

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 sierpnia 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **18 sierpnia 2016 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IWENT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dębowcu i MMC Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy spółka akcyjna w Katowicach**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IWENT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dębowcu i MMC Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IWENT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dębowcu i MMC Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** tytułem kosztów postępowania odwoławczego, tj. wpisu od odwołania;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IWENT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dębowcu i MMC Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** na rzecz zamawiającego **Katowickiego Holdingu Węglowego spółka akcyjna w Katowicach**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do **art. 198a i 198b** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. 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

I. Katowicki Holding Węglowy spółka akcyjna w Katowicach (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. »Dostawa 95 sztuk sprawnych technicznie sekcji obudów zmechanizowanych do eksploatacji w ścianach zawałowych dla KHW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 21 maja 2016 r., poz. 2016/S 097-174688. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 18 sierpnia 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IWENT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dębowcu i MMC Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) naruszenie art. 7 Prawa zamówień publicznych, art. 29 i nast. Prawa zamówień publicznych, art. 36 Prawa zamówień publicznych, art. 183 Prawa zamówień publicznych, art. 146 Prawa zamówień publicznych oraz art. 94 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 139 i nast. Prawa zamówień publicznych w związku z art. 14 Kodeksu cywilnego oraz art. 58, 701 i nast. oraz art. 353 i nast. Kodeksu cywilnego, poprzez:

(i) przesłanie Odwołującemu umowy w sprawie zamówienia publicznego bez wyznaczenia miejsca oraz terminu zawarcia w/w umowy;

(ii) zaniechanie przesłania Odwołującemu zaproszenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, określającego termin i miejsce jej zawarcia równocześnie z umową;

(iii) przekazanie informacji Odwołującemu, że Zamawiający oczekuje zwrotu podpisanej umowy w sprawie zamówienia publicznego w nieprzekraczalnym terminie do dnia 19 sierpnia 2016 r.;

(iv) brak wstrzymania zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu otrzymania wyroku KIO w sprawie KIO 1357/26, wydanego w dniu 9 sierpnia 2016 r., w sytuacji gdy Odwołujący zamierza zaskarżyć orzeczenie wydane przez KIO;

(v) przesłanie Odwołującemu umowy w sprawie zamówienia publicznego, której treść odbiega od wzoru umowy, stanowiącego załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

(vi) zaniechanie przesłania Odwołującemu dokumentu pn. „Instrukcja Nr 2/DT/TT/TMG/MU/2012 dla firm obcych świadczących usługi na rzecz KHW S.A.," wraz z umową w sprawie zamówienia publicznego;

(vii) odmowę akceptacji zaproponowanego przez Odwołującego rozwiązania technicznego, polegającego na konstrukcji sekcji obudowy zmechanizowanej z zastosowaniem nadstawek montowanych na spąg obudowy zmechanizowanej, a dotyczącego sekcji obudowy zmechanizowanej, przedstawionego na rysunkach IW.09.00-OF.01, mimo iż powyższe rozwiązanie techniczne spełnia wymagania Zamawiającego, określone w SIWZ;

2) naruszenie art. 184 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 85 Prawa zamówień publicznych poprzez wezwanie Odwołującego do przedłużenia okresu związania ofertą oraz złożenia wadium na przedłużony okres związania ofertą na kilkadziesiąt dni przed upływem ważności wadium złożonego wraz z ofertą;

3) naruszenie art. art. 91 Prawa zamówień publicznych, art. 92 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert, złożonych przez FAMUR SA, konsorcjum BECKER Warkop Sp. z o.o. i Węglkokoks SA oraz konsorcjum HYDROTECH SA i Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA, które stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji.

W konsekwencji podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) unieważnienie czynności polegającej na przesłaniu Odwołującemu umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem jest Dostawa 95 sztuk sprawnych technicznie sekcji obudów zmechanizowanych do eksploatacji w ścianach zawałowych dla KHW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła;

- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności, polegającej na poinformowaniu Odwołującego, że Zamawiający oczekuje podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem jest Dostawa 95 sztuk sprawnych technicznie sekcji obudów zmechanizowanych do eksploatacji w ścianach zawałowych dla KHW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 19 sierpnia 2016 r.;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonanie prawidłowego wezwania Odwołującego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem jest Dostawa 95 sztuk sprawnych technicznie sekcji obudów zmechanizowanych do eksploatacji w ścianach zawałowych dla KHW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła, bez jakichkolwiek dodatkowych czynności, uwzględniającego rozsądny czas na jej podpisanie;
- 5) nakazanie Zamawiającemu przesłania Odwołującemu umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem jest Dostawa 95 sztuk sprawnych technicznie sekcji obudów zmechanizowanych do eksploatacji w ścianach zawałowych dla KHW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła zgodnej z treścią wzoru umowy, stanowiącego załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 6) nakazanie Zamawiającemu przesłania Odwołującemu wraz z umową w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem jest Dostawa 95 sztuk sprawnych technicznie sekcji obudów zmechanizowanych do eksploatacji w ścianach zawałowych dla JSW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła, dokumentu pn. „Instrukcja Nr i 012 dla firm obcych świadczących usługi na rzecz KHW S.A.”;
- 7) nakazanie Zamawiającemu zaakceptowania zaproponowanego przez Odwołującego rozwiązania technicznego, polegającego na konstrukcji sekcji obudowy zmechanizowanej z zastosowaniem nadstawek montowanych na spąg obudowy zmechanizowanej, a dotyczącego sekcji obudowy zmechanizowanej, przedstawionego na rysunkach IW.09.00-OF.01;
- 8) unieważnienie czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do przedłużenia okresu związania ofertą oraz wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą;
- 9) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych przez FAMUR SA, konsorcjum BECKER Warkop Sp. z o.o, i Węglkokoks SA oraz konsorcjum HYDROTECH SA i Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA, stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji;
- 10) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie, a następnie na rozprawie wnosił o jego oddalenie w całości.

Do postępowania odwoławczego nikt nie zgłosił przystąpienia.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wątpliwe jest posiadanie przez Odwołującego legitymacji we wniesieniu odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, ale wobec podniesionych zarzutów trudno wywodzić, że może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych. Jak wynika z okoliczności opisywanych w odwołaniu, Zamawiający zmierza do zawarcia umowy z Odwołującym, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, natomiast Odwołujący podejmuje działania w celu co najmniej opóźnienia zawarcia umowy. W tym kontekście również trudno stwierdzić wpływ podniesionych zarzutów na wynik postępowania – Izba uwzględnia odwołanie wyłącznie wówczas, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych). Tymczasem, jak już wyżej wskazano, na dzień rozpatrywania odwołania oferta Odwołującego została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą.

Niezależnie od powyższego, Izba ustaliła, że nie potwierdził się żaden z podnoszonych przez Odwołującego zarzutów.

Zarzut naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych, art. 29 i nast. Prawa zamówień publicznych, art. 36 Prawa zamówień publicznych, art. 183 Prawa zamówień publicznych, art. 146 Prawa zamówień publicznych oraz art. 94 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 139 i nast. Prawa zamówień publicznych w związku z art. 14 Kodeksu cywilnego oraz art. 58, 701 i nast. oraz art. 353 i nast. Kodeksu cywilnego – jest nieuzasadniony.

Po pierwsze, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający, wyznaczając termin podpisania umowy i przesyłając dwa egzemplarze do podpisu, nie musiał wyznaczać terminu i miejsca podpisania umowy, tak jak nie miał obowiązku „zapraszania do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, określającego termin i miejsce jej zawarcia równocześnie z umową”. Po drugie, przekazanie informacji Odwołującemu, że Zamawiający

oczekuje zwrotu podpisanej umowy w sprawie zamówienia publicznego w nieprzekraczalnym terminie do dnia 19 sierpnia 2016 r. jest w ocenie Izby dopuszczalne i zgodne z praktyką obrotu gospodarczego. Po trzecie, nie było obowiązku wstrzymania się z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu otrzymania wyroku w sprawie KIO 1357/26, wydanego w dniu 9 sierpnia 2016 r., nawet w sytuacji, gdy Odwołujący zamierza zaskarżyć orzeczenie wydane przez KIO. Zakaz zawarcia umowy obowiązuje wyłącznie do czasu wydania wyroku przez Izbę (art. 183 ust. 1 Prawa zamówień publicznych), a dodatkowo – orzeczenie sygn. akt KIO 1357/26 utrzymywało dotychczasowy wynik postępowania, tj. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Po piąte, jeżeli faktycznie w jakiegokolwiek mierze przesłana Odwołującemu do podpisu treść umowy odbiegała od wzoru załączonego do SIWZ, to Zamawiający naprawił to w piśmie z dnia 22 sierpnia br., przesyłając poprawiony wzór umowy (wprowadzono poprawki o charakterze redakcyjnym, nie wpływające na istotną treść umowy) oraz Instrukcję. Po szóste, zaniechanie przesłania Odwołującemu dokumentu pn. „Instrukcja Nr 2/DT/TT/TMG/MU/2012 dla firm obcych świadczących usługi na rzecz KHW S.A.,” wraz z umową w sprawie zamówienia publicznego nie jest przeszkodą do zawarcia umowy, skoro Instrukcja ta jest publicznie dostępna i znajduje się na stronie internetowej Zamawiającemu, ponadto jest znana Odwołującemu, ponieważ łączy go z Zamawiającym inne umowy (zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, z którym Odwołujący nie polemizował).

Po siódme, odmowa akceptacji zaproponowanego przez Odwołującego rozwiązania technicznego, polegającego na konstrukcji sekcji obudowy zmechanizowanej z zastosowaniem nadstawek montowanych na spąg obudowy zmechanizowanej, a dotyczącego sekcji obudowy zmechanizowanej, przedstawionego na rysunkach IW.09.00-OF.01, nie może być uznana za naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, ponieważ Odwołujący nie udowodnił, że zaproponowane przez niego rozwiązanie jest technicznie możliwe i zgodne z wymaganiami Zamawiającego, opisanymi w SIWZ. Należy podkreślić, że umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna być oparta o rozwiązania (zakres świadczenia), wskazane w ofercie (art. 140 ust. 1 Prawa zamówień publicznych).

Zarzut naruszenia art. 184 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 85 Prawa zamówień publicznych poprzez wezwanie Odwołującego do przedłużenia okresu związania ofertą oraz złożenia wadium na przedłużony okres związania ofertą na kilkadziesiąt dni przed upływem ważności wadium złożonego wraz z ofertą – nie może znaleźć potwierdzenia, ponieważ przepisy nie określają początku biegu terminu, w którym

Zamawiający ma obowiązek wezwać do przedłużenia okresu związania ofertą oraz złożenia wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Zarzut naruszenia art. 91 Prawa zamówień publicznych, art. 92 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert, złożonych przez FAMUR SA, konsorcjum BECKER Warkop Sp. z o.o. i Węglokoks SA oraz konsorcjum HYDROTECH SA i Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA, które stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji – zarzut ten jest spóźniony. Ponadto zarzuty wobec tych wykonawców (w niniejszym odwołaniu bez żadnego uzasadnienia faktycznego) były rozpatrywane przez Izbę w postępowaniu sygn. akt KIO 1357/16 (Izba z urzędu dopuściła jako dowód w sprawie dokumentację postępowania sygn. akt KIO 1357/16). Skład orzekający podziela w pełni stanowisko zawarte w uzasadnieniu przywołanego orzeczenia, z którego wynika, że wykonawca nie ma legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej, opartej na art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w kwestionowaniu ofert sklasyfikowanych na gorszych pozycjach w rankingu ofert, niż jego oferta.

Odnosząc się do pisemnego stanowiska Odwołującego z dnia 30 sierpnia 2016 r. (Odwołujący, mimo prawidłowego zawiadomienia o rozprawie w dniu 25 sierpnia 2016 r., na rozprawę nie stawiał się, o odroczenie rozprawy nie wnosił, przesłał faksem pisemne stanowisko), Izba stwierdziła, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, pismo Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2016 r. nie może być uznane za uwzględnienie odwołania, nawet w części, bowiem aby doszło do uwzględnienia odwołania, Zamawiający musi złożyć w tym celu wyraźne jednoznaczne oświadczenie, co nie miało miejsca (wręcz przeciwnie, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości). W piśmie z dnia 22 sierpnia 2016 r. Zamawiający jedynie poinformował, że zasadniczo zaakceptował uwagi Odwołującego co do przesłanej uprzednio treści umowy, dlatego może się spodziewać wycofania odwołania. Takiego stwierdzenia nie można uznać za uwzględnienie odwołania *per facta concludentia*, bowiem, jak wyżej wskazano, o uwzględnieniu odwołania przesądza jednoznaczne oświadczenie w tym względzie. Ponadto – skoro postulaty Odwołującego co do przesłanej treści umowy zostały przez Zamawiającego uwzględnione (z czym Odwołujący nie polemizował) – brak jakiegokolwiek wpływu ewentualnego uwzględnienia zarzutu przez Izbę na wynik postępowania.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....