

Sygn. akt: KIO/UZP 1115/08

WYROK

z dnia 28 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Członkowie: **Barbara Bettman**
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu /~~w dniach~~ 28.10.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Elektroniki Górniczej „ZEG” S.A., 43-100 Tychy, ul. Biskupa Burschego 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu /~~protestów~~* z dnia 15.09.2008 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” S.A., Tranz-Tel Bogdan Kulisz, HASO S.C. Andrzej Paszek & Jerzy Macioszek, 43-100 Tychy, ul. Budowlana 168** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Elektroniki Górniczej „ZEG” S.A., 43-100 Tychy, ul. Biskupa Burschego 3,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr. (słownie:.....) przez **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakład Elektroniki Górniczej „ZEG” S.A., 43-100 Tychy, ul. Biskupa Burschego 3.**

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

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na modernizację dyspozytorni ruchu i dyspozytorni metanometrii dla Kompani Węglowej S.A. Oddział KWK „Jankowice”.

Pismem z dnia 9.09.2008 roku Zamawiający powiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „Carboautomatyka” S.A. z siedzibą w Tychach, „Tranz – Tel” Bogdan Kulisz z siedzibą w Kobiórze oraz Jerzego Macoszka i Adama Peszka wspólników spółki cywilnej „HASO” z siedzibą w Tychach (KONSORCJUM CARBOAUTOMATYKA) oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Zakład Elektroniki Górniczej ZEG S.A. z siedzibą w Tychach.

W dniu 15.09.2008 roku ZEG S.A. wniósł protest. Protestujący podniósł, że złożona przez niego oferta spełnia wymagania Zamawiającego, a dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający dopuścił do przyjęcia przez wybrane konsorcjum pozycji monopolistycznej. Konsorcjum złożyło droższą ofertę i odmówiło Protestującemu sprzedaży urządzeń wskazanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Protestującego. Obowiązkiem zamawiającego przed dokonaniem rozstrzygnięcia postępowania było ustalenie, czy uczestnicy postępowania nie naruszają „przepisów o ochronie konkurencji i działaniach monopolistycznych”.

Zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu protestu w dniu 17.09.2008 roku.

W dniu 17.09.2008 r. KONSORCJUM CARBOAUTOMATYKA przystąpiło do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu z zachowaniem przesłanek wskazanych w art. 180 ust. 4 i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zm.) wnosząc o jego oddalenie.

Zamawiający oddalił protest pismem z dnia 22.09.2008 roku podtrzymując swoje stanowisko zawarte w informacji o wynikach postępowania.

Nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego ZEG S.A z siedzibą w Tychach wniósł protest do Prezesa Urzędu Zamówień publicznych.(za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego) podlegające rozpatrzeniu przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zakwestionował czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postaci wyboru oferty Konsorcjum spółek: Przedsiębiorstwo Komplektacji i Montażu Systemów Automatyki CARBOAUTOMATYKA S.A. w Tychach, TRANZ-TEL Bogdan Kulisz w Kobiórze, HASO s.c. J. Macioszek, A. Paszek w Tychach. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 3, art. 38 ust. 5 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz naruszenie wymogów formalnych poprzez przyjęcie nieaktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej konsorcjanta Tranz-Tel Bogdan Kulisz. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu stwierdził, iż oferta ZEG S.A. nie spełnia warunków wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ponieważ: „oferowane centrale metanometryczne CST-60 nie spełniają wymogów załącznika nr 1 do SIWZ pkt 3 tiret 3 i 7 w zakresie:

- obsługi systemu wyłączeń energii elektrycznej za pośrednictwem cyfrowych centralek dołowych,
- obsługi eksploatowanych w kopalni czujników stężenia tlenu węgla typu CSTW – 1 i CSTW -3.”

Jak stwierdził odwołujący, tak sformułowane warunki jego oferta spełnia w całości i nie ma podstaw do jej odrzucenia. Dowody przedstawione zostały Zamawiającemu już w odpowiedzi na pismo z dnia 9.07.08 r. oraz w złożonym proteście (załącznik nr 4 i nr 5 do odwołania). Z załączonego certyfikatu jednoznacznie wynika, że oferowany przez

Odwołującego system telemetryczny w współpracuje z już posiadanymi przez Zam. Czujnikami (tabela na str. 2 certyfikatu). Zamawiający nie wskazał przy tym, że wykonawca musi w ramach realizacji zamówienia uzyskać od producenta centralek dołowych i czujników protokoły transmisji. Nie wynika to treści SIWZ. O kwestiach tych Zamawiający był informowany, jednakże nie reagował w tej sprawie, co tylko utwierdzało Odwołującego w przekonaniu, że takie protokoły transmisji Zamawiający posiada. Dopiero z rozstrzygnięcia protestu Odwoł dowiedział się, że nie spełnia warunków, gdyż nie ma dostępu do protokołów transmisji centralek dołowych i czujników. Ponadto przesyłając pismo o wyniku postępowania Zamawiający ograniczył się w uzasadnieniu odrzucenia oferty tylko do zacytowania fragmentu SIWZ nie podając żadnych konkretów. Z powyższego wynika, że w trakcie prowadzonego postępowania zostały zmienione warunki uczestnictwa odrzucając ofertę na podstawie nie ujawnionych w SIWZ warunków, czym naruszył art. 38 ust 5 ustawy. Naruszył jednocześnie art. 29 ust. 2 ustawy, gdyż dowiódł, że opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i z góry narzucił, że wykonawcą może być tylko producent centralek dołowych i czujników ponieważ tylko on posiada protokoły transmisji i nikomu ich nie udostępni (zał. nr 6).

Postępowanie Zamawiającego jest obarczone również uchybieniami formalnymi, gdyż przyjął on ofertę konkurencyjnego konsorcjum, w której złożono nieaktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej jednego konsorcjanta. Złożone zaświadczenie zostało wydane 10.12.07 r., a więc przekracza dopuszczony okres 6 miesięcy. Na tym zaświadczeniu istnieją pieczęcie UG Kobiór jedynie poświadczające, że pobrano opłatę skarbową w wysokości 5 zł w dniu 14.05.08 r., a nie to, że stan faktyczny zaświadczenia jest aktualny z tą datą. Tym samym konsorcjum powinno zostać wykluczone z postępowania.

Odwołujący wskazał, że producenci czujników centralek sygnałów dwustanowych wraz z protokołami transmisji, odmówili sprzedaży Odwołującemu opisanych urządzeń. Podmioty te uczestnicząc w przetargu złożyły droższą ofertę i ograniczają konkurencję przyjmując pozycję monopolistów naruszając przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przepisy o czynach nieuczciwej konkurencji. Twierdzenie przez firmę HASO s., że protokoły transmisji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest niezasadny są one również sprzedawane na rzecz innych podmiotów.

Wskazując powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, wszystkich zarzutów i żądań zawartych w proteście oraz o nakazanie Zamawiającemu poprawienia uchybień, jakich dokonał w procedurze, w szczególności unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający stwierdził, że zasadnie odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako nie odpowiadającą treści SIWZ. Oferta Odwołującego nie spełnia bowiem wymagań określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ tiret 3 i tiret 7 w zakresie obsługi systemu wyłączeń energii elektrycznej za pośrednictwem cyfrowych centrerek dołowych oraz obsługi eksploatowanych w kopalni czujników tlenku węgla typu CSTW-1, CSTW-3. Zamawiający wskazał, że zgodnie z SIWZ, w żadnym z dokumentów nie wymaga dostawy centrerek dołowych oraz czujników tlenku węgla CSTW-1, CSTW-3 wraz z protokołami transmisji lecz jedynie, aby urządzenia współpracowały w pełnym zakresie z oferowanymi centralami metanometrycznymi. W związku z powyższym powoływanie się na przepisy o ochronie konkurencji i konsumentów z powodu odmowy sprzedaży centrerek dołowych oraz czujników tlenku węgla typu CSTW-1, CSTW-3 w żadnym razie nie ograniczają konkurencji, gdyż na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu, spełnienie ich było możliwe przez co najmniej dwóch wykonawców (w tym Odwołującego – w innym rozwiązaniu, niż zaoferował w przetargu). Wymagania te, jak stwierdza Zamawiający, nie były zbyt wygórowane lecz konieczne uwagi na przedmiot zamówienia i konieczność jego kompatybilności z urządzeniami posiadanymi i stosowanymi przez Zamawiającego. Powyższe potwierdza również orzecznictwo - UZP/ZO/0-135/05. W związku z tym, Odwołujący sporządzając ofertę bez technicznych i formalnych podstaw współpracy wymaganych przez Zamawiającego urządzeń miał pełną świadomość, że składa ofertę nie spełniającą wymagań załącznika nr 1 do SIWZ tiret 3 i tiret 7.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego podtrzymując dotychczasowe stanowisko stwierdził, że ZEG /Odwołujący nie posiadając dostępu do protokołów transmisji centrerek dołowych i czujników, nie spełnia w sposób oczywisty, warunków określonych w SIWZ (brak protokołów transmisji uniemożliwia współpracę, czego miał świadomość, albowiem zwracał się do członków Konsorcjum o zakup urządzeń wraz z protokołami transmisji). W konsekwencji Odwołujący złożył ofertę nie zapewniającą technicznych i formalnych podstaw współpracy, nie spełniającą wymagań z zał. nr 1 do SIWZ tiret 3 i 7. Przystępujący wskazał, że Odwołujący mimo wątpliwości w omawianych kwestiach nie zwrócił się do Zamawiającego o stosowne wyjaśnienia, ani nie złożył protestu. Przystępujący stwierdził, że podnoszenie zarzutu wobec treści SIWZ w przedmiocie rzekomego braku wskazania w SIWZ, że wykonawca musi uzyskać od producenta protokoły transmisji, było czynnością zdecydowaną spóźnioną.

Za chybiony uznał również Przystępujący zarzut Odwołującego, że postępowanie Zamawiającego obarczone było wadami formalnymi polegającymi na przyjęciu przez niego oferty, w której złożono nieaktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej wydanie w dniu 10.12.2007, jednak potwierdzone w dniu 14.05.2008 r.; jako

zgodne ze stanem aktualnym ewidencji. Przystępujący wskazał na swój interes prawny w przystąpieniu w zakresie zarzutów będących przedmiotem rozpatrzenia w sprawie.

Wskazując argumenty Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania rozpoznawczego zważył i ustalił co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W cenie Izby niesporne jest, iż przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ i szczegółowo opisanym w załączniku nr 1 do SIWZ jest modernizacja dyspozytorni metanometrii, w tym dostawa, zabudowa i uruchomienie systemu telemetrycznego o pojemności minimalnej 160 kanałów pomiarowych, spełniającego określone wymagania, w tym wskazana w pkt III obsługa systemu wyłączeń energii elektrycznej za pośrednictwem cyfrowych centralek dołowych oraz obsługa dotychczas eksploatowanych w kopalni czujników stężenia tlenu węgla typu CSTW-1 i CSTW-3. Oznacza to, że wbrew twierdzeniom Odwołującego przedmiot zamówienia obejmuje nie samą dostawę urządzeń lecz również systemu umożliwiającego funkcjonowanie dostarczonych urządzeń, na zasadach wynikających ze specyfikacji. Izba uznaje także, w świetle twierdzeń Odwołującego, iż ze specyfikacji wprost nie wynikało, czy wymagane jest dostarczenie protokołów transmisji, a Odwołujący, z ostrożności, podjął starania o ich uzyskanie i spotkał się z odmową producentów, którzy również złożyli ofertę w tym postępowaniu. Oznacza to, zdaniem Izby, że jako profesjonalny uczestnik obrotu w przedmiotowej materii, co najmniej z dużą dozą prawdopodobieństwa liczył się z koniecznością dostarczenia protokołów transmisji. Skoro jednak nie miał co do tej kwestii pewności, zasadne było z jego strony uzyskać w tym zakresie informację od Zamawiającego w trybie zapytań do postanowień SIWZ, a w razie uzyskania informacji, która by go nie satysfakcjonowała, ewentualnie oprotestować taką czynność.

Izba uznaje również za uzasadnione twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący nie był w stanie sprostać wymogom opisanym w specyfikacji, co potwierdził w odpowiedzi z dnia 21 lipca 2008 r. na pytania zadane przez Zamawiającego z dnia 9 lipca 2008 dotyczące treści oferty Odwołującego. W odpowiedzi tej (ad 4-5) Odwołujący oświadczył, że wszystkie czujniki posiadane przez KWK Jankowice, w tym CSTW-1 i CSTW-2 oraz centrale sygnałów dwustanowych typu CSD-1 mogą współpracować z centrami CST-60 pod warunkiem udostępnienia protokołów transmisji. (podkreślenie składu orzekającego). Oświadczenie powyższe poszerzone zostało ponadto uwagą, że producenci właściciele urządzeń i programów mają obowiązek udostępnić je. Zasadne jest zatem przyjęcie, że już w momencie składania oświadczenia Odwołujący miał świadomość, że wspomniani producenci i właściciele odmówią mu sprzedaży niezbędnego oprogramowania umożliwiającego funkcjonowanie systemu.

W konsekwencji Izba uznaje za udowodnione, że oferta złożona przez Odwołującego nie spełnia warunku możliwości współpracy z posiadanymi przez kopalnię urządzeniami dla uzyskania oczekiwanego efektu opisanego w specyfikacji, jakkolwiek opis oczekiwań Zamawiającego istotnie budził wątpliwości i mógłby, a w istocie powinien być precyzyjniejszy w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba uznała także za uzasadnioną argumentację Zamawiającego, który nie kwestionując waloru przedłożonych przez Odwołującego dokumentów w postaci decyzji Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 15.10.2008 r. w sprawie systemu telemetrycznego CST60 wraz z załącznikiem – dokumentacją techniczno-ruchową oraz przedłożonych wyników badań z oceną wyrobu wykazał, że stanowią one dowód bezpieczeństwa wyrobu, a nie dowód możliwości funkcjonowania w konkretnych warunkach kopalni.

W świetle dokonanych ustaleń, KIO uznaje że odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było uzasadnione, stąd też orzeczono, jak w sentencji.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok~~postanowienie~~* - 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*