

Sygn. akt: KIO 1026/14  
KIO 1034/14

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 5 czerwca 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 5 czerwca 2014 r. w Warszawie, odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1026/14, wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2014 r. przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. REMAG S.A., ul. T. Boya Żeleńskiego 105, 40-750 Katowice, 2. FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego przez Zamawiającego – **Tauron Wydobycie S.A., ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno,**

przy udziale:

1) wykonawcy:

- **MMC POLAND Sp. z o.o., ul. Grabowa 2, 40-172 Katowice,**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

2) wykonawcy:

- **BUMECH S.A., ul. Krakowska 191, 40-389 Katowice,**

- **ZABRZAŃSKIE ZAKŁADY MECHANICZNE – MASZYNY GÓRNICZE Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 89, 41-800 Zabrze,**

- **KFG MINING GROUP Sp. z o.o., ul. Żwirki i Wigury 56, 43-190 Mikołów,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

- wobec cofnięcia przez Odwołującego odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1026/14,

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1026/14;**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:  
**1. REMAG S.A., ul. T. Boya Żeleńskiego 105, 40-750 Katowice, 2. FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice kwoty 13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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**

Zamawiający – Tauron Wydobycie S.A., ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno – prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm); dalej jako „Pzp”; postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na dostawy pod nazwą: „Najem kombajnów chodnikowych dla TAURON Wydobycie S.A. – Zakładu Górniczego Sobieski”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 marca 2014 r., pod nr 2014/S 061-104205. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 22 maja 2014 r. – Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. REMAG S.A., ul. T. Boya Żeleńskiego 105, 40-750 Katowice (lider konsorcjum); 2. FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice – wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego w postaci badania i oceny ofert w ramach wszystkich zadań objętych w/w postępowaniem. Czynności Zamawiającego zarzucono naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 82 ust. 1 w zw. z art. 83 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 7 Pzp, poprzez nie odrzucenie ofert złożonych przez:
  - a) Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne – Maszyny Górnicze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrzu,
  - b) Bumech S.A. z siedzibą w Katowicach,
  - c) KFG Mining Group Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowiew ramach wszystkich zadań, których ww. oferty dotyczą, jako sprzecznych z przepisami prawa, która to sprzeczność polega na tym, że wskazani wykonawcy faktycznie złożyli zamiast jednej oferty w odniesieniu do każdego z nich, jak wymaga tego art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, po dwie oferty bądź też złożyli oferty wariantowe w rozumieniu art. 2 pkt 7 Pzp, pomimo braku zgody na to Zamawiającego;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp, poprzez nie odrzucenie ofert złożonych przez:
  - a) Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne – Maszyny Górnicze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrzu,
  - b) Bumech S.A. z siedzibą w Katowicach,
  - c) KFG Mining Group Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie

w ramach wszystkich zadań, których w/w oferty dotyczą, pomimo nie spełnienia przez ww. oferty wymagań SIWZ w zakresie następujących jej zapisów: pkt 2.3.1. oraz załącznika nr 11.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert w ramach wszystkich zadań objętych postępowaniem;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w ramach wszystkich zadań objętych postępowaniem;
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych przez:
  - a) Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne – Maszyny Górnicze Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze,
  - b) Bumech S.A. z siedzibą w Katowicach,
  - c) KFG Mining Group Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie.
5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego;
6. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący wskazał, iż pismo Zamawiającego informujące o wynikach badania i oceny ofert otrzymał w dniu 14 maja 2014 r., w związku z czym 10-dniowy termin do wniesienia odwołania został zachowany. Podkreślono także, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, gdyż złożył ofertę w ramach wszystkich zadań objętych przedmiotowym postępowaniem. Zamawiający w pkt 4.7. ppkt 4.7.1. SIWZ przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. Pismem z dnia 13 maja 2014 r., Zamawiający dopuścił i zaprosił do udziału w aukcji łącznie 5 wykonawców. Uwzględnienie odwołania i odrzucenie ofert wskazanych powyżej wykonawców spowoduje zmniejszenie liczby wykonawców biorących udział w aukcji, co z całą pewnością będzie miało wpływ na ostateczny wynik aukcji.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono następujące okoliczności i argumenty:

W dniu 14 maja 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego faksem o wynikach badania i oceny ofert. W ramach oceny ofert Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawcę MMC Poland Sp. z o.o., jak również odrzucił ofertę tego wykonawcy. Oferty następujących wykonawców zostały zaś ocenione, jako zgodne z przepisami obowiązującego prawa, jak również zgodne z SIWZ i zostały dopuszczone do dalszego postępowania, tj. do aukcji elektronicznej:

1. konsorcjum firm REMAG S.A. z siedzibą w Katowicach i FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach,
2. Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne – Maszyny Górnicze Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu,
3. Joy Global (Poland) Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach,
4. Bumech S.A. z siedzibą w Katowicach,
5. KFG Mining Group Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do wykonawców: Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne – Maszyny Górnicze Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu; Bumech S.A. z siedzibą w Katowicach; KFG Mining Group Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, niezgodność z ustawą polega na złożeniu w ramach jednego zadania kilku ofert obejmujących kilka niezależnych od siebie przedmiotów zamówienia o różnych parametrach zamiast jednej oferty na każde z zadań, w ramach której zaoferowany zostałby w ramach każdego zadania jeden konkretnie wskazany przedmiot spełniający wymagania Zamawiającego co stanowi naruszenie przepisu art. 82 ust. 1 Pzp, a jednocześnie stanowi o niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ w zakresie pkt 4.2.2.1. Ewentualnie oferty tych wykonawców uznane mogą być za oferty wariantowe, których złożenia Zamawiający nie dopuścił, co z kolei stanowi naruszenie art. 83 ust. 1 Pzp, a jednocześnie stanowi o niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ w zakresie pkt 2.3.1. Elementy oferty, które potwierdzają powyższe, w odniesieniu do poszczególnych wykonawców są następujące:

W ofercie Bumech S.A. z siedzibą w Katowicach, w załączniku nr 11 do SIWZ (str. 84 oferty), w rubryce 1.6 wykonawca wpisał „TAK”, co oznacza, że zaoferował nieskończoną ilość przedmiotów, z których poszczególne przedmioty zapewniają przekrój urabiania z jednego ustawienia kombajnu kolejno 22 m<sup>2</sup> oraz więcej. Jednostkowy kombajn chodnikowy może zapewnić tylko jeden ściśle określony przekrój urabiania. Zatem, w celu zaoferowania jednego konkretnego przedmiotu, wykonawca zobowiązany był do wskazania jaki przekrój urabiania z jednego ustawienia kombajnu gwarantuje zaoferowany przez niego kombajn. Wskazania powinien dokonać poprzez podanie jednego ściśle określonego parametru z uwzględnieniem wymagania SIWZ, że parametr ten ma być na poziomie nie mniejszym niż 22 m<sup>2</sup>. Nie dokonując wpisania ściśle wskazanej, określonej wielkości tego parametru, w istocie doszło do zaoferowania przez wykonawcę bliżej nieokreślonej liczby (jednak więcej niż jednego) przedmiotu umowy w ramach każdego z zadań objętych postępowaniem. Podobna sytuacja dotyczy określenia parametru oznaczonego, jako „wysokość urabiania kombajnem z jednego ustawienia”, w rubryce 1.2, gdzie zamiast wskazać tę wysokość, wykonawca umieścił słowo „spełnia”, odnoszące się do podanej wartości minimalnej.

W Ofercie KFG Mining Group Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie oraz ofercie Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne - Maszyny Górnicze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrzu, mamy do czynienia z analogiczną sytuacją, jak opisano powyżej.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Odwołujący wskazał na następujące niezgodności ofert z SIWZ:

W punkcie 3.3.1. SIWZ Zamawiający wskazał, że dla potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ, wykonawcy mają obowiązek dołączyć do oferty wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego warunków i parametrów technicznych - zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 11 do SIWZ.

W załączniku nr 11 do SIWZ Zamawiający wskazał poszczególne wymagania stawiane, co do przedmiotu zamówienia. Wymagania te zostały określone dwójako: albo jako ogólny wymóg (pkt 1.3. 1.10-1.19) albo jako wymóg w zakresie posiadanych przez przedmiot zamówienia parametrów (pkt 1.2-1,9). Jednocześnie w kolumnie trzeciej Zamawiający wskazał w jaki sposób należy opisać przedmiot zamówienia w zakresie poszczególnych wymagań. Opis przedmiotu zamówienia powinien nastąpić albo poprzez wskazanie, że dany ogólny wymóg jest spełniony, albo w przypadku postawienia przez Zamawiającego wymogu odnoszącego się do jakiegoś parametru (określonego liczbowo i jednostką układu SI) - poprzez wskazanie parametru oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyraźnie wskazał, że oferowany przedmiot należy opisać odpowiednio: spełnia/nie spełnia lub wartość parametru. Zamawiający w tym zakresie nie pozostawił żadnego wyboru wykonawcy. W przypadku wymogu opisanego poprzez odniesienie się do jakiegokolwiek parametru wykonawca zobowiązany był podać konkretny parametr w postaci liczbowej, zwłaszcza w przypadku, gdy wymóg w zakresie tego parametru został przez Zamawiającego opisany widełkowo, lub jako wielkość maksymalna lub minimalna. Wykonawca nie mógł natomiast w tym przypadku poprzestać na ogólnym stwierdzeniu „spełnia/nie spełnia”, gdyż opisanie przedmiotu zamówienia w ten sposób możliwe było tylko w zakresie wymagań wskazanych w pkt 1.1 oraz 1.10-1.19 załącznika nr 11 do SIWZ.

Odnosząc powyższe do poszczególnych ofert, Odwołując argumentował, że: Wykonawca Bumech S.A. oraz KFG Mining Group Sp. z o.o., dokonując opisu oferowanego przedmiotu, w załączniku nr 11, wbrew wyraźnemu wymogowi postawionemu w SIWZ, w punktach od 1.2 do 1,9 nie wskazał wartości parametru oferowanego przedmiotu w ramach opisu parametru wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ. Wykonawca Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne - Maszyny Górnicze Spółka z o.o. dokonując zaś opisu oferowanego przedmiotu, w załączniku nr 11, wbrew wyraźnemu wymogowi postanowionemu w SIWZ, w punktach od 1.2 do 1.4 oraz od 1.6 do 1,9 nie wskazał wartości parametru oferowanego przedmiotu w ramach opisu parametru wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ.

Pismem z dnia 28 maja 2014 r. (data wpływu faksu do Krajowej Izby Odwoławczej), Zamawiający poinformował, że Informacja o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania została przekazana faksem w dniu 14 maja 2014 r. Pocztą informację wysłano także w dniu 14 maja 2014 r. Ponadto, w dniu 23 maja 2014 r., Zamawiający, faksem, zawiadomił o wniesionym odwołaniu wykonawców uczestniczących w postępowaniu oraz przekazał kopię odwołania. W tym też dniu w/w pisma wysłane zostały także drogą pocztową.

W dniu 23 maja 2014 r., wykonawca Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne Maszyny Górnicze Sp. z o.o., a w dniu 26 maja 2014 r., wykonawcy KFG Mining Group Sp. z o.o. oraz Bumech S.A., zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 26 maja 2014 r., wykonawca MMC Poland Sp. z o.o., zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. W piśmie wskazano, że przystąpienie dotyczy części 3 przedmiotu zamówienia.

W dniu 3 czerwca 2014 r. Odwołujący przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej pismo informujące o cofnięciu odwołania, wnosząc jednocześnie o zwrot uiszczonego wpisu. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania lidera konsorcjum.

Uwzględniając powyższe, Izba na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania, wyznaczonym na dzień 5 czerwca 2014 r., działając na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp oraz art. 192 ust. 1 Pzp zdanie drugie ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze wywołany wyżej opisanym odwołaniem.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....