

Sygn. akt: KIO 2441/12

WYROK
z dnia 19 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2012 r. przez Odwołującego – Eltrans Sp. z o.o. z siedzibą Chorzowie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Kompanię Węglową S. A. z siedzibą w Katowicach,

przy udziale wykonawcy - Petek i Wspólnicy A..... K..... Sp. j. z siedzibą w Zabrze, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Eltrans Sp. z o.o. z siedzibą Chorzowie, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - Eltrans Sp. z o.o. z siedzibą Chorzowie, tytułem wpisu od odwołania,

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę skrzynek ognioszczelnych łączeniowych, rozdzielczych, przelotowych z osprzętem dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2013 r.” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odwołujący w dniu 6 listopada 2012 r. złożył odwołanie, w którym zarzucił:

1. naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy, poprzez dokonanie w zadaniu (części) nr 16 (Załącznik nr 2a) SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję, a to wskutek postawienia wymogu, iż ognioszczelne skrzynki powinny być wykonane z żeliwa, podczas gdy ten warunek może spełnić tylko 1 producent - BELMA, która produkuje skrzynki na przedwojennej licencji Siemens'a jako odlewy żeliwne;
2. naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy, poprzez dokonanie w zadaniu (części) nr 16 (Załącznik nr 2a) SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję, a to wskutek bezzasadnego ujęcia i pogrupowania przedmiotu zamówienia w 25 pakietów skrzynek ognioszczelnych, podczas gdy takie pogrupowanie nie jest uzasadnione potrzebami zamawiającego i eliminuje Odwołującego oraz innych wykonawców z możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, a faworyzuje tylko producenta BELMA;
3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez przygotowanie postępowania w sposób, który narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu wykonania czynności polegającej na zmianie postanowień Załącznika nr 2a, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zadaniu (części) nr 16, poprzez eliminację wymogu iż ognioszczelne skrzynki powinny być wykonane tylko z żeliwa, a dopuszczenie w zamówieniu skrzynek ze stali;
2. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności polegającej na zmianie postanowień Załącznika nr 2a, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zadaniu (części) nr 16, poprzez eliminację pakietów (pozycji) 1-25 i wprowadzenie każdej z w/w pozycji asortymentowej z zadania nr 16 jako samodzielnej części (zadania), zgodnie

z nazwą przedmiotu zamówienia;

3. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności Ogłoszenia oraz opublikowania SIWZ z uwzględnieniem dokonanych, zgodnie z żądaniem niniejszego odwołania zmian;

4. zasądzenie na rzecz odwołującego od zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych;

5. zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia na posiedzenie i rozprawę przed Krajową Izbą Odwoławczą Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz umów dla zamówień nie objętych procedurą ustawy PZP na „Dostawy skrzynek ognioszczelnych łączeniowych, rozdzielczych, przelotowych z osprzętem dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A.” za lata 2009-2011 r., nie przedstawionych w odwołaniu;

6. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu energetyki i zarządzania ruchem zakładu górniczego i ekonomiki przedsiębiorstw górniczych na okoliczność bezzasadności postawienia dla Zadania 16 wymogu dostawy skrzynek żeliwnych z wyłączeniem skrzynek produkowanych ze stali oraz bezzasadności ujęcia i pogrupowania przedmiotu zamówienia w 25 pakietów skrzynek ognioszczelnych, w odniesieniu do specyfikacji zamówienia oraz potrzeb zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, iż:

- wymóg w zadaniu 16, by skrzynki były wykonane z żeliwa spełnia tylko jeden producent, BELMA, która produkuje skrzynki na przedwojennej licencji Siemens'a jako odlewy żeliwa. Pozostali producenci tj. Bohamet, których reprezentuje odwołujący, oraz IzolPlast, Bartec, Carboautomatyka itd. produkują skrzynki w obudowie ognioszczelnej ale ze stali. Oba materiały z których są wykonane skrzynki spełniają wymagania ognioszczelności dla tego typu towarów, a zapis w wymaganiach SIWZ, że musi to być żeliwo determinuje tylko jednego producenta – BELMA;

- działanie powyższe nie tylko utrudnia, ale w sposób rażąco ogranicza uczciwą konkurencję eliminując z postępowania wykonawców oferujących skrzynki inne, a niżeli żeliwne. Ponadto takie działanie nie jest uzasadnione, ani specyfika zamówienia, ani potrzebami zamawiającego, który we wcześniejszych latach zamawiał skrzynki ognioszczelne, które mogły być wykonane także z innych materiałów niż żeliwo;

- kolejnym wymogiem zamawiającego, który ogranicza zasadę konkurencyjności jest, to że należy złożyć ofertę na całe zadanie nr 16 które składa się z 25 pozycji. W postępowaniach przetargowych w latach 2009-2011, Zamawiający ogłaszał postępowania, w których każda pozycja była oddzielnym zadaniem na które można było składać ofertę. Wprowadzenie 25 pozycji w zadaniu 16 uniemożliwia startowanie innym firmom niż BELMA, z uwagi na fakt, że

żaden z producentów nie posiada w swojej ofercie tak szerokiej gamy skrzynek budowy ognioszczelnej;

- zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Narusza zasadę uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia np. grupowanie leków w pakiety, w taki sposób, który z góry eliminuje z postępowania dostawców leków niezwiązanych umowami z jedynym producentem jednego z leków, zawartego w pakiecie;

- zgodnie wyrokiem KIO z dnia 24 stycznia 2012 r., zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Dyspozycją art. 29 ust. 2 p.z.p. objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, tak więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Oznacza jedynie, iż zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie.

- podobne do pisywanych naruszenia miały miejsce w postępowaniu na Dostawę kabli elektroenergetycznych dla Kompanii Węglowej S.A., gdzie na podobne zarzuty powoływał się w odwołaniu MAS Sp. z o.o. (Odwołanie z dnia 18.10.2012 r.), a zarzuty odwołania Zamawiający uwzględnił w całości (Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie z dnia 24.10.2012 r. i zmienił w żądanym zakresie postanowienia SIWZ).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podzielił w całości pierwszy zarzut, w odniesieniu do drugiego – uznał częściowo argumentację odwołującego i podzielił dotychczasowe zadanie opisane w części 16 na trzy odrębne zadania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjąć należy, iż wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jeśli nie zachodzi obiektywna niemożliwość uczestnictwa tego wykonawcy w postępowaniu.

Odwołanie podlega oddaleniu.

I. W zakresie pierwszego zarzutu, dotyczącego wymagania materiału, z którego mają być wykonane skrzynki – zamawiający podzielił zarzut i przed otwarciem posiedzenia w przedmiotowej sprawie dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób zgodny ze stawianym w tej mierze w odwołaniu postulatem. Odwołujący oraz przystępujący po stronie zamawiającego przyznali na rozprawie, że tak dokonana zmiana jest dla nich satysfakcjonująca i do tak dokonanej czynności zamawiającego nie mają zastrzeżeń. Powyższe czyniło podniesiony zarzut pozostającym bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jedynie bowiem w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba może uwzględnić odwołanie. W okolicznościach badanej sprawy, pomimo potwierdzenia w tej części zasadności zarzutów, zarzucane naruszenia przepisów ustawy pozostają bez wpływu na wynik postępowania, co wynika z uwzględnienia okoliczności, iż na moment orzekania sporne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały przez zamawiającego zmodyfikowane w sposób czyniący zadość postawionemu żądaniu (tak też: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 13 kwietnia 2011 r. w spr. KIO 707/11, z dnia 18 marca 2011 r. w spr. KIO 459/11).

II. Co do drugiego zarzutu - Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu oraz dopełniającego ten zarzut żądania w zakresie połączenia dostawy różnego rodzaju skrzynek w jedno zadanie. Co do zasady należy zgodzić się, że w konkretnej sytuacji faktycznej, połączenie różnego rodzaju przedmiotu dostawy w jedno zadanie (część, pakiet) może stanowić przejaw dyskryminującego opisu przedmiotu zamówienia. Jak wskazano w orzecznictwie, narusza zasadę uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia np. grupowanie leków w pakiety, w taki sposób, który z góry eliminuje z postępowania dostawców leków nie związanych umowami z jedynym producentem jednego z leków, zawartego w pakiecie. Rzeczą odwołującego jest wykazać w takim wypadku dyskryminujący charakter takiego pogrupowania przedmiotu zamówienia w jedno zadanie czy pakiet. W przedmiotowej sprawie odwołujący postawił zarzut dyskryminującego i naruszającego zasadę uczciwej konkurencji połączenia w jednym zadaniu różnych skrzynek, poprzestając na ogólnym stwierdzeniu, że zamówienie w takim kształcie w tej części może wykonać jedynie podmiot dostarczający produkty firmy BELMA SA. Odwołujący nie wskazał jednak w odwołaniu, które pozycje w części 16 a także w jakim zakresie poprzez ujęcie ich w jednej części stanowią barierę w dostępie do zamówienia. Sam fakt połączenia więcej niż jednego przedmiotu w pakiet nie stanowi sam w sobie o naruszeniu przepisów czy naruszeniu zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący dopiero na rozprawie precyzował i wskazywał, które pozycje, poprzez szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w nich dokonany są dla niego niedogodne i których nie posiada w swoim asortymencie. Powyższe nie mogło jednak skutkować uznaniem zasadności zarzutu.

Po pierwsze, sam fakt, że dany wykonawca nie posiada w swoim asortymencie sprzedaży konkretnego produktu czy wyrobu nie stanowi jeszcze o naruszeniu uczciwej konkurencji. Celem postępowania nie jest bowiem umożliwienie wykonawcy zbytu na posiadany asortyment, ale zaspokojenie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Istotne jest, czy postawienie konkretnych wymagań wobec przedmiotu zamówienia, zagregowanie elementów nań się składających w jedno zadanie, stanowi przejaw dyskryminującego działania, nakierowanego przykładowo na jednego producenta czy na jeden produkt. Powyższej okoliczności odwołujący nie wykazał, poprzestając na twierdzeniu, że nie posiada w swej ofercie kilku konkretnych pozycji objętych zadaniem (a i to uczynił dopiero na rozprawie) oraz, że ich producentem jest firma BELMA SA. W powyższym zakresie przystępujący złożone zostały przez wykonawcę przystępującego do postępowania odwoławczego dowody z korespondencji odwołującego z wytwórcą skrzynek, z której wynika, że firma BELMA SA jest otwarta na współpracę oraz że jest gotowa dostarczyć odwołującemu skrzynki zgodne z wymaganiami stawianymi przez zamawiającego.

Powyższe determinuje wniosek, że odwołujący jest w stanie złożyć ofertę także na te elementy zadania 16, co do których wskazywał, że są poza oferowanym przez niego asortymentem.

Po drugie, odwołujący stawiając w sposób ogólny zarzut bezpodstawnego połączenia 25 rodzajów skrzynek w jeden pakiet nie stawia zarzutów co do samego opisu tych skrzynek, w konsekwencji go akceptując. Uznanie, że nastąpiło naruszające przepisy i zasady zamówień publicznych pogrupowanie przedmiotu zamówienia w jeden pakiet wymaga zrelatywizowania powyższego do konkretnego przedmiotu, w ramach którego nastąpił dyskryminujący opis i wykazania, który to przedmiot, poprzez skumulowanie go w ramach zadania utrudnia lub uniemożliwia dostęp do zamówienia. Odwołujący jednak w odwołaniu nie stawia zarzutu w odniesieniu do opisu żadnej z 25 pozycji spornego zadania, kwestionując jedynie zasadę połączenia tych pozycji: *postawiony został zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy poprzez dokonanie w zdaniu (części) nr 16 (załącznik 2 a) SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję, a to wskutek bezzasadnego ujęcia i pogrupowania przedmiotu zamówienia w 25 pakietów skrzynek ognioszczelnych, podczas gdy takie pogrupowanie nie jest uzasadnione potrzebami zamawiającego i eliminuje Odwołującego oraz innych wykonawców z możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienia a faworyzuje tylko producenta BELMA*. Nie może bowiem być uznana podnoszona dopiero na rozprawie argumentacja, odnosząca się do jednostkowych pozycji kwestionowanego zadania – rozpatrzeniu podlegają jedynie zarzuty wyartykułowane w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy, art. 182 ust. 2 ustawy).

Skutkiem powyższego zdaje się być również próba uczynienia zadość przez zamawiającego stawianym zarzutom i kierunkowi odwołania, wyrażająca się wydzieleniem w miejsce wcześniejszych 25 pozycji jednego zadania osygnowanego jako „16”, trzech odrębnych zadań na podstawie obciążalności znamionowej skrzynek oraz poziomu napięcia zasilania. Zamawiający przy tym trafnie zauważył, że gdyby wydzielić każdą z 25 pozycji w odrębne zadanie, powstałyby zadania o relatywnie niskim znaczeniu wartościowym i ilościowym – liczące 1, 2 czy 4 sztuki zamawianych przedmiotów o niskiej wartości.

Nie stanowi przy tym argumentu mającego przekonywać o zasadności zarzutu w tej mierze dotychczas stosowana przez różne kopalnie praktyka w zakresie traktowania jednego rodzaju skrzynek jako osobnego zadania, bez łączenia ich w pakiety. Dotychczasowa praktyka pozostaje bowiem bez wpływu dla oceny poprawności działania zamawiającego. Nie jest takim argumentem także twierdzenie, że żaden z producentów nie posiada w swojej ofercie tak szerokiej gamy skrzynek budowy ognioszczelnej, jaka jest ujęta w zadaniu - nie ma przecież przeszkód, by zaoferowane zostały w różnych punktach danego zadania produkty różnych producentów.

Reasumując, w analizowanym zakresie odwołujący obowiązkowi wykazania zasadności stawianego zarzutu nie sprostął.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) 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).

Przewodniczący: