

WYROK

z dnia 14 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2012 r. przez wykonawcę

**Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne – Maszyny Górnicze Sp. z o.o.
ul. 3 Maja 89/1, 41-800 Zabrze**

w postępowaniu prowadzonym przez

Kompanię Węglową S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

orzeka:

- 1. oddała odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne – Maszyny Górnicze Sp. z o.o. ul. 3 Maja 89/1, 41-800 Zabrze i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne – Maszyny Górnicze Sp. z o.o. ul. 3 Maja 89/1, 41-800 Zabrze tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – 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 – Kompania Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dzierżawę dwóch kombajnów ścianowych z elektrycznym napędem posuwu oraz dwóch wysokociśnieniowych zespołów pompowych wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KW S.A. Oddział KWK „Knurów-Szczygłowice” Ruch Szczygłowice z podziałem na trzy zadania, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 grudnia 2012 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2012/S 246-404898, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

28 grudnia 2012 r. odwołujący – Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne – Maszyny Górnicze Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie:

1. wymogu opisanego w załączniku nr 1 do specyfikacji, pkt II.4.e w zakresie zadania 1. oraz pkt III.8.e w zakresie zadania 2.: „Układ hydrauliczny kombajnu będzie posiadał dwa równoważne zestawy pompowe z możliwością wzajemnej rezerwacji. Uwaga! Poprzez określenie jeden zestaw pompowy Zamawiający rozumie zestaw składający się z jednej pompy, jednego sprzęgła, jednego silnika oraz z zestawu filtrów” oraz

2. wymogu opisanego w załączniku nr 1 do specyfikacji, pkt II.3.10 w zakresie zadania 1. oraz pkt III.3.11 w zakresie zadania 2.: „Zastosowanie silników elektrycznych w organach urabiających i w napędzie posuwu wyposażonych w elektroniczne zabezpieczenia przed przeciążeniem – bez konieczności stosowania mechanicznych zabezpieczeń tzw. wałków skrętnych (wałków przeciążeniowych). Zamawiający dopuszcza rozwiązania zabezpieczenia silników posuwu lub/i organów w postaci tzw. wałków skrętnych (wałków przeciążeniowych), ale podzespoły te objęte są gwarancją w całym okresie dzierżawy.” w związku z punktem XXII.1 specyfikacji – kryterium ocena techniczna T „sposób zabezpieczenia przed przeciążeniem silników posuwu lub/i organów Tt: - elektroniczne zabezpieczenia – 1,0 pkt x waga, - mechaniczne zabezpieczenia – 0 pkt x waga”.

Powyższe wymogi naruszają:

1. art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a także przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie rygorystyczny, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia,

2. art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie ustalenia kryterium oceny ofert w części technicznej w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców,

3. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegających na wykreśleniu lub modyfikacji kwestionowanych zapisów zgodnie z propozycjami:

1) w zakresie załącznika nr 1 pkt II.4.e oraz III.8.e polegającej na określeniu rozwiązania z dwoma równoważnymi zestawami pompowymi z możliwością wzajemnej rezerwacji jako rozwiązania pożądanego i nie eliminującego z udziału w przetargu potencjalnego oferenta posiadającego rozwiązanie z pojedynczym zestawem pompowym,

2) wykreślenia w treści punktu XXII.1 specyfikacji w zakresie kryterium ocena techniczna T punktu stanowiącego kryterium „sposób zabezpieczenia przed przeciążeniem silników posuwu lub/i organów.”

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, iż obowiązek zaoferowania kombajnu z układem hydraulicznym, który będzie posiadał dwa równoważne zestawy pompowe z możliwością wzajemnej rezerwacji narusza uczciwą konkurencję. Na rynku występują zarówno wykonawcy oferujący kombajny z podwójnym jak i pojedynczym układem hydraulicznym, a żądanie zamawiającego zaoferowania kombajnu wyłącznie z podwójnym układem hydraulicznym ogranicza odwołującemu możliwość złożenia oferty. W aktualnie produkowanych górniczych kombajnach ścianowych do obsługi urządzeń pomocniczych (odbiorników) jak osłony górne, ładowarki osłonowe, siłowniki hydrauliczne podnoszenia ramion, hamulce postojowe i inne, stosowane są dwa rodzaje instalacji hydrauliki siłowej: pojedynczy układ hydrauliczny (jedna jednostka napędowa) lub dwa niezależne układy hydrauliczne (dwie jednostki napędowe). Pomimo różnic w budowie są to układy równoważne i tak należy je traktować. Zarówno ciśnienie, jak i sumaryczne przepływy medium muszą posiadać takie same wartości przy zasilaniu takich samych odbiorników, aby uzyskać takie same reakcje na odbiornikach. Stosowanie pojedynczego lub podwójnego niezależnego układu hydraulicznego jest następstwem przyjętej przez projektanta wizji maszyny lub posiadanymi możliwościami przestrzeni do zabudowy instalacji. Oba układy pozwalają na jednoczesne zasilanie i sterowanie taką samą ilością odbiorników,

a sumaryczny wydatek dwóch pomp hydraulicznych jest taki sam, jak jednej pompy hydraulicznej w układzie pojedynczym. Stosując rozwiązanie składające się z mniejszej ilości elementów i mniejszej ilości połączeń hydraulicznych, jak to ma miejsce w pojedynczym układzie hydraulicznym, prawdopodobieństwo zaistnienia awarii jest mniejsze. Dwa niezależne układy hydrauliczne posiadają zdublowaną ilość podzespołów, więc mogą podwoić prawdopodobieństwo wystąpienia awarii oraz ilość czynności serwisowych podczas przeglądów. Niewątpliwie dwa niezależne układy hydrauliczne dają możliwość zasilania wszystkich odbiorników tylko z jednego układu w przypadku uszkodzenia jednej pompy hydraulicznej lub silnika elektrycznego, ale tworzy się wówczas układ pojedynczy, który w tym przypadku nie posiada pełnej zdolności zasilania i sterowania wszystkich odbiorników zgodnie z wymaganiami, czyli uzyskania pełnej funkcjonalności. Wymaganie, aby układ hydrauliczny posiadał dwa równoważne zestawy pompowe z możliwością wzajemnej rezerwacji rozumiane jako pompa wraz z silnikiem elektrycznym, jest *de facto* rozwiązaniem z pojedynczym układem hydraulicznym posiadającym rezerwowe zasilanie. Zastosowanie drugiej pompy i drugiego silnika elektrycznego, które nie pracują z układem hydraulicznym i układem zasilania maszyny, w przypadku awarii i tak wymaga podjęcia czynności serwisowych celem uruchomienia układu hydraulicznego z równoważnego zestawu pompowego. Uruchamianie układu hydraulicznego z rezerwowego zasilania bez ustalenia przyczyny uszkodzenia i demontażu pompy jest niebezpieczne i technicznie niedopuszczalne, gdyż w krótkim czasie może doprowadzić do uszkodzenia pompy rezerwowej.

Zamawiający wymaga zastosowania silników elektrycznych w organach urabiających i w napędzie posuwu wyposażonych w elektroniczne zabezpieczenia przed przeciążeniem, bez konieczności stosowania mechanicznych zabezpieczeń tzw. wałków skrętnych (wałków przeciążeniowych). Zamawiający dopuszcza rozwiązania zabezpieczenia silników posuwu lub/i organów w postaci tzw. wałków skrętnych (wałków przeciążeniowych) ale podzespoły te objęte są gwarancją w całym okresie dzierżawy. Równocześnie w punkcie XXII.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w kryterium ocena techniczna określił punkty za poszczególne rozwiązania w zakresie zabezpieczenia punktując zabezpieczenie elektryczne, a nie punktując mechanicznego. Żądając od wykonawców gwarancji na przedmiot dzierżawy przez cały okres jej trwania, w tym również pełnej gwarancji na wałki skrętne, zamawiający nie powinien dokonywać już oceny punktowej tego wymogu. W przypadku, gdy zabezpieczenie w postaci wałka skrętnego zadziała, co będzie skutkowało jego skręceniem i koniecznością jego wymiany, wykonawca proponujący to rozwiązanie jest zobowiązany do wymiany przedmiotowego wałka skrętnego na własny koszt. Takie rozwiązanie nie powoduje też dla zamawiającego innych negatywnych konsekwencji w stosunku do rozwiązania z zabezpieczeniem elektrycznym. Dodatkowo zamawiający wymaga, aby wykonawcy

dostarczyli w ramach wyprawki zestaw elementów zabezpieczających przed przeciążeniem w silnikach organu i posuwu (wałki przeciążeniowe) oraz wkładki bezpiecznikowe zastosowane w kombajnie – 5 kpl, co potwierdza, że tego rodzaju koszty leżą po stronie wykonawcy. Brak jest więc argumentów, aby dodatkowo premiować rozwiązanie posiadające zabezpieczenia elektryczne.

Celem postępowania o zamówienie publiczne jest otrzymanie przez zamawiającego produktu, jak najmniejszymi nakładami, który najlepiej zaspokoi jego potrzeby. Tylko w takim przypadku możliwy jest wybór najkorzystniejszej oferty, o której mowa w art. 2 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest to możliwe przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. W przeciwnym razie może dojść do rozstrzygnięć niekorzystnych z punktu widzenia zamówienia publicznego, a w konsekwencji do niespełnienia celu postępowania o zamówienie publiczne, zwłaszcza na skutek nieuzasadnionego ograniczenia kręgu podmiotów mogących uczestniczyć w postępowaniu przetargowym.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości stwierdzając, że zarzuty są bezpodstawne i ukierunkowane na to, że odwołujący nie posiada urządzenia o wymaganych parametrach. Natomiast na rynku urządzenia takie istnieją, np. produkcji FAMUR, EICKHOFF, JOY i BUCYRUS. Zamawiający ma prawo przygotowywać opis przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami, a nie po to, aby każdy chętny wykonawca mógł sprzedać mu swój produkt.

Awaryjny zestaw pomp pozwala kombajnowi działać albo kombajn ten przesunąć w miejsce, w którym wymiana pomp jest możliwa. Dostęp do kombajnu jest możliwy tylko na jednej z 22 nadstawek, zatem awaria kombajnu pomiędzy tymi nadstawkami powoduje brak dostępu. Tym samym istotne jest, aby możliwe było przesunięcie kombajnu co najmniej do najbliższej nadstawki, a więc szybkie podłączenie pompy rezerwowej pozwalającej na jego przesunięcie, a w razie czego również i na pracę tego kombajnu. Awaryjność kombajnu ze względu na dwa zestawy pomp nie jest większa, ponieważ najczęściej jeden z tych zestawów nie pracuje. Czas przeglądu nie ma znaczenia, gdyż i tak zamawiający musi dokonać go w ciągu 8 godzin, a przegląd i tak musi przejść całe urządzenie. Trzeba wstępnie sprawdzić przyczynę awarii pierwszego zestawu pomp, jednak nie po to producenci produkują zestawy dwupompowe, aby z tego drugiego zestawu nie korzystać. Błędne jest założenie odwołującego, że kombajn z podwójnym zestawem pomp musi wykorzystywać oba zestawy jednocześnie. Jest to możliwe, ale może również pracować przy jednym zestawie.

Co do zarzutu dotyczącego rodzaju zabezpieczeń przed przeciążeniem – nie mogło dojść do naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wskazuje on jedynie, że taka informacja ma się w specyfikacji znaleźć i zamawiający tę informację

zamieścić. Samo objęcie gwarancją elementów najczęściej uszkodzanych nie narusza uczciwej konkurencji. Zamawiający preferuje zabezpieczenia elektryczne, które polegają na przekręceniu odpowiedniego łącznika sterującego, co jest rozwiązaniem technologicznie sprawniejszym i ekonomicznie zasadnym, a zatem je punktuje. Natomiast rozwiązanie mechaniczne polegające na wymianie uszkodzonego wałka pociąga za sobą dodatkowe koszty i prace, gdyż należy dokonać demontażu osłon, posiadać na stanie rezerwową wałek oraz ponieść koszt wałka. Jednak sam koszt nowego wałka jest bez porównania z kosztami, jakie ponosi kopalnia z powodu przestoju.

Zabezpieczenia elektryczne stosowane są w kombajnie FAMUR, EICKHOFF czy JOY.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała, że zamawiający uzasadnił powody wprowadzenia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia kwestionowanego przez odwołującego wymogu posiadania przez kombajn dwóch zestawów pomp.

Bezsporne jest, iż w górniczych kombajnach ścianowych stosowane są zarówno pojedyncze, jak i podwójne zestawy pomp. Jako przykład obecnych na rynku polskim producentów stosujących dwa zestawy pomp zostały podane firmy: FAMUR, EICKHOFF, JOY i BUCYRUS, jako producenci stosujący pojedyncze zestawy – odwołujący.

Niewątpliwie określenie przedmiotu zamówienia odzwierciedlającego uzasadnione potrzeby należy do zamawiającego. Zamawiający powołał się na praktyczne zalety stosowania kombajnu w dwoma zestawami pomp (zostały wymienione w jego stanowisku), które powodują, że jest on w stanie w sprawniejszy i bardziej korzystny ekonomicznie sposób wykonywać swoją działalność. Podstawowym argumentem zamawiającego w tym zakresie było to, że awaria pompy nie uniemożliwi w sposób nagły dalszej pracy kombajnu, jak również nie unieruchomi kombajnu w miejscu, w którym niemożliwa będzie jego naprawa. Strony podjęły spór o możliwość przesunięcia również kombajnu z jednym zestawem pomp, co do którego to sporu Izba uznała, iż odwołujący co prawda zna lepiej techniczne założenia układu hydraulicznego produkowanego przez siebie kombajnu (np. iż nie ulegnie on

uszkodzeniu podczas przepięcia do układu zasilania obudowy zmechanizowanej), lecz zamawiający jest w stanie lepiej ocenić praktyczne możliwości dokonania tego w warunkach prowadzonej przez siebie kopalni. Odwołujący nie był też w stanie podać kontrargumentów co do innych kwestii podnoszonych przez zamawiającego, m.in. bezpieczeństwa przy takim przepinaniu.

Podstawą oceny prawidłowości postawionych przez zamawiającego wymagań jest to, czy wymogi te, nawet rygorystyczne, są uzasadnione w sposób racjonalny i przekonujący potrzebami zamawiającego. Izba uznała, że zamawiający w taki sposób postawienie owego wymogu wyjaśnił.

Wyartykułowany w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji nie jest równoznaczny z koniecznością dopuszczenia wszystkich występujących na rynku produktów. Tak więc sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia utrudnia lub nawet uniemożliwia złożenie oferty przez odwołującego, nie wskazuje na naruszenie zasady uczciwej konkurencji jako takiej.

Również w zakresie zarzutu dotyczącego dodatkowego punktowania zabezpieczenia elektrycznego Izba uznała, że zamawiający ma prawo preferować rozwiązanie dla siebie korzystniejsze, czy nawet wygodniejsze. Z wyjaśnień stron wynika, że posługiwanie się zabezpieczeniem elektrycznym jest szybsze, łatwiejsze i wygodniejsze dla zamawiającego i jego pracowników niż zabezpieczeniem mechanicznym – niezależnie nawet od czasu wymiany wałków skrętnych, zaletą jest także to, że nie trzeba pracowników każdorazowo angażować do wymiany tych wałków.

Zatem zabezpieczenie elektryczne jak najbardziej jest zaletą funkcjonalną urządzenia. Z kolei punktowanie zalet funkcjonalnych w ramach kryteriów oceny ofert jest oczywistym i powszechnie akceptowanym działaniem zamawiających, zwłaszcza jeśli jednocześnie są one połączone z oszczędnościami finansowymi.

Co do naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 czy nawet art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to powołane przepisy nie mogły zostać naruszone przez zamawiającego, gdyż stanowią w pierwszym przypadku opis obowiązków zamawiającego w stosunku do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w drugim wskazanie przykładowych kryteriów oceny ofert. Natomiast nie mają znaczenia wartościującego, tj. czy dane kryterium w indywidualnym przypadku zostało prawidłowo sformułowane – do tego odnosi się raczej, również przywołany przez odwołującego, art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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: