

Sygn. akt: KIO 1210/13

WYROK
z dnia 6 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 czerwca 2013 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kopex Machinery S.A. oraz Millenium Leasing Sp. z o.o., z siedzibą lidera konsorcjum: ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

- I. przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:
 - A. **Fabryka Maszyn i Urządzeń TAGOR S.A., ul. Hutnicza 5-9, 42-600 Tarnowskie Góry**
 - B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Patentus S.A., Przedsiębiorstwo HYDROMEL S.A., PUMAR Sp. z o.o., ul. Górnośląska 11, 43-200 Pszczyna**oraz

- II. przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:
 - A. **Becker-Warkop Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 11, 44-266 Świerklany**
 - B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FAMUR S.A., Nordea Finance Polska S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kopex Machinery S.A. oraz Millenium Leasing Sp. z o.o., z siedzibą lidera konsorcjum: ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kopex Machinery S.A. oraz Millenium Leasing Sp. z o.o., z siedzibą lidera konsorcjum: ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze** 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 - Kompania Węglowa S.A., prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest leasing finansowy wraz z dostawą nowego kompleksu ścianowego przeznaczonego do ścian niskich KW S.A. Oddział KWK Bolesław Śmiały. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 grudnia 2012 roku pod poz. 2012/ S 245 -403192.

W dniu 22 maja 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kopex Machinery S.A. oraz Millenium Leasing Sp. z o.o., wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

- a. czynności badania i oceny ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie FAMUR S.A., NORDEA FINANCE POLSKA S.A. (dalej „Konsorcjum FAMUR”) oraz przez wykonawcę BECKER -WARKOP Sp. z o.o.;
- b. zaniechania czynności odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum FAMUR oraz przez wykonawcę BECKER- WARKOP Sp. z o.o., pomimo iż treść ww. ofert nie odpowiada treści SIWZ;
- c. czynności zaproszenia Konsorcjum FAMUR oraz wykonawcy BECKER – WARKOP sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo że ww. wykonawcy złożyli oferty podlegające odrzuceniu;
- d. czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej z udziałem Konsorcjum FAMUR oraz wykonawcy BECKER- WARKOP Sp. z o.o., pomimo że ww. wykonawcy nie powinni w ogóle zostać do niej zaproszeni.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a. unieważnił czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (o ile czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została już dokonana);
- b. unieważnił czynności zaproszenia Konsorcjum FAMUR oraz wykonawcy BECKER do udziału w aukcji elektronicznej;
- c. dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert;
- d. dokonał czynności odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum FAMUR oraz przez wykonawcę BECKER - WARKOP Sp. z o.o. z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu;

- e. ponownie dokonał czynności wyznaczenia aukcji elektronicznej w postępowaniu oraz jej przeprowadzenia z pominięciem Konsorcjum FAMUR oraz wykonawcy BECKER - WARKOP Sp. z o.o.

Odwołujący stwierdził, że treść oferty konsorcjum FAMUR oraz BECKER - WARKOP sp. z o. nie odpowiada treści siwz, bowiem rozwiązanie zaoferowane przez ww. wykonawców nie spełnia wymagań technicznych postawionych przez zamawiającego. W załączniku nr 3 f w tabeli dotyczącej wyłącznika wieloodpływowego wykonawcy w pkt 9 do 11 wskazali następujące wartości: znamionowy prąd ciągły toru rozłącznikowego - 450A, ilość styczników na napięcie 1,0/0,5 kV – 10 (łącznie), ilość zabezpieczonych odpływów - 10 (łącznie).

Zdaniem odwołującego, z całościowej analizy ofert złożonych przez konsorcjum FAMUR oraz wykonawcę BECKER – WARKOP Sp. z o.o. wynika, że do zasilenia całego kompleksu ścianowego wymagane jest minimum 11 zabezpieczonych odpływów. Liczba ta wynika bezpośrednio z liczby odbiorników jakie zamawiający uwzględnił w dostawie kompleksu ścianowego, będącego przedmiotem zamówienia tj. nowego przenośnika zgrzeblowego, który winien być wyposażony w trzy siniki dwubiegowe; nowego kombajnu z wysokociśnieniowym zestawem pompowym do zasilenia kombajnu, który winien być wyposażony w minimum 1 odpływ; zestawu pompowego do zasilenia kombajnu, który winien być wyposażony w minimum jeden silnik elektryczny; nowego przenośnika zgrzeblowego podścianowego, który winien być wyposażony w minimum jeden silnik elektryczny dwubiegowy; nowej kruszarki, która winna być wyposażona w minimum jeden silnik elektryczny. Odwołujący wyjaśnił, że w przypadku silnika elektrycznego dwubiegowego mamy do czynienia de facto w dwoma silnikami w jednej obudowie, przy czym każdy z silników powinien mieć własny odpływ. W sumie do zasilenia wyżej wskazanych odbiorników wymagane jest minimum 11 odpływów. Zaoferowanie mniejszej ilości odpływów niż 11 w zaoferowanych wyłącznikach powoduje, że nie będzie możliwe zasilenie wszystkich odbiorników wchodzących w skład kompleksu ścianowego co w rezultacie spowoduje, iż kompleks ten nie będzie funkcjonować. Odwołujący wskazał, że nie jest możliwe, aby jeden odpływ zasiliał więcej niż jeden odbiornik. Ponadto odwołujący wskazał, że rozwiązanie takie jest niezgodne z siwz i przepisami prawa, w tym rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych. W świetle § 612 i § 624 powyższego rozporządzenia jak również norm, do których odsyła, tj.: PN-EN 1710+A1 - 2010 „Urządzenia i podzespoły przeznaczone do stosowania w przestrzeniach zagrożonych wybuchem w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych”, PN-EN 60204-1 - 2010 „Bezpieczeństwo maszyn. Wyposażenie elektryczne maszyn. Część 1: Wymagania ogólne”, PN-G-50001 - 2002 - „Ochrona pracy w górnictwie. Wyposażenie maszyn górniczych. Wymagania ogólne”, PN-G-42042 - „Środki ochronne

i zabezpieczające w elektroenergetyce kopalnianej. Zabezpieczenia zwarciovowe i przeciążeniowe. Wymagania i zasady doboru” - jeden odpływ może zasilać nie więcej niż jeden silnik elektryczny (jeden odbiornik). Ponadto z Załącznika nr 3f do SIWZ „Dostawa nowego wyposażenia elektrycznego kompleksu ścianowego z monitoringiem parametrów kompleksu ścianowego” wynika, że za pomocą wyposażenia elektrycznego należy zasilić cały kompleks ścianowy.

Z ostrożności procesowej, odwołujący podniósł także, że nie jest możliwe usunięcie opisanej powyżej niezgodności pomiędzy treścią siwz a treścią ofert złożonych przez konsorcjum FAMUR oraz wykonawcę BECKER – WARKOP sp. z o.o. w żaden przewidziany ustawą sposób, w szczególności przez wezwanie do uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp czy zwrócenie się o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jak również przez poprawienie wskazanej niezgodności treści ofert z treścią siwz w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ponadto odwołujący wskazał, że w złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach wykonawcy potwierdzili, że oferują zamawiającemu łącznie 10 styczników na napięcie 1,0/0.5kV, przy czym wyjaśnili, że liczba ta dotyczy łącznie dwóch wyłączników wielostycznikowych.

Wskazując na naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91b ust. 1 oraz 91 a ust. 1 ustawy Pzp podniósł, że jak wynika z wyżej wskazanych okoliczności zarówno konsorcjum FAMUR jak i wykonawca BECKER – WARKOP Sp. z o.o. złożyli oferty podlegające odrzuceniu, a zatem zamawiający nie powinien zaprosić tych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej co powoduje, że sama czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej z udziałem wykonawców, których oferty winny podlegać odrzuceniu jest wadliwa.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy, przekazanej przez zamawiającego oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest leasing finansowy wraz z dostawą nowego kompleksu ścianowego przeznaczonego do ścian niskich KW S.A. Oddział KWK Bolesław Śmiały. W dniu 17 maja 2013 roku, w wyniku zaproszenia skierowanego dnia 13 maja 2013 roku do wykonawców, ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną z udziałem:

1. konsorcjum Famur S.A. oraz Nordea Finance Polska S.A.
2. konsorcjum Kopex Machinery S.A. oraz Millenium Leasing Sp. z o.o.
3. Fabryka Maszyn i Urządzeń Tagor Sp. z o.o.
4. konsorcjum Patentus S.A., Przedsiębiorstwo Hydromel S.A. oraz Pumar Sp. z o.o.
5. Becker - Warkop Sp. z o.o.

W wyniku aukcji elektronicznej najkorzystniejszą cenę zaproponowało konsorcjum Famur S.A. oraz Nordea Finance Polska S.A. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji pod względem ceny.

Szczegółowe wymagania techniczne określono odpowiednio w załącznikach nr 3a, 3a1, 3b, 3c, 3d, 3e, 3f, 3g, 3h,3i do SIWZ. W załączniku 3f zamawiający wymagał potwierdzenia spełniania istotnych dla zamawiającego wymagań i parametrów techniczno - użytkowych dla wyposażenia elektrycznego kompleksu ścianowego z monitoringiem parametrów kompleksu ścianowego.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki do wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Niespornym między stronami jest, że do zasilenia całego kompleksu ścianowego, obejmującego: przenośnik zgrzeblowy ścianowy, kombajn ścianowy, wysokociśnieniowy zestaw pompowy do zasilenia kombajnu, przenośnik zgrzeblowy podścianowy, kruszarkę wymagane jest 11 zabezpieczonych odpływów. Poza sporem pozostaje także okoliczność, wynikająca wprost z treści załączników 3f złożonych wraz z ofertą konsorcjum Famur oraz wykonawcę Becker - Warkop sp. z o.o., że w poz. 11 tabeli dotyczącej wyłącznika

wieloodpływowego wykonawcy Ci zaoferowali dwa 5 - odpływowe wyłączniki KE 1006 (10 zabezpieczonych odpływów 1.0/0.5 kV).

Twierdzenia odwołującego o zaoferowaniu zbyt małej ilości zabezpieczonych odpływów, niezbędnych do funkcjonowania całego kombajnu ścianowego opierają się na założeniu, że ilość styczników jaką zaoferowało konsorcjum Famur oraz wykonawca Becker - Warkop sp. z o.o. wynika wyłącznie z tabeli 3f dotyczącej wyłączników wieloodpływowych. Tymczasem, jak wyjaśnili w toku rozprawy przystępujący po stronie zamawiającego wykonawcy – konsorcjum Famur oraz Becker - Warkop sp. z o.o., ilość zabezpieczonych odpływów podana w załączniku nr 3f dotyczy wyłącznie wyłączników wieloodpływowych (dwa 5 – odpływowe wyłączniki typu KE 1006) i nie obejmuje wyłączników jednodopływowych. Przystępujący przedstawili schematy techniczne, gdzie w dwóch z możliwych rozwiązań wskazali na zastosowanie dodatkowych wyłączników jednodopływowych (oznaczonych W3 na rysunkach), z których będzie zasilana pompa. Niezależnie do powyższego wskazali także na techniczną możliwość podłączenia pompy bezpośrednio do stacji transformatorowej i zapewnienia zasilania wszystkich urządzeń kompleksu ścianowego przy użyciu 2 sztuk wyłączników wieloodpływowych (10 odpływów), konieczności zastosowania dodatkowego wyłącznika jednodopływowego.

W świetle złożonych przez przystępujących wyjaśnień i schematów, a przede wszystkim mając na uwadze okoliczność, że zamawiający wymagał podania w ofertach jedynie informacji na temat ilości sztuk wyłączników wieloodpływowych, nie wykluczając jednocześnie możliwości zaoferowania wyłączników jednodopływowych, nie można uznać, że twierdzenia odwołującego o niemożliwości zasilania wszystkich odbiorników wchodzących w skład kompleksu ścianowego i niezapewnieniu funkcjonowania całego kompleksu ścianowego są prawdziwe.

Nie znajduje także oparcia w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia twierdzenie odwołującego, że wymogiem zamawiającego było zapewnienie zasilania wszystkich urządzeń kompleksu ścianowego przy zastosowaniu wyłącznie wyłączników wieloodpływowych. Wymaganie tego rodzaju, gdyby było postawione przez zamawiającego, to winno być sprecyzowane w siwz w sposób jasny i nie budzący wątpliwości i nie można wyinterpretować go jedynie z tytułu załącznika 3 f dotyczącego wyłączników wieloodpływowych o treści: „wyłącznik wieloodpływowy - (ilość wg wykonawcy, zapewniająca zasilanie urządzeń kompleksu ścianowego)”. Zdaniem Izby, zamawiający nie podał w siwz żadnych wymagań w zakresie sposobu zapewnienia zasilania odbiorników kompleksu ścianowego, w szczególności nie wskazał, wbrew twierdzeniom odwołującego, że kompleks ścianowy ma być zasilany wyłącznie przy użyciu wyłączników wieloodpływowych i jednocześnie nie zakazał zastosowania wyłączników jednodopływowych.

Skoro w siwz brak jakichkolwiek wymagań co do ewentualnej konieczności wskazania w ofertach informacji na temat zaoferowania wyłączników jednodopływowych, to nie można uznać, że zaproponowanie rozwiązanie przewidującego użycie tych wyłączników stanowi rozszerzenie treści złożonej oferty. Nie zasługuje także na uznanie stanowisko odwołującego, że przedstawione przez przystępujących trzy możliwe schematy zasilania urządzeń kompleksu ścianowego świadczą o złożeniu przez tych wykonawców ofert wariantowych. Zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy Pzp oferta wariantowa to oferta przewidująca odmienny niż określony przez zamawiającego w siwz sposób wykonania zamówienia publicznego. Tymczasem, jak wskazano wyżej zamawiający nie określił w siwz sposobu realizacji przez wykonawców oczekiwanego efektu w postaci kompletnie funkcjonującego kompleksu ścianowego, pozostawiając decyzję wykonawcom co do wielu aspektów technicznych oferowanych urządzeń, w tym również sposobu rozwiązania jego zasilania. W tej sytuacji nie można mówić, że przedstawione przez wykonawców rozwiązania stanowią złożenie oferty wariantowej.

Izba uznała, że złożona jako dowód w sprawie przez odwołującego opinia techniczna z dnia 27 maja 2013 roku, wydana przez Stowarzyszenie Elektryków Polskich jest bezprzedmiotowa dla rozstrzygnięcia sporu. Opinia ta, niezależnie od tego, że jest opinią o charakterze prywatnym, to jak wynika z samego jej tytułu, dotyczy możliwości zasilania kompleksu ścianowego wyłącznie z zastosowaniem wyłączników wielostycznikowych typu KE1006, pomijając wskazaną przez przystępujących możliwość zastosowania dodatkowego wyłącznika jednodopływowego. Podobnie przedstawiony przez odwołującego schemat techniczny opiera się na błędnym założeniu, że do zasilania całego kompleksu ścianowego wykonawcy przewidzieli wyłącznie dwa 5-odpływowe wyłączniki.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: