

Sygn. akt KIO/UZP 547/09

WYROK
z dnia 12 maja 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Andrzej Niwicki
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne S.A., 41-800 Zabrze, ul. 3 Maja 89** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-08** protestu z dnia 10 kwietnia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne S.A., 41-800 Zabrze, ul. 3 Maja 89

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne S.A., 41-800 Zabrze, ul. 3 Maja 89,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4164 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące sto sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne S.A., 41-800 Zabrze, ul. 3 Maja 89** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-08**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego oraz dojazdu na rozprawę,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zabrzańskich Zakładów Mechanicznych S.A., 41-800 Zabrze, ul. 3 Maja 89**.

U z a s a d n i e n i e

I. W dniu 27.02.2009 r. Katowicki Holding Węglowy S.A. (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Dzierżawa kombajnu ścianowego dla ściany 4 pokład 409 dla KHW S.A. KWK "Wujek" i w tym samym dniu 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 (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Zamawiający w dniu 3.04.2009 r. zmodyfikował SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

W dniu 10.04.2009 r. na zmodyfikowane postanowienia SIWZ protest złożyły Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne S.A. (dalej: Odwołujący). Zamawiający protest oddalił w dniu 16.04.2009 r. jako niezasadny, w związku z czym Odwołujący w dniu 24.04.2009 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, oraz przepisu art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez

przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt II.3p rozdziału II SIWZ -"Szczegółowe wymagania techniczne" wymaga dostarczenia kombajnu wyposażonego w bezstopniową regulację prędkości posuwu o prędkości roboczej min 9 m/min (jak wynika z modyfikacji SIWZ z dn. 3.04.2009 r.). W ocenie Odwołującego, kombajn o takich parametrach może dostarczyć wyłącznie jeden dostawca - Fabryka Maszyn Famur S.A. (która zresztą, jako jedyna, złożyła ofertę w postępowaniu), a zatem opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretnego producenta.

W związku z podniesionymi zarzutami, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonanie stosownych zmian SIWZ polegających na wykreśleniu kwestionowanych zapisów, ewentualnie w związku z dokonaniem w dniu 15.04.2009 r. otwarciem ofert w niniejszym postępowaniu nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ wskazując na wady SIWZ, twierdzi, że wobec wymagań Zamawiającego, zarówno dotyczących przedmiotu zamówienia, jak i warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwiających złożenie mu konkurencyjnej oferty, nie jest możliwy jego udział w przetargu i udzielenie mu zamówienia.

Skład orzekający ustalił, co następuje:

Zamawiający kilkakrotnie dokonywał modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia – zmiany polegały m.in. na zmianie napięcia zasilania kombajnu z 3300V na 1000V, określeniu nowych parametrów przenośnika ścianowego współpracującego z kombajnem, wykreśleniu wymogu dotyczącego prędkości manewrowej oraz skróceniu okresu dzierżawy z 518 do 304 dni.

Zamawiający trzy razy określał minimalną prędkość posuwu kombajnu:

1. Pierwotnie w SIWZ określono wymagania Zamawiającego co do prędkości posuwu następująco:

„Bezstopniowa regulacja prędkości posuwu:

-prędkość robocza: 0-min 10m/min,

-prędkość manewrowa: 0-min. 20m/min."

2. Pismem z dnia 20.03.2009 r. w sposób następujący:

„Bezstopniowa regulacja prędkości roboczej posuwu: min 7, 5m/min."

3. Pismem z dnia 3.04.2009 r. w sposób następujący:

„Bezstopniowa regulacja prędkości roboczej posuwu: min 9m/min."

Jak zauważył Odwołujący na rozprawie, Zamawiający początkowo żądał przedmiotu zamówienia o znacznie lepszych parametrach, a w miarę upływu czasu, w kolejnych modyfikacjach SIWZ, znacznie obniżył swoje wymagania.

Zamawiający wyjaśnił przyczynę tych zmian: w trakcie postępowania nastąpiła zmiana warunków geologicznych w rejonie eksploatacji ściany, dla której przeznaczony będzie kombajn, będący przedmiotem zamówienia: zmienił się jeden parametr ściany – w ocenie Zamawiającego: podstawowy – a mianowicie skrócił się jej wybieg. Zamawiający w związku z tym dostosował swoje żądania w zakresie kombajnu – zmienił rodzaj napędu kombajnu, zwiększył jego prędkość posuwu i skrócił okres dzierżawy, co uzasadnił potrzebą dostosowania swoich oczekiwań do aktualnych warunków panujących w kopalni. Zamawiający wskazywał, że zmiana parametrów kombajnu konieczna była zarówno ze względów bezpieczeństwa (ze względu na wysoką temperaturę metanową obniżono napięcie), jak i z przyczyn ekonomicznych (skrócił się okres czasu na wybranie parceli, więc zwiększono prędkość posuwu, a Zamawiający podał, że obniżenie prędkości kombajnu o 1 (jeden) m/min powoduje obniżenie wydajności eksploatacji ściany o 10%).

Zamawiający nie poparł swoich wyjaśnień żadnymi dowodami, jednak skład orzekający Izby uznał je za wiarygodne. W ocenie Izby Zamawiający dokonał całościowej, uzasadnionej modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w określonym celu: otrzymania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego aktualnymi potrzebami. Odwołujący sam zauważył, że Zamawiający co do zasady obniżył większość parametrów przedmiotu zamówienia, zatem nie można twierdzić, że Zamawiający stawiał wykonawcom nierealne i zbyt wygórowane oczekiwania. Zamawiający w sposób wystarczający uzasadnił potrzebę takiej zmiany, przekonująco opisując potrzebę dzierżawy kombajnu o określonej prędkości posuwu.

Odwołujący argumentował, że skoro na rynku polskim funkcjonuje tylko dwóch dostawców sprzętu tego rodzaju, z których tylko jeden oferuje sprzęt o wymaganym przez Zamawiającego parametrze, to Zamawiający naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych, ponieważ warunki zawarte w opisie przedmiotu zamówienia może spełnić tylko jeden dostawca.

Jednak w ocenie Izby, jeżeli potrzeba Zamawiającego jest zobiektywizowana (a tak należało według składu orzekającego przyjąć dla opisu przedmiotu zamówienia będącego

przedmiotem postępowania), może on tak opisać przedmiot zamówienia, że jest w stanie zadośćuczynić mu tylko jeden wykonawca – w takim wypadku celem nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez Zamawiającego świadczenia odpowiadającego jego potrzebom, a „ustawodawca postawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes” (wyrok ZA z 4 kwietnia 2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-348/03, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów, A. Kurowska, Warszawa 2006, s. 80).

Ponadto należy zauważyć, iż Odwołujący zapytany na rozprawie, czy nie jest w stanie dostosować swojego sprzętu do oczekiwań Zamawiającego w zakresie prędkości posuwu odpowiedział, że kombajny o takim rodzaju napędu (hydraulicznym) są wycofywane obecnie z rynku, dlatego ich modernizacja byłaby nieopłacalna. Zatem można wnosić, że Odwołujący byłby w stanie dostarczyć Zamawiającemu kombajn zgodny z jego oczekiwaniami, jednak nie podjął takiej próby (z powodów leżących poza oceną Izby) – a więc potencjalnie mógłby spełnić oczekiwania Zamawiającego.

W związku z powyższym, Izba oddaliła zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, oraz przepisu art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz koszty dojazdu na rozprawę (564 zł według spisu kosztów) zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

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 ze 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*