

Sygn. akt: KIO 940/21

WYROK
z dnia 24 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę FAMUR Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Tauron Wydobycie Spółka Akcyjna z siedzibą w Jaworznie

przy udziale:

wykonawcy Eickhoff Polonia Ltd Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

wykonawcy Joy Global (Poland) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Tauron Wydobycie Spółka Akcyjna z siedzibą w Jaworznie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pod nazwą „Dostawa — najem kombajnu ścianowego wraz z wyposażeniem i obsługą serwisową gwarancyjną w całym okresie najmu dla Tauron Wydobycie S.A. ZG Brzeszcze ”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 250-626249. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), dalej jako „PWPZP”, jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

I. W dniu 24 marca 2021 r. wykonawca FAMUR Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec: podjęcia przez zamawiającego decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, pomimo że w postępowaniu nie złożono co najmniej dwóch ofert nie podlegających odrzuceniu, zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy JOY GLOBAL (Poland) Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, pomimo istnienia przesłanek wykluczenia tego wykonawcy, zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy EICKHOFF Polonia Ltd. Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, pomimo istnienia przesłanek odrzucenia tej oferty; zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy JOY GLOBAL (Poland) Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, pomimo istnienia przesłanek odrzucenia tej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z naruszeniem art. 91a ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 PWPZP poprzez podjęcie decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, pomimo że w postępowaniu nie złożono co najmniej dwóch ofert nie podlegających odrzuceniu;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i art. 24 ust. 4 oraz w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 1a) ustawy Pzp oraz w zw. z art. 90 ust. 1 PWPZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy JOY GLOBAL (Poland) Sp. z o.o. i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia określonych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu i nie przedłożył wymaganych przez zamawiającego środków dowodowych na wykazanie zdolności do należytego wykonania zamówienia;

- 3) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 PWPZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EICKHOFF Polonia Ltd. Sp. z o.o. pomimo tego, że wykonawca ten przedłożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, gdyż nie dołączył do oferty wymaganego rysunku przedstawiającego posadowienie kombajnu na przenośniku zgrzeblowym ścianowym;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 PWPZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JOY GLOBAL (Poland) Sp. z o.o. pomimo tego, że wykonawca ten przedłożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, gdyż nie dołączył do oferty wymaganego rysunku przedstawiającego posadowienie kombajnu na przenośniku zgrzeblowym ścianowym;
- 5) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 90 ust. 1 PWPZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EICKHOFF Polonia Ltd. Sp. z o.o. pomimo tego, że wykonawca ten przedłożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, gdyż oferując rozwiązania równoważne w zakresie uchwytów nożowych nie wykazał, że oferowane przez niego uchwyty nożowe spełniają wymagania określone przez zamawiającego;
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 90 ust. 1 PWPZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JOY GLOBAL (Poland) Sp. z o.o. pomimo tego, że wykonawca ten przedłożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, gdyż oferując rozwiązania równoważne w zakresie uchwytów nożowych nie wykazał, że oferowane przez niego uchwyty nożowe spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych przez JOY GLOBAL (Poland) Sp. z o.o. oraz EICKHOFF Polonia Ltd. Sp. z o.o.,
- 2) wykluczenia z postępowania wykonawcy JOY GLOBAL (Poland) Sp. z o.o., jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia określonych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą;
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy EICKHOFF Polonia Ltd. Sp. z o.o., jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty wykonawcy JOY GLOBAL (Poland) Sp. z o.o., jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 5) unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej oraz unieważnienia czynności aukcji elektronicznej, w sytuacji gdyby czynności te zostały przez zamawiającego dokonane po wniesieniu niniejszego odwołania.

II. Pismem wniesionym w dniu 17 maja 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o oddalenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili: wykonawca Eickhoff Polonia Ltd Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach oraz wykonawca Joy Global (Poland) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach. Wykonawca Eickhoff Polonia Ltd Spółka z o.o. stanowisko w sprawie przedstawił w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 29 marca 2021 r. i wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty. Pismem wniesionym w dniu 18 maja 2021 r. wykonawca Joy Global (Poland) Spółka z o.o. przedstawił stanowisko w sprawie. Wykonawca Joy Global (Poland) Spółka z o.o. wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2021 r., do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 PWPZP mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Odwołujący zarzucił, że wykonawca JOY Global (Poland) Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w pkt 3.1.1.3. SIWZ tj. zrealizowania dostawy kombajnów ścianowych na napięcie 3300 V na łączną kwotę nie mniejszą od: 3 000 000,00 zł brutto. W ocenie odwołującego z przedłożonych przez ww. wykonawcę dokumentów nie sposób uznać, że wykonawca ten wykazał zrealizowanie dostawy kombajnów ścianowych na wymaganą kwotę. Zarówno w wykazie jak i w treści referencji mowa jest o modernizacji kombajnu ścianowego, a nie o dostawie kombajnu ścianowego. Ponadto wątpliwości odwołującego wzbudziła wskazana w dokumentach wartość przedmiotu zamówienia: z treści wykazu wynika kwota 22.200.000,00 zł brutto, natomiast z treści referencji - kwota 22.200.000,00 zł, ale netto.

Podniesione przez odwołującego zarzuty Izba uznała za nieuzasadnione.

Warunek udziału w postępowaniu wskazany w pkt 3.1.1.3 SIWZ został przez zamawiającego określony w następujący sposób: „Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli: Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, zrealizował dostawy kombajnów ścianowych na napięcie 3300 V z podaniem ich

wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorów oraz załączy dowody potwierdzające, że dostawy te zostały zrealizowane należycie. Łączna wartość dostaw brutto zrealizowanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, musi być nie mniejsza od: 3 000 000,00 zł brutto.”.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca Joy Global (Poland) Sp. z o.o. złożył wykaz dostaw, w treści którego wskazał zadanie, którego przedmiot został określony w następujący sposób: Modernizacja kombajnu ścianowego, dostawa fabrycznie nowej kompletnej ścianowej obudowy zmechanizowanej Zadanie 1 – Modernizacja kombajnu ścianowego typu JOY 4LS3 produkcji JOY wraz z dostawą fabrycznie nowych przenośników zgrzeblowych (ścianowego i podścianowego) oraz wyposażenia elektrycznego. Do wykazu dostaw zostały załączone referencje wystawione przez Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. z siedzibą w Bogdance. W treści referencji ww. podmiot potwierdził zrealizowanie dostawy kombajnu ścianowego LWS 567 po modernizacji z typu JOY 4LS3 na typ JOY 7LS22 o wartości 22.200.000,00 zł netto. Jednocześnie ww. zadanie określa się w treści referencji jako modernizację kombajnu ścianowego typu JOY 4LS3 LWS 567. Z powyższego wynika, że ww. przedmiot zamówienia polegający na modernizacji kombajnu ścianowego kwalifikowany był przez wystawcę referencji również jako dostawa kombajnu ścianowego. Ponadto, przedmiot zamówienia obejmujący modernizację kombajnu ścianowego oraz dostawę fabrycznie nowej kompletnej ścianowej obudowy w treści ogłoszenia o zamówieniu został zakwalifikowany przez zamawiającego (Lubelski Węgiel Bogdanka S.A.) jako dostawy. Z przedstawionych przez przystępującego JOY Global (Poland) Sp. z o.o. przykładowych ogłoszeń o zamówieniu wynika, że zadania polegające na modernizacji kombajnu ścianowego kwalifikowane są przez zamawiających jako dostawy na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych (ogłoszenie nr 2020/S 101-244815 – zamawiający: Tauron Wydobywanie S.A.; ogłoszenie nr 2015/S 241-438304 – zamawiający: Jastrzębska Spółka Węglowa S.A.; ogłoszenie nr 2014/S 156-281716 – zamawiający: Katowicki Holding Węglowy S.A.). W ocenie Izby z powyższego wynika, że w sektorze górnictwem, przy uwzględnieniu złożonego charakteru prac składających się na dane zadanie, praktyką jest kwalifikowanie modernizacji kombajnu ścianowego jako dostaw na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych. Należy wskazać, że zamawiający w treści SIWZ nie doprecyzował sposobu rozumienia ww. warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym w ocenie Izby zasadne jest przyjęcie takiego rozumienia ww. warunku, który będzie również uwzględniał praktykę stosowaną w sektorze górnictwem, tj. dopuszczającego jako dostawę kombajnu ścianowego także jego modernizację o zbliżonym zakresie przedmiotowym. W konsekwencji powyższego Izba uznała, że zadanie przedstawione przez przystępującego

JOY Global (Poland) Sp. z o.o. w wykazie dostaw może zostać uznane za potwierdzające spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do rozbieżności w zakresie podanej wartości ww. zadania, tj. czy była to kwota 22.200.000,00 zł netto czy brutto, należy wskazać, że w jednym i w drugim przypadku jest to wartość wystarczająca dla potwierdzenia spełniania ww. warunku. Ww. okoliczność mogłaby co najwyżej być przedmiotem wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, jednakże zarzut zaniechania wystosowania takiego wezwania przez zamawiającego nie został w treści odwołania postawiony.

Ponadto odwołujący zarzucił, że:

- oferta JOY GLOBAL (Poland) Sp. z o.o. w ogóle nie zawiera wymaganego przez Zamawiającego w pkt 3.7.1.3. SWIZ rysunku przedstawiającego posadowienie kombajnu na przenośniku zgrzeblowym ścianowym, pod obudową TAGOR22/46POzS (sekcja skrajna). Natomiast w uzupełnionym wykazie spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów techniczno —użytkowych sporządzonym zgodnie z Załącznikiem nr 15 do SIWZ, a wymaganym zgodnie z pkt 3.7.1.1 SIWZ, w pkt II, poz. 48 lit. d) wykonawca ten zadeklarował, iż oferowany przez niego kombajn ścianowy nie będzie wyposażony we wskazane przez Zamawiającego uchwyty nożowe K35W90, lecz stosowane będą uchwyty K200SL, które wykonawca ten oferuje jako rzekomo równoważne do uchwytów wskazanych przez Zamawiającego.
- oferta EICKHOFF Polonia Ltd. Sp. z o.o. zawiera dołączony rysunek, lecz taki, który nie obrazuje wymaganego przez Zamawiającego posadowienie kombajnu na przenośniku zgrzeblowym ścianowym typu FFC - 9 wyposażony w drabinkę typu GIGATRACK o podziałce 151 mm, pod obudową zmechanizowaną TAGOR 22/46 POz/POzS z uwzględnieniem odległości ruchowych określonych w pkt 3.7.1.3 SIWZ. Rysunek załączony do oferty tego wykonawcy obrazuje posadowienie przenośnika pod obudową TAGOR24/46POz (sekcja liniowa) zamiast pod obudową TAGOR22/46POz. Oferta nie zawiera wymaganego przez Zamawiającego w pkt 3.7.1.3. SWIZ rysunku przedstawiającego posadowienie kombajnu na przenośniku zgrzeblowym ścianowym, pod obudową TAGOR22/46POzS (sekcja skrajna). Ten wykonawca również w uzupełnionym wykazie spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów techniczno — użytkowych sporządzonym zgodnie z Załącznikiem nr 15 do SIWZ, a wymaganym zgodnie z pkt 3.7.1.1 SIWZ, w pkt II, poz. 48 lit. d) zadeklarował, iż oferowany przez niego kombajn ścianowy nie będzie wyposażony we wskazane przez Zamawiającego uchwyty nożowe K35W90 lecz stosowane będą uchwyty K200SL (K200), które wykonawca ten oferuje jako rzekomo równoważne do uchwytów wskazanych przez Zamawiającego.

W ocenie odwołującego rodzaj uchwytów nożowych zaoferowanych zarówno przez JOY Global (Poland) Sp. z o.o. jak i przez EICKHOFF Polonia Ltd. Sp. z o.o. tj. K200SL nie spełnia warunków do uznania ich za równoważne z uchwytami nożowymi K35W90 wskazanymi w specyfikacji technicznej przez Zamawiającego.

Powyższe zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne.

Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 3.7.1.3 SIWZ Zamawiający wymagał załączenia do oferty rysunku przedstawiającego posadowienie kombajnu na przenośniku zgrzeblowym ścianowym typu FFC-9 wyposażonego w drabinkę typu GIGATRACK o podziałce 151 mm, pod obudową zmechanizowaną TAGOR 22/46 POz/POzS z uwzględnieniem odległości ruchowych. Po pierwsze, za słuszne należy uznać stanowisko strony przeciwnej, że posłużenie się w tekście znakiem ukośnika (/) należy interpretować jako spójnik „lub”. W konsekwencji ww. postanowienie SIWZ winno być rozumiane jako wymóg złożenia rysunku przedstawiającego jedną z dwóch wskazanych sekcji, tj. skrajną lub liniową. Wprawdzie nie można całkiem wykluczyć przyjęcia odmiennej interpretacji, zgodnie z którą w świetle całej treści wymagań SIWZ konieczne było złożenie rysunków przedstawiających każdą z ww. sekcji, jednakże odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji przemawiającej za koniecznością stosowania takiej wykładni ww. postanowienia SIWZ, w tym w szczególności dotyczącej różnic w zakresie informacji zawartych na obu rodzajach rysunków, mających znaczenie w kontekście wymagań postawionych przez zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu, że oferta EICKHOFF Polonia Ltd. Sp. z o.o. zawiera rysunek obrazujący posadowienie przenośnika pod obudową TAGOR24/46POz (sekcja liniowa) zamiast pod obudową TAGOR22/46POz należy wskazać, że z wyjaśnień zarówno ww. wykonawcy jak i zamawiającego wynika, że w powyższym zakresie nastąpiła wyłącznie omyłka w opisie samego rysunku, natomiast sam rysunek jest prawidłowy. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie stanowiska przeciwnego i w związku z tym wyjaśnienia ww. przystępującego oraz zamawiającego Izba uznała za wystarczające.

Zgodnie z postanowieniem zawartym w treści Załącznika nr 6 do SIWZ w punkcie II (Parametry techniczne dla kombajnu do ściany 06: Wymagania techniczno — konstrukcyjne) w ppkt 48 lit. d (strona 69 SIWZ) Zamawiający określił wymagany rodzaj uchwytu nożowego jako K35W90 lub równoważny o porównywalnych parametrach utwardzony przez nawęglanie. Należy wskazać, że w treści ww. postanowienia SIWZ zamawiający nie wskazał szczegółowych kryteriów równoważności, w tym w szczególności odnośnie zastosowanego rozwiązania w zakresie zraszania. Nie stanowi takiego parametru równoważności samo oznaczenie „W” w podanym typie uchwytu nożowego. Oznaczenia danego produktu odnosi się do jego różnych cech, jednak nie wszystkie muszą mieć znaczenie w kontekście zamówienia, na które prowadzone jest postępowanie. W związku z powyższym zarzut

zaoferowania przez przystępujących uchwytów nożowych nie będących równoważnymi względem wymaganego przez zamawiającego treścią SIWZ Izba uznała za nieuzasadniony.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 ustawy Pzp z 2019 r.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: