

Sygn. akt UZP/ZO/0-1261/05

WYROK

Zespołu Arbitrów z dnia 10 czerwca 2005 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Piotr Andrzej Pieczonka**

Arbitrzy: **Maria Urbańska**

Marcin Wojciech Sonnenberg

Protokolant **Filip Orzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10.06.2005 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Stalprodukt S.A., Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe Stalprodukt M.B. Sp. z o.o., Bochnia, ul. Wygodna 69** od oddalenia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Łodzi, Łódź, ul. F.D. Roosevelta 9/13** protestu z dnia 12 maja 2005 r.

orzeka:

1. *Oddala odwołanie.*

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Stalprodukt S.A., Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe Stalprodukt M.B. Sp. z o.o., Bochnia, ul. Wygoda 69

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3 733 zł 59 gr
(słownie: trzy tysiące siedemset trzydzieści trzy złote pięćdziesiąt dziewięć groszy)
z kwoty wpisu uiszczanego przez Konsorcjum: Stalprodukt S.A., Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe Stalprodukt M.B. Sp. z o.o., Bochnia, ul. Wygoda 69

2) dokonać wpłaty kwoty zł gr

(słownie:)

przez na rzecz

3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr

(słownie: xxx)

przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek środków specjalnych UZP

4) dokonać zwrotu kwoty 940 zł 41 gr

(słownie: dziewięćset czterdzieści złotych czterdzieści jeden groszy)

z rachunku ~~środków specjalnych~~ *dotychczasowego* Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum: Stalprodukt S.A., Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe Stalprodukt M.B. Sp. z o.o., Bochnia, ul. Wygoda 69.

3. Uzasadnienie

Na podstawie dokumentacji postępowania, dowodów złożonych do akt sprawy oraz po wysłuchaniu wyjaśnień stron Zespół Arbitrów ustalił następujący stan faktyczny.

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Łodzi – ogłosił przetarg nieograniczony na dostawę, ustawienie i wymianę stalowych barier ochronnych na drogach krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi.

Odwołujący się oprotestował, po zawiadomieniu go w dniu 09.05.2005 r. o wyborze oferty konkurencyjnej wraz z informacją o wykluczeniu go z postępowania, czynności Zamawiającego polegające na:

- odrzuceniu oferty Odwołującego się i wykluczeniu go z postępowania, oraz
- wyborze oferty złożonej przez Polskie Drogi i Mosty S.A. w Tarnowie,

wnosząc o powtórzenie postępowania.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący się podniósł, że wykonawca, którego oferta została wybrana nie posiada potencjału technicznego dla realizacji zamówienia, gdyż w ofercie jako dostawcę barier wskazano osobę trzecią (przy czym wartość barier stanowi ponad 90% wartości oferty, a prac montażowych zaledwie 10%), natomiast wykonawca nie wykazał się umową gwarantującą nieprzerwaną dostawę barier przez cały okres obowiązywania umowy z Zamawiającym. Jest to równoznaczne z brakiem zabezpieczenia realizacji zamówienia. W tych okolicznościach Zamawiający, w ocenie Odwołującego się, powinien zażądać od wykonawcy szczegółowych informacji oraz wyjaśnienia złożonych dokumentów w trybie zapisów pkt IX ust. 2 SIWZ.

Odwołujący się zarzucił również, że wykonawca, którego oferta została wybrana, nie może wykazywać się doświadczeniem w dostawie stalowych barier ochronnych, ponieważ nie jest ich producentem. W tym stanie rzeczy powinien on wykazać podwykonawcę lub występować z nim w ramach konsorcjum. W ofercie Polskie Drogi i Mosty S.A. nie zostało wskazane doświadczenie zawodowe za rok 2004, a o doświadczeniu w dostawie barier trudno mówić wobec wykonawcy, który nie jest ich producentem. Odwołujący się powołał się przy tym na definicję umowy dostawy zawartą w kodeksie cywilnym. W proteście Odwołujący się zarzucił

także, iż wybór oferty wykonawcy narusza art. 82 ust. 1 Pzp, gdyż faktycznym wykonawcą jest PPH PROWERK Sp. z o.o., która ma zapewnić realizację 90% zamówienia. Odwołujący podniósł ponadto, iż PPH PROWERK sp. z o.o. złożyła drugą ofertę w ramach konsorcjum z firmą SERVITRANS.

Odwołujący się zarzucił również, że wykluczenie go z udziału w postępowaniu było bezpodstawne, bowiem złożył poświadczone za zgodność kopie wymaganych zaświadczeń właściwego Naczelnika Urzędu Skarbowego, z których wynika, iż członkowie konsorcjum nie zalegają z opłacaniem podatków. Zaświadczenia te były zgodne z wymogami pkt X ppkt 1.5 SIWZ i z aktami wykonawczymi do ustawy Pzp. Odwołujący się uznaje, iż wystarczającym było złożenie kserokopii poświadczonych za zgodność z oryginałem, a formalizm Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia.

Protest wniesiono z zachowanie ustawowego terminu (16.05.2005 r.).

W dniu 19.05.2005 r. Zamawiający oddalił protest wniesiony przez Odwołującego się uznając go za bezzasadny. W uzasadnieniu stwierdził, iż Odwołujący się niezasadnie opiera zarzuty na cywilistycznej koncepcji dostawy określonej w k.c., co nie znajduje odzwierciedlenia w ustawie Pzp, która ma charakter *lex specialis* względem k.c. W ocenie Zamawiającego wykonawca ma prawo do nabycia w drodze umowy sprzedaży przedmiotu dostawy (w celu późniejszego montażu), a ustawa Prawo zamówień publicznych nie ogranicza kręgu podmiotów oferujących dostawy wyłącznie do producentów lub konsorcjów z udziałem producentów. Zamawiający uznał ponadto, że stroną umowy jest wykonawca i to on ponosi odpowiedzialność za realizację zamówienia. W ocenie zamawiającego brak jest także podstaw do żądania od wykonawców przedstawienia umowy zapewnienia dostaw przez producenta dla wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Zamawiający uznał ponadto, że wykonawca, którego oferta została wybrana spełnił wszystkie warunki podmiotowe udziału w postępowaniu.

Zdaniem Zamawiającego brak podstaw do odrzucenia oferty firmy Polskie Drogi i Mosty S.A. ze względu na naruszenia art. 82 ust. 1 Pzp w związku z faktem, iż oferta PPH „PROWERK” Sp. o.o. złożona w ramach konsorcjum została odrzucona. Nadto, w jego ocenie każdy producent ma prawo ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od innych form sprzedaży swoich produktów. Nie stanowi to ograniczenia dla wykonawców nie będących producentami, pod warunkiem wskazania dowolnych barier dostępnych na rynku spełniających określone parametry. Takie ograniczenie stanowiłoby naruszenia art. 7 ustawy Pzp.

Zamawiający uznał, iż zasadnie odrzucił ofertę odwołującego się, bowiem zaświadczenia z urzędu skarbowego zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem na drugich stronach, co wskazuje na uchylanie się Odwołującego się od potwierdzenia. Pierwsza strona zawiera kluczowe informacje dla rozstrzygnięć w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a Zamawiający ma obowiązek ustalenia zgodności zaświadczenia z oryginałem w tym zakresie. Konkludując Zamawiający stwierdza, iż brak potwierdzenia za zgodność z oryginałem dokumentu wymaganego treścią SIWZ i przepisów wykonawczych do Pzp powoduje, że oferta jest sprzeczna z SIWZ.

Protest rozstrzygnięto w ustawowym terminie (19.05.2005 r.).

W odwołaniu Odwołujący się sprecyzował, iż zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 36 ust. 3 i art. 82 ust. 1 poprzez ich niezastosowanie, a także art. 22 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów z 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzaju dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy – poprzez ich wadliwą interpretację. Jednocześnie wniósł o unieważnienie czynności zamawiającego polegających na wyborze oferty wykonawcy Polskie Drogi i Mosty S.A. w Tarnowie oraz

wykluczeniu Odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W odwołaniu zostały powtórzone zarzuty protestu wraz z zawartą w nim argumentacją.

Odwołanie wniesiono z zachowaniem ustawowego terminu (data nadania w placówce operatora publicznego: 24.05.2005 r.).

Zespół Arbitrów zwazył, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zdaniem Zespołu Arbitrów zarzut dotyczący wyboru jako najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za bezzasadny. Zespół Arbitrów w niniejszym składzie podziela w pełni pogląd Zamawiającego, iż definicja dostawy zawarta w art. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odiega od pojęcia dostawy uregulowanego w art. 605 Kc. i jako przepis szczególny wyłącza stosowanie przepisów o dostawie z Kc. Przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącym dostawy podlega zarówno dostarczanie produktów i innych świadczeń przez producentów, jak też przez pośredników. Wskazuje na to wykładnia gramatyczna definicji dostawy zgodnie, z którą przez dostawę w rozumieniu Ustawy Prawo zamówień publicznych rozumie się nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, czy najmu. Możliwa jest sytuacja, iż w jednym postępowaniu ofertę złoży producent oraz pośrednik oferujący jego produkt. Tym bardziej taka sytuacja jest możliwa, że na rynku może być niewielu producentów oferujących określony produkt, natomiast może istnieć rozbudowana sieć sprzedaży, w której pośrednicy oferują produkt po cenie konkurencyjnej w stosunku do cen producenta. Ograniczanie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pośredników nie znajduje uzasadnienia w treści przepisów i byłoby sprzeczne z zasadami ustawy Prawo zamówień publicznych i celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W przedmiotowym postępowaniu zaden wykonawca nie złożył dwóch ofert jak twierdzi Odwołujący się. Oferta złożona przez Polskie Drogi i Mosty S.A. wymieniała firmę Prowerk Sp. z o.o. jedynie jako producenta barier. W żadnym z dokumentów znajdujących się w ofercie nie zostało zawarte oświadczenie firmy Prowerk Sp. z o.o., z którego można by wywodzić, iż złożyła ona ofertę wspólnie z oferta firmy Polskie Drogi i Mosty S.A. W tych okolicznościach, biorąc pod uwagę fakt, że do pojęcia oferty należy stosować przepisy Kc. zarzut naruszenia art. 82 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należałoby uznać za bezzasadne.

Pomimo stwierdzenia przez Zespół Arbitrów, iż zarzut niesłusznego wykluczenia Odwołującego się z postępowania był zasadny, nie mógł on zostać uwzględniony. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy jeżeli jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Istnienie interesu prawnego jest przesłanką materialnoprawną uwzględnienia środka odwoławczego, którą Zespół Arbitrów bada z urzędu. Dokonując oceny istnienia interesu prawnego po stronie Odwołującego się Zespół Arbitrów uznał, iż w związku z faktem, iż zarzut opisany powyżej (zarzut wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty) okazał się bezzasadny konsorcjum firm Stalprodukt S.A., Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe Stalprodukt-MB Sp. z o.o. nie posiada interesu prawnego w uwzględnieniu odwołania. Zważyć należy, iż w przypadku powtórnej oceny ofert Zamawiający dokonałby ponownie wyboru jako najkorzystniejszej oferty oferty firmy Polskie Drogi i Mosty S.A., ponieważ jedynym kryterium oceny ofert była cena. Oferta Odwołującego się jest droższa o ok. 300 tys. zł.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji.

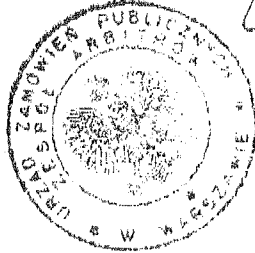
O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w*toda*.....¹

Przewodniczący Zespołu Arbitrów:*[Signature]*.....

Arbitrzy:*Monia Wójcik*.....

.....*[Signature]*.....



¹ Nie dotyczy postępowań wszczętych przed dniem 2 marca 2004 r.