

Sygn. akt KIO 1827/10

WYROK
z dnia 9 września 2010 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Członkowie: **Małgorzata Rakowska**
Katarzyna Ronikier – Dolańska

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie 6 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego 24 sierpnia 2010 r. przez **Rybnicką Fabrykę Maszyn „RYFAMA” S.A. z siedzibą w Rybniku przy ulicy Bolesława Chrobrego 39, 44-200 Rybnik**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Damrota 16-18, 40-022 Katowice**

przy udziale uczestnika postępowania odwoławczego **wykonawcy Fabryka Maszyn i Urządzeń TAGOR S.A. z siedzibą w Tarnowskich Górach przy ulicy Hutniczej 5 - 9, 42-600 Tarnowskie Góry**, który zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Rybnicką Fabrykę Maszyn „RYFAMA” S.A. z siedzibą w Rybniku przy ulicy Bolesława Chrobrego 39, 44-200 Rybnik, 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 **Rybnicką Fabrykę Maszyn „RYFAMA” S.A. z siedzibą w Rybniku przy**

ulicy Bolesława Chrobrego 39, 44-200 Rybnik, tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Rybnicką Fabrykę Maszyn RYFAMA S.A., 44-200 Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego 39** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający **Katowicki Holding Węglowy S.A.** (dalej: *Zamawiający*) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „**Dostawa urządzeń do eksploatacji ścian w polu CDF dla KWK Murcki - Staszic**” (*numer sprawy ZP/631/2010*).

Zamawiający przesłał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 sierpnia 2010 roku, co potwierdza kopia wydruku ze *strony potwierdzenia wysłania* ogłoszenia, która znajduje się w dokumentacji postępowania. Zamawiający również 10 sierpnia 2010 roku zamieścił treść przekazanego do publikacji ogłoszenia o zamówieniu na własnej stronie internetowej (www.khw.pl) co potwierdza kopia wydruku ze strony internetowej Zamawiającego, która znajduje się w dokumentacji postępowania. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 sierpnia 2010 roku pod numerem 2010/S 157-243233. Zamawiający zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia na własnej stronie internetowej 14 sierpnia 2010 roku.

24 sierpnia 2010 roku Odwołujący - **Rybnicka Fabrykę Maszyn „RYFAMA” S.A. z siedzibą w Rybniku przy ulicy Bolesława Chrobrego 39, 44-200 Rybnik**, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

- naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- naruszenie art. 83 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie podziału przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

oraz wnosząc o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji treści SIWZ polegającej na dokonaniu podziału przedmiotu zamówienia na następujące części:
 - Część I: Kombajn górniczy ścianowy,
 - Część II: Ścianowa obudowa zmechanizowana -156 kompletów wraz obudową skrzyżowania z przeznaczeniem do zastosowania w chodniku podścianowym -1 kpl.,
 - Część III: Kompletny przenośnik ścianowy, kompletny przenośnik podścianowy z kruszarką kęsów, kompletna stacja zwrotna najazdowa przenośnika taśmowego,
 - Część IV: Kompletna wysokociśnieniowa instalacja zasilająca zmechanizowaną obudowę ścianową,
 - Część V: Kompletnie wyposażenie elektryczne wraz z systemem wizualizacji,
 - Część VI: Dostawa 3 ciągników spalinowych kolejek podwieszonych wraz z zestawami transportowymi,
 - Część VII: Dostawa urządzeń do monitoringu odstawy urobku.

Odwołujący wykazuje w odwołaniu, iż wskutek podniesionych przez Odwołującego naruszeń Pzp może doznać uszczerbku jego interes polegający na ograniczeniu możliwości złożenia ważnej i prawidłowej oferty oraz na ograniczeniu możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołanie, uzasadnił Odwołujący, dotyczy dokonanego przez Zamawiającego podziału zamówienia na części w zakresie części I przedmiotu zamówienia, tj. dotyczy zapisów SIWZ określonych w pkt 1.1.3 Rozdziału I, 1.2.1 Rozdziału I oraz w pkt 1 Rozdziału II. Zdaniem Odwołującego SIWZ w niniejszym przetargu zawiera postanowienia sprzeczne z regulacjami PZP.

Zamawiający w treści pkt I.1.3 Rozdziału I oraz w treści pkt I.2.1 wskazał części zamówienia, które składają się na niniejsze postępowanie:

- część I. Dostawa urządzeń niskiego kompleksu ścianowego,
- część II. Dostawa 3 ciągników spalinowych kolejek podwieszonych wraz z zestawami transportowymi,
- część III. Dostawa urządzeń do monitoringu odstawy urobku.

W treści Rozdziału II w pkt 1 Zamawiający doprecyzował elementy, z których musi składać się kompleks do wybierania ścian niskich tj. część I przedmiotu zamówienia: 1. Kombajn górniczy ścianowy, 2. Ścianowa obudowa zmechanizowana -156 kompletów, 3. Obudowa skrzyżowania z przeznaczeniem do zastosowania w chodniku podścianowym -1 kpl, 4. Kompletny przenośnik ścianowy, 5. Kompletny przenośnik podścianowy z kruszarką kęsów, 6. Kompletna stacja zwrotna najazdowa przenośnika taśmowego, 7. Kompletna

wysokociśnieniowa instalacja zasilająca zmechanizowaną obudowę ścianową, 8. Kompletnie wyposażenie elektryczne wraz z systemem wizualizacji.

Taki sposób dokonania podziału przedmiotu zamówienia jest w ocenie Odwołującego bezzasadny, narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 Pzp oraz narusza art. 29 ust. 2 Pzp zakazujący opisywania przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję. Na podstawie art. 83 ust. 2 Pzp, podniósł Odwołujący, Zamawiający jest uprawniony do dokonania podziału przedmiotu na części i dopuszczenia składania ofert częściowych. Zdaniem Odwołującego dokonanie podziału w sposób, w który uczynił to Zamawiający tj. agregacja w ramach części I wszystkich elementów wchodzących w skład kompleksu ścianowego ma na celu wyłącznie dyskryminację Odwołującego nie zaś zaspokajanie potrzeb Zamawiającego. Odwołujący wyjaśnił, iż Zamawiający może dokonać bardziej szczegółowego podziału zamówienia na części ze względu na fakt, iż jest on podzielny. Zdaniem Odwołującego dokonanie nowego podziału części I przedmiotu zamówienia zapewniłoby zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także dopuszczenie do złożenia ofert większej ilości wykonawców między innymi Odwołującemu, co w konsekwencji znacznie obniżyłoby koszty Zamawiającego związane z zakupem urządzeń wchodzących w skład obecnej części I.

W przypadku pozostawienia opisu przedmiotu zamówienia w obecnym brzmieniu Odwołujący będzie miał znacznie utrudnioną możliwość złożenia prawidłowej oferty ze względu na bardzo szeroki zakres dostawy i wymagane przez Zamawiającego bardzo szczegółowe parametry urządzeń wchodzących w jej skład.

Odwołujący wyjaśnił, że ewentualny zakup przez Odwołującego części urządzeń wchodzących obecnie w zakres części I przedmiotu dostawy od innego podmiotu jest niemożliwy, a wynika to z faktu, że wykonawcy którzy mogą ubiegać się o to zamówienie i posiadają takie urządzenia w swojej ofercie są dla siebie konkurencją na rynku. Konkurencja rynkowa uniemożliwia także wspólne ubieganie się o zamówienie z takim wykonawcą. Nawet przy założeniu, że gdyby jednak doszło do udostępnienia Odwołującemu części przedmiotu zamówienia przez któregokolwiek z konkurujących z nim wykonawców, jego oferta z pewnością byłaby dla Zamawiającego pod względem handlowym droższa (dodatkowy pośrednik pomiędzy producentem a użytkownikiem) od oferty złożonej samodzielnie przez takiego wykonawcę.

Odwołujący podniósł, iż uwzględnienie odwołania i dokonanie podziału przedmiotu zamówienia zgodnie z żądaniem Odwołującego umożliwi innym wykonawcom a zwłaszcza Odwołującemu dostęp do możliwości uzyskania zamówienia, natomiast dokonanie takiego podziału zamówienia na części, które stanowi zdaniem Odwołującego naruszenie art. 83 ust. 2 Pzp narusza także art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp.

25 sierpnia 2010 roku Zamawiający zamieścił na własnej stronie internetowej informacje o wniesieniu odwołania, co potwierdza kopia wydruku ze strony internetowej Zamawiającego, która znajduje się w dokumentacji postępowania.

27 sierpnia 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie złożone przez wykonawcę Fabryka Maszyn i Urządzeń TAGOR S.A. z siedzibą w Tarnowskich Górach przy ulicy Hutniczej 5 - 9, 42-600 Tarnowskie Góry.

Zgłaszający przystąpienie po stronie Odwołującego podniósł, iż posiada interes w zgłoszeniu przystąpienia, bowiem brzmienie SIWZ ogranicza zgłaszającemu przystąpienie możliwość uzyskania zamówienia publicznego, natomiast uwzględnienie zarzutów postawionych w odwołaniu umożliwi zgłaszającemu przystąpienie prawidłowe przygotowanie i złożenie oferty.

Zgłaszający przystąpienie wniósł o uwzględnienie wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej 24 sierpnia 2010 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że wypełniono przesłankę określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - uprawniającą Odwołującego do złożenia odwołania.*

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, dowód ze stanowisk i oświadczeń Stron złożonych ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „Specyfikacja”) zawarł informacje na temat podziału przedmiotu zamówienia w postępowaniu na pakiety w następujący sposób:

- w Rozdziale I – *Informacje ogólne dla wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia w punkcie 1.1.3 – Opis przedmiotu zamówienia oraz w punkcie 1.2.1 – Opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych:*

część I. Dostawa urządzeń niskiego kompleksu ścianowego,

część II. Dostawa 3 ciągników spalinowych kolejek podwieszonych wraz z zestawami transportowymi,

część III. Dostawa urządzeń do monitoringu odstawy urobku.

- w Rozdziale II – *Szczegółowe wymagania techniczne* do którego Zamawiający odwoływał się w Rozdziale I punkt 1.1.3 SIWZ uszczegółowił Zamawiający przedmiot zamówienia w sposób następujący w punkcie I. I - *Kompleks do wybierania ścian niskich:*

1. Kombajn górniczy ścianowy,

2. Ścianowa obudowa zmechanizowana -156 kompletów,

3. Obudowa skrzyżowania z przeznaczeniem do zastosowania w chodniku podścianowym - 1 kpi,

4. Kompletny przenośnik ścianowy,

5. Kompletny przenośnik podścianowy z kruszarką kęsów,

6. Kompletna stacja zwrotna najazdowa przenośnika taśmowego,

7. Kompletna wysokociśnieniowa instalacja zasilająca zmechanizowaną obudowę ścianową,

8. Kompletny wyposażenie elektryczne wraz z systemem wizualizacji.

Odwołanie dotyczy Części I - *Dostawa urządzeń niskiego kompleksu ścianowego*.

Izba na wstępie rozważań wskazuje, iż ustawa zobowiązuje Zamawiających w art. 29 ustawy do dokonania opisu przedmiotu zamówienia *w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty* (ust. 1) jednocześnie zastrzegając, iż przedmiotu zamówienia *nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję* (ust. 2). Zamawiający będąc organizatorem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji odbiorcą przedmiotu zamówienia, kreuje opis przedmiotu zamówienia poprzez pryzmat jednoznacznie sprecyzowanych i dających się wykazać własnych potrzeb, które stanowiły przyczynek do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tak więc opisanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego w sposób obiektywny odpowiadający realnym potrzebom Zamawiającego stanowi zarówno obowiązek Zamawiającego jak i jego uprawnienie.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, zgodnie z argumentacją przedstawioną na rozprawie, w Części I - *Dostawa urządzeń niskiego kompleksu ścianowego* ujął niezbędne wyposażenie do eksploatacji niskiej ściany, które to pole będzie uruchamiane przez Zamawiającego pierwszy raz. Przedmiotem zamówienia określonego w Części I - *Dostawa urządzeń niskiego kompleksu ścianowego* jest realizacja zamówienia dla całego kompleksu, a poszczególne ewentualnie wydzielone elementy – urządzenia, w przypadku, gdy doszłoby do podziału przedmiotu zamówienia z Części I, byłyby dla Zamawiającego bezużyteczne w przypadku, gdyby doszło do zakupu jedynie niektórych z elementów, czego nie można wykluczyć. Tym samym Zamawiający nie osiągnąłby celu w jakim prowadzi przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie posiada sprzętu, którym mógłby uzupełniać ewentualnie zakupione poszczególne elementy tak, aby możliwa była eksploatacja niskiej ściany. Zamawiający nie miałby również możliwości wykorzystania ewentualnie zakupionych elementów w swojej dotychczasowej działalności, bowiem nie prowadzi eksploatacji niskich ścian.

Należy wskazać w tym miejscu, iż określenie przedmiotu zamówienia, w tym podział zamówienia na części, przy zachowaniu zasad wynikających z ustawy nie stanowi o konieczności możliwości realizacji danego zamówienia przez wszystkich działających

w danym obszarze rynku wykonawców. Jeżeli opis przedmiotu zamówienia, jego części determinowane są potrzebami Zamawiającego, a potrzeby owe są obiektywne, wynikające z charakteru przedmiotu zamówienia, nie można mówić o naruszeniu zasad Prawa zamówień publicznych oraz prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji. Stanowisko to reprezentowane jest w bogatym orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego skorzystał z uprawnienia jakie określa ustawa w art. 83 ust 2 – *Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny*. W sprawie podlegającej rozpoznaniu Zamawiający dokonał podziału przedmiotu zamówienia, uznając - co również dowodził na rozprawie - iż niezbędne dla osiągnięcia celu jakim jest eksploatacja ściany niskiej jest określenie przedmiotu zamówienia dla Części I - *Dostawa urządzeń niskiego kompleksu ścianowego* w sposób jaki tego dokonał w SIWZ. Ustawodawca pozostawił Zamawiającemu ocenę co do celowości podziału zamówienia na części, nie ma więc podstawy do uznania, iż Zamawiający ma obowiązek dokonywać takiego podziału gdy jest to podyktowane celem jaki chce osiągnąć oraz obiektywnymi przesłankami, które u podstaw takiego działania się znajdowały.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, w ocenie Izby, Zamawiający udowodnił, iż dokonany przez niego podział zamówienia uwarunkowany jest przesłankami obiektywnymi, których nie podważył skutecznie Odwołujący. Nie można uznać za skuteczny argumentu jakim posłużył się Odwołujący, a dotyczącym konieczności współpracy urządzeń wchodzących w skład Części I - *Dostawa urządzeń niskiego kompleksu ścianowego*, bowiem jedynie współpraca urządzeń zakupionych przez Zamawiającego może doprowadzić do osiągnięcia celu jakim jest uruchomienie eksploatacji niskich ścian.

Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia ma na celu udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z celem i potrzebami jakie leżą u podstaw wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający w przedmiotowej sprawie udowodnił, iż działanie jego wynika z celu jakiemu ma służyć przedmiotowe postępowanie, to znaczy uruchomienia eksploatacji ściany niskiej. Zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z ustawą wypełniając obowiązki jakie ustawa nakłada na niego oraz, w przypadkach, gdy tak uzna, korzystając z uprawnień jakie przewiduje Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było prawidłowe i nie naruszyło regulacji art. 7 ust 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 83 ust 2 ustawy, tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

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 ust. 3 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), uwzględniając koszty pełnomocnika Odwołującego zgodnie z rachunkiem złożonym do akt sprawy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....