

Sygn. akt: KIO 1302/12

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 04 lipca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 04 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2012 r. przez **WIKA sp. z o.o., ul. Toszecka 17, 44-100 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompania Węglowa S.A. , ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **WIKA sp. z o.o., ul. Toszecka 17, 44-100 Gliwice** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej na dostawy łożysk do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2012 r., zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 45-074186 z 06.03.2012 r. przez Kompanie Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 12.06.2012 r. Zamawiający przesłał (e-mailem) informacje o wyborze ofert Wykonawców, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa, stosownie do odpowiedniej części, czy też pozycji: a) P.H. Ewmar - Ness Sp. z o.o., ul. Gen. Zaruskiego 3,41-219 Sosnowiec zwanego dalej: „P.H. Ewmar - Ness Sp. z o.o.”; b) Wika Sp. z o.o., ul. Toszecka 17,44-100 Gliwice zwanego dalej: „WIKA Sp. z o.o.” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1302/12”; c) Konsorcjum firm: 1) ENCO Sp. z o.o. (Lider); 2) RAK and Roli Sp. j. (Partner) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Kolejowa 26, 44-200 Rybnik zwanego dalej: „Konsorcjum ENCO”; d) HSB Sp. z o.o., ul. Górna 26,41-215 Sosnowiec zwanego dalej: „HSB Sp. z o.o.”; e) TLC Sp. j., ul. Mazowiecka 35, 05-077 Warszawa-Wesoła zwanego dalej: „TLC Sp. j.”; f) Metal Market Sp. j., ul. Modrzewiowa 5,41-219 Sosnowiec zwanego dalej: „Metal Market Sp. j.”; g) PREMA SA, ul. Jaktorowska 3/5, 01-202 Warszawa zwanego dalej: „PREMA SA”; h) Rema - Pol Sp. z o.o., ul. Podmiejska 11,41-940 Piekary Śl. zwanego dalej: „Rema - Pol Sp. z o.o.”. Jednocześnie zawiadomił WIKA Sp. z o.o. o odrzuceniu jego oferty dla zadania 1 na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”.

W dniu 22.06.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Wika Sp. z o.o. wniosła na podstawie art. 182 ust. 1 w zw. z art. 179 Pzp odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 12.06.2012 r. (zadanie 1). Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 22.06.2012 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego). Odwołujący zarzucił, że w/w czynności Zamawiającego naruszają przepisy Pzp, a mianowicie art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 7 ust. 1 i 91 ust. 1. Wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego tj.: odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru ofert wykonawców z którymi zostanie zawarta umowa ramowa;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania ofert i wyboru ofert wykonawców z którymi zostanie zawarta umowa ramowa z uwzględnieniem faktu, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający

podniósł, że w Zadaniu nr poz. 148 Zamawiający wymagał łożyska NJ 204 ECP (koszyk poliamidowy), a odwołujący zaoferował łożysko równoważne NJ 204 E ZVL (koszyk stalowy). Odrzucając ofertę odwołującego, a w konsekwencji dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający naruszył przepisy Ustawy. W SIWZ Zamawiający w następujący sposób określił przedmiot Zamówienia w zakresie Zadania nr 1 poz. 148 - „Łożysko toczne walcowe NJ 204 ECP jednorzędowe koszyk z poliamid — szt. 165”. Jednocześnie zgodnie z pkt VI. 1 SIWZ Zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych pod warunkiem, że *„parametry wg. katalogu producenta oferowanych łożysk odpowiadają parametrom łożysk określonym w zadaniu 1”*. Nadto zgodnie z pkt. B.5 Załącznika nr 1 do SIWZ łożyska walcowe poprzeczne muszą spełniać wymogi norm PN-89/M-86208, PN-89/M-86180 PN-75/M-86210 (z tym, że normy PN-89/M-86208, PN-75/M-86210 dotyczą łożysk walcowych innych typów niż łożysko z poz. 148). Norma PN-89/M-86180 określa parametry łożysk walcowych, nie zawiera natomiast uregulowania co do materiałów w tym materiałów z jakich ma być wykonany koszyk. W tym zakresie norma ta odsyła do normy PN-74/M-86406 (pkt. 3.6). Norma PN-74/M-86406 została zastąpiona przez normę PN-89/M-86406. Zgodnie z jej postanowieniami zalecane jest stosowanie koszyków blaszanych lub koszyków masywnych, przy czym materiałem z którego wykonany jest koszyk jest stal lub mosiądz. W związku z powyższym odwołujący podnosi, iż tak określone warunki spełniają łożyska zaoferowane przez niego w poz. 148 Zadania nr 1 w szczególności spełniają wszelkie wymagania w/w norm a ich zakres zastosowania jest co najmniej taki sam jak łożyska wskazanego w SIWZ. (Dowód: Normy: PN-89/M-86180, PN-89/M-86406).

Skoro Zamawiający w zakresie warunków jakie muszą spełniać łożyska odwołał się w SIWZ do polskiej normy, która dopuszcza koszyki z różnych materiałów w tym koszyki stalowe, to zaoferowanie przez Odwołującego łożyska z koszykiem stalowym jest rozwiązaniem równoważnym do koszyka poliamidowego, a w konsekwencji oferta Odwołującego jest zgodna z wymaganiami SIWZ. Co więcej z punktu widzenia użytkownika, zastosowanie koszyka stalowego zwiększa możliwości wykorzystania łożysk. To łożyska z koszykami metalowymi, a nie poliamidowymi są zalecane do pracy ciągłej w wysokiej temperaturze lub w ciężkich warunkach. Takie zastrzeżenie zostało umieszczone katalogu producenta, na którego oznaczenia powołuje się Zamawiający, w Uwagach do stosowania łożysk z koszykami poliamidowymi. Łożyska z koszem metalowym mają zatem szersze zastosowanie niż łożyska z koszem poliamidowym i mogą je z powodzeniem zastąpić, przy jednoczesnym ograniczeniu odwrotnej wymienności. (Dowód: Katalog Główny SKF - Katalog 6000PL styczeń 2007, str. 517)

Nadto, Odwołujący podnosił, że postanowienia SIWZ w przedmiotowym zakresie są niejednoznaczne. Z jednej strony jak może wynikać z pisma Zamawiającego z dnia 12.06.2012 r. wymagał łożyska z koszykiem poliamidowym, drugiej strony odwołując się do

polskiej normy wskazał, że dopuszczalne jest stosowanie koszyka stalowego. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej niejednoznaczne zapisy SIWZ nie mogą być podstawą do uznania oferty wykonawcy za sprzeczną z postanowieniami specyfikacji, a konsekwencji do jej odrzucenia.

Odwołujący podnosił również, że Zamawiający odrzucając ofertę dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą postępowanie winno być prowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jak wskazano wyżej zastosowanie koszyka stalowego nie tylko jest zgodne z przepisami lecz wręcz korzystne dla Zamawiającego. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu przyczynę odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadania o wartości ponad 1.000.000 zł stanowi pozycja, której wartość jednostkowa wynosi 10,29 zł co przy 165 łożyskach daje kwotę 1697,85 zł. Jednocześnie wybrane zostały oferty, z których najniższa jest ponad dwukrotnie wyższej wartości niż oferta odwołującego. Poszczególni producenci oferują na rynku łożyska z koszykami wykonanymi z różnych materiałów, przy czym łożyska z koszykiem poliamidowym nie posiadają żadnych nadzwyczajnych zastosowań w stosunku do łożysk z koszykami metalowymi, a nawet jak wskazano powyżej istnieją ograniczenia ich zastosowania w ciężkich warunkach pracy. Brak więc jakiegokolwiek uzasadnienia aby ograniczać możliwość zaoferowania w niniejszym postępowaniu łożysk tylko do niektórych producentów. To że producent, którego łożysko Zamawiający wskazał w celu opisu przedmiotu zamówienia w zadaniu nr 1 w poz. 148 oferuje dane łożyska z koszykiem poliamidowym nie może stanowić uzasadnienia dla ograniczania konkurencji, szczególnie w świetle przepisu art. 29 ust. 3 Pzp, z którego to przepisu wynika wprost obowiązek dopuszczenia składania ofert na przedmiot równoważny. Odwołujący zwrócił również uwagę na brak konsekwencji Zamawiającego w zakresie dotyczącym ewentualnych skutków niespełnienia wymagań SIWZ przez łożyska zaoferowane w poszczególnych pozycjach danego zadania. Jedynie w przypadku zadania nr 1 Zamawiający odrzucał w takim przypadku oferty w zakresie całego zadania. Natomiast w pozostałych zadaniach odrzucane były oferty tylko co do poszczególnych pozycji. Zdaniem odwołującego z postanowień SIWZ w żadnym przypadku nie wynika, aby dla zadania nr 1 stosować w tym zakresie odmienne zasady niż dla pozostałych zadań. W związku z tym z ostrożności procesowej Odwołujący podnosił, że jego oferta w zakresie zadania 1 mogłaby być ewentualnie odrzucona jedynie co do pozycji 148.

Zamawiający w dniu 25.06.2012 r. wezwał e-mailem i przesłał kopie odwołania w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28.06.2012 r. (faxem), a 03.07.2012 r. pisemnie (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) PREMA SA zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 03.07.2012 r. (faxem), a 04.07.2012 r. przed posiedzeniem pisemnie (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Kopia została przekazana Odwołującemu. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez prokurenta Mariana Hołda oraz Wiceprezesa Zarządu Marka Uszko osoby ujawnione w KRS-ie załączonym do dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1302/12 oraz KIO 1314/12 i umocowane do łącznej reprezentacji. Zamawiający stwierdził, że parametry równoważności opisał w Załączniku nr 1 do SIWZ cz. B pkt 8 i 10. Definicja ta obok odniesienia do zwymiarowania łożysk wskazywała również na pozostałe parametry łożysk określone w danym zadaniu. Zgodnie z norma PN-89/M-86406, zalecane jest stosowanie koszyków blaszanych lub koszyków masywnych, przy czym materiałem, z którego wykonany jest koszyk jest stal lub mosiądz. Tym samym stwierdzenie SIWZ odnoszące się do zaoferowania w postępowaniu łożysk z koszykiem poliamidowym, na gruncie SIWZ oraz przywołanej normy jest spełnione.

W dniu 04.07.2012 r. w związku z postanowieniem Izby z dnia 28.06.2012 r. odbyło się posiedzenie niejawne z udziałem stron i zgłaszającego przystąpienie. W toku posiedzenia, Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego firmy: PREMA SA., nie spełnia wymogów wynikających z art. 185 ust. 2 Pzp. Zgłoszone przystąpienie w przywołanym terminie miało miejsca faxem, a następnie zostało potwierdzone pisemnie – po 3 dniowym terminie. Jednakże faksowi nie można przypisać atrybutu formy pisemnej. Nie ma także możliwości wezwania do uzupełnienia braków formalnych, jak w wypadku odwołania. Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280) stanowiąc, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W konsekwencji Izba, nie uznała zgłoszonego przystąpienia za skuteczne, uznając, że żadne przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego nie miały miejsca. Wobec powyższego,

Izba ustaliła, że do Prezesa KIO w trzydniowym terminie, tj. do 28.06.2012 r. włącznie, żaden wykonawca skutecznie nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 Pzp). Zgodnie z informacją uzyskaną od Zamawiającego zawiadomienie o złożeniu odwołania zostało przekazane uczestnikom postępowania e-mailem w dniu 25.06.2012 r. (informacja z dnia 28.06.2012 r. przesłana do Prezesa KIO).

Zamawiający w osobach umocowanego pełnomocnika podtrzymał na posiedzeniu uwzględnienie w całości odwołania o sygn. akt: KIO 1302/12.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w związku z art. 186 ust. 1 Pzp oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....