

Sygn. akt: KIO/1661/10

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Anna Packo
Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 4 sierpnia 2010 r. przez **Rybnicką Fabrykę Maszyn RYFAMA S.A., ul. Bolesława Chrobrego 39, 44-200 Rybnik** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**

przy udziale wykonawców:

1. **Zakładu Maszyn Górniczych „GLINIK” Sp. z o.o., ul. Michalusa 1, 38-320 Gorlice,**
2. **Fabryki Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A., ul. Hutnicza 5-9, 42-600 Tarnowskie Góry,**
3. **Kopex S.A., ul. Grabowa 1, 40-172 Katowice,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu realizacji zamówienia,**
2. **kosztami postępowania obciąża Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice i nakazuje:**

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Rybnicką Fabrykę Maszyn RYFAMA S.A., ul. Bolesława Chrobrego 39, 44-200 Rybnik** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** na rzecz **Rybnickiej Fabryki Maszyn RYFAMA S.A., ul. Bolesława Chrobrego 39, 44-200 Rybnik**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę przenośników zgrzeblowych, sekcji obudów zmechanizowanych, kruszarek oraz wyposażenia elektrycznego do eksploatacji w ścianach zawałowych dla KHW S.A. KWK „Mysłowice-Wesoła”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 lipca 2010 r., nr 2010/S 144-222660.

W dniu 4 sierpnia 2010 r. Rybnicka Fabryka Maszyn „RYFAMA” S.A. z siedzibą w Rybniku, zwana dalej „Odwołującym”, wniosła odwołanie (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 4 sierpnia 2010 r.) wobec określenia warunków udziału w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskutek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskutek określenia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób dyskryminujący wykonawców,
3. art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wskutek uniemożliwienia wykonawcom wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia i wspólnego spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Jednocześnie wnosząc o dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia, w wyniku której zostanie zastąpiony wymóg zrealizowania co najmniej jednej dostawy kompletu urządzeń wprowadzeniem wymogu zrealizowania oddzielnie co najmniej jednej dostawy poszczególnych urządzeń odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Ponadto żądając nakazania wydłużenia terminu realizacji zamówienia do 3 miesięcy od daty zawarcia umowy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż postanowienie punktu III.2.3) ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu zawęża krąg wykonawców spełniających postawione wymagania jedynie do wykonawców realizujących dostawy łącznie sekcji obudów zmechanizowanych, przenośników zgrzeblowych ścianowych wraz z wstępnymi kruszarkami kęsów oraz przenośników z kruszarkami kęsów, a takie łączne dostawy mają charakter incydentalny i do chwili obecnej na terenie Polski nie były realizowane.

Nadto dodał, iż określenie terminu realizacji umowy jako 2-óch miesięcy od daty zawarcia umowy preferuje niektórych wykonawców. Termin ten powinien być dostatecznie długi, aby wykonawcy mieli realny czas na wytworzenie i dostarczenie przedmiotu zamówienia.

W dniu 5 sierpnia 2010 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, stosowne pismo oraz kopię odwołania, zamieszczając na stronie internetowej.

W dniu 6 sierpnia 2010 r. wykonawca Zakład Maszyn Górniczych „GLINIK” Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach, zwany dalej „wykonawcą GLINIK”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 9 sierpnia 2010 r. (pismem z dnia 6 sierpnia 2010 r.) wykonawca Fabryka Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A. z siedzibą w Tarnowskich Górach, zwany dalej „wykonawcą TAGOR”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 9 sierpnia 2010 r. (pismem z dnia 6 sierpnia 2010 r.) wykonawca Kopex S.A. z siedzibą w Katowicach, zwany dalej „wykonawcą Kopex”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 9 sierpnia 2010 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której m.in. „wyjaśnił zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w sposób zgodny z intencją Odwołującego”, natomiast odrzucił zarzut dotyczący terminu realizacji przedmiotu zamówienia, podnosząc iż dostawą objęte są także urządzenia już wyprodukowane i użytkowane znajdujące się w pełnej sprawności technicznej. Nie zaistnieje więc konieczność od nowa projektowania jakiegokolwiek urządzenia wchodzącego w skład zamówienia, a jedynie możliwość ich remontu i ewentualnej adaptacji, co nie będzie się wiązać z wydłużonym czasem realizacji zamówienia. Termin realizacji zamówienia określony przez Zamawiającego jest więc terminem realnym.

Odwołujący w dniu 16 sierpnia 2010 r. cofnął na rozprawie zarzut pierwszy dotyczący określenia warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła odnośnie zarzutu dotyczącego terminu realizacji zamówienia, iż Zamawiający w sekcji II.3) ogłoszenia „Czas trwania zamówienia lub termin realizacji” wskazał „okres w miesiącach: 2 (od udzielenia zamówienia)”. Także w „Informacji niezbędnej do przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, zwanej dalej „Informacją”, pkt 4 „Termin wykonania zamówienia” ppkt 1, podał „dostawa urządzeń: 2 miesiące od daty zawarcia umowy”.

Przedmiotowe postanowienie ogłoszenia oraz Informacji stanowi okoliczność sporną pomiędzy stronami. Tak więc dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy koniecznym jest ustalenie, czy określony przez Zamawiającego 2-miesięczny termin wykonania zamówienia czy też jego realizacji jest terminem realnym, czy też termin ten powinien być wydłużony – zgodnie z żądaniem Odwołującego – do 3-ech miesięcy.

Zamawiający, uzasadniając określenie 2-óch miesięcy jako terminu realizacji zamówienia, powołał się na treść rozporządzenia Rady (WE) 1407/2002 z dnia 23 lipca 2002 r. w sprawie pomocy państwa dla przemysłu węglowego (Dz. U. L 205 z 2.8.2002, str. 1) oraz rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 10 czerwca 2010 r. w sprawie dotacji budżetowej przeznaczonej na dofinansowanie do inwestycji początkowych (Dz. U. z 22 czerwca 2010 r., Nr 109, poz. 714), które to przepisy dla uzyskania dofinansowania na określone inwestycje wymagają aby inwestycje te zostały zrealizowane do 31 grudnia 2010 r., a rozliczone – zgodnie z ustawą z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r., Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.) – do dnia 15 grudnia 2010 r. Niemniej jednak nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, iż dotacja na realizację przedmiotowego zamówienia została mu przyznana względnie, iż złożył wniosek o przyznanie mu stosownej dotacji budżetowej. Określenie zasad ubiegania się o przyznanie dotacji nie oznacza jeszcze, iż z takim wnioskiem faktycznie Zamawiający wystąpił. Na tę okoliczność nie przedłożył bowiem żadnych dokumentów, z treści których powyższe by wynikało. Przeciwnie, wnosząc odpowiedź na odwołanie, na taką okoliczność także się nie powoływał. Zamawiający w piśmie tym natomiast podniósł inny argument, iż termin ten ma zagwarantować „dotrzymanie terminu uruchomienia ściany 303 w pokł. 318 poz. 465m”,

umożliwiając tym samym realizację zakładowego planu wydobywczego, jednocześnie oświadczając na rozprawie, iż konsekwencją jego niedotrzymania będzie jedynie korekta zakładowego planu wydobywczego. Tak więc termin ten faktycznie nie warunkuje uruchomienia ściany 303 w pokł. 318 poz. 465m. Oznacza to, iż w tym zakresie Zamawiający jest już niekonsekwentny w prezentowaniu uzasadnienia dla wprowadzonego wymogu co do terminu realizacji zamówienia.

Natomiast to Odwołujący i Przystępujący w sposób konsekwentny i rzeczowy wykazali, iż cykl produkcji sekcji obudowy zmechanizowanej, jak i cykl modernizacji sekcji obudowy zmechanizowanej, wymaga okresu dłuższego niż zakreślony przez Zamawiającego. Na potwierdzenie powyższego, przedkładając pismo z dnia 12 sierpnia 2010 r. Instytutu Techniki Górniczej w Gliwicach, a więc jedynej jednostki notyfikowanej, działającej na terenie Polski, w treści którego stwierdzono, iż badanie stanowiskowe sekcji obudowy zmechanizowanej wynosi około 5 tygodni, co przy uwzględnieniu poszczególnych etapów cyklu powoduje, zgodnie z tabelami przedłożonymi przez Przystępującego, iż w przypadku obudów zmechanizowanych nowy cykl produkcji wynosić będzie 15 tygodni, a w przypadku obudów zmechanizowanych używanych cykl modernizacji wynosić będzie 12 tygodni. Podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż okres certyfikacji może być krótszy o ile takie badania zostaną wykonane przez jednostki notyfikowane działające w Czechach lub Niemczech, a w których to jednostkach proces certyfikacji przebiega ponoć sprawniej, są gołosłowne, wobec braku jakichkolwiek dowodów chociażby uprawdopodobniających, iż istotnie tak jest. Dostarczenie obudów zmechanizowanych używanych, czego nie kwestionował żaden z wykonawców, wymaga także dokonania określonych czynności. Tym niemniej nawet jeżeli proces ten jest nieco krótszy od procesu produkcji lub modernizacji obudów zmechanizowanych, czego żadna ze Stron nie kwestionowała nie oznacza to, że termin realizacji zamówienia winien być dostosowany wyłącznie do terminu niezbędnego do przygotowania dostawy obudów zmechanizowanych używanych, przy czym niewymagających modernizacji. Sam Zamawiający podkreślał bowiem na rozprawie, że dopuszcza dostawę obudów nowych, zmodernizowanych oraz używanych, ale niewymagających modernizacji. Tak więc dostosowanie terminu wyłącznie do dostaw obudów używanych doprowadziłoby do nieuprawnionego preferowania wykonawców, w posiadaniu których znajdują się obudowy używane, a tym samym naruszało zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dlatego też, zdaniem Izby, Zamawiający zobowiązany jest dokonać modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i Informacji poprzez wskazanie jako terminu realizacji zamówienia terminu 3-ech miesięcy,

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumenty przedłożone na rozprawie przez Przystępującego, uznając je za stanowisko dokumenty te składającego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....