Sygn. akt: KIO 56/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 26 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Monika Banaszkiewicz
Izabela Niedziałek-Bujak

Andrzej Niwicki

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 26 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawcę GRENEVIA S.A. z siedzibą w Katowicachw postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A. z siedzibą w Katowicach Oddział KWK Piast-Ziemowit w Bieruniu

Uczestnik po stronie odwołującego

A. Wykonawca Przedsiębiorstwo Hydromel Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich,

B.Wykonawca IWENT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku,

C.Wykonawca MMC Poland sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,

D.Wykonawca REMONTEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze

2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy GRENEVIA S.A. z siedzibą w Katowicach, kwoty 13 500 zł (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu 90% uiszczonego wpisu

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..…….

……..……

……..…..

Sygn. akt: KIO 56/24

Uzasadnienie

Zamawiający – POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A. z siedzibą w Katowicach Oddział KWK Piast-Ziemowit w Bieruniu prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp"), postępowanie sektorowe w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Dostawa nowych urządzeń wyposażenia kompleksu ścianowego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Piast-Ziemowit Ruch Ziemowit" (numer referencyjny 432302590). Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz.U./S. 249/2023 w dniu 27 grudnia 2023 r.

W dniu 8 stycznia 2024 r. wykonawca GRENEVIA S.A. z siedzibą w Katowicach wniósł na podstawie art. 505 ust.1 oraz art. 513 pkt 1 i art. 514 ust.1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz wobec treści Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej jako SWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia na Dostawę nowych urządzeń wyposażenia kompleksu ścianowego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Piast-Ziemowit Ruch Ziemowit" (numer referencyjny: 432302590) opublikowanej w Dzienniku Urzędowym U.E. oraz na stronie prowadzonego postępowania w dniu 27 grudnia 2023 r. wraz z modyfikacją opublikowaną na stronie postępowania w dniu 4 stycznia 2024 r.

w zakresie:

1. Część IX SWZ – Przedmiotowe środki dowodowe pkt 3 oraz pkt 13 lit.d) Załącznika nr 3.5 do SWZ w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga złożenia przez Wykonawcę oświadczenia,

że zaoferowane wyposażenie kompleksu ścianowego było lub jest eksploatowane w kopalniach węgla kamiennego w Unii Europejskiej lub w krajach, które z Unią Europejską podpisały umowy o równym traktowaniu – zgodnie z Załącznikiem nr 3.5 do SWZ;

2. Części XV SWZ – Opis sposobu obliczenia ceny pkt 2 i 3 oraz Załącznika nr 3.6 do SWZ – cennik remontów przeglądów, w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga, aby cena:

a) jednego przeglądu R1s nie przekraczała 25% wartości ceny zaoferowanego kompletnego sterowania elektrohydraulicznego (określonej w załączniku nr 3.7)
b) jednego przeglądu R1k nie przekraczała 20% wartości ceny zaoferowanego kombajnu wraz z systemem sterowania i automatyki (określonej w załączniku nr 3.7)
c) jednego remontu R2s nie przekraczała 60% wartości ceny kompletnego sterowania elektrohydraulicznego (określonej w załączniku nr 3.7)
d) jednego remontu R2k nie przekraczała 60% wartości zaoferowanego kombajnu wraz z systemem sterowania i automatyki (określonej w załączniku nr 3.7)
Jednocześnie Zamawiający zastrzega, że Oferta niezgodna z tymi wymaganiami zostanie
odrzucona.
3. Części XV SWZ – Opis sposobu obliczenia ceny pkt 5 i 6 oraz pkt 7 Załącznika nr 1.11. do SWZ w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga, aby łączna wartość ceny części zamiennych,
podzespołów, czynności serwisowych dla danego urządzenia opisanego w danym rozdziale
Załącznika nr 1.2. nie przekraczała 110% wartości ceny jednostkowej (brutto) za dostawę tego
urządzenia. Jednocześnie Zamawiający zastrzega, że Oferta niezgodna z tymi wymaganiami
(w której wartość ta będzie wyższa) zostanie odrzucona.
4. § 6 ust.13 pkt 17 Załącznika nr 5.1 do SWZ w zakresie w jakim Zamawiający wymaga aby wszystkie materiały szybkozużywające się i eksploatacyjne (podlegające wymianie w wyniku zastosowania postanowień DTR) w okresie gwarancji były wliczone w cenę.
5. § 13 ust. 9 Załącznika nr 5.1. do SWZ w zakresie, w jakim Zamawiający zastrzega, że kary umowne podlegają kumulacji, w tym kara umowna za odstąpienie lub wypowiedzenie Umowy z innymi karami umownymi, przy czym łączna maksymalna wartość kar umownych przysługujących Zamawiającemu nie przekroczy wartości Umowy netto.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1. art.16 pkt 1 i 3 w zw. z art.99 ust.2 i 4 oraz 106 ust.2 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję z zastosowaniem wymagań nieproporcjonalnych do celów dla których przeznaczony jest przedmiot zamówienia, polegające na wprowadzeniu wymogu wykazania w zakresie wyposażenie kompleksu ścianowego, faktu eksploatowania w kopalniach węgla kamiennego w Unii Europejskiej lub w krajach, które z Unią Europejską podpisały umowy o równym traktowaniu, co powoduje, że postępowanie przygotowane zostało w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
2. art 16 pkt 3 w zw. z art.99 ust.1 oraz art. 112 ust. 1 i 2 w zw. z art.226 ust.1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i narzucenie wykonawcom poziomu cenowego oferowanych przeglądów i remontów oraz czynności serwisowych, pod rygorem odrzucenia ofert nie spełniających określonych kryteriów, co powoduje, że postępowanie zostało przygotowane w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, oraz określono warunki udziału w postępowaniu nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia;
3. art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do projektowanych
postanowień umowy, postanowień, które powodują, iż opis przedmiotu zamówienia jest dokonany w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty w zakresie, w jakim zamawiający wymaga aby wszystkie materiały szybkozużywające się i eksploatacyjne (podlegające wymianie w wyniku zastosowania postanowień DTR) w okresie gwarancji były wliczone w cenę;
4. art. 3531 k.c. w zw. z art. 577 § 1 zd.1 k.c. w zw. z art.5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jednostronne ustalenie projektowanych postanowień umowy w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, jak również w sposób powodujący rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, w zakresie, w jakim zamawiający wymaga aby wszystkie materiały szybkozużywające się i eksploatacyjne (podlegające wymianie w wyniku zastosowania postanowień DTR) w okresie gwarancji były wliczone w cenę tj. były wymieniane na koszt wykonawcy niezależnie od tego czy posiadają wady;
5. art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do projektowanych
postanowień umowy, postanowień, które powodują, że opis przedmiotu zamówienia jest dokonany w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, w zakresie w jakim zamawiający wprowadził do projektu umowy zastrzeżenie, że kary umowne podlegają kumulacji, w tym kara umowna za odstąpienie lub wypowiedzenie Umowy z innymi karami umownymi, przy czym łączna maksymalna wartość kar umownych przysługujących Zamawiającemu nie przekroczy wartości Umowy netto;
6. art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3531 k.c., art. 484 § 2 k.c., art. 483 k.c. i art.5 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 poprzez określenie przez Zamawiającego łącznej wysokości kar umownych w sposób sprzeczny z zasadami

współżycia społecznego, stanowiący nadużycie prawa podmiotowego i obejście prawa – tj. na poziomie wartości Umowy netto.

W związku z powyższymi naruszeniami Odwołujący wnosił o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości.
2. Nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ poprzez:

a) usunięcie z treści pkt 3 Części X SWZ oraz z treści pkt 13 lit.d) Załącznika nr 3.5 do SWZ tej części, w której Zamawiający wymaga złożenia przez Wykonawcę oświadczenia, że zaoferowane wyposażenie kompleksu ścianowego było lub jest eksploatowane w kopalniach węgla kamiennego w Unii Europejskiej lub w krajach, które z Unią Europejską podpisały umowy o równym traktowaniu;

b) usunięcie z Części XV SWZ pkt 2 i 3 oraz z Załącznika nr 3.6 do SWZ zastrzeżenia dotyczącego maksymalnej dopuszczalnej wartości przeglądów R1s i R1k oraz maksymalnej dopuszczalnej wartości remontów R2s i R2k w tym rygoru odrzucenia oferty nie spełniającej tych wymagań;

c) usunięcie z Części XV SWZ pkt 5 i 6 oraz z Załącznika nr 1.11 pkt 7 w całości;

d) usunięcie z Załącznika nr 5.1 do SWZ treści § 6 ust.13 pkt 17 w całości;

e) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 13 ust. 9 Załącznika nr 5.1 do SWZ poprzez usunięcie z treści zastrzeżenia możliwości kumulacji kar umownych i określenia maksymalnej wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony (a nie tylko Zamawiający) z uwzględnieniem przewidywanej wartości i specyfiki przedmiotu Zamówienia, zasady proporcjonalności oraz uzasadnionych interesów obu stron umowy z poszanowaniem zasad współżycia społecznego tj. np. ograniczenie maksymalnej wartości kar umownych do 30% wartości Umowy netto.

3. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.
4. Zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący oświadczył, że ma interes we wniesieniu odwołania albowiem Odwołujący, jako wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia. Zarzucane Zamawiającemu naruszenia znacznie utrudniają lub mogą prowadzić do braku możliwości złożenia przez Odwołującego oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, która to oferta, uwzględniając kryteria oceny ofert, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. To z kolei może doprowadzić do braku możliwości uzyskania danego zamówienia przez Odwołującego, a zatem może spowodować poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraconych korzyści wynikających z realizacji zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w ustawowym terminie zgłosili następujący wykonawcy: Przedsiębiorstwo Hydromel Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, IWENT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, MMC Poland sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz REMONTEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku. Izba postanowiła dopuścić wykonawców: Przedsiębiorstwo Hydromel Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, IWENT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, MMC Poland sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz REMONTEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego.

W dniu 22 stycznia 2024 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której oświadczył on, że wnosi o:

1. oddalenie odwołania w zakresie zarzutów oznaczonych poniżej nr 1 i 2
2. umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów nr 3, 4, 5 i 6 ze względu na wprowadzoną zmianę postanowień specyfikacji warunków zamówienia, których zarzuty te dotyczą (podstawa prawna art. 568 pkt 2 ustawy Pzp).

W dniu 25 stycznia 2024 r. (tj. przed dniem 26 stycznia 2024 r., na który został wyznaczony termin posiedzenia) do akt sprawy wpłynęło pismo pełnomocnika Odwołującego, w którym oświadczył on, że cofa odwołanie złożone w dniu 08.01.2024 r. w postępowaniu prowadzonym przez POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A. z siedzibą w Katowicach ul. Powstańców 30, na Dostawę nowych urządzeń wyposażenia kompleksu ścianowego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Piast-Ziemowit Ruch Ziemowit pod numerem referencyjnym 432302590, w sprawie o sygn. akt KIO 56/24.

Mając powyższe na uwadze, Izba zważyła i ustaliła, co następuje:

Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania, które zostało podpisane przez osobę umocowaną do podjęcia tej czynności, a jak stanowi art. 520 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437):

W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Przewodnicząca: ……. **.....**

……..……

…….