

Sygn. akt: KIO 1670/18

POSTANOWIENIE
z dnia 28 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 28 czerwca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę: **Z. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Z. W., ul. M. Skłodowskiej - Curie 27/22, 42-217 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Tauron Wydobycie S.A., ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Z. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Z. W., ul. M. Skłodowskiej - Curie 27/22, 42-217 Częstochowa,** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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:

U z a s a d n i e

Zamawiający, TAURON Wydobyćie S.A. z siedzibą w Jaworznie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych pod nazwą: „Dostawa kabli i przewodów elektroenergetycznych TAURON Wydobyćie S.A.". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S 150-345632 w dniu 7 sierpnia 2018 r. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia na własnej stronie internetowej.

Wykonawca Z. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe Z. W. z siedzibą w Częstochowie wniósł odwołanie wobec postanowień ogłoszenia (pkt. II 2.1) i SIWZ - ppkt. 2.2.2.6. wraz z załącznikiem nr 1a (formularz cenowy) oraz załącznikiem nr 5 pkt. 9 (opis przedmiotu zamówienia) - w zakresie zadania (części) nr 6, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 w zw. z art. 29 ust 2, w zw. z art. 22 ust 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie części nr 6 zamówienia - specjalistyczne kable telekomunikacyjne i optotelekomunikacyjne (ujęcie w zakresie jednego zadania optotelekomunikacyjnych kabli górniczych o konstrukcji tubowej (światłowody) oraz telekomunikacyjnych kabli z żyłami miedzianych) w sposób ograniczający konkurencję oraz naruszający zasadę równego udziału uczestników w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zmiany treści Ogłoszenia oraz SIWZ w zaskarżonym zakresie, poprzez dokonanie podziału na części zamówienia w zakresie części nr 6 - specjalistyczne kable telekomunikacyjne i optotelekomunikacyjne, tj. wyłączenie do odrębnej części zamówienia z zakresu części 6, przewodów znajdujących się obecnie w opisie części nr 6 w pozycji od 1 do 2 tj. YOTKGtsFtlyn 72J, YOTKGtsFtlyn 24J, publikacji dokonanych zmian w ogłoszeniu i SIWZ i zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wg norm prawem przepisanych.

Odwołujący wyjaśnił, że jest jednym z dostawców typów przewodów będących przedmiotem niniejszego postępowania. Pogrupowanie przedmiotu zamówienia w sposób ujęty przez Zamawiającego w zakresie zadania nr 6, czynią niemożliwym dla Odwołującego złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt 2.2.1. SIWZ dopuścił składanie ofert częściowych, zamówienie zostało podzielone na 7 części. Przedmiotem części nr 6, którego dotyczy niniejsze odwołanie, są optotelekomunikacyjne kable górnicze o konstrukcji tubowej

(światłowody) oraz telekomunikacyjne kable z żyłami miedzianymi. Zamawiający w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 1a do SIWZ, określił poszczególne typy przewodów wchodzących w skład części nr 6, tj. optotelekomunikacyjne kable górnicze o konstrukcji tubowej (światłowody) (poz. 1-2) oraz telekomunikacyjne kable z żyłami miedzianymi (poz. 3-19). Zdaniem Odwołującego, wskazanie przez Zamawiającego w ramach jednego zadania ww. przewodów powoduje ograniczenie konkurencji i narusza zasadę zapewnienia równego udziału uczestników w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe skutkuje możliwością złożenia oferty na tak ujęty przedmiot zamówienia wyłącznie przez dwa podmioty - TELE-FONIKA Kable S.A. oraz Drut-Plast Cables Sp. z o.o. Wskazane w części nr 6 poz. 1 i 2, przewody YOTKGtsFtlyn 72J, YOTKGtsFtlyn 24J nie znajdują się w bieżącej, powszechnej ofercie innych producentów i dostawców rynku krajowego i europejskiego w związku z czym ich pozyskanie i zaoferowanie w konkurencji do TELE-FONIKA Kable S.A. oraz Drut-Plast Cables Sp. z o.o. jest niemożliwe.

Dodatkowym utrudnieniem dla wykonawcy nie mającym w bieżącej ofercie optotelekomunikacyjnych kabli górniczych o konstrukcji tubowej (światłowody) jest wymagany przez Zamawiającego 30 dniowy termin realizacji, cykl produkcyjny określony przez producentów liczony w miesiącach od daty złożenia zamówienia, narzucone minima produkcyjne znacznie przewyższające zapotrzebowanie Zamawiającego określone w części nr 6 jak również fakt, że przewidywane ilości określone przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego są wyłącznie orientacyjne co potwierdzają zapisy SIWZ (załącznik nr 5 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia) oraz dotychczasowa praktyka.

Ponadto, zgodnie z § 1 pkt. 4 projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, „Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmniejszenia ilości Towaru nabywanego na podstawie umowy z zastrzeżeniem, że wartość Umowy (...) nie może zmniejszyć się o więcej niż 50 %”. Wszystko to powoduje, że wykonawca nie mający w ofercie optotelekomunikacyjnych kabli górniczych o konstrukcji tubowej (światłowody) nie jest w stanie utrzymywać stanów magazynowych z uwagi na fakt, że zapisy SIWZ i projektu umowy powodują, że faktyczne ilości i zapotrzebowanie Zamawiającego na przedmiotowy asortyment nie są znane.

Zgodnie z wyrokiem ZAUZP z dnia 28.06.2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1809/06 Zamawiający decyduje o tym, czy przedmiot zamówienia podzielić na części i jaki asortyment w poszczególnych częściach powinien się znajdować, obowiązany jest on jednak respektować zasady uczciwej konkurencji będącej jedną z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych.

Dotychczasowa praktyka Zamawiającego w zakresie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia w latach w których optotelekomunikacyjne kable górnicze o konstrukcji tubowej

(światłowodowy) typu YOTKGtsFtlyn, występowały tj. dostawy na lata 2014, 2016, 2018 potwierdza, że asortyment będący przedmiotem zamówienia w zakresie części nr 6, ujmowany był przez Zamawiającego w ramach odrębnych zadań.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający, mimo jedynego kryterium, którym będzie się kierował przy wyborze oferty zgodnie z pkt. 4.5.1. SIWZ, tj. „cena brutto oferty 100%”, przy aktualnej konstrukcji asortymentowej części nr 6, ogranicza możliwość konkurencji, a tym samym uzyskania jak najkorzystniejszej ceny.

Zamawiający w dniu 27 sierpnia 2018 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z dnia 27 sierpnia 2018 r. zawierające odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, i tym samym zobowiązał się do dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, zgodnie z żądaniami Odwołującego.

Izba ustaliła, że w ustawowym terminie, wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp, tj. trzech dni od dnia opublikowania kopii odwołania na stronie internetowej Zamawiającego, tj. od dnia 17 sierpnia 2018 r., żaden wykonawca nie zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego, w tym po stronie Zamawiającego.

Wobec powyższego, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, uwzględniając okoliczność, że do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 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 (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 972). Izba nakazała zwrot na rzecz Odwołującego kwoty 15 000 zł, którą wniósł Odwołujący tytułem wpisu.

Przewodniczący: