

Sygn. akt: KIO/UZP 965/08

**WYROK**  
**z dnia 25 września 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Stanisław Sadowy**

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska**  
**Anna Packo**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **MATIX Sp. z o.o., ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** protestu z dnia 14 sierpnia 2008 r.

przy udziale **PIOMA S.A., ul. Dmowskiego 38, 97-300 Piotrków Trybunalski** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża MATIX Sp. z o.o., ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **MATIX Sp. z o.o., ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych) przez **MATIX Sp. z o.o., ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **MATIX Sp. z o.o., ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa.**

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

Katowicki Holding Węglowy S.A., zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę szyn i elementów tras kolejek podwieszanych dla KHW S.A. w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2008 roku”, nr sprawy: ZP/EZ/29/2008.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 30.04.2008 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE: 2008/S 86-117735 z dnia 03.05.2008 r.

Zawiadomieniem z dnia 11.08.2008 r., przekazanym wykonawcom w dniu 11.08.2008 r., za pomocą faksu, Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – złożonej przez Fabrykę Maszyn Górniczych „PIOMA” S.A. oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Wykonawcę MATIX Sp. z o.o. Częstochowa oraz oferty Konsorcjum: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. z siedzibą w Katowicach i P.W. DREMEX Sp. z o.o. w Głogowie Małopolskim.

W dniu 14.08.2008 r. do Zamawiającego wpłynął protest (pismo datowane na 14.08.2008 r.) Matix Sp. z o.o. na czynności Zamawiającego, w zakresie części VII zamówienia. We wniesionym proteście Odwołujący Matix Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie jego oferty i wyboru oferty Fabryki Maszyn Górniczych PIOMA S.A. Jednocześnie, Odwołujący wniósł o powtórne dokonanie procedury oceny złożonych ofert w zakresie części VII w przedmiocie udokumentowania przez MATIX Sp. z o.o., że oferowany produkt odpowiada wymaganiom SIWZ oraz dokonanie wyboru oferty złożonej przez MATIX Sp. z o.o.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał i podniósł, co następuje.

Istota sporu sprowadza się do ustalenia, jak w SIWZ określono wymagania w zakresie parametrów obciążenia pionowego złącza szyn. Według odwołującego oczywistym jest, iż przedmioty parametr ma wynosić 40 kN, podczas gdy Zamawiający twierdzi, że wymagał 50 kN.

Odrzucając ofertę złożoną przez MATIX Sp. z o.o. Zamawiający stwierdził, że „nie są spełnione wymagane przez SIWZ parametry obciążenia pionowego złącza szyn (tj. od zawiesia) wynoszące 50 kN, oferta w zakresie trasy typu DRK wersja 3 określa maksymalne obciążenie na 40 kN”.

Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający nie określił wprost w SIWZ wymaganego parametru obciążenia pionowego złącza szyn. W ocenie Odwołującego, z zapisów SIWZ wynika jednak, iż żądał w tym zakresie 40 kN, a nie 50 kN.

Odwołujący podniósł, iż:

- 1) Zamawiający sprecyzował zakres części zamówienia jako szyny do kolejki typu KSP 63. Wymagana nośność złącza szynowego w kierunku zawieszenia przy tej kolejce wynosi 40 kN. Zamawiający natomiast ocenił złożone oferty pod kątem spełnienia przez oferowane produkty parametru 50 kN, który jest wymagany przy torze jezdnym typu PIOMA P-85, wersja P-80 do kolejek szynowych podwieszanych.
- 2) W tożsamym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w ubiegłym roku, nr sprawy ZP/EZ/23/2007 wprost określono parametry, stwierdzając, że szyna prosta do kolejki podwieszanej KSP-63 musi posiadać nośność złącza szynowego w kierunku złącza 40 kN (pkt 1.2. szczegółowych wymagań technicznych). Wybrany we wskazanym postępowaniu wykonawca dostarcza również trasy kolejek podwieszanych, których producentem jest P.W. DREMEX Sp. z o.o., zaś produkty zakupione w wyniku prowadzenia niniejszego postępowania powinny być w pełni kompatybilne z dostarczonymi już trasami. Taka kompatybilność zachodzi w przypadku dostarczenia szyn prostych o nośności złącza szynowego w kierunku złącza 40 kN.

Jednocześnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dokonał wyboru oferty Fabryki Maszyn Górniczych PIOMA S.A., pomimo tego, iż brak jest w tej ofercie oświadczenia o kompatybilności, wymaganego w treści SIWZ.

3) Zamawiający tylko i wyłącznie w pkt 3 wymagań technicznych SIWZ powołuje się na tor jezdny typu PIOMA wersja P-85, wersja P-80 do kolejek szynowych podwieszanych. Jednocześnie najpierw precyzuje zakres części zamówienia jako „Szyny do kolejki KSP 63”, a nie tor jezdny typu Pioma, a następnie zaznacza, iż wykorzystuje tylko nazewnictwo i numery rysunków z dokumentacji DRT-09-0159-K-00-PL z grudnia 2004 r. „Tor jezdny typu PIOMA wersja P-85, P-80”, nie wspominając o tym, że poza nazewnictwem i numerami rysunków należy traktować jako obowiązujące parametry z tej dokumentacji.

W harmonogramie dostaw części VII, gdzie przedmiot zamówienia określono jako szyny do kolejki podwieszanej typu KSP-63, zamieszczono nazwę rysunku S26.14-2.06/1 SZYNA ŁUKOWA 7°, który to rysunek znajduje się w dokumentacji KSP-63. Nie ma go natomiast w dokumentacji toru jezdnego typu PIOMA. Odpowiednio, w formularzu cenowym wskazanej części zamówienia pod nr 32 zamieszczono przedmiotowy nr rysunku właściwy dla KSP-63.

4) W powołanym punkcie SIWZ Zamawiający potwierdza po raz kolejny, że to szyny do kolejki podwieszanej typu KSP 63 są przedmiotem zamówienia, a nie szyny do toru jezdnego typu PIOMA.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosiła Fabryka Maszyn Górniczych PIOMA S.A. (wpływ do Zamawiającego faksem w dniu 22.08.2008 r.), jednocześnie przekazując kopię zgłoszenia wykonawcy wnoszącemu protest. Przystępujący Wykonawca wniósł o oddalenie protestu.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie, co uznaje się za jego oddalenie (art. 183 ust. 3 Pzp). Od braku rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, w dniu 02.09.2008 r., Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu, żądając uwzględnienia odwołania oraz nakazania powtórzenia Zamawiającemu czynności oceny i wyboru ofert.

W dniu 17.09.2008 r. PIOMA S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, przywołaną dokumentację techniczno-ruchową, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Zgodnie z rozdziałem II SIWZ „Szczegółowe wymagania techniczne”, przedmiotem zamówienia są dostawy nowych szyn i elementów tras kolejek podwieszanych, wymienionych w formularzach cenowych części zamówienia od 1/I do 1/XXI. Zamawiający zestawiał części zamówienia i określił ich zakres. Część VII zamówienia, po modyfikacji SIWZ z dnia 20.05.2008 r., obejmuje dostawę szyn do kolejki podwieszanej typu KSP 63. Producentem posiadanej przez Zamawiającego kolejki jest Fabryka Maszyn Górniczych PIOMA S.A. W związku z powyższym w wymaganiach technicznych zawartych w rozdziale II SIWZ pkt 3 tiret. 2 Zamawiający odniósł się do konkretnej dokumentacji techniczno-ruchowej, tj. DTR-09-0159-K-00-PL z grudnia 2004 r. – Tor jezdny typu Pioma, wersja P-85, wersja P-80 do kolejek szynowych podwieszanych.

Zgodnie z przywołanym pkt 3: „Do opisu przedmiotu zamówienia w „Harmonogramie dostaw” oraz „Formularzach cenowych” wykorzystano nazewnictwo i numery rysunków z następujących Dokumentacji: (...) – dla elementów tras kolejki typu KSP-63– Dokumentacja Techniczno Ruchowa DTR-09-0159-K-00-PL z grudnia 2004 r. – Tor jezdny typu Pioma, wersja P-85, wersja P-80 do kolejek szynowych podwieszanych”

Zamawiający w powyższym zdaniu posłużył się zwrotem „opisanie przedmiotu zamówienia”, a ponieważ nie opisał w SIWZ parametrów innych (odmiennych) niż wymagane w tej dokumentacji, należy uznać, iż przywołane nazwy i symbole rysunków opisują wymagane cechy i parametry zamawianych produktów. W związku, z tym niezależnie od stylistycznego sformułowania zacytowanego zdania, według składu orzekającego Izby, Odwołujący nie miał podstaw, aby zamienić w SIWZ przywołaną dokumentację na dokumentację PIOMA S.A. o symbolu DTR-09-0126-K-00-PL z kwietnia 2003 r. i uznać tę zmianę za zgodną z SIWZ.

Odwołujący powołuje się, co prawda, iż szyna wymieniona w poz. 32 części VII zamówienia nie została opisana w dokumentacji DTR-09-0159-K-00-PL, lecz, w przypadku zauważenia takiego braku, powinien był zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie wątpliwości przed złożeniem oferty. Poza tym odrzucenie oferty Odwołującego nie jest związane z poz. 32 tej części (VII).

Ponadto Zamawiający w pkt.2 wymagań technicznych zawartych w rozdziale II SIWZ zawarł postanowienie iż „Każdy z oferowanych elementów tras musi wykazywać się pełną kompatybilnością z urządzeniami, do których jest przeznaczony.” Zgodnie z wyjaśnieniem

z dnia 20.05.2008 r., pod pojęciem „kompatybilny” Zamawiający rozumiał część zgodną, mogącą współistnieć bez szkody dla innego urządzenia. Jak Zamawiający wskazał na rozprawie, wytrzymałość całej trasy kolejki jest taka, jak wytrzymałość najsłabszego elementu, więc przy użyciu zawiesi o nośności 40 kN, jak oferuje Odwołujący, parametr całej kolejki zmieniłby się z 50 kN na 40 kN, czyli na gorszy - zatem oferowane szyny nie są kompatybilne. Jeżeli uznać za prawdziwe twierdzenie Zamawiającego, iż obecnie cała kolejka posiada parametr 50 kN (a Izba nie otrzymała dowodu przeciwnego) należy uznać, iż oferowana szyna o nośności zawiesi 40 kN nie jest kompatybilna z całością kolei, do której jest przeznaczona. Po za tym nawet zarzut niekompatybilności się nie potwierdził tj. Zamawiający jak twierdzi Odwołujący w odwołaniu już eksploatował szyny o parametrze 40kN, stwierdzenie niezgodności opisanej poniżej jest wystarczające dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ.

Poza tym z faktu, iż w poprzednich postępowaniach o udzielenie zamówienia wymagał złącza szyn 40 kN nie można wywodzić, wbrew dokumentacji techniczno-ruchowej, iż parametr ten został zachowany w niniejszym przedmiocie zamówienia.

Jak strony przyznały zgodnie na rozprawie, miarodajna i taka, którą może brać pod uwagę kopalnia jest wartość parametrów określona w dopuszczeniu Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego-zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz. U. Nr 99, poz. 1003 z dnia 1 maja 2004 r.), a nie rzeczywiście uzyskane wartości. Dlatego argument, iż szyny posiadają faktyczną wartość obciążenia 50 kN nie ma znaczenia, skoro wyżej wymienione dopuszczenie pozwala na maksymalne obciążenie 40 kN.

W świetle powyższych ustaleń nie zasadnym okazał się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, gdyż treść oferty Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając, ze względu na łączne rozpatrzenie odwołań, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości określonej w sentencji, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....