

Sygn. akt: KIO/UZP 1455/09

WYROK
z dnia 24 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 20 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fabrykę Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Hutnicza 5-9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** protestu z dnia 3 września 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Fabrykę Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Hutnicza 5-9;**

2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** na rzecz **Fabrykę Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Hutnicza 5-9** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej na poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczanego przez Odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika:

~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~

4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Fabrykę Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Hutnicza 5-9.**

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21.08.2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2009/S 160-233159.

Na stronie internetowej Zamawiającego została opublikowana treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pt. zakup fabrycznie nowej górniczej obudowy zmechanizowanej do eksploatacji pokładów węglowych systemem ścianowym z zawałem stropu oraz zakup nowego zestawu zmechanizowanej obudowy skrzyżowań dla KHW S.A. KWK "Mysłowice-Wesoła" (nr sprawy ZP 550/2009).

Postępowanie prowadzi Zamawiający: Katowicki Holding Węglowy S.A. ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice KWK Mysłowice-Wesoła ul. Kopalniana 5, 41-408 Mysłowice.

Odwołującym jest: Fabryka Maszyn i Urządzeń "TAGOR" S.A., ul. Hutnicza 5-9, 42-600 Tarnowskie Góry.

Odwołanie zostało złożone pismem dnia 22 września 2009r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego pismem z dnia 14 września 2009 r., wniesionego w dniu 3 września 2009 r. przez Odwołującego.

Podstawę prawną wniesionego odwołania stanowi art. 184 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (PZP).

Protest zawierał żądanie zmiany postanowień SIWZ, między innymi w zakresie zmiany kryterium unifikacji -wartości technicznej tj. wykreślenia w tabeli zamieszonej w pkt 13.3 SIWZ jak i w opisie kryterium, iż element przedmiotu zamówienia musi być wykonany zgodnie z konkretnym rysunkiem stanowiącym część dokumentacji stanowiącej własność FAZOS S.A. W pozostałym zakresie protest został uwzględniony.

Zdaniem Odwołującego, SIWZ w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zawiera postanowienia sprzeczne z regulacjami PZP.

Zarzut Odwołującego dotyczył naruszenia:

- 1) przepisu art. 91 ust. 2 PZP poprzez nieprawidłowe określenie kryterium oceny ofert,
- 2) przepisu art. 7 ust. 1 PZP przez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wskutek podniesionych naruszeń PZP interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku w związku z ograniczeniem możliwości uzyskania zamówienia.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił co następuje.

Odwołanie dotyczy treści pkt 13 rozdziału I SIWZ a w szczególności pkt 13.3 -Kryterium unifikacji (wartość techniczna).

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji treści SIWZ polegającej na zmianie kryterium unifikacji -wartość techniczna tj. wykreśleniu w tabeli zamieszczonej w pkt 13.3 SIWZ jak i w opisie kryterium, iż element przedmiotu zamówienia musi być wykonany zgodnie z konkretnym rysunkiem stanowiącym część dokumentacji stanowiącej własność FAZOS S.A.

Zamawiający jako unifikację w SIWZ określił "wyposażenie przedmiotu zamówienia w elementy hydrauliki i konstrukcji odpowiadające elementom sekcji obudowy zmechanizowanej typu FAZOS -24/46 POz wg rys.P02.748.1, będącej w posiadaniu KWK "Mysłowice-Wesoła".

W trakcie rozprawy bezspornie wyjaśniono, że zwrot „będącej w posiadaniu” odnosi się do „eksploatowanej obudowy przez Zamawiającego”, a nie do „wg rys.P02.748.1”.

Szczegółowe określenie rysunków według których należało zaprojektować poszczególne elementy obudowy, aby spełniały one wymagania Zamawiającego i dodatkowo otrzymały punkty w kryterium unifikacji zostało wyszczególnione w tabeli zamieszczonej w pkt 13.3 SIWZ.

Zgodnie z uzyskanymi od służb Zamawiającego informacjami Zamawiający nie posiada dokumentacji konstrukcyjnej zawierającej wymienione w tabeli rysunki, gdyż stanowi ona własność FAZOS S.A. czyli producenta obudów.

Pełnomocnik Zamawiającego na rozprawie stwierdził, że nie ma przeszkód formalnych i prawnych w posiadaniu dokumentacji projektowej przez Zamawiającego, ale nie wykazał, iż twierdzenie Odwołującego w powyższym zakresie jest nieprawdziwe.

Tym samym Zamawiający w toku postępowania odwoławczego nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, że nie dysponował dokumentacją konstrukcyjną wg rys. P02.748.1 oraz nie dysponuje rysunkami zawartymi w tabeli które będą przedmiotem analizy pod kątem unifikacji. Z kolei posiadana przez Zamawiającego Instrukcja Obsługi obudowy FAZOS-24/46 POz nie jest dokumentem do przeprowadzenia procesu oceny ofert, ponieważ dane zawarte w niej dotyczą eksploatacji urządzenia (transportu, montażu, bezpieczeństwa pracy, konserwacji i naprawy, typowych uszkodzeń i wymiany uszkodzonych elementów). Rysunki zawarte w Instrukcji Obsługi mają charakter poglądowy. Brak w niej informacji konstrukcyjnych (technologicznych, wykonawczych), a zawartych w dokumentacji P02.748.1, które zgodnie z SIWZ, miały być przedmiotem analizy pod kątem unifikacji. Wykonawca natomiast zobowiązany był dołączyć do oferty opisy techniczne i rysunki, które spełnią

jednocześnie wymagania rozdziału II SIWZ Szczegółowe wymagania techniczne (brak ich spełnienia skutkuje odrzuceniem oferty) oraz potwierdzą unifikację zaoferowanej obudowy. Odwołujący w poczet dowodów złożył specyfikację z innego postępowania, w którym Zamawiający udostępnił do wglądu dokumentację techniczną aktualnie eksploatowanych obudów, co wynikało z SIWZ (SIWZ w trybie przetargu ograniczonego nr sprawy ZP/477/2008 „Dostawa 155 kompletnych sekcji fabrycznie nowej ścianowej obudowy zmechanizowanej typu KHW 12/28 POz/Pp – z finansowaniem rozłożonym w czasie – dla KHW SA KWK „Wieczorek” - gdzie z Rzodz.II Szczegółowe wymagania techniczne III. Wymagania techniczne pkt 2 Oferta ma być przygotowana na podstawie dokumentacji Pt: Obudowa zmechanizowana KHW-12/28-POz/Pp nrW31.242 oraz „obudowa zmechanizowana KHW-12/28-POz/BSN” nr W31.243, którą można otrzymać u Zamawiającego). Natomiast w przedmiotowym postępowaniu takowych zapisów nie było w SIWZ.

Skład orzekający Izby zważył co następuje.

Odwołujący w proteście i odwołaniu zasadnie podniósł, iż wprowadzenie przez Zamawiającego kryterium unifikacji -wartość techniczna stanowi kryterium naruszające zasadę uczciwej konkurencji określoną w art. 7 ust. 1 PZP, zgodnie z którą “Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.” oraz art.91 ust.2 PZP przez nieprawidłowe ustalenie kryterium oceny ofert w zakresie kryterium unifikacji (wartość techniczna).

Na podstawie dokonanych ustaleń przez Izbę powołanie się przez Zamawiającego na konkretne rysunki znajdujące się w posiadaniu FAZOS S.A., bez udostępnienia ich przez Zamawiającego w SIWZ powoduje, iż żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, za wyjątkiem FAZOS S.A., nie ma faktycznej i prawnej możliwości ich wykorzystania i co się z tym wiąże zaoferowania, że wykona obudowy zgodnie z tymi rysunkami, a także otrzymania punktów za spełnianie wymagań określonych w kryterium unifikacji (wartość techniczna).

Bowiem przedmiot zamówienia odpowiadający w pełnym zakresie kryterium unifikacji (wartość techniczna) może zaoferować wyłącznie FAZOS S.A. jako producent i tylko on otrzymał maksymalną ilość punktów przewidzianą w kryterium unifikacji. Pomimo więc, iż Zamawiający teoretycznie dopuszcza zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wszystkie

obudowy spełniające warunki rozdziału II SIWZ to jednak możliwość uzyskania zamówienia posiada wyłącznie FAZOS S.A. jako producent obudowy FAZOS -24/46 POz będącej obecnie w eksploatacji KWK "Mysłowice-Wesoła". Wykonawca FAZOS S.A. promowany jest w wysokości 25 pkt co wyklucza praktycznie możliwość uzyskania zamówienia przez innych producentów obudów zmechanizowanych, gdyż wykonawcy ci musieliby zaoferować znacznie niższe ceny, jak twierdzi Odwołujący, nie pokrywające kosztów produkcji w celu zniwelowania takiej różnicy punktowej, a co stanowi naruszenie art. 7 PZP co do zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż przygotowanie oferty w sposób umożliwiający spełnienie kryterium unifikacji wymaga posiadania dokumentacji technicznej obudowy FAZOS-24/46 POz.

W ocenie Izby twierdzenie Zamawiającego, że można było uzyskać dokumentację techniczną eksploatowanych aktualnie obudów, których producentem jest FAZOS S.A. nie zostało udowodnione przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego, a obowiązkiem Zamawiającego jest dołączyć do SIWZ wszelką niezbędną dokumentację do sporządzenia oferty, a w szczególności taką na podstawie, której dokonywać się będzie wyboru najkorzystniejszej oferty, bądź wskazać w SIWZ, że możliwość skorzystania z dokumentacji technicznej jest możliwa u Zamawiającego.

Nie spełnia natomiast tego wymogu posiadana przez Zamawiającego Instrukcja Obsługi obudowy FAZOS-24/46 Poz, która z natury rzeczy nie jest dokumentem wystarczającym do przeprowadzenia procesu produkcji zmechanizowanych obudów.

Bowiem Instrukcja Obsługi nie zawiera rysunków obudowy z wszystkimi niezbędnymi wymiarami do zaprojektowania obudowy, która odpowiadałaby technicznie obudowie FAZOS-24/46 Paz, co uniemożliwia zaprojektowanie przedmiotu zamówienia w sposób, który będzie zapewniał unifikację z eksploatowanymi przez Zamawiającego obudowami.

Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że w przedmiotowym postępowaniu przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiającego zachodzi więc sytuacja, w której:

- Wykonawca przedstawi w ofercie rysunki elementów hydrauliki i konstrukcji obudowy, które wykonane będą tylko i wyłącznie w oparciu o wymagania techniczne zawarte w SIWZ Rozdział II – Szczegółowe wymagania techniczne, ponieważ elementy sekcji obudowy według rysunku .P02.748.I (rysunków wyszczególnionych w tabeli w pkt. 13.3 SIWZ) są niedostępne dla wykonawców,
- Zamawiający będzie dokonywał oceny w jakim stopniu oferowane elementy

hydrauliki i konstrukcji odpowiadać będą elementom sekcji obudowy wykonanym wg rys. P02.748.I (rysunków wyszczególnionych w tabeli w pkt. 13.3 SIWZ), przy czym, Zamawiający i Wykonawca, nie dysponują dokumentacją wg rys. P02.748.1 (rysunkami wyszczególnionymi w tabeli pkt. 13.3 SIWZ), które będą podstawą dokonania oceny unifikacji.

W związku z powyższym słusznie Odwołujący podniósł kwestię w jaki sposób, według jakich kryteriów, w stosunku do jakiej dokumentacji konstrukcyjnej będącej w posiadaniu Zamawiającego zostanie dokonana analiza unifikacji zaoferowanych elementów hydrauliki i konstrukcji .

W ocenie Izby przeprowadzana przez Zamawiającego procedura oceny ofert w oparciu o kryterium unifikacji -wartość techniczna (Ku) będzie naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców z uwagi na brak jednoznacznych, jasnych zasad oceniania oferty oraz z uwagi na brak dostępu do materiałów (dokumentacji P02.748.I) umożliwiających przeprowadzenie rzetelnego porównania stosownych elementów obudowy sekcji obudowy.

Z dokumentacji postępowania wynika, że na dwie złożone oferty to jest przez Odwołującego „TAGOR” S.A. i „FAZOS” S.A., Zamawiający dokonał następującej oceny ofert, według obowiązujących kryteriów oceny ofert:

„TAGOR” S.A.		„FAZOS” S.A
1. cena	50pkt	49,82 pkt
2. gwarancja	15pkt	10,30pkt
3. unifikacja	2,38	25 pkt
4. jakość	10,00	7,15
5. razem	77,38	92,27

Powyższe zestawienie wskazuje na to, że w niemalże w każdym z kryteriów oceny ofert Odwołujący był bezkonkurencyjny w stosunku do „FAZOS” S.A., a jedynie w kryterium unifikacji (wartość techniczna) „FAZOS” S.A uzyskała nieporównywalnie wysoką ocenę w stosunku do Odwołującego co wydaje się oczywistym gdzie producentem jest FAZOS S.A., ale jednocześnie wątpliwym wobec braku u Zamawiającego dokumentacji, według której miał oceniać według kryterium unifikacji .

W związku z powyższym Odwołujący słusznie domagał się wykreślenia w tabeli zamieszczonej w pkt 13.3 SIWZ jak i w opisie kryterium, iż element przedmiotu zamówienia

musi być wykonany zgodnie z konkretnym rysunkiem stanowiącym część dokumentacji stanowiącej własność FAZOS S.A.

Niemniej pomimo, że odwołanie zostało uwzględnione to wniosek o wykreślenie w kryterium unifikacji nie został uwzględniony z uwagi na brzmienie art. 38 ust.4 PZP zgodnie z którym” W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza się ją także na stronie.”

Z dokumentacji postępowania wynika, że otwarcie ofert już nastąpiło to jest w dniu 29.09.2009r. Tym samym wniosek o zmianę SIWZ pomimo, że zasługuje na uwzględnienie nie może być dokonany.

W ocenie Izby Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ sposób sporządzenia treści SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert w kryterium unifikacji (wartość techniczna) przedłożył się wprost na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego, ponieważ Odwołujący we wszystkich kryteriach oceny ofert uzyskał najwyższą punktację, za wyjątkiem kryterium unifikacji (wartość techniczna) gdzie producent aktualnie eksploatowanych u Zamawiającego obudów FAZOS S.A. uzyskał 25 pkt (maksymalna ilość), a Odwołujący uzyskał tylko 2,38 pkt .

W związku z powyższym ocena ofert w oparciu o kryterium unifikacji -wartość techniczna (Ku) stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co stanowi wprost naruszenie art.7 PZP przez Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust.1a PZP zgodnie z którym „Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego w zakresie umorzenia postępowania jako bezprzedmiotowego z uwagi na decyzję z dnia 10 listopada 2009r. o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 PZP zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.”

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust.6 i 7 PZP zasądzając na rzecz Odwołującego od Zamawiającego uzasadnione koszty poniesione z tytułu kwoty zaliczonej na poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 ze zm.) 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*