

POSTANOWIENIE
z dnia 12 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania w dniu 12 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2016 r. przez Odwołującego: Eickhoff Polonia Ltd. Sp. z o.o., ul. Lwowska 38 40-389 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. ul. Strzelców Bytomskich 207 41-914 Bytom

przy udziale:

A. wykonawcy - Konsorcjum: Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne Maszyny Górnicze Spółka z o.o., ul. 3-go Maja 89, 41-800 Zabrze i KOPEX Machinery S.A. ul. 3-go Maja 89, 41-800 Zabrze zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy – Famur S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Eickhoff Polonia Ltd. Sp. z o.o., ul. Lwowska 38 40-389 Katowice i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Eickhoff Polonia Ltd. Sp. z o.o., ul. Lwowska 38 40-389 Katowice tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 138/16

U z a s a d n i e

Zamawiający: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej na „Dzierżawę kombajnu ścianowego oraz kompletnego zespołu pompowego w celu eksploatacji ściany i63 w pokł. 405/2 wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Makoszowy”.

Część I - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy”

Część II - Dzierżawa kompletnego zespołu pompowego wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy”.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S184-333714 z dnia 23.09.2015 r.

Po dokonaniu badania złożonych ofert Zamawiający drogą elektroniczną w dniu 14.12.2015 r. przesłał wykonawcom zaproszenie do aukcji elektronicznej w portalu Aukcji Urzędu Zamówień Publicznych wraz z potrzebnym do zalogowania w systemie loginem i hasłem, wskazując termin otwarcia aukcji na dzień 17.12.2015 r. na godz.10:00 oraz termin zamknięcia aukcji na godz. 11:00 tego samego dnia.

Po przeprowadzonej powyższej aukcji Zamawiający w dniu 30 grudnia 2015 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołującego: Eickhoff Polonia Ltd. Sp. z o.o., ul. Lwowska 38 40-389 Katowice.

Wykonawca FAMUR S.A. w dniu 8 stycznia 2016 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z powodu wadliwie przeprowadzonej aukcji elektronicznej.

Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2016 r. uwzględniono odwołanie i nakazano Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I, nakazano Zamawiającemu unieważnienie czynności aukcji elektronicznej w

części I oraz nakazano Zamawiającemu ponowne przeprowadzenie aukcji elektronicznej w części I.

W dniu 29 stycznia 2016 r. Odwołujący dokonał przeglądu oferty wykonawcy-Konsorcjum: Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne Maszyny Górnicze Spółka z o.o., ul. 3-go Maja 89, 41-800 Zabrze i KOPEX Machinery S.A. ul. 3-go Maja 89, 41-800 Zabrze.

Nadto, Odwołujący powziął informację o wyznaczeniu nowej aukcji na dzień 2 lutego 2016 r.

Po dokonaniu powyższego przeglądu Odwołujący w dniu 1 lutego 2016 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie czynności wykluczenia oferty wykonawcy Konsorcjum: Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne Maszyny Górnicze Spółka z o.o., ul. 3-go Maja 89, 41-800 Zabrze i KOPEX Machinery S.A. ul. 3-go Maja 89, 41-800 Zabrze ze względu na zabezpieczenie postępowania przetargowego wadliwą gwarancją bankową, a tym samym doprowadzenie do aukcji elektronicznej, a także zaniechanie czynności wyboru jedynej oferty spełniającej wszystkie kryteria Zamawiającego, tj. spółki Eickhoff Polonia Ltd. Sp. z o.o. ul. Lwowska 38, 40-389 Katowice.

Wskazanym czynnościom i zaniechaniu Zamawiającego, zarzucił naruszenie niżej wymienionych przepisów Pzp:

1) art. 24 ust.2. pkt. 2 oraz art. 24 ust 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty i wykluczenia konsorcjum z wadliwie zabezpieczonym wadium,

2) art. 23 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez przyjęcie, iż konsorcjum jest jednym podmiotem, a nie pewną grupą odrębnych podmiotów wspólnie działających z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego,

3) art. 46 ust. 4 a i ust 5 ustawy Pzp - poprzez brak możliwości realizacji przywołanych przepisów ustawy w stosunku do poszczególnych uczestników konsorcjum,

4) art. 89. ust. 1. pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez złożenie oferty, która nie odpowiada treści zapisów S1WZ,

5) art. 91c ustawy Pzp - poprzez zorganizowanie i przeprowadzenie aukcji elektronicznych, które w zaistniałej sytuacji są bezpodstawne,

6) art. 141 ustawy Pzp - poprzez wywodzenie skuteczności wniesionego wadliwego i tym samym nieważnego wadium.

W związku z wymienionymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

- 1) Uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) Nakazanie Zamawiającemu ponowne badanie ofert i wykluczenie z postępowania oferty Konsorcjum Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne Maszyny Górnicze Spółka z o.o. i KOPEX Machinery S.A. z nieprawidłowo zabezpieczonym wadium,
- 3) Uznanie za bezprzedmiotowe ogłoszenia i przeprowadzenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznych o identyfikatorze: A-696-2015 i A-49-2016, wobec braku złożenia dwóch ofert nie podlegających odrzuceniu,
- 4) Unieważnienia aukcji o identyfikatorze A-49-2016 wobec braku złożenia dwóch ofert nie podlegających odrzuceniu,
- 5) Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
- 6) Zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 4 lutego 2016 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca - Konsorcjum: Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne Maszyny Górnicze Spółka z o.o., ul. 3-go Maja 89, 41-800 Zabrze i KOPEX Machinery S.A. ul. 3-go Maja 89, 41-800 Zabrze i w dniu 5 lutego 2016 r. zgłosił takie przystąpienie wykonawca FAMUR S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dokumentacyjnego przedmiotowego postępowania przetargowego, w tym akt sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 25/16 Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym Izba doszła do przekonania, że zachodzi przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że zgodnie z art.182 ust.3 pkt. 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Izba uznała, że Odwołujący mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania już w dacie przesłania wykonawcom zaproszenia do aukcji elektronicznej (tj. 14 grudnia 2015 r.), której termin został wyznaczony na dzień 17 grudnia 2015 r. i która odbyła się właśnie w tym dniu.

Przedmiotowa aukcja odbyła się i Odwołujący na ówczesnym etapie nie miał zastrzeżeń do listy uczestników aukcji.

Według zapatrywania Izby Odwołujący mógł w owym czasie zapoznać się z aktami postępowania przetargowego, działając we własnym interesie, zachowując należyłą staranność i wnieść odwołanie z zachowaniem ustawowego terminu.

Natomiast, Izba stwierdziła, że Odwołujący wniósł odwołanie w dopiero w dniu 1 lutego 2016 r., co potwierdza prezentata Izby znajdująca się na tym dokumencie.

Z powyższego wynika, że odwołanie zostało wniesione po terminie, skoro Odwołujący mógł zapoznać się z ofertą konkurencyjną już po dniu 14 grudnia 2015 r. (data zaproszenia do pierwszej aukcji elektronicznej).

Stosownie do przepisu art. 189 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, 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).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....