

POSTANOWENIE
z dnia 28 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników w Warszawie w dniu 28 września 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2023 r. przez: **EL-Platforma Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Mikołowie, ul. Strażacka 7** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, Zakład Wsparcia Produkcji, ul. Towarowa 1**

przy udziale **DPMtech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, ul. Piłsudskiego 6/7** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2735/23 po stronie zamawiającego

przy udziale **SIEMAG TECBERG POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Sobieskiego 2** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2735/23 po stronie zamawiającego
postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000 zł. 00 gr (słownie osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez EL-Platforma Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Mikołowie, ul. Strażacka 7 tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t. j. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2735/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę powierzchniowej centralnej stacji klimatyzacji przy szybie VI dla schładzania wyrobisk dołowych z zastosowaniem zawiesziny lodowej w JSW S.A. KWK „Budryk” [Postępowanie nr 83/P/23] zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 534206-2023-PL z dnia 05.09.2023 r.

W dniu 15 września 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca EL-Platforma Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Mikołowie, ul. Strażacka 7. Odwołanie zostało wniesione przez prokurenta samoistnego, zgodnie z odpisem z KRS. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołanie wniesiono wobec treści specyfikacji warunków zamówienia „SWZ” w postępowaniu przetargowym, prowadzonym przez na rozbudowę powierzchniowej centralnej stacji klimatyzacji przy szybie VI dla schładzania wyrobisk dołowych z zastosowaniem zawiesziny lodowej w JSW S.A. KWK „Budryk”, w sposób niezgodny z przepisami ustawy, przez:

a) wprowadzenie w pkt V. 2.1.3.4 specyfikacji technicznej stanowiącej Załącznik nr 5 do SWZ (dalej: Specyfikacja techniczna”) w razie modernizacji istniejących trójkomorowo-rurowych podajników PES-200 obowiązkowej konsultacji z producentem PES-200 tj. SIEMAG TECBERG, który to podmiot jest podmiotem trzecim wobec zamawiającego i może mieć status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, a przez to może mieć realny interes w dowolnym i arbitralnym wyniku prowadzonych konsultacji negatywny dla innych wykonawców biorących udział w postępowaniu polegający na uznaniu przez zamawiającego że zachodzi przewidziany w pkt III.5 specyfikacji technicznej brak możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesziną lodową i konieczność zaoferowania i zastosowania nowych podajników;

b) opisanie – w pkt III. 5 specyfikacji technicznej - przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejasny, który ogranicza uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu tj. wprowadzenie zapisu, iż w przypadku braku możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesziną lodową należy zainstalować (w wyrobiskach wyznaczonych przez Zamawiającego) nowe podajniki, o parametrach technicznych dostosowanych do instalacji, z pełnym wyposażeniem towarzyszącym, m.in. układami pompowymi, zasilaniem, AKPiA oraz zabudować armaturę wraz z rurociągami umożliwiającymi wpięcie do istniejących rurociągów obiegu pierwotnego (szybowego) i wtórny (obieg dołowy), przy jednoczesnym nie doprecyzowaniu przez Zamawiającego w specyfikacji technicznej parametrów lub wartości brzegowych określających brak możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesziną lodową;

c) sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia wskazanego w Opracowaniu Akademii Górniczo-Hutniczej: „Koncepcja wykorzystania ciepła odpadowego z układów kogeneracyjnych oraz zawiesiny lodowej w instalacji centralnej klimatyzacji JSW S.A. KWK „Budryk”” mającego - w związku z pkt III. 4, pkt IV.5. oraz pkt V.1. Specyfikacji technicznej jak i pkt A.1.1.4., programu funkcjonalno użytkowego - zastosowanie odwołuje się do użycia urządzenia – Próżniowej wytwornicy lodu Ice Maker typu VIM850 produkcji IDE Technologies, Ltd a zatem konkretnego urządzenia konkretnego producenta bez jednoczesnego wskazania przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia rozwiązania równoważnego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

[1] naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 5 ustawy oraz art. 16 ustawy przez opisanie – w pkt V. 2.1.3.4 specyfikacji technicznej - przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu tj. wprowadzenie wymogu, by w przypadku modernizacji istniejących trójkomoroworurówowych podajników PES-200 zakres modernizacji należy bezwzględnie skonsultować z producentem PES-200 tj. SIEMAG TECBERG, czyli wprowadzenie wymogu uzyskania przez wykonawców potwierdzenia możliwości modernizacji istniejącego podajnika lub jej braku od podmiotu trzeciego wobec zamawiającego, który może mieć status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, a przez to może mieć – poprzez dowolne i arbitralne działanie – negatywny wpływ dla innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, co nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego, a ogranicza konkurencję w postępowaniu;

[2] naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 5 ustawy oraz art. 16 ustawy, przez opisanie – w pkt III. 5 specyfikacji technicznej - przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejasny, który ogranicza uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu tj. wprowadzenie iż w przypadku braku możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurówowych podajników do zasilania zawiesiną lodową należy zainstalować (w wyrobiskach wyznaczonych przez zamawiającego) nowe podajniki, o parametrach technicznych dostosowanych do instalacji, z pełnym wyposażeniem towarzyszącym, m.in. układami pompowymi, zasilaniem, AKPiA oraz zabudować armaturę wraz z rurociągami umożliwiającymi wpięcie do istniejących rurociągów obiegu pierwotnego (szybowego) i wtórnego (obieg dołowy), przy jednoczesnym nie doprecyzowaniu przez zamawiającego w specyfikacji technicznej parametrów lub wartości brzegowych określających brak możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurówowych podajników do zasilania zawiesiną lodową;

[3] naruszenie art. 99 ust. 4 i 5 ustawy oraz art. 16 ustawy, albowiem opis przedmiotu zamówienia wskazany w Opracowaniu Akademii Górniczo-Hutniczej: „Koncepcja wykorzystania ciepła odpadowego z układów kogeneracyjnych oraz zawiesiny lodowej w instalacji centralnej klimatyzacji JSW S.A. KWK „Budryk”” w związku z pkt III. 4, pkt IV.5. oraz pkt V.1. Specyfikacji technicznej jak i pkt A.1.1.4., programu funkcjonalno użytkowego odwoływał się do użycia urządzenia – Próżniowej wytwornicy lodu Ice Maker typu VIM850 produkcji IDE Technologies, Ltd a zatem konkretnego urządzenia konkretnego producenta bez jednoczesnego wskazania przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia rozwiązania równoważnego.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikację treści SWZ przez:

- wykreślenie pkt V. 2.1.3.4 specyfikacji technicznej;

- jasne i precyzyjne sformułowanie parametrów i wartości brzegowych umożliwiających jednoznaczną weryfikację przez wykonawców braku możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurówowych podajników do zasilania zawiesiną lodową i konieczność zaoferowania nowych podajników, o parametrach technicznych dostosowanych do instalacji, z pełnym wyposażeniem towarzyszącym, m.in. układami pompowymi, zasilaniem, AKPiA oraz zabudować armaturę wraz z rurociągami umożliwiającymi wpięcie do istniejących rurociągów obiegu pierwotnego (szybowego) i wtórnego (obieg dołowy),

- jasne i precyzyjne sformułowanie parametrów równoważności dla podstawowych urządzeń, w tym wytwornicy drobinek lodu.

Ponadto o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę oraz wynagrodzenia zastępstwa procesowego, które będą wynikać z faktury VAT, które to rachunki zostaną złożone do akt postępowania odwoławczego podczas posiedzenia lub rozprawy.

W dniu 18 września 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 19 września 2023 r. wykonawca DPMtech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, ul. Piłsudskiego 6/7 zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że wykonawca DPMtech Sp. z o.o. ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, albowiem jest podmiotem zainteresowanym złożeniem oferty i uzyskaniem zamówienia w postępowaniu. Wskazane zarzuty przez odwołującego są bezpodstawne. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa i członka zarządu, a do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

W dniu 20 września 2023 r. wykonawca SIEMAG TECBERG POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

siedzibą w Katowicach, ul. Sobieskiego 2 zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Przystępujący wskazał, że posiada interes w przystąpieniu do toczącego się postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, gdyż w razie uwzględnienia odwołania i wykonania żądań odwołującego interes przystępującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, a przystępujący może zostać pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Przystępujący wskazał, że jest zainteresowany złożeniem oferty, której treść będzie odpowiadać treści SWZ bez zmian, których wprowadzenia domaga się odwołujący w swoim odwołaniu.

Przystępujący wskazał ponadto, że kwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ są prawidłowe a co za tym idzie nie ma potrzeby ich zmiany. Tym samym przystępujący ma interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i w oddaleniu odwołania, co - w myśl art. 525 ust. 1 i 3 ustawy- legitymuje go do wniesienia przystąpienia. Wobec powyższego przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości, tj. w zakresie wszystkich zarzutów i żądań.

Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 września 2023 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

Dodatkowo pismem z dnia 27 września 2023 r. przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i przeprowadzenie wskazanych w piśmie dowodów.

W dniu 27 września 2023 r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania wraz z wnioskiem o umorzenie postępowania.

Termin posiedzenia z udziałem stron został wyznaczony na dzień 28 października 2023 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne, o których mowa w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i ust. 2 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie aż do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania.

Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy - odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

W związku z powyższym odwołujący spełnił warunki do zwrotu wpisu. Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiścił wpis w wysokości 20 000,00 zł., to do

zwrotu pozostała kwota 18 000,00 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji postanowienia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: