

Sygn. akt: KIO/UZP 1334/08

WYROK
z dnia 2 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Grzegorz Mazurek
Członkowie:	Lubomira Matczuk-Mazuś Emil Kuriata
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Famur Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 31 października 2008 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Famur Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Famur Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Famur Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup fabrycznie nowego kombajnu ścianowego z elektrycznym napędem posuwu dla Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK Jankowice”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.10.2008r. SIWZ zostało udostępnione na stronie internetowej tego samego dnia.

W dniu 31.10.2008r. protest wobec treści SIWZ wniósł wykonawca Famur sp. z o.o. – zwany dalej również protestującym lub odwołującym. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji, naruszenie art. 22 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję – tj. zawężenie kręgu wykonawców spełniających wskazane wymagania oraz naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Naruszenia te nastąpiły poprzez umieszczenie następujących zapisów w SIWZ :

– pkt XXI – określenie w kryteriach oceny preferowanego rozwiązania w postaci hamowania dynamicznego na upadzie ze zwrotem energii do sieci,

- załącznik nr 1 – pkt 3, ppkt 3.16 i załącznik nr 2a, rubryka 28 tabeli – poprzez określenie maksymalnej długości kombajnu bez ramion mierzonej między osiami otworów do mocowania ramion.

Protestujący wniósł o dokonanie zmiany SIWZ poprzez wykreślenie zakwestionowanych zapisów a ewentualnie o dokonanie zmiany SIWZ, w „kierunku wskazanym przez protestującego”.

W argumentacji wskazano, że ustalenie przez zamawiającego, że długość kombajnu bez ramion, mierzona między osiami otworów do mocowania ramion powinna być nie mniejsza niż 7500 mm, nie znajduje żadnego technicznego uzasadnienia. Nie ma to znaczenia z punktu widzenia eksploatacji maszyny czy jej transportu w podziemiu kopalni, a wymaganie to ma na celu jedynie ograniczenie kręgu wykonawców.

Odnosnie zapisu pkt XXI SIWZ – protestujący wskazał, że kryterium oceny oferty preferujące rozwiązania, które przewidują możliwość hamowania dynamicznego na upadzie ze zwrotem energii do sieci jest nieuzasadnione, gdyż takie rozwiązania nie wywierają jakiegokolwiek wpływu na efekty pracy wykonywanej za pomocą kombajnu ścianowego. W przypadku hamowania dynamicznego ze zwrotem energii do sieci, oddawanie tej energii nie wystąpi w ilości mającej jakiegokolwiek ekonomiczne znaczenie. Podobna sytuacja występuje w przypadku hamowania z wytracaniem energii w rezystorach. Rezystory nie stanowią elementów zewnętrznych, ponieważ znajdują się w skrzyni ognioszczelnej, chłodzonej wodą i w związku z tym nie mogą w żaden sposób wpływać na powstawanie niekorzystnego zjawiska w postaci możliwości wydzielania ciepła, co wpływałoby na temperaturę w wyrobisku podziemnym. Tym samym, nie wykorzystanie preferowanego rozwiązania pozostaje bez znaczenia dla bezpieczeństwa i wielkości prowadzonej eksploatacji a zawarcie takich zapisów ma na celu jedynie ograniczenie kręgu wykonawców.

W dniu 3.11.2008r. zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu, oddalając go w całości, doręczając protestującemu pismo w dniu 4.11.2008r. W argumentacji wskazał, że zapisy SIWZ nie wykluczają możliwości złożenia oferty na kombajn posiadający rozwiązanie hamowania na upadzie z wytracaniem energii w rezystorach. Sposób hamowania w upadzie jest jedynie jednym z kryteriów oceny ofert a powyższe działanie zamawiającego nie stoi w sprzeczności z przepisami ustawy. Wymaganie związane z ograniczeniem maksymalnej długości ramion zamawiający uzasadnił tym, że kombajn będący przedmiotem przetargu przeznaczony będzie do eksploatacji ścian w pokładach posiadających bardzo zmienną wysokość i nachylenie podłużne a zmienne nachylenie będzie występowało na długości ściany w postaci pofałdowania i ścienienia układu. Ograniczenie długości kombajnu pozwoli na zmniejszenie ilości urabianych skał przylegających do pokładu oraz zachowanie właściwego podcięcia w miejscach „przejęcia pokładu”.

W dniu 14 listopada 2008r. wykonawca Famur sp. z o.o. złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Stwierdzono, że uzasadnienie rozstrzygnięcia protestu przez jego oddalenie w żaden sposób nie dowodziło zasadności działania zamawiającego. Tak jak w proteście – zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 22 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W argumentacji odwołujący wskazał, że wymaganie dotyczące ograniczenia długości

maksymalnej kombajnu bez ramion nie występowało do tej pory w żadnym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego kombajnu ścianowego. W przypadku, gdy kombajn ma pracować w warunkach górniczo – geologicznych, opisanych przez zamawiającego – elementem umożliwiającym zmniejszenie ilości urabianych skał przylegających do pokładu oraz zachowanie właściwego podcięcia w miejscach przegięcia pokładu, jest odległość pomiędzy jednostkami napędu posuwu kombajnu – mierzona w osi napędowych kół trakowych. W ocenie odwołującego zamawiający nie uzasadnił swojego wymogu w żaden dopuszczalny sposób. Odwołujący powołał się następnie na orzeczenie ZA z dnia 9.01.2007r. (sygn. UZP/ZO/0-3058/08) na potwierdzenie tezy, że skoro warunki udziału w postępowaniu sformułowane przez zamawiającego mogłyby powodować wykluczenie z postępowania wykonawców posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie to prowadzi to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Oдноśnie kwestii kryterium związanego ze sposobem hamowania na upadzie – wskazano, że wyjaśnienie przedstawione w uzasadnieniu oddalenia protestu nie stanowi odpowiedzi na zarzut odwołującego. Wskazano na to, że kryterium to nie zostało dostatecznie uzasadnione przez zamawiającego. W pozostałym zakresie powtórzono argumentację zawartą w proteście.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszeń o zamówieniu i SIWZ oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący nie udowodnił naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z konstrukcją SIWZ w przedmiotowym postępowaniu.

Oдноśnie kwestii naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – stwierdzić należało, że zarzuty podnoszone w proteście i odwołaniu dotyczyły kwestii opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu jednego z kryteriów oceny ofert, natomiast nie dotyczyły warunków podmiotowych, których dotyczy ten przepis. Przepis art. 22 ust. 2 Pzp dotyczy ustalania warunków podmiotowych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Jego zastosowanie w procedurach udzielenia zamówienia publicznego przejawia się w taki sposób, że zamawiający dokonując opisu warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, ma możliwość ograniczenia podmiotów ze względu na ich potencjał techniczny lub finansowy, tj. żądając przedstawienia dokumentów dotyczących doświadczenia, parku maszynowego bądź też potencjału kadrowego, ale nie w taki sposób, który mógłby utrudniać

uczciwą konkurencję. W przedmiotowej sytuacji odwołujący kwestionuje opis przedmiotu zamówienia oraz opis jednego z kryteriów oceny ofert. W wyniku powyższego, KIO stwierdziła bezzasadność argumentacji odwołującego w tej kwestii.

Oдноśnie naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – odwołujący nie przeprowadził żadnego dowodu na okoliczność naruszenia uczciwej konkurencji przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu stosownie do obowiązku wynikającego z art. 6 kc. Odwołujący bazował wyłącznie na swoich stwierdzeniach, które w jego subiektywnej ocenie były wystarczające do powzięcia przez skład orzekający informacji będących wystarczającą podstawą do orzeczenia o naruszeniu przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zamawiający ze swej strony przedłożył dokumenty świadczące o możliwości złożenia ofert w przedmiotowym postępowaniu przez trzy podmioty – Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne S.A., Eickhoff Polonia sp. z o.o. i Joy Maszyny Górnicze sp. z o.o. Powoduje to, że postępowanie będzie prowadzone na rynku charakteryzującym się konkurencyjnością i nie spowoduje to wskazania na konkretny podmiot uprzywilejowany w przedmiotowym postępowaniu.

Oдноśnie konieczności uzasadnienia dla wymagań zamawiającego w kontekście jego potrzeb – należało stwierdzić, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom. Skład orzekający podziela stanowiska KIO wyrażone w wyroku z dnia 17.01.2008r. sygn. akt KIO/UZP/80/07, w wyroku z dnia 28.11.2008r. sygn. akt KIO/UZP/1298/08, na okoliczność, że *„Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspakajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego, nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum.”*.

Skład orzekający podziela stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 20.11.2008r. na okoliczność, że *„Zamawiający ma prawo żądać produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, w tym także o najwyższych dostępnych standardach jakościowych. Obowiązany jest przy tym uwzględnić obowiązujące przepisy prawa.”* (sygn. akt KIO/UZP/1273/08).

Oдноśnie zarzutu dotyczącego opisu podkryterium oceny ofert, mieszczącego się w ramach kryterium „oceny technicznej” – „Sposób hamowania na upadzie” – skład orzekający stwierdza, że odwołujący nie udowodnił, że narusza ono uczciwą konkurencję. Odwołujący – tak jak w przypadku opisu przedmiotu zamówienia – skupił się na kwestii konieczności merytorycznego uzasadnienia istnienia takiego kryterium przez

zamawiającego, nie przedstawiając żadnego dowodu na okoliczność naruszenia uczciwej konkurencji. Zamawiający ze swojej strony, wskazał na charakterystyczne cechy eksploatowanych pokładów w KWK Jankowice i konieczność zmniejszenia emisji ciepła podczas pracy w wyrobiskach. Ponadto – stwierdzić należy, że kryterium to zostało w sposób konkretny i jednoznaczny opisane przez zamawiającego, jak również, że ma wagę jedynie 7%. Co istotne – jego zastosowanie nie powoduje niemożności złożenia ofert przez podmioty, które nie dysponują technologią umożliwiającą hamowanie dynamiczne ze zwrotem energii do sieci. Przytoczone wcześniej orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, skład orzekający uznaje za adekwatne do zastosowania również w przypadku opisu kryteriów w przedmiotowym postępowaniu.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Nie uwzględniono kosztów wynikających z dokumentu złożonego przez Zamawiającego z 2.12.2008 r. „spis kosztów”, z uwagi na to, iż nie odpowiada on pojęciu rachunku w rozumieniu § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.). Rozliczono faktycznie uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania w kwocie 20 000 zł, mimo iż wpis od wniesionego odwołania obowiązywał w kwocie 15 000 zł

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*