

POSTANOWIENIE

z dnia 5 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Przemysław Łaciński**

Po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **5 września 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **26 sierpnia 2011 r.** przez wykonawcę: **Hutę Łabędy Spółkę Akcyjną, ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40 - 022 Katowice**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:

- **Centrali Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. ul. Lompy 13, 40-955 Katowice (lider) oraz Europejskich Technologii Górniczych Sp. z o.o. ul. Groniec 1, 41-260 Sławków**, zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Huty Łabędy Spółki Akcyjnej, ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice, kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
- 3. Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na „Dostawy obudów chodnikowych stalowych specjalnych do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie od dnia zawarcia umowy do 31 grudnia 2012 r. lub do wyczerpania kwoty umowy,” podzielonym na części, (Dz. Urz. UE z dnia 20.05.2011 r., Nr 2011/S 97 -159447), w dniu 26 sierpnia 2011 r. zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej odwołanie w zakresie V-ej części zamówienia przez wykonawcę: Huta Łabędy Spółka Akcyjna w Gliwicach, w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 24 sierpnia 2011 r.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 18 sierpnia 2011 r. za pośrednictwem faksu o wyborze oferty najkorzystniejszej na część V zamówienia złożonej przez konsorcjum firm: Centralę Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. z Katowic (lider) oraz Europejskie Technologie Górnicze Sp. z o.o. ze Sławkowa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Katowickiemu Holdingowi Węglowemu S.A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez wybór oferty na część V zamówienia, która była niezgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
- 2) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, przez pominięcie nakazu prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także nakazu udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami tej ustawy.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum firm: Centrali Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. z Katowic (lider) oraz Europejskich Technologii Górniczych Sp. z o.o. ze Sławkowa do realizacji V części zamówienia,
2. dokonania czynności powtórnego badania ofert, w tym oceny czy zaoferowany przez wymienione konsorcjum wyrób: obudowa równoważna - spełnia wszystkie wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. odrzucenia oferty wybranego konsorcjum jako oferty, której treść nie odpowiada

- treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. dokonania powtórnego wyboru oferty, tj. wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej na część V zamówienia,
- a także,
5. zasądzenia od zamawiającego na rzecz Huty Łabędy S.A. kosztów postępowania odwoławczego wg norm prawem przewidzianych na podstawie przedłożonych rachunków.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący ponosił, że zamawiający w wyniku badania ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę obudów chodnikowych stalowych specjalnych do realizacji części V zamówienia wybrał ofertę złożoną przez konsorcjum: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Europejskie Technologie Górnicze Sp. z o.o. pomimo faktu, iż oferta złożona przez wymienionego wykonawcę była niezgodna z wymaganiami SIWZ co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Ponadto, wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z pominięciem art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 tej ustawy. W rozdziale II SIWZ „Szczegółowe wymagania techniczne” (zał. 1) w pkt 1 „Przedmiot zamówienia” zamawiający określił, że w zakresie części V przedmiot zamówienia stanowi: „Obudowa ŁPrw32/V32, kompletna (ze strzemionami i łącznikami stropnicowymi) ze stali o podwyższonej wytrzymałości.” W ppkt od 1.1. do 1.5. szczegółowo określił jakie wymagania techniczne musi spełniać zaoferowana obudowa chodnikowa oraz jakimi cechami winna się charakteryzować, aby zamawiający mógł uznać, iż jest to produkt w swym charakterze równoważny.

Odwołujący wyjaśniał, iż obudowa typu ŁPrw należy do grupy obudów chodnikowych stalowych specjalnych, ciężkich przeznaczonych do zabezpieczania wyrobisk korytarzowych charakteryzujących się niewielką wysokością w stosunku do szerokości, a podstawowymi cechami charakteryzującymi jej konstrukcję (nr rysunku: BG-1398.00 - str. 105 oferty Huty - zał. 2) są: wymiary zewnętrzne - szerokość i wysokość (dla ŁPrw32A/32 wynoszące odpowiednio: szerokość 7200 mm, wysokość 3800 mm), geometria obrysów kompletnych odrzwi: obudowa łukowo-prosta podatna, kształtem zbliżona do prostokąta. Ponadto wykonana jako sześćcioelementowa i składająca się z dwóch identycznych łuków ociosowych „I” i dwóch łuków ociosowych „II” oraz łuku stropnicowego „I” wzmocnionego łukiem stropnicowym „II.” Nośność - dla odrzwi ŁPrw32/V32 wykonanych ze stali o podwyższonej wytrzymałości wynosi 0,104 MN/m (str. 120 oferty Huty - zał. 3). Odwołujący uzasadniał, iż składając swoją ofertę zaoferował zatem wyrób zgodny z wymaganiami zamawiającego tj. odrzvia obudowy ŁPrw32A/32 kompletne (ze strzemionami i łącznikami stropnicowymi) ze stali o podwyższonej wytrzymałości.

W ocenie odwołującego wybrane konsorcjum zaoferowało produkt w swej konstrukcji zupełnie odmienny niż wymagany, niekompletny (nie zawierający łączników stropnicowych), nie spełniający warunków równoważności opisanych w rozdziale II SIWZ „Szczegółowe wymagania techniczne” w pkt 1 „Przedmiot zamówienia” w ppkt 1.1. gdzie zamawiający określił, że przedmiot zamówienia równoważny to taki, który uwzględnia w swej konstrukcji wymiary zewnętrzne, geometrię obrysów kompletnych odrzwi oraz nośność. Zdaniem odwołującego, zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, bez podania ewentualnych zakresów tolerancji w zakresie podstawowych cech technicznych obudowy, wykluczył dokonanie zakupu sprzętu dla niego nieprzydatnego. Jednocześnie zamawiający dopuszczając możliwość zaoferowania produktu równoważnego zezwolił by np. długości łuków ociosowych i stropnicowych były dowolne (takie same lub inne) niż w obudowie ŁPrw. Wielkość zakładek łączących poszczególne elementy obudowy oraz ilość i typ strzemion dowolne (takie same lub inne), pod warunkiem, że zachowane zostaną tak istotne dla zamawiającego wymiary zewnętrzne odrzwi, geometria obrysów kompletnych odrzwi oraz nośność odrzwi.

Ponadto odwołujący podnosił, iż pomimo żądania zawartego w ppkt 5.1. rozdziale II SIWZ dostaw „obudowy kompletnej ze strzemionami i łącznikami stropnicowymi” wybrane konsorcjum oferuje dostawę obudowy ŁPSp- 23 V32/4 bez łączników stropnicowych o czym poinformowało zamawiającego w „Oświadczeniu wykonawcy” (strona 58 oferty konsorcjum - zał. 4). W przywołanym powyżej oświadczeniu przeczytać można, iż „na cenę kompletnej ŁPSp- 23 V32/4 składają się odrzwia obudowy ŁPSp- 23 V32/4 wraz ze strzemionami SDO 32/34/36W.”

Odwołujący argumentował, że kwestionowana oferta nie spełnia wymagań zamawiającego w żadnym z wymaganych zakresów równoważności.

1. W zakresie wymiarów zewnętrznych: zaoferowana obudowa typu ŁPSp- 23 V32/4/7,2x3,8 o ile w dolnej części swej konstrukcji posiada szerokość 7200 mm, o tyle wysokość 3800 mm osiąga jedynie w najwyższym punkcie swej konstrukcji (str. 66-68 oferty konsorcjum firm - zał. 5), podczas gdy długość łuku stropnicowego „I” i obudowy ŁPrw32A/32 (wysokość 3800 mm) wynosi 5300 mm (str. 108 oferty odwołującego – Huty, zał. 6).
2. W zakresie geometrii obrysów kompletnych odrzwi zaoferowana przez wybrane konsorcjum firm obudowa ŁPSp-23 V32/4 ze względu na swój eliptyczny kształt (przybliżona elipsa, str. 66 oferty konsorcjum) nie przypomina swym obrysem wymaganego przez zamawiającego kształtu „prostokątnego” obudowy ŁPrw32A/32 (str. 105 oferty odwołującego - Huty). Z nałożonych na siebie rysunków konstrukcyjnych obudowy ŁPrw32A/32 i ŁPSp-23 V32/4/7,2x3,8 wynika, iż obrysy obu typów obudów są diametralnie różne. Na dowód odwołujący

przedłożył pismo Głównego Instytutu Górnictwa BG/607/2011 oraz obrysy odrzwi ŁPrw32 i ŁPSP-23 - zał. 7). Stwierdził, iż obudowa typu ŁPSP- 23 V32/4/7,2x3,8 wpisuje się w „światło” obudowy typu ŁPrw32A/32 tj. pole powierzchni utworzone pod obrysem obudowy typu ŁPrw32A/32 (przestrzeń wyrobiska) jest znacząco większe niż pole powierzchni utworzone pod obrysem obudowy typu ŁPSP- 23 V32/4/7,2x3,8.

3. Odwołujący odnotował różnice w zakresie nośności obu typów obudowy, gdyż wskaźnik nośności WN odrzwi obudowy ŁPrw32A/32 wykonanych ze stali o podwyższonej wytrzymałości to 0,104 MN/m (str. 120 oferty Huty), podczas gdy wskaźnik nośności WN odrzwi obudowy ŁPSP- 23 V32/4/7,2x3,8 wykonanych ze stali o podwyższonej wytrzymałości to 0,127 MN/m (str. 143 oferty konsorcjum firm - zał. 8) - inny niż wymagany.
4. Ponadto odwołujący przypomniał, że konstrukcja obudowy ŁPrw32/V32 jest konstrukcją sześćoelementową, łuki ociosowe „I” są symetryczne (jednakowe długości i promienie gięcia, jeden promień gięcia), łuki ociosowe „II” są symetryczne (jednakowe długości i promienie gięcia, dwa promienie gięcia), a całość konstrukcji odrzwi zaliczana jest do grupy obudów specjalnych „ciężkich” - masa odrzwi bez strzemion i łączników dla ŁPrw32/V32 wynosi 681,4 kg, a do stabilizacji odrzwi służą łączniki stropnicowe, podczas gdy konstrukcja obudowy ŁPSP-V32/4/7,2x3,8 jest konstrukcją czteroelementową, zarówno łuki stropnicowe jak i ociosowe posiadają dwa promienie gięcia (PM,R2 - str. 67 oferty konsorcjum), co powoduje, że konstrukcja obudowy ŁPSP-V32/4/7,2x3,8 dużo szybciej niż w przypadku obudowy ŁPrw32/V32 się zawęża. Masa obudowy ŁPSP-V32/4/7,2x3,8 to 489 kg, a do stabilizacji odrzwi służą rozpory, których to rozpór wybrane konsorcjum wraz z dostawami nie oferuje.

Sytuacja taka, zdaniem odwołującego, powoduje że ze względu chociażby na ogólną masę obudowy, ilość wykonanych czynności w procesie produkcji, nie zaoferowanie łączników stropnicowych czy też koszty transportu obudowa typu ŁPSP- 23 V32/4/7,2x3,8 jest tańsza. Wskazał, iż zamawiający nie prowadził postępowania przetargowego, którego przedmiotem zamówienia miał być dowolny rodzaj obudowy chodnikowej, o dowolnym obrysie - kształcie i bliżej nie sprecyzowanej nośności, lecz zażądał dostaw konkretnego rodzaju obudowy, jasno i czytelnie sprecyzował zasady jakimi będzie się kierował dla uznania, że oferowany produkt można uznać za równoważny, a mianowicie uznał, iż najistotniejsze cechy to wymiary zewnętrzne, geometria obrysów kompletnych odrzwi oraz nośność. Gdyby zamawiający nie doprecyzował, że przedmiotem zamówienia jest obudowa typu ŁPrw 32A/32 kompletna (ze strzemionami i łącznikami stropnicowymi) - taką jaką zaoferowała Huta Łabędy S.A. to wówczas Huta jak i kilku innych wykonawców znanych na

rynku mogłoby złożyć oferty o bardzo zbliżonej konstrukcji do ŁPSp, o podobnych właściwościach mechanicznych i masie niższej o kilkanaście procent w stosunku do ŁPSp.

W związku z powyższymi argumentami odwołujący uznał, że oferta złożona przez wybrane konsorcjum nie spełnia wymagań określonych w SIWZ dla przedmiotu zamówienia, a wybór w zakresie części V tej oferty dokonany przez zamawiającego, który nie uwzględnił w swej ocenie warunków równoważności, a które to warunki podał do wiadomości publikując specyfikację oraz przyjął do realizacji ofertę, która nie przewiduje dostaw kompletnej obudowy narusza wskazane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, dając podstawy do wniesienia odwołania.

Reasumując, odwołujący podnosił, iż na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż jego oferta spełnia warunki określone w SIWZ, a oferta złożona przez wybrane konsorcjum nie spełnia wymagań zamawiającego, co powoduje, że nie można uznać jej za najkorzystniejszą. Przyjęcie przez zamawiającego do realizacji dostaw obudowy ŁPSp- 23 V32/4/7,2x3,8 niezgodnej z wymaganiami wskazanymi w SIWZ, niekompletnej, stanowi w ocenie odwołującego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2. ustawy Pzp. Sprawia, że zostaje złamana także podstawowa zasada zamówień publicznych wyrażona art. 7 tej ustawy, a mianowicie zapewnienia przez zamawiającego uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wywodził, iż przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez konsorcjum zamawiający naruszył przywołane we wstępie odwołania przepisy ustawy Pzp i spowodował uszczerbek w jego interesie prawnym, jako wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 25 sierpnia 2011 r. do postępowania odwoławczego dnia 25 sierpnia 2011 r. zgłosił przystąpienie w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym, weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, z kopią przesłaną stronom postępowania, wybrany wykonawca na część V zamówienia, tj. konsorcjum firm: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. z Katowic (lider) oraz Europejskie Technologie Górnicze Sp. z o.o. ze Sławkowa, który powołując się na interes w utrzymaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, wniósł o oddalenie odwołania.

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum firm: Centralę Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. z Katowic (lider) oraz Europejskie Technologie Górnicze Sp. z o.o. ze Sławkowa do udziału w postępowaniu odwoławczym z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego.

W dniu 2 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej za pośrednictwem faksu oraz pisemnie w dniu 5 września 2011 r. wpłynęła odpowiedź na odwołanie podpisana

przez osoby upoważnione do reprezentowania zamawiającego, w której zostało złożone oświadczenie „o uwzględnieniu odwołania w całości.”

Przystępujący, konsorcjum firm: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. z siedzibą w Katowicach (lider) oraz Europejskie Technologie Górnicze Sp. z o.o. z siedzibą w Sławkowie na posiedzenie Izby nie stawili się mimo prawidłowego powiadomienia o terminie. Stosownie do postanowień § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) Izba wzywa uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego do złożenia oświadczenia w terminie 3 dni w przedmiocie złożenia sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego. Wezwanie takie jednakże ma miejsce w ramach czynności przygotowawczych składu orzekającego Izby do skierowania sprawy na posiedzenie z udziałem stron. Po wyznaczeniu terminu rozprawy, przystępującemu przysługuje prawo wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania pisemnie lub ustnie do protokołu posiedzenia, na podstawie postanowień art. 186 ust. 5 ustawy Pzp.

Izba uznała zatem, iż przystępujący nie skorzystał z przysługującego mu prawa wniesienia sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego.

Stosownie do postanowień art. 186 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba umarza postępowanie odwoławcze, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy zachodziły ustawowe przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego na zasadzie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli uczestnik

postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu, a zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości przed otwarciem rozprawy - Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do postanowień art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Pzp w przypadku umorzenia postępowania, koszty postępowania odwoławczego w opisanych wyżej okolicznościach, zaistniałych w niniejszej sprawie, podlegają wzajemnemu zniesieniu między stronami.

Przewodniczący:

.....