieważ z uzupełnionych wykazu robót jak i referencji nie wynika, że wykonano drążenie wyrobisk korytarzowych kamiennych przy użyciu materiałów wybuchowych o łącznej wartości co najmniej 2 miliony złotych.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2013r. zamawiający powiadomił o wynikach aukcji elektronicznej to jest o wynikach trzech wykonawców: odwołujący, Budkop sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach oraz BPW Ar-Go Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w rozumieniu art.192 ust.2 ustawy, ponieważ odwołujący wykazał naruszenie przepisów ustawy mających wpływ na wynik postępowania to jest gdyby zamawiający ich nie naruszył to odwołujący uzyskałby zamówienie.

Uwzględnienie odwołania wynika z powodu następujących okoliczności faktycznych i prawnych Izby.

Po pierwsze zamawiający pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art.26 ust.3 ustawy nie otrzymał wykazu robót potwierdzających posiadaną wiedzę i doświadczenie, które zostało sprecyzowane w punkcie VI podpunkt 1 SIWZ i cytowane w ustaleniach Izby.

Pomimo jednoznacznych w tym zakresie i prawidłowych wniosków komisji przetargowej, zamawiający po raz drugi wezwał do wyjaśnień w trybie art.87 ust.1 ustawy a z treści wezwania wynika, że wzywa o uzupełnienie dokumentów i referencji na okoliczność

wykazania doświadczenia (pismo z dnia 09.04.2013r. w aktach sprawy i przywołane w ustaleniach Izby).

Natomiast w ocenie Izby brak okoliczności usprawiedliwiających ponowne wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub referencji na te samą okoliczność to jest wykazania posiadania doświadczenia zawodowego wykonawcy (dwukrotne wezwanie o uzupełnienie trybie art. 26 ust.3 ustawy to jest wezwanie z dnia 28.02.2013r. i z dnia 09.04.2013r.).

W aktach sprawy znajdują się dwa wykazy wykonawcy BPW Ar-Go Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu to jest z oferty zawierający trzy pozycje oraz w wyniku uzupełnienia na wskutek wezwania z dnia 28 lutego 2013r. na dwie pozycje (opisana treść co do przedmiotu robót przedstawiona w tych Wykazach - ustalenia Izby).

W ocenie Izby żaden z wykazów nie potwierdza, że roboty dotyczyły drążenia wyrobisk korytarzowych kamiennych za pomocą materiałów wybuchowych i to zarówno co do rodzaju drążeń (wyrobisk korytarzowych kamiennych) jak i co do metody ich drążenia (za pomocą materiałów wybuchowych).

Ponadto Izba ustaliła, że odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy, ponieważ złożył najniższą cenowo ofertę i w przypadku wykluczenia z postępowania firmy BPW Ar-Go Sp. z o.o. z s. w Bytomiu, nie przeprowadzono by aukcji wobec dwóch ważnych ofert. Odwołujący uzyskałby zamówienie i nie byłby narażony na szkodę przez brak dochodu.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 2) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzać uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzać od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczanego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00zł. i 3.600,00zł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący: