

Sygn. akt: KIO 2858/12

POSTANOWIENIE
z dnia 7 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 7 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **Kopex Machinery S.A., ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Kopex Machinery S.A., ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na dostawy pn: „Dostawa zgrzebeł do przenośników i obejm do zgrzebeł (CPV:42419800-4 Części przenośników) do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie od zawarcia umowy do 31.12.2013 r.” Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 sierpnia 2012 r. pod numerem 2012/S 147-246227.

W dniu 21 grudnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Kopex Machinery S.A., ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze (dalej „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum: M-Profil M..... P..... z siedzibą w Węgierskiej Górcie i FHU GROT A..... M..... z siedzibą w Węgierskiej Górcie (dalej także „Konsorcjum”) w zakresie zadania 20 w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy Konsorcjum, mimo wezwania Zamawiającego do uzupełnienia oferty w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie dowiodło, składając brakujące dokumenty, że oferta Konsorcjum w zakresie zaoferowanego dla zadania 20 przedmiotu zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego określone Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”);
- 2) art. 7 ustawy Pzp oraz art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności zaproszenia do aukcji Konsorcjum, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona;
- 3) art. 7 ustawy Pzp oraz art. 91 a ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności

wyznaczenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie Zamówienia oraz jej przeprowadzenia w dniu 20.12.2012 r. w sytuacji istnienia podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum, nie zaszły przesłanki pozytywne jej wyznaczenia i przeprowadzenia.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Konsorcjum w zakresie zadania 20,
- 3) unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej w zakresie zadania 20, czynności jej wyznaczenia przez Zamawiającego oraz jej przeprowadzenia, wobec niespełnienia przewidzianych w ustawie Pzp przesłanek ich dokonania,
- 4) ponownego, po odrzuceniu oferty Konsorcjum, wezwania pozostałych wykonawców do aukcji elektronicznej w zakresie zadania 20.

Odwołujący wskazywał m.in., iż Konsorcjum w złożonej ofercie nie przedstawiło w zakresie zadania 20 dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane zgrzebła wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ tj. „Instrukcji stosowania lub Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) wyrobu zawierającej między innymi, parametry i warunki techniczne zastosowania wyrobu, sposób montażu i demontażu, wymagane środki bezpieczeństwa oraz szczególne warunki stosowania wyrobu, jeżeli jego dotyczą w tym obligatoryjnie rysunki techniczne” wymaganej zgodnie z pkt. 2.3.2 Rozdział II SIWZ. Odwołujący zwracał uwagę, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego dokument ten powinien mieć zastosowanie do oferowanego produktu. W dniu 21.09.2012r. Odwołujący na zaproszenie Zamawiającego dokonał wglądu do protokołu z postępowania, w tym do ofert pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w ww. postępowaniu. W toku oględzin oferty złożonej przez Konsorcjum stwierdzono, iż nie zawiera ona wymaganej instrukcji oraz rysunków, również w zakresie zadania 20. Zamawiający, zgodnie z zapisami ustawy Pzp wezwał Konsorcjum do uzupełnienia oferty w tymże zakresie. Konsorcjum, w odpowiedzi na wezwanie przedstawiło rysunki oferowanych zgrzebeł oraz Dokumentację Techniczno-Ruchową (DTR). Zdaniem Odwołującego załączone w wyniku wezwania dokumenty nie potwierdzają spełniania przez zaoferowane urządzenia wymagań określonych w SIWZ. Odwołujący wskazuje, iż zarówno budowa, jak i wymiary zaoferowanego przez Konsorcjum

zgrzebła w zakresie zadania 20, wykonanego zgodnie z rysunkiem 126MP/2012 nie odpowiadają konstrukcji i wymiarom zgrzebła zastosowanego w przenośniku Tagor-2/850. Oryginalne zgrzebło, które zostało zaoferowane przez Odwołującego, winno mieć przykręcaną listwę dwoma śrubami M30x2x80 i winno być wykonane z materiału 42CrMo4. Zgrzebło w/g rys. 126MP/2012 posiada listwy przykręcaną na trzy śruby. Konsorcjum nie podało również materiału z jakiego wykonane będzie zgrzebło, pomimo, iż zgodnie z załącznikiem nr 2/20 do SIWZ należało podać zarówno nazwę materiału jak i parametr twardości. Nadto uzupełniony dokument o nazwie „Skrócony opis - DTR elementów równoważnych i zamiennych do zgrzebeł i ich obejm stosowanych w przenośnikach zgrzeblowych w żadnym wypadku nie może być uznany za prawidłowy. Dokument nie opisuje parametrów i warunków technicznych zastosowania wyrobu, sposobu montażu i demontażu, wymaganych środków bezpieczeństwa oraz szczególnych warunków stosowania wyrobu. Wobec powyższego nie można uznać, że spełnia wymogi SIWZ. Nadto należy jednoznacznie stwierdzić, iż dokument zamieszczony na stronie 24 oferty Konsorcjum, czyli wzór deklaracji zgodności WE, nie może być uznany za właściwy, z uwagi na fakt, iż winien on potwierdzać, że zgrzebło jest zgodne z dokumentacją techniczno-ruchową przenośnika Tagor-2/850. Jak wykazano powyżej, zgrzebło wg rysunku 126MP/2012 nie jest zgodne z dokumentacją przenośnika Tagor-2/850. Powyższe argumenty potwierdzają twierdzenia Odwołującego, że zaoferowany przedmiot zamówienia w zakresie zadania 20 nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący zwracał uwagę, że uzupełnienie oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie tych samych dokumentów jest możliwe wyłącznie jeden raz i w sytuacji nieprawidłowego uzupełniania oferty Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty takiego wykonawcy. Zaproszenie Konsorcjum do udziału w aukcji było zdaniem Odwołującego sprzeczne z art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp, gdyż artykuł ten wskazuje jednoznacznie, że „Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu”. Odwołujący podnosił, iż Zamawiający naruszył swoim działaniem także art. 91 a ust. 1 ustawy Pzp, gdyż na chwilę obecną nie zaszły przesłanki do wyznaczenia aukcji elektronicznej. Aukcja elektroniczna zgodnie z art. 91 a ust. 1 ustawy Pzp może zostać wyznaczona „jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, (...), zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu”. W niniejszym postępowaniu Zamawiający dopuścił do udziału w aukcji elektronicznej wszystkie podmioty składające ofertę w niniejszym postępowaniu, a zdaniem Odwołującego istnieją przesłanki do odrzucenia oferty Konsorcjum. Wszystko to skutkuje bezprawnością wyznaczenia na dzień 20.12.2012 r. aukcji elektronicznej. Wszystkie działania i zaniechania

Zamawiającego stanowią równocześnie naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Tak przeprowadzone postępowanie powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a ponadto skutkuje ryzykiem udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, co jest zakazane zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 21 grudnia 2012 r.

Izba ustaliła, że w dniu 21 grudnia 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania faksem (do jednego z wykonawców dodatkowo mailem oraz ponownie faksem 24 grudnia 2012 r.), a drogą pocztową 24 grudnia 2012 r. za potwierdzeniem odbioru.

W dniu 28 grudnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło drogą faksową zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych MINEC sp. z o.o., ul. Sądowa 2, 41-605 Świętochłowice, wnoszącego o uwzględnienie odwołania zgodnie z żądaniami Odwołującego. Zgłoszenie przystąpienia w formie pisemnej wpłynęło 31 grudnia 2012 r. (nadane w placówce pocztowej operatora publicznego 28 grudnia 2012 r.).

Izba uznała, że powyższe zgłoszenie przystąpienia nie może być uznane za skuteczne, gdyż nie zostało doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej we właściwej formie w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania, jak tego wymaga art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający przekazał zgłaszającemu przystąpienie kopię odwołania wraz ze stosownym wezwaniem 21 grudnia 2012 r., toteż termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął w dniu 24 grudnia 2012 r. Zgłoszenie przystąpienia we właściwej, przepisanej prawem formie (art. 185 ust. 2 ustawy Pzp – forma pisemna lub elektroniczna opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) wpłynęło 31 grudnia 2012 r., tj. po upływie ustawowego terminu. Zgłoszenie przystąpienia faksem nie jest dopuszczalne, a ponadto i tak zostało przesłane po terminie.

Biorąc po uwagę powyższe wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych MINEC sp. z o.o., ul. Sądowa 2, 41-605 Świętochłowice nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Dnia 28 grudnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło drogą faksową pismo Zamawiającego – odpowiedź na odwołanie w trybie art. 186 ust. 1 ustawy

Pzp (oryginał wpłynął 2 stycznia 2013 r.), w którym Zamawiający oświadczył, iż po zapoznaniu się z zarzutami podniesionymi przez Odwołującego postanowił uwzględnić w całości odwołanie, tj.

- unieważnić czynność zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej oraz jej przeprowadzenia w zakresie zadania nr 20,
- odrzucić ofertę Konsorcjum: F.H.U. GROT A..... M..... z siedzibą w Węgierskiej Górcie i M-PROFIL M..... P..... z siedzibą w Węgierskiej Górcie w zakresie zadania nr 20,
- dokonać ponownego badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 20,
- wyznaczyć ponowny termin aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 20 oraz wezwać pozostałych wykonawców do udziału w aukcji.

Uwzględnienie odwołania podpisane zostało przez wiceprezesa zarządu i prokurenta uprawnionych do łącznej reprezentacji Zamawiającego zgodnie z odpisem z KRS.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Skoro zatem Zamawiający poinformował, że uwzględnił w całości zarzuty odwołania, przyjąć należy, że Zamawiający uznał w pełni zasadność zarzutów Odwołującego. Powyższe oświadczenie Zamawiającego nie podlega ocenie przez Izbę co do jego zasadności, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza jest nim związana. W konsekwencji powyższe oświadczenie Zamawiającego obliguje Krajową Izbę Odwoławczą do umorzenia postępowania odwoławczego.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp), na co wskazał Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie.

W związku z tym, wobec ustalenia, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu (przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron w sprawie przedmiotowego odwołania);
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty uiszczonej przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych tytułem wpisu od odwołania stosownie do treści § 5 ust. 1 pkt 1) 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: