

WYROK
z dnia 14 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Jolanta Markowska
Grzegorz Mazurek

Protokolant: Lidia Ziółkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 14 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Biuro Studiów i Projektów Górniczych w Katowicach S.A., pl. Grunwaldzki 8-10, Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kopalnia Soli „Wieliczka” S.A., Park King 1, Wieliczka** protestu/protestów * z dnia 12 marca 2008 r.

przy udziale xxx, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie xxx.

orzeka:

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Biuro Studiów i Projektów Górniczych w Katowicach S.A., pl. Grunwaldzki 8-10, Katowice** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Biuro Studiów i Projektów Górniczych w Katowicach S.A., pl. Grunwaldzki 8-10, Katowice**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Biuro Studiów i Projektów Górniczych w Katowicach S.A., pl. Grunwaldzki 8-10, Katowice**

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie dokumentacji projektowej przebudowy obiektów szybu Regis (sygnatura KSW/2007/TEM/115). Ogłoszenie o postępowaniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2007/S 247-302015 w dniu 22 grudnia 2007 r.

W dniu 5 marca 2008 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazując na KGHM „CUPRUM” Sp. z o.o. Centrum Badawczo-Rozwojowe. W dniu 12 marca 2008 r. Odwołujący wniósł do Zamawiającego protest wobec:

- 1) zaniechania procedury wyjaśnienia elementów oferty wybranej mających wpływ na wysokość ceny,
 - 2) zaniechania wezwania wykonawcy KGHM „CUPRUM” do złożenia informacji z KRK w odniesieniu do Prezesa Zarządu,
 - 3) zaniechania wezwania wykonawcy KGHM „CUPRUM” do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia złożenia wyjaśnień w odniesieniu do załączonych w tym zakresie dokumentów,
- zarzucając w skutek powyższych zaniechań naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1

pkt 1 i 4 Pzp poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 10 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy i dokonanie wyboru jego oferty.

Zamawiający w dniu 18 marca 2008r. rozstrzygnął wniesiony protest w ten sposób, że uwzględnił żądania w zakresie zaniechania wszczęcia, w trybie art. 90 ustawy Pzp, procedury wyjaśniającej co do elementów mających wpływ na wysokość ceny, a także w

2

zakresie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów KRK. Jednocześnie Zamawiający oddalił żądania protestu zgłoszone w zakresie zaniechania wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia dla Konkola Copper Mines, Kopalni Polkowice-Sieroszowice i Kopalni Rudna. W rozstrzygnięciu protestu, Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie dokumenty dotyczące wykonania wielobranżowego projektu budowy szybów dla Kopalni Konkola Copper Mines w Zambii potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, iż wyjaśnienia złożone w tym zakresie przez KGHM „CUPRUM” Sp. z o.o. Centrum Badawczo-Rozwojowe pismem z dnia 22 lutego 2008 r., były w jego ocenie wystarczające.

Wykonawca w dniu 25 marca 2008 r. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, podtrzymując zarzuty podniesione w proteście oraz wskazane na ich poparcie okoliczności faktyczne i prawne. W zakresie zarzutów oddalonych przez Zamawiającego, Odwołujący wywodzi, iż załączone do oferty dokumenty mające potwierdzić należyte wykonanie co najmniej jednego projektu budowy lub przebudowy obiektów nadszybia, o wartości nie mniejszej niż 50.000 zł. brutto, nie potwierdzają spełnienia tak określonego warunku. Wskazane przez KGHM „CUPRUM” zamówienie na rzecz Konkola Copper Mines – Zambia nie zostało potwierdzone dokumentami pozwalającymi stwierdzić ich należyte wykonanie. Oświadczenie Konkola Copper Mines o wykonaniu pracy w sposób należyty nie określa co było przedmiotem tej pracy i na jego podstawie nie można stwierdzić, iż odnosi się ono do zamówienia wskazanego przez wykonawcę, jak również zakresu prac wykonanych. Ponadto jednostronnie podpisany protokół odbioru oraz oświadczenie o otrzymaniu wynagrodzenia nie zawiera jakiegokolwiek wzmianki podmiotu, na rzecz którego zamówienie było wykonane, z której wynikałoby, iż zostało ono wykonane należycie. Natomiast dołączona kopia pierwszej strony umowy zawartej z Konkola Copper Mines zawiera zakres rzeczowy kontraktu i jest potwierdzeniem jego zawarcia, jednak nie przesądza niczego w kwestii należytego wykonania tego zobowiązania. Na tej podstawie Odwołujący twierdzi, iż wykonawca KGHM CUPRUM nie przedłożył dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia na rzecz Konkola Copper Mines i w związku z tym powinien zostać wezwany do ich uzupełnienia i wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Podobnie, zdaniem Odwołującego, dołączone do oferty dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku wykazania się należytym wykonaniem co najmniej jednego projektu budowy lub przebudowy wieży wyciągowej i co najmniej jednego projektu budowy lub przebudowy zbrojenia szybu o wartości, w obu przypadkach, nie mniejszej niż 50.000 zł. Dołączone do oferty referencje wystawione przez KGHM Polska Miedź S.A. Oddział Zakłady Górnicze „Rudna” i KGHM Polska Miedź Oddział Zakłady Górnicze „Polkowice-

3

Sieroszowice”, potwierdzają należyte wykonanie zamówienia przez Centrum Projektowe Miedzi „Cuprum-Projekt” Sp. z o.o. z Wrocławia, a nie przez KGHM „CUPRUM” Sp. z o.o. Centrum Badawczo-Rozwojowe z Wrocławia. Odwołujący twierdzi zatem, że dokumenty te nie mogą stanowić podstawy potwierdzenia spełniania warunku przez ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, który w tym przypadku posłużył się dokumentami wystawionymi na rzecz podmiotu trzeciego. Ponieważ KGHM „CUPRUM” samodzielnie ubiega się o udzielenie zamówienia nie może mieć w tym przypadku zastosowania art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, nakazujący oceniać łącznie spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej, dokonanie czynności bezprawnie zaniechanych i wezwanie KGHM „CUPRUM” do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia wskazanych w wykazie zamówień, powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z ustaleniami dokonanyymi w wyniku powtórzonych czynności.

W dniu 07.04.2008r. faksem, a następnie 08.04.2008r pismem, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił KGHM CUPRUM Sp. z o.o. Centrum Badawczo-Rozwojowe z Wrocławia. Na posiedzeniu skład orzekający postanowił nie dopuścić wykonawcy do udziału w postępowaniu w charakterze przystępującego do odwołania po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie przedłożonej na rozprawie dokumentacji oraz złożonych przez strony wyjaśnień ustalił i zważył co następuje.

Interes prawny Odwołującego we wniesieniu środków ochrony prawnej przejawia się w możliwości uzyskania zamówienia, w którym złożone zostały tylko dwie oferty. Naruszenie zasad przy udzieleniu zamówienia publicznego mogłoby prowadzić do wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, jako nieposiadającego doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotowego zamówienia. Tym samym interes prawny Odwołującego doznałby uszczerbku, gdyż jako wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu zostałby pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia na rzecz wykonawcy, który nie potwierdził dostatecznego doświadczenia w realizacji przedmiotu zamówienia.

Istota sporu sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy dołączone do oferty dokumenty na potwierdzenie należytego wykonania usług projektowych wskazanych w wykazie dołączonym do oferty są wystarczające do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

4

Zarówno w ogłoszeniu, jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, wykazali się należyтым wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego projektu budowy lub przebudowy obiektów nadszybia, o wartości nie mniejszej niż 50.000 zł. brutto (pkt V.1.9 SIWZ), projektu budowy lub przebudowy wieży wyciągowej o wartości nie mniejszej niż 50.000 zł. brutto (pkt V.1.10 SIWZ) oraz projektu budowy lub przebudowy zbrojenia szybu, o wartości nie mniejszej niż 50.000 zł brutto (pkt V.1.11 SIWZ). W celu potwierdzenia doświadczenia, wykonawcy zobowiązani byli przedstawić wykaz wykonanych projektów, z podaniem ich wartości, daty i miejsca wykonania, a także załączyć dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie (pkt VI.110 SIWZ). Wśród oczekiwanych dokumentów Zamawiający wskazał przykładowo możliwość przedłożenia referencji, jak i protokołów odbioru. Jednocześnie Zamawiający wymagał, aby „dokumenty potwierdzające, że prace objęte wykazem zostały wykonane należyte (np. referencje, protokoły odbioru) winny zawierać w szczególności informacje o przedmiocie usługi, dacie jej wykonania oraz wartości co najmniej 50.000 zł. brutto.

KGHM CUPRUM Sp. z o.o. Centrum Badawczo-Rozwojowe we Wrocławiu w wykazie dołączonym do oferty wskazała trzy projekty realizowane w okresie lat 2003-2007 na rzecz Kopalni Polkowice-Sieroszowice (projekt budowy nadszybia szybów SG-1, SG-2, SW-4), Kopalni Rudna (projekt budowy nadszybia szybu R-XI), Kopalni Miedzi Konkola Copper Mines (wielowariantowy projekt wstępny kompleksu szybów nr 1 i 4 wraz ze stacją pomp na poziomie 1390 m). Wartość wszystkich projektów, zgodnie z oświadczeniem wykonawcy przekraczała 50.000 zł. brutto.

Pismem z dnia 19 lutego 2008r. Zamawiający wystąpił do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie przedłożonych w ofercie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia na rzecz Kopalni Miedzi Cooper Mines w Zambii. Udzielając odpowiedzi w dniu 22 lutego 2008r. wykonawca przedstawił między innymi szczegółowy zakres prac w ramach realizowanego projektu przetłumaczony na język polski, a także pierwszą stronę kontraktu nr 01/Cuprum/06 zawartego w dniu 1 lutego 2006 roku.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż dołączone do oferty referencje należytego

wykonania usługi projektowej szybu R-XI dla Oddziału ZG Rudna, jak i usługi projektowej szybu SG-1, SG-2 oraz SW-4 dla Oddziału ZG „Polkowice-Sieroszowice”, wystawione zostały na Centrum Projektowe Miedzi „Cuprum – Projekt” Sp. z o.o. z Wrocławia. Tym samym dokumenty te nie mogły stanowić podstawy do uznania należytego wykonania usług projektowych przez KHGM CUPRUM Sp. z o.o. z Wrocławia, jako innego podmiotu niż wskazany w dokumentach.

5

W celu potwierdzenia należytego wykonania projektu wskazanego w pozycji 3 załącznika nr 2, wykonawca przedłożył przetłumaczone na język polski dokumenty w postaci referencji wystawionych przez Dyrektora Generalnego Biura Dyrektora Naczelnego Projektu Kopalnia Konkola Głęboka, a także podpisany jednostronnie przez Prezesa KHGM CUPRUM protokół odbioru projektu zatytułowanego „wielobranżowy projekt wstępny kompleksu szybów nr 1 i 4 wraz ze stacjami pomp na poziomie 1390 m dla kopalni miedzi Konkola Copper Mines”. Skład orzekający Izby uznał, przychylając się w tym zakresie do zarzutów Odwołującego, iż dołączony do oferty protokół odbioru projektu, jako nie podpisany przez projektobiorcę, tj. kopalnię miedzi Konkola Copper Mines, nie może być dowodem na potwierdzenie należytego wykonania usługi projektowej. Tym nie mniej skład orzekający Izby uznał, iż referencje w połączeniu z wyjaśnieniami udzielonymi Zamawiającemu przez KHGM CUPRUM pismem dnia 22 lutego 2008r., są wystarczającym dokumentem dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w części V SIWZ w ppkt od 9 do 11. Zakres „Wielobranżowego kompleksowego projektu budowy szybów nr 1 i 4 dla Kopalni Konkola Copper Mines” – Zambia, obejmował zarówno wykonanie projektu nadszymbia, wieży szybowej, a także zbrojenia szybu, co nie było kwestionowane przez Odwołującego się. Wartość całego projektu wyniosła 1 500 000 USD, co w dacie podpisania kontraktu stanowiło równowartość 4 245 000 zł.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność braku w treści referencji odniesienia zarówno do zakresu jak i wartości wykonanego zamówienia nie może stanowić podstawy do uznania ich nieprawidłowości. Przepisy 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. z 2006r. Nr 87, poz. 605), określają katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców. W zakresie wskazanego przez Zamawiającego wymogu przedstawienia wykazu zrealizowanych usług, dołączone do niego dokumenty mają potwierdzać należyte ich wykonanie. Stawianie dodatkowych wymagań co do treści dokumentów nie ma uzasadnienia w zapisach rozporządzenia. Ustawodawca wymaga jedynie, aby z dokumentów załączanych na potwierdzenie wykonania wskazanych w wykazie zamówień wynikało, iż zostały one wykonane należyście. Stawianie przez Zamawiającego dodatkowych żądań co do treści dokumentów, jako rozszerzające zakres umocowania ustawowego nie może wpływać negatywnie na sytuację wykonawców w postępowaniu. Ustawodawca sam nie dokonał ograniczenia co do formy dokumentów wskazując jedynie na potrzebę potwierdzenia należytego wykonania umowy. Informacje o wartości, przedmiocie zamówienia, jak również datach jego wykonania, wykonawcy są zobowiązani podać w wykazie i stanowią oświadczenie wiedzy. Śądanie potwierdzenia oświadczenia w tym zakresie w treści dokumentów stanowi dodatkowy formalizm i może utrudniać dostęp do zamówienia, gdyż

6

wykonawcy z reguły nie mają wpływu na treść oświadczenia zamieszczanego, w tym przypadku w referencjach. Ponadto nie zawsze wykonawcy mogą uzyskać dodatkowe oświadczenie od dotychczasowych kontrahentów, jeżeli np. zaprzestali oni działalność. W badanej ofercie KHGM CUPRUM załączone referencje potwierdzają jednoznacznie należyte wykonanie usługi realizowanej przez Wykonawcę na rzecz Kopalni Konkola Cooper Mines w 2006 roku. Pomimo, iż z treści referencji nie wynika bezpośrednio, iż dotyczą one wykonania „wielobranżowego kompleksowego projektu budowy szybów nr 1 i 4”, skład orzekający nie miał wątpliwości, iż zostały one wystawione w przedmiocie projektu. Informacje podane przez Wykonawcę w wykazie znajdują poparcie w poszczególnych dokumentach dotyczących realizacji projektu. Ponadto przetłumaczona na język polski treść kontraktu nie pozostawia wątpliwości co do zakresu projektu realizowanego na rzecz Kopalni Miedzi

Konkola Głęboka w Zambii. Podobnie termin realizacji projektu wskazany na okres 2006 roku znajduje potwierdzenie, zarówno w treści referencji, jak i umowy. Odwołujący nie kwestionował, iż Wykonawca KGHM CUPRUM Sp. z o.o. Centrum Badawczo-Rozwojowe wykonywał przedmiotowy kontrakt na rzecz kopalni w Zambii. W związku z powyższym, podnosząc w tym zakresie zarzut względem treści referencji, z których zdaniem Odwołującego po pierwsze nie można ustalić przedmiotu zamówienia, jak i jego wartości, Izba uznała za bezpodstawny. Podobnie skład orzekający nie uznał słuszności stanowiska Odwołującego, jakoby treść referencji wskazywała na niewykonanie w całości prac projektowych. Z brzmienia ostatniego zdania pisma (referencje) z dnia 25 września 2006 r. wystawionego na Prezesa Zarządu KGHM CUPRUM przez Dyrektora Generalnego Kopalni Konkola Głęboka, iż „KCM nie widzi uzasadnienia kontynuowania prac z KGHM CUPRUM jeśli chodzi o następny etap umowy dotyczącej drążenia i zbrojenia szybu”, można wnioskować jedynie o odstąpieniu przez zamawiającego od wykonania dalszego etapu prac niż objęte referencjami.

Jednocześnie Izba uznała za dopuszczalne potwierdzenie spełniania warunku określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt V.1 ppkt 10 i 11 SIWZ) wyłącznie w oparciu o wykonany projekt na rzecz Kopalni Miedzi Konkola Głęboka w Zambii. Wartość projektu przewyższała znacznie wymagania Zamawiającego, a zakres wykonywanego projektu odpowiada stawianym warunkom wykonania co najmniej jednego projektu budowy lub przebudowy wieży wyciągowej i zbrojenia szybu. Podnoszony przez Odwołującego zarzut nie wskazania w wykazie, odpowiednio w załączniku nr 3 i 4 do oferty, projektu realizowanego na rzecz Kopalni Konkola Głęboka, jest zarzutem co do formy, a nie treści oferty. Wykonawca w drodze wyjaśnień, o które wystąpił do niego Zamawiający potwierdził, iż zawarty w załączniku nr 2 „wielowariantowy projekt (...)”, jest wystarczający do uznania spełniania warunku udziału w zakresie wykonania co najmniej jednego projektu wieży wyciągowej oraz zbrojenia szybu. W ocenie składu orzekającego wyjaśnienia udzielone w

7

tym zakresie przez KGHM CUPRUM są wystarczające i nie widzi zatem potrzeby zobowiązania Zamawiającego do wystąpienia o uzupełnienie oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jest ono bezpodstawne, gdyż Zamawiający uwzględniając protest w części zarzutów pismem z dnia 18 marca 2008 r., wskazał iż dokona unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty KGHM „CUPRUM” Sp z o.o. Centrum Badawczo-Rozwojowe.

Co do zarzutów nie objętych protestem oraz odwołaniem, tj. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy, w związku z występującą sprzecznością pomiędzy treścią wykazu, a przedmiotowymi referencjami, jak również ewentualnego uprzywilejowania KGHM CUPRUM w postępowaniu, Izba nie orzekała na podstawie art. 191 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

8