

WYROK
z dnia 16 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Emil Kuriata
Izabela Kuciak

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Rudkop-ex Stanisław Baron, Wiesław Jarosz s.j., 41-707 Ruda Śląska, ul. Kalinowa 11** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Minister Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, 00-911 Warszawa, ul. Nowowiejska 26A** protestu z dnia 22.04.2008 r. (pismo z dnia 21.04.2008 r.)r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Rudkop-ex Stanisław Baron, Wiesław Jarosz s.j., 41-707 Ruda Śląska, ul. Kalinowa 11

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Rudkop-ex Stanisław Baron, Wiesław Jarosz s.j., 41-707 Ruda Śląska, ul. Kalinowa 11;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Rudkop-ex Stanisław Baron, Wiesław Jarosz s.j., 41-707 Ruda Śląska, ul. Kalinowa 11.**

Uzasadnienie

1. Zamawiający – Minister Obrony Narodowej, w którego imieniu działa Agencja Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26A, 00-911 Warszawa, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: dostawy koksu przemysłowo-opałowego do celów energetycznych dla jednostek i instytucji wojskowych na terenie kraju od dnia podpisania umowy do 12 grudnia 2008 roku, nr ref. 23/K/MON/ZZPG/PN/ZO/2008, w dniu 12.02.2008 r.
2. Ogłoszenie ukazało się 16.02.2008 r. w Dz. U. U. E. 2008/S 33-045426.
3. Termin składania ofert upłynął 28.03.2008 r. zamawiający przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na I część – 1 500 540 zł, II część – 14 600 760 zł, III część – 9 857 480 zł, IV część – 3 928 380 zł i na V część – 2 112 840 zł. Złożono na: I część – 4 oferty, II część – 2 oferty, III część – 2 oferty, IV część – 3 i na V część – 3 oferty.
4. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty 15.04.2008

r.

5. „RUDKOP-ex”, Stanisław Baron, Wiesław Jarosz spółka jawna, 41-707 Ruda Śląska ul. Kalinowa 11 złożyła protest 22.04.2008 r. (pismo z 21.04.2008 r.) na:

- 1) wybór najkorzystniejszej oferty Biura Handlowego „Interco” Sp. z o.o.;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty Biura Handlowego „Interco” Sp. z o.o. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz z naruszeniem postanowień rozdziału V pkt 2 specyfikacji.

Zamawiający nakazał Wykonawcom złożyć z ofertą „wykaz wykonany a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw koksu przemysłowo-opałowego” w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania. Wybrany Wykonawca zatytułował odpowiednią rubrykę „Koks” zamiast „Koks przemysłowo-opałowy” i złożył jedną z rekomendacji na koks wielkopiecowy.

Wybrany Wykonawca załączył do oferty referencje od podmiotów zagranicznych. Jednak podważa wiarygodność tych referencji podanie wartości w złotych polskich, a nie w euro, na które zapewne była zawarta umowa i w których były regulowane rachunki. Wykonawca nie przedstawił jak dokonywał przeliczeń na złote.

W referencjach nie podano jakiego gatunku koks był dostarczany, a Zamawiający wymagał złożenia oferty na I i II gatunek koksu przemysłowo-opałowego.

W większości referencji przedstawionych przez BH „Interco” Sp. z o.o., kwoty dostaw zostały ujęte bez podania czy są to kwoty netto czy brutto. W związku z tym, nie można w sposób prawidłowy obliczyć wartości wykazanych przez Wykonawcę dostaw

i Protestujący żąda:

- 3) unieważnienie czynności wyboru oferty Biura Handlowego „Interco” Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 4) dokonanie ponownej oceny ofert;
- 5) odrzucenie oferty Biura Handlowego „Interco” Sp. z o.o.;
- 6) dokonanie wyboru oferty Protestującego.

6. Zamawiający oddalił protest w całości 29.04.2008 r. argumentując, że:

- 1) Zamawiający, po przeanalizowaniu wyjaśnień Wykonawcy, nie wziął pod uwagę dostaw do KGHM, a pozostałe były na 15 263 400 zł, co, zdaniem Zamawiającego, spełnia warunek 30-krotności wadium;
- 2) Zamawiający nie wymagał, aby wykazane dostawy były netto albo brutto, dlatego nie może powołując się na taką przesłankę wymagać dookreślenia rekomendacji ani wykluczyć wykonawcy na tej podstawie;
- 3) Zamawiający nie żądał w ogłoszeniu (ani w specyfikacji) określenia gatunku dostarczanego koksu i dlatego nie może powołując się na taką przesłankę wymagać dookreślenia rekomendacji ani wykluczyć wykonawcy na tej podstawie.

7. Protestujący wniósł odwołanie 05.05.2008 r. (poniedziałek) przez złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego. Odwołanie wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 06.05.2008 r. Podobnie Odwołujący postąpił z kopią odwołania do Zamawiającego. Ponadto Odwołujący przesłał faksem kopię odwołania do Zamawiającego 05.05.2008 r.

8. Odwołujący złożył odwołanie na:

- 1) wybór najkorzystniejszej oferty Biura Handlowego „Interco” Sp. z o.o.;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty Biura Handlowego „Interco” Sp. z o.o. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz z naruszeniem postanowień rozdziału V pkt 2 specyfikacji.

Zamawiający nakazał Wykonawcom złożyć z ofertą „wykaz wykonany a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw koksu przemysłowo-opałowego” w okresie ostatnich trzech lat przed dniem

wszczęcia postępowania. Wybrany Wykonawca zatytułował odpowiednią rubrykę „Koks” zamiast „Koks przemysłowo-opałowy”.

Wybrany Wykonawca załączył do oferty referencje od podmiotów

zagranicznych. Jednak podważa wiarygodność tych referencji podanie wartości w złotych polskich, a nie w euro, na które zapewne była zawarta umowa i w których były regulowane rachunki. Wykonawca nie przedstawił jak dokonywał przeliczeń na złote.

W większości referencji przedstawionych przez BH „Interco” Sp. z o.o., kwoty dostaw zostały ujęte bez podania czy są to kwoty netto czy brutto. W związku z tym, nie można w sposób prawidłowy obliczyć wartości wykazanych przez wybranego Wykonawcę dostaw

i Protestujący żąda:

- 3) unieważnienie czynności wyboru oferty Biura Handlowego „Interco” Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 4) dokonanie ponownej oceny ofert;
- 5) odrzucenie oferty Biura Handlowego „Interco” Sp. z o.o.;
- 6) dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert i przesłuchania stron. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej wybrany Wykonawca potwierdził wykonanie dostaw, których przedmiotem był koks przemysłowo-opałowy. Wynika to z treści przedstawionych referencji, które pozostają w korelacji z zał. Nr 3 do oferty. Tak więc określenie przedmiotu zamówienia w zał. nr 3 do oferty pod nazwą „koks” czyni zadość wymaganiom postawionym przez Zamawiającego.

Faktycznie Zamawiający wezwał Wykonawcę Biuro Handlowe „Interco” Sp. z o.o. do złożenia nowego „Wykazu wykonanych dostaw ...” i potwierdzenia, że jedna z wykazanych dostaw dotyczy wymaganego koksu przemysłowo-opałowego, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp – pismo z 04.04.2008 r. nr 2649. Wykonawca stwierdził, że jedna z referencji dotyczy koksu wielkopiecowego i dlatego nie była brana pod uwagę przez Zamawiającego w trakcie wyboru najkorzystniejszej oferty. Pozostałe wykazane dostawy sumarycznie odpowiadają postawionemu przez Zamawiającego warunkowi i dlatego wykonawca nie podlega wykluczeniu.

Zamawiający nie żądał w ogłoszeniu ani w specyfikacji wskazania czy wykazane dostawy dotyczą wartości netto czy brutto, dlatego Zamawiający nie mógł, a w szczególności po terminie składania ofert, zmieniać tego warunku i przyjmował każdą wartość bez wykazywania czy dotyczy ona kwot netto czy brutto. Jeżeli nawet część z tych dostaw opiewała na kwoty netto, to tym bardziej warunek wykazania zrealizowanych dostaw odpowiedniej wartości został spełniony. Ponadto, kwoty wymienione w referencjach odpowiadają tym, które zostały przedstawione w załączniku nr 3 do oferty w kolumnie wartość brutto.

Z tabeli załącznika nr 3 do oferty wynika, że wybrany Wykonawca wykazał wartości brutto, a wobec tego, że w wewnątrzwspólnotowym eksporcie stawka VAT wynosi „0”, czyli wartość netto równa się wartości brutto, to kwestia ta nie ma znaczenia dla rozpatrywanej sprawy.

Zamawiający wskazał, że zwyczajem jest, iż zainteresowany wydaniem referencji składa gotową treść dokumentu, a wystawiający referencje – o ile się z nimi zgadza – wystawia ten dokument w swoim imieniu. Tak też zapewne miało miejsce w przypadku referencji wystawianych przez firmy czeskie. Zamawiający nie miał zastrzeżeń ani podstaw do wysunięcia zastrzeżeń do dokumentów wystawionych przez firmy czeskie i dlatego uznał ich prawidłowość.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zgodnie z uregulowaniami § 1 ust. 2 pkt 2 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. Nr 87, poz. 605) Zamawiający zażądał w ogłoszeniu i specyfikacji wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie, a po złożeniu odpowiedniego pisma, na podstawie

art. 26 ust. 3 Pzp, Wykonawca spełnił ten warunek.

Wobec braku zastrzeżenia w ogłoszeniu lub specyfikacji, że wartość wykazanych dostaw musi dotyczyć wartości netto, Wykonawcy mogli składać takie dokumenty odnośnie dowolnej wartości, a w przypadku złożenia dokumentów na wartość netto tylko zwiększałyby się ich wiarygodność, jako podmiotu mogącego wykonać zamawianą dostawę.

Formułowanie treści referencji nie jest istotą rozpatrywanego problemu, ale sama treść takiego dokumentu i skoro dokument został wystawiony w sposób nie budzący wątpliwości to nie można żądać jego uzupełnienia czy na jego podstawie wykluczać wykonawców, co wynika z unormowania art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp i w związku z § 1 ust. 2 pkt 2 przytaczanego 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.

W zaistniałym stanie faktycznym wykaz dostaw ani referencje nie budzą wątpliwości, że dotyczą danego rodzaju koksu odpowiadającego przedmiotowi zamówienia, a w szczególności kodowi CPV, który został wpisany przez Zamawiającego w ogłoszeniu: 10 32 10 00, na podstawie art. 30 ust. 7 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*
