

Sygn. akt: KIO 77/24
KIO 78/24

WYROK

Warszawa, dnia 31 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszekiewicz
Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawcę REMONTEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku
- B. w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Hydromel Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A. z siedzibą w Katowicach Oddział KWK Piast-Ziemowit w Bieruniu

przy udziale uczestników po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt 77/24:

- A. wykonawcy Przedsiębiorstwo Hydromel Sp. z o. o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich,
- B. wykonawcy KONKO S.A. z siedzibą w Mysłowicach,
- C. wykonawcy IWENT Sp. z o. o. z siedzibą w Rybniku

przy udziale uczestników po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt 78/24:

- A. wykonawcy PATENTUS S.A. z siedzibą w Pszczynie,
- B. wykonawcy KONKO S.A. z siedzibą w Mysłowicach,
- C. wykonawcy Hennlich s.r.o. z siedzibą w Litoměřice,
- D. wykonawcy MMC Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach,
- E. wykonawcy REMONTEX Sp. z o. o. z siedzibą w Rybniku,

F. wykonawcy IWENT Sp. z o. o. z siedzibą w Rybniku

orzeka:

KIO 77/24

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża REMONTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę REMONTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A. z siedzibą w Katowicach Oddział KWK Piast-Ziemowit w Bieruniu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
 - 3.2. zasądza od wykonawcy REMONTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku na rzecz zamawiającego POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A. z siedzibą w Katowicach Oddział KWK Piast-Ziemowit w Bieruniu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A. z siedzibą w Katowicach Oddział KWK Piast-Ziemowit w Bieruniu

KIO 78/24

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Hydromel Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Hydromel Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez zamawiającego POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A. z siedzibą w Katowicach Oddział KWK Piast-Ziemowit w Bieruniu tytułem

wynagrodzenia pełnomocnika

- 2.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwa Hydromel Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich na rzecz zamawiającego POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A. z siedzibą w Katowicach Oddział KWK Piast-Ziemowit w Bieruniu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A. z siedzibą w Katowicach Oddział KWK Piast-Ziemowit w Bieruniu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A. z siedzibą w Katowicach Oddział KWK Piast-Ziemowit w Bieruniu (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę nowych urządzeń wyposażenia kompleksu ścianowego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Piast-Ziemowit „Ruch Ziemowit” (nr referencyjny: 432302590). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 grudnia 2023 r. pod nr 00792030-2023

Dnia 8 stycznia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 505 ust. 1 oraz art. 513 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp odwołanie złożyli: wykonawca REMONTEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku oraz wykonawca Przedsiębiorstwo Hydromel Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich.

W sprawie o sygn. 77/24 odwołanie złożono wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia oraz wobec treści dokumentów zamówienia tj.:

1. zagregowania w przedmiocie zamówienia [część III SWZ ust. 1 – ust. 4; załącznik nr 1 do SWZ pkt I] odrębnych zamówień, mogących stanowić samodzielne przedmioty odrębnych zamówień lub części zamówienia (przedmiot ofert częściowych), w ramach jednego zamówienia oraz niedopuszczenie składania ofert częściowych, czym doprowadzono do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 4 ustawy Pzp – tj. zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, bowiem przy takim zagregowaniu zgodnie z wiedzą posiadaną przez Odwołującego istnieje wyłącznie jeden podmiot mogący przystąpić do postępowania i co w konsekwencji prowadzi do nieproporcjonalnego ukształtowania warunków udziału w postępowaniu, czym doprowadzono do naruszenia art. 16 pkt 1 i pkt 3 oraz art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem odniesiono warunki udziału w postępowaniu do całości przedmiotu zamówienia (to jest połączonych zamówień częściowych), podczas gdy warunki te winny być odpowiednio skorelowane z wydzielonymi częściami zamówienia i powinny odnosić się do konkretnych części zamówienia

2. nieopisania w dokumentach zamówienia powodów niedokonania zamówienia na części, czym doprowadzono do naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp – nakazującego wskazanie takich powodów
3. wymogu, aby zaoferowane wyposażenie kompleksu ścianowego, nie było prototypem oraz aby było eksploatowane w kopalniach węgla kamiennego w Unii Europejskiej lub w krajach, które z Unią Europejską podpisały umowy o równym traktowaniu [część IX SWZ pkt 3], czym doprowadzono do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 oraz art. 106 ust. 3 ustawy Pzp – tj. zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz zakazu żądania przedmiotowych środków dowodowych które ograniczałyby uczciwą konkurencję, bowiem przy takim zagregowaniu zgodnie z wiedzą posiadaną przez Odwołującego istnieje wyłącznie jeden podmiot mogący przystąpić do postępowania
4. warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy, opisanego w części V SWZ ust. 4 pkt 2 lit. a w brzmieniu: Zamawiający stosuje warunki udziału w postępowaniu - zdolności technicznej lub zawodowej; Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie) wykonał co najmniej jedną dostawę obejmującą minimum. 90 sekcji obudowy zmechanizowanej o podziałce nie mniejszej niż 1,75m ze sterowaniem elektrohydraulicznym współdziałającym w integracji ze sterowaniem i układem automatyki kombajnu ścianowego, które były eksploatowane w zautomatyzowanym kompleksie ścianowym, który narusza zasady proporcjonalności (art. 16 pkt 3 ustawy Pzp), równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp), jak również zasady kształtowania warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wyrażenia jako minimalnych poziomów zdolności (art. 112 ust. 1 ustawy Pzp), prowadząc tym samym do nieproporcjonalnego i sztucznego zawężenia konkurencji w postępowaniu, nie dopuszczając do postępowania wykonawców zdolnych wykonać należycie zamówienie

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 w zw. art. 99 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji naruszenie zasady uczciwej konkurencji i doprowadzenie do sytuacji, w której zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, jedynie jeden podmiot jest w stanie złożyć ofertę w postępowaniu ze względu na zagregowanie w jednym zamówieniu różnych zamówień, które mogą stanowić samodzielne przedmioty odrębnych zamówień lub części zamówienia (przedmiot ofert częściowych), podczas gdy Zamawiający zobowiązany jest

przygotować i prowadzić postępowanie w taki sposób, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji, a w konsekwencji art. 16 pkt 1 i pkt 3 oraz art. 112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieproporcjonalne ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu poprzez ich odniesienie do całości przedmiotu zamówienia (to jest połączonych zamówień częściowych), podczas gdy warunki te winny być odpowiednio skorelowane z wydzielonymi częściami zamówienia i powinny odnosić się do konkretnych części zamówienia.

- 2) art. 91 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieopisanie w dokumentach zamówienia powodów niedokonania zamówienia na części, podczas gdy Zamawiający zobowiązany jest wskazać w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części.
- 3) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 oraz art. 106 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz naruszenie zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz zakazu żądania przedmiotowych środków dowodowych, które ograniczałyby uczciwą konkurencję i doprowadzenie do sytuacji, w której zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, jedynie jeden podmiot jest w stanie złożyć ofertę w postępowaniu ze względu na postawiony przez Zamawiającego wymóg, aby zaoferowane wyposażenie kompleksu ścianowego, nie było prototypem oraz aby było eksploatowane w kopalniach węgla kamiennego w Unii Europejskiej lub w krajach, które z Unią Europejską podpisały umowy o równym traktowaniu, podczas gdy Zamawiający zobowiązany jest przygotować i prowadzić postępowanie w taki sposób, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji.
- 4) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie lub błędne zastosowanie, a w konsekwencji postawienie warunku udziału w postępowaniu (opisanego w części V SWZ ust. 4 pkt 2 lit. a), który jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nie pozwala na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i nie wyraża się jako „minimalny poziom zdolności”, a przez to jest sprzeczny z zasadą proporcjonalności i narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ zmierza do sztucznego zawężenia konkurencji w postępowaniu, nie dopuszczając do postępowania wykonawców zdolnych wykonać należycie zamówienie, czym Zamawiający zmierza do naruszenia zasady gospodarności, wyrażonej w art. 17 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, a to do udzielenia zamówienia w sposób niezapewniający najlepszej jakości dostaw w ramach środków, które Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz niezapewniający uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania podziału zamówienia na części poprzez wydzielenie odrębnych rodzajowo zamówień, w szczególności (co najmniej) poprzez wydzielenie z przedmiotu zamówienia dostawy sekcji budowy zmechanizowanej w ilości 97 szt. o podziałce 1,75m – część III SWZ, ust. 3 – tabela – punkt 1 (tak samo: załącznik nr 1 do SWZ część I, tabela, punkt 1) wraz z usługami towarzyszącymi (np. usługą serwisową) wraz z odpowiednim przyporządkowaniem warunków udziału w postępowaniu do wydzielonych części zamówienia oraz wydzieleniem odpowiednich wysokości wadium, przystosowaniem opisu przedmiotu zamówienia oraz wzorów formularzy w postępowaniu, jak również dostosowaniem projektowanych postanowień umownych do wydzielonych części zamówienia;
- 3) nakazanie Zamawiającemu opisanie w dokumentach zamówienia powodów niedokonania podziału zamówienia na części;
- 4) nakazanie Zamawiającemu usunięcia wymogu, aby zaoferowane wyposażenie kompleksu ścianowego, nie było prototypem oraz aby było eksploatowane w kopalniach węgla kamiennego w Unii Europejskiej lub w krajach, które z Unią Europejską podpisały umowy o równym traktowaniu;
- 5) zmianę warunku udziału w postępowaniu (opisanego w części V SWZ ust. 4 pkt 2 lit. a) poprzez:
 - a) obniżenie ilości sekcji z „90 sekcji” do „30 sekcji”
 - b) usunięcie wymogu dotyczącego podziałki poprzez usunięcie fragmentu „o podziałce nie mniejszej niż 1,75m” względnie dopuszczenie – jako alternatywnej – również podziałki 1,5m
 - c) usunięcie wymogu dotyczącego sterowania elektrohydraulicznego poprzez usunięcie fragmentu: „ze sterowaniem elektrohydraulicznym współdziałającym w integracji ze sterowaniem i układem automatyki kombajnu ścianowego”;
- 6) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz dowodów wskazanych w treści odwołania;
- 7) na wypadek kwestionowania przez Zamawiającego okoliczności opisanych w treści odwołania – przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, zgodnie z treścią odwołania;
- 8) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania;
z ostrożności procesowej – na wypadek gdyby zmiany w dokumentach zamówienia powodowały taki skutek:
- 9) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania lub unieważnienie postępowania w związku z istotną zmianą charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym (art. 256 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 137 ust. 7 ustawy Pzp)

z ostrożności procesowej – na wypadek, gdyby przed wydaniem wyroku Izby doszło do otwarcia ofert w postępowaniu:

10) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności otwarcia ofert oraz unieważnienia postępowania lub unieważnienie postępowania.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że jest podmiotem, który oferuje na rynku dostawę produktów wchodzących w skład zagregowanego przedmiotu zamówienia – to jest sekcji obudów zmechanizowanych. Możliwość złożenia oferty w postępowaniu i ubiegania się o zamówienie zostały Odwołującemu w jego ocenie odebrane w związku z nieprawidłowym (niezgodnym z przepisami ustawy Pzp) sformułowaniem dokumentów zamówienia (SWZ), który polega na:

- zagregowaniu odmiennych rodzajowo urządzeń,
- wymogu, aby urządzenia nie były urządzeniami prototypowymi i aby urządzenia funkcjonowały już w krajach UE lub wskazanych innych krajach,
- postawieniu warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do całości zagregowanego przedmiotu zamówienia,
- postawieniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i niewyrażający się jako „minimalne poziomy zdolności”,

które łącznie spowodowały naruszenie zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu, bowiem zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, wyłącznie jeden podmiot na rynku krajowym (konsorcjum) jest w stanie złożyć ofertę w tak ukształtowanym postępowaniu. Odwołujący wskazał, że poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp – możliwość uzyskania zamówienia została mu bowiem odebrana, a co za tym idzie Odwołujący utracił szansę na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia (*lucrum cessans*).

W sprawie o sygn. 78/24 odwołanie złożono od następujących czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w toku postępowania, a polegające na:

1. zaniechaniu podziału zamówienia na części, oraz zaniechaniu uzasadnienia braku podziału zamówienia na części,
2. opisie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
3. żądaniu przedmiotowych środków dowodowych zbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia,
4. sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, w sposób nieproporcjonalny i wygórowany,
5. nieuprawnionym ograniczeniu konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ust. 1-3 w zw. z art. 17 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 w zw. z art. 83 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania analizy potrzeb i wymagań Zamawiającego w zakresie możliwości podziału zamówienia na części, brak wskazania w dokumentach zamówienia powodów niedokonania podziału zamówienia na części, w sytuacji, gdy taki podział zamówienia jest konieczny w przedmiotowym postępowaniu, co doprowadziło do naruszenia zasady efektywnego wydatkowania środków publicznych, jak również do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji;

2. art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji poprzez zaniechanie dokonania podziału zamówienia na części i tym samym ograniczenie liczby podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu;

3. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 106 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, żądanie przedmiotowych środków dowodowych zbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, tj. poprzez sformułowanie wymogu, by wykonawca oświadczył, że zaoferowane maszyny, urządzenia, instalacje i systemy nie są prototypem i były lub są eksploatowane w kopalniach węgla kamiennego w Unii Europejskiej lub w krajach, które z Unią Europejską podpisały umowy o równym traktowaniu,

4. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, w sposób nadmierny i nie znajdujący uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, przez co prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. zmienił treść Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,

2. dokonaną zmianę Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom oraz zamieścił zmianę Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ na stronie internetowej, na której Ogłoszenie o zamówieniu lub SWZ jest udostępniana,

3. przesunął termin składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, tj. na dzień 20.02.2024 r.

Odwołujący wskazał, iż jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy Zamawiający zaniechał podziału zamówienia na części, pomimo tego, że w tym zamówieniu taki podział jest w ocenie Odwołującego konieczny i uzasadniony, nadto wymaga przedmiotowego środka dowodowego zbędnego do przeprowadzenia postępowania oraz nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w szczególności w sposób nieproporcjonalny i dyskryminujący odwołującego się wykonawcę, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty spełniającej tak sformułowane warunki, pomimo posiadania bogatego doświadczenia. Zaniechanie podziału zamówienia na części powoduje poważne, niczym nieuzasadnione zdaniem Odwołującego ograniczenie konkurencji. Dokładnie tak samo wygląda według niego sytuacja z wymogiem przedmiotowego środka dowodowego, w postaci oświadczenia o tym, że oferowane urządzenia nie są prototypem oraz były lub są eksploatowane w kopalniach węgla kamiennego w Unii Europejskiej lub w krajach, które z Unią Europejską podpisały umowy o równym traktowaniu. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia warunków udziału w postępowaniu pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych w jego ocenie dla Zamawiającego warunkach. Powyższe dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby podziału zamówienia na części, nie wymagałby ww. oświadczenia w ramach przedmiotowych środków dowodowych oraz prawidłowo sformułowałby warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia, faktycznie umożliwiając Odwołującemu udział w postępowaniu. Tym samym w przyszłości oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołania w sprawach o sygn. 77/24 i 78/24 zostały wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskali 27 grudnia 2023r. (data

publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ). W związku z powyższym odwołania wniesione w dniu 8 stycznia 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpisy od obu odwołań w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) każdy zostały uiszczone przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych zarówno przez REMONTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, jak i Przedsiębiorstwo Hydromel Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (zwani łącznie: „Odwołujący”). Odwołujący prawidłowo przekazali kopie odwołań Zamawiającemu oraz załączyli potwierdzenia przekazania odwołań Zamawiającemu.

W dniu 24 stycznia 2024 r. Zamawiający złożył pisemne odpowiedzi na oba odwołania. W sprawie o sygn. 77/24 wniósł o oddalenie zarzutów, w sprawie o sygn. 78/24 wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów 2, 3 i 4 oraz umorzenie postępowania w zakresie zarzutu nr 1 ze względu na zamieszczenie w dokumentacji postępowania żądanych wyjaśnień.

W dniu 26 stycznia 2024 r. na posiedzeniu:

- odwołujący w sprawie o sygn. 77/24 z uwagi na zmiany dokonane przez Zamawiającego w SWZ cofnął odwołanie w zakresie zarzutu nr 2. Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Mając powyższe na uwadze Izba postanowiła umorzyć postępowanie w zakresie zarzutu cofniętego przez Odwołującego,
- odwołujący w sprawie o sygn. 78/24 z uwagi na zmiany dokonane przez Zamawiającego w SWZ oświadczył, że cofa odwołanie w części zarzutu nr 1 odwołania, która dotyczy naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 83 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, zaś w pozostałym zakresie zarzut pozostawia do rozpoznania przez Izbę. Pozostała część zarzutu dotyczy naruszenia art. 16 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że przepisy te (dotyczące zasad udzielania zamówień publicznych) mogą zostać naruszone w powiązaniu z jednym z przepisów ustawy Pzp, nie mogą stanowić samodzielnej podstawy rozpoznania. Mając to na uwadze Izba rozpoznała odwołanie również w zakresie zarzutu nr 1.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników obu postępowań, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron i uczestników obu postępowań, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w obu odwołaniach nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących ich odrzuceniem, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że wykonawcy wnoszący odwołania wykazali interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołań wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów obu odwołań Odwołujący mieliby szansę na uzyskanie zamówienia.

W sprawie o sygn. 77/24 przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego REMONTEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku w ustawowym terminie zgłosili następujący wykonawcy: Przedsiębiorstwo Hydromel Sp. z o. o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, KONKO S.A. z siedzibą w Mysłowicach oraz IWENT Sp. z o. o. z siedzibą w Rybniku. Izba postanowiła dopuścić wykonawców Przedsiębiorstwo Hydromel Sp. z o. o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, KONKO S.A. z siedzibą w Mysłowicach oraz IWENT Sp. z o. o. z siedzibą w Rybniku do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego REMONTEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku.

W sprawie o sygn. 78/24 przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego Przedsiębiorstwo Hydromel Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich w ustawowym terminie zgłosili następujący wykonawcy: PATENTUS S.A. z siedzibą w Pszczynie, KONKO S.A. z siedzibą w Mysłowicach, Hennlich s.r.o. z siedzibą w Litoměřice, MMC Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, REMONTEX Sp. z o. o. z siedzibą w Rybniku, IWENT Sp. z o. o. z siedzibą w Rybniku. Izba postanowiła dopuścić wykonawców PATENTUS S.A. z siedzibą w Pszczynie, KONKO S.A. z siedzibą w Mysłowicach, Hennlich s.r.o. z siedzibą w Litoměřice, MMC Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, REMONTEX Sp. z o. o. z siedzibą w Rybniku, IWENT Sp. z o. o. z siedzibą w Rybniku do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego Przedsiębiorstwo Hydromel Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, obu odwołań wraz z załącznikami, pism procesowych złożonych przez Odwołujących wraz z załącznikami, dowodu złożonego na posiedzeniu przez odwołującego w sprawie 78/24 (wyciąg z normy), dowodu przedłożonego przez Zamawiającego na rozprawie (wykaz publikacji), odpowiedzi na odwołanie złożonych przez Zamawiającego oraz pism procesowych złożonych przez wykonawców zgłaszających przystąpienie do obu postępowań.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie i podlegały oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A. z siedzibą w Katowicach Oddział KWK Piast-Ziemowit w Bieruniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę nowych urządzeń wyposażenia kompleksu ścianowego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Piast-Ziemowit „Ruch Ziemowit”. Opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 1 do SWZ. Zamawiający w zamówieniu połączył ze sobą wiele różnych rodzajowo urządzeń, które nie stanowią zdaniem Odwołujących nierozzerwalnej całości i nie są ze sobą organicznie połączone w taki sposób, aby nie było możliwe ich zamówienie w ramach odrębnych zamówień lub nawet w ramach jednego zamówienia, ale podzielonego na części (z dopuszczeniem składania ofert częściowych). W części IX pkt 3 SWZ Zamawiający postawił wymóg, aby dostarczany przedmiot zamówienia (kompleksowe wyposażenie) było już eksploatowane w kopalniach węgla kamiennego w Unii Europejskiej lub w krajach, które z Unią Europejską podpisały umowy o równym traktowaniu, a zatem aby nie było wyposażeniem prototypowym. W zakresie warunku udziału odnoszącego się do zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy (doświadczenia), opisanego w części V SWZ ust. 4 pkt 2 lit. a, Zamawiający wymaga, aby wykonawcy wykazali się m.in. doświadczeniem w dostawie (w okresie ostatnich 5 lat):

- a) 90 sekcji obudowy zmechanizowanej
- b) o podziałce nie mniejszej niż 1,75m
- c) ze sterowaniem elektrohydraulicznym współdziałającym w integracji ze sterowaniem i układem automatyki kombajnu ścianowego,
- d) które były eksploatowane w zautomatyzowanym kompleksie ścianowym.

Przedmiotem rozpoznania niniejszej sprawy było ustalenie czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp redagując SWZ tj. nie dokonując podziału przedmiotu zamówienia na części, wskazując na wymagane przedmiotowe środki dowodowe oraz określając warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy. Odnosząc się do zarzutu nr 1 odwołania wniesionego w sprawie o sygn. 77/24 oraz do zarzutu nr 1 i 2 odwołania wniesionego w sprawie o sygn. 78/24 należy wskazać, że zamawiający zgodnie z art. 91 ustawy Pzp może udzielić zamówienia w częściach. Zamawiający jest zobowiązany do rozważenia celowości podziału zamówienia na części, powinien on podać wykonawcom powody niedokonania podziału zamówienia na części.

Jednak Izba podziela stanowisko zaprezentowane w Komentarzu do ustawy Pzp pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, że ustawodawca pozostawił zamawiającemu swobodę autonomicznego podejmowania decyzji o ewentualnym podziale i powodach tego podziału. W przedmiotowych sprawach wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego są spójne. Wskazał on przede wszystkim na kwestię odpowiedzialności w przypadku zamawiania poszczególnych elementów oddzielnie. Takie zamówienie, co z resztą przyznał podczas rozprawy Odwołujący REMONTEX Sp. z o.o., powodowałoby przeniesienie odpowiedzialności na podmiot dostarczający np. jeden z głównych elementów tj. kombajn, zdejmując tę odpowiedzialność z podmiotów dostarczających pozostałe elementy. Uzasadniając niedokonanie podziału zamówienia Zamawiający wskazał także na kwestie techniczne, ekonomiczne i organizacyjne. Powierzenie realizacji zamówienia jednemu podmiotowi będzie dawało Zamawiającemu większą gwarancję niezawodności i prawidłowej wzajemnej współpracy urządzeń. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że zamówienie wszystkich elementów łącznie pozwoli na znaczne ograniczenie mogących wystąpić ryzyk np. ryzyka niedostarczenia wszystkich urządzeń w jednym czasie. Mając powyższe na uwadze Zamawiający nie dokonując podziału zamówienia na części zgodne z żądaniem Odwołujących nie dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do zarzutów nr 3 obu odwołań, że Zamawiający zgodnie z dokumentacją postępowania wymaga, aby nieprototypowy charakter miały poszczególne urządzenia, a nie całe rozwiązanie. Oznacza to, że poszczególne urządzenia są lub były eksploatowane w krajach UE lub krajach, z którymi UE posiadają umowy o równym traktowaniu. Nie można w związku z tym zgodzić się ze stanowiskiem, że jedynym podmiotem, który będzie w stanie zrealizować zamówienie jest konsorcjum, które zamówienie podobne do przedmiotowego zamówienia zrealizowało w USA. Zamawiający nie wymaga bowiem, aby kumulacja zastosowania wszystkich urządzeń nastąpiła w ramach jednego zamówienia. Każde z nich mogło być stosowane u innego zamawiającego, tym bardziej, że jak wskazują obaj odwołujący poszczególne urządzenia można swobodnie wydzielić. Izba nie podziela stanowiska, że warunki udziału w postępowaniu były zaporowe. W ocenie Izby postawione warunki są spójne z przedmiotem zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów nr 4 obu odwołań Izba nie podziela stanowiska obu Odwołujących, że Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia nie zapewniając tym samym zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Biorąc pod uwagę całość zamówienia warunek postawiony przez Zamawiającego jest adekwatny. W ocenie Izby nawet, jeżeli tak postawiony warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej powoduje ograniczenie kręgu wykonawców, którzy mogą się ubiegać o realizację przedmiotowego zamówienia, to w ocenie Izby jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Odwołujący w odwołaniach oraz podczas rozprawy

wskazywali na własne doświadczenie odnoszące się do części V ust. 4 pkt 2) lit. a) SWZ, natomiast nie odnosili się np. do części V ust. 4 pkt 2) lit. b) SWZ, który to warunek również odnosił się również do zautomatyzowanego kompleksu ścianowego. Wskazuje to zdaniem Izby na brak konsekwencji i spójności obu stanowisk. Odnosząc się do wymagania 90 sekcji, jak wynika zarówno ze stanowiska Zamawiającego wskazanego w odpowiedziach na odwołania, jak również ze stanowiska zaprezentowanego podczas rozprawy, dla wykazania warunku w tym zakresie nie jest konieczne wykazanie doświadczenia w dostawie pełnego kompleksu ścianowego w jednym zamówieniu. Wykonawcy mogą się wykazać kilkoma dostawami określonych rodzajów urządzeń. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazali, że nie istnieją na rynku podmioty, które w ostatnich 5 latach zrealizowały zamówienia o podziałce 1,75 m Ich twierdzenia w związku z tym należy uznać za gołosłowne, a to na nich ciążył ciężar wykazania okoliczności, z których wywodzą skutki prawne.

Reasumując Izba uznała, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowań odwoławczych stronę przegrywającą każde z postępowań, czyli Odwołujących.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....