Sygn. akt: KIO 787/16

WYROK
z dnia 25 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2016 r. przez **wykonawcę EKSA Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: ENERGA-OPERATOR S. A. z siedzibą w Gdańsku**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę EKSA Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie** i:
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę EKSA Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie** tytułem wpisu od odwołania;
   2) zasądza od **wykonawcy EKSA Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie** na rzecz **Zamawiającego: ENERGA-OPERATOR S. A. z siedzibą w Gdańsku** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 787/16

Uzasadnienie

Zamawiający – ENERGA-OPERATOR S. A. z siedzibą w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164) (zwanej dalej również „ustawą *Pzp"),* postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Dostawa kabli elektroenergetycznych SN.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 kwietnia 2016 r. pod numerem 2016/S 083-147543.

Wykonawca EKSA Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie (zwany dalej „Odwołującym") w dniu 9 maja 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 2, 5 ust. 3, 5a ust. 2, 7 ust. 1, 30 ust. 1, 134 ust. 2, 139 ust. 1, 142 ust. 5 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu stosownej modyfikacji specyfikacji, ewentualnie powtórzenia czynności ogłoszenia o zamówieniu publicznym.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania

złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 13 maja 2016 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „Sukcesywna *dostawa fabrycznie nowych kabli elektroenergetycznych spełniających wymagania techniczne szczegółowo określone w Specyfikacji technicznej (zał. Nr 1 do siwz/umowy)”.*
/dokumentacja postępowania: Rozdział V, pkt 1 „Opis przedmiotu zamówienia” Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 3/13/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:
Rozdział V, 4 SIWZ:
Kable elektroenergetyczne powinny być fabrycznie nowe i pochodzić z bieżącej produkcji tj. wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy od daty ich odbioru przez Zamawiającego.
Rozdział V 8 zdanie 2. SIWZ:
„Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany w strukturze zamówienia polegającej na zmianie ilości poszczególnych typów kabli"
Rozdział V 9 SIWZ:
Zamawiający zastrzega sobie prawo do niezrealizowania zamówienia w maksymalnie 20%, co nie będzie stanowiło podstawy do roszczeń ze strony wykonawcy
Rozdział V . 10 i 11 SIWZ:
10Zamawiający zastrzega sobie możliwość zwiększenia zakresu zamówienia podstawowego do maksymalnie 20% wartości zamówienia podstawowego z zastosowaniem prawa opcji, o którym mowa w art. 34 ust. 5 ustawy.
11Zasady skorzystania z prawa opcji opisane zostały w zał. nr 8 do SIWZ - wzór umowy.
Rozdział IX 1.2.7 SIWZ:
1.2.7 co najmniej jednej sztuki sprzętu do transportu, załadunku bębnów kablowych w celu zrealizowania dostawy;
wzór umowy par 2 ust 2.1:
Zamawiający działając na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy, przewiduje możliwość przedłużenia terminu
12realizacji umowy, o którym mowa w ust. 1.:

132.1 jeżeli w ciągu 12 miesięcy od daty zawarcia umowy udzielone zamówienia nie osiągną wartości netto umowy, o której mowa w § 5 ust. 1, jednak nie dłużej niż do mementu osiągnięcia tej wartości.
wzór umowy par 3 ust 2 zdanie 4.:
Maksymalna wartość towarów, które jednocześnie mogą znaleźć się na wszystkich składach konsygnacyjnych nie przekroczy kwoty 15 min zł netto
wzór umowy par 4 ust 1:
Wykonawca będzie dostarczał towar do składów konsygnacyjnych na bębnach drewnianych, zwrotnych, oznaczonych w sposób umożliwiający ich identyfikację. Wykonawca zobowiązuje

się dostarczyć do składów konsygnacyjnych w cenie umowy niezbędną do wykonania przedmiotu umowy ilość bębnów, na własny koszt i ryzyko. Ilość dostarczonych bębnów musi zapewnić sprawne funkcjonowanie składów konsygnacyjnych oraz sprzedaż przez Wykonawcę towarów Zamawiającemu Dostarczone bębny mają być w dobrym stanie technicznym umożliwiającym ich wielokrotne użycie.
wzór umowy par 4 ust 8:
Zamawiający zobowiązuje się do zakupu towarów pozostających na składzie w dniu zakończenia umowy z wyjątkiem odcinków pełno-bębnowych pozostających na składach konsygnacyjnych w lokalizacjach w których Zamawiający posiada przewijarki
wzór umowy par 8 ust 1.1:
W razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zamawiający ma prawo naliczyć, a wykonawca zobowiązuje się zapłacić kary umowne w następujących wypadkach i wysokościach: 1.1. za zwłokę w dostawie towaru w terminie określonym w § 3 ust. 2 w wysokości 0,5% wartości brutto niezrealizowanej w terminie partii danego zamówienia konsygnacyjnego za każdy rozpoczęty dzień zwłoki
wzór umowy par 8 ust 4:
Jeżeli wysokość naliczonych kar umownych nie pokrywa poniesionej szkody, zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych, z zastrzeżeniem, że odpowiedzialność kontraktowa wykonawcy nie przekroczy 100 % wartości netto oferty wykonawcy będącej podstawą zawarcia umowy. Zapłata kar umownych nastąpi w terminie 30 dni od daty wystawienia dokumentu obciążającego. Wykonawca wyraża zgodę na potrącanie kar umownych z należnego mu wynagrodzenia. Zapłacenie lub potrącenie kary nie zwalnia wykonawcy z obowiązku, którego kara dotyczy.
wzór umowy par 8 ust 5.4:
wykonawca realizuje przedmiot umowy niezgodnie z warunkami zawartymi w niniejszej umowie, w tym, gdy opóźnienie w dostawie kabli elektroenergetycznych lub usunięciu wad dostarczonych kabli przekracza 5 dni lub gdy przedmiot dostawy nie pochodzi od deklarowanego producenta

---

wzór umowy par 2 ust 1 i 2:
1. Umowa zostaje zawarta na czas określony 12 miesięcy licząc od dnia jej zawarcia, z zastrzeżeniem ust. 2 poniżej.
2. Zamawiający działając na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy, przewiduje możliwość przedłużenia terminu realizacji umowy, o którym mowa w ust. 1.:

1.1 jeżeli w ciągu 12 miesięcy od daty zawarcia umowy udzielone zamówienia nie osiągną wartości netto umowy, o której mowa w § 5 ust. 1, jednak nie dłużej niż do mementu osiągnięcia tej wartości. w przypadku okresowej niemożności realizowania umowy z powodu wystąpienia siły wyższej tj. zdarzenia zewnętrznego, niemożliwego do przewidzenia, któremu nie można zapobiec, gdy wskazane zdarzenie będzie trwało dłużej niż 60 dni - o okres trwania tej niemożności

Ponadto w specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ w punkcie II 2.1.2 i II 2.1.3 podano barwę powłoki zewnętrznej czerwoną, gdy tymczasem w światowej praktyce produkcyjnej dla stosowanego na powłoki polietylenu (kabli typu XnRUHAKXS) nie ma trwałego barwnika zapewniającego w dłuższym okresie (kilku lat) utrzymanie barwy czerwonej polietylenu i nie jest barwa czerwona stosowana
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 3-13/13/.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca EKSA Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie wniósł odwołanie w dniu 9 maja 2016 r.
/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy EKSA Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie z dnia 9 maja 2016 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się ogólnie do przedstawionych przez Odwołującego zarzutów w pierwszej kolejności zauważyć należy, że Odwołujący wskazał na artykuły ustawy, które w jego przekonaniu stanowią podstawę prawną przedstawianych zarzutów, to jednak samo enumeratywne ich wyliczenie bez wskazania związku naruszenia z treścią przepisu jest niewystarczające. W ocenie Izby wbrew wymogom określonym w artykule 180 ust. 3 ustawy Pzp w treści swego odwołania Odwołujący nie wskazał dostatecznie okoliczności prawnych

(gdyż zarzut to okoliczności prawne i faktyczne), które uzasadniałyby wniesienie odwołania. Ponadto zarzuty Odwołującego odnośnie naruszenia „zasad udzielenia zamówień publicznych" czy też „przepisów ustawy" bądź też mające wskazywać na „niezgodności ogłoszonych dokumentów" nawet w połączeniu z treścią naruszonych artykułów w jakikolwiek sposób nie precyzują, o jaką niezgodność chodzi. Zarzut to zarówno okoliczności prawne wskazane precyzyjnie, ale również okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Należy pamiętać, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O *tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej."* Zatem należało uznać, że samo stwierdzenie, iż „występuje *sprzeczność zasad udzielenia zamówień publicznych",* czy też „niezgodność *ogłoszonych dokumentów"* nie tworzy zarzutu a Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację uznała, iż nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

……