Sygn. akt: KIO 1639/23

WYROK
z dnia 22 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka
Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2023 r. przez wykonawcę „Becker-Warkop" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach

przy udziale wykonawcy Grenevia Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia, w tym załącznika nr 1.2 do specyfikacji, poprzez usunięcie kryterium oceny ofert dotyczącego wyposażenia ciągnika w bezpośrednie przeniesienie napędu z silników hydraulicznych poprzez kształtowe (wieloboczne) połączenie przenoszące moment obrotowy z piast napędowych na koła napędowe.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok - 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 1639/23

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

Zamawiający Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach (dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa nowych ciągników spalinowych kolejek podwieszonych dla kopalń Polskiej Grupy Górniczej S.A." (dalej: „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 maja 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 103-323302.

I. W dniu 7 czerwca 2023 r. wykonawca „Becker-Warkop" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") opublikowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

1. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu pozacenowego kryterium oceny ofert - tj. kształtowego (wielobocznego) połączenia przenoszącego moment obrotowy z piast napędowych na koła

napędowe, a zatem w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, a także niezapewniający równego traktowania wykonawców poprzez wprowadzenie, co ma bezpośredni wpływ na kalkulację oferty składanej przez poszczególnych wykonawców w Postępowaniu;

2. Art. 240 ust. 2, art. 241, art. 242 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie pozacenowego kryterium oceny ofert - tj. kształtowego (wielobocznego) połączenia przenoszącego moment obrotowy z piast napędowych na koła napędowe, ograniczających uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, na skutek braku istotnego powiązania ww. kryterium z przedmiotem zamówienia oraz nieposiadania przez preferowane tym pozacenowym kryterium znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a będącego przy tym cechą nieskutkującą wyższością techniczno-funkcjonalną ciągnika w stosunku do ciągnika pozbawionego takiego sposobu połączenia, a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, a także niezapewniający równego traktowania wykonawców poprzez wprowadzenie, co ma bezpośredni wpływ na kalkulację oferty składanej przez poszczególnych wykonawców w Postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ, w tym Załącznika nr 1.2 do SWZ:

a) Sekcja II. Przedmiot punkt II. 2.5. ogłoszenia o zamówieniu Kryteria udzielenia zamówienia – poprzez nadanie mu brzmienia: *Cena jest jedynym kryterium udzielenia zamówienia; wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia.*

b) Część XV. SWZ pt. Kryteria oceny ofert – poprzez nadanie mu brzmienia:

1. *Zamawiający oceni oferty z zastosowaniem następujących kryteriów oceny ofert:*

2. *Cena z wagą 100*

3. *W kryterium cena oceniana będzie całkowita cena oferty. Oferta z najniższą ceną otrzyma maksymalną liczbę punktów. Pozostałe oferty zostaną ocenione zgodnie z wzorem:*

$P_{ofx} = (C_{min} / C_x) \times 100$ *pkt gdzie:*

P_{ofx} *– liczba punktów w kryterium „Cena" dla oferty o numerze „x"*

C_{min} *– najniższa cena realizacji brutto oferty spośród wszystkich rozpatrywanych ofert*

C_x *– cena realizacji brutto oferty o numerze „x"*

c) Część XVI. Pkt 5 SWZ Aukcja elektroniczna – poprzez nadanie mu brzmienia:

1. Minimalna wysokość postąpienia w kryterium cena: 15 000,00 zł brutto dla każdego z zadań.

d) Załącznik nr 1.2 do SWZ WYKAZ SPEŁNIENIA ISTOTNYCH DLA ZAMAWIAJĄCEGO WYMAGAŃ I PARAMETRÓW TECHNICZNO-UŻYTKOWYCH – poprzez usunięcie zapisów zawartych pod liczbami porządkowymi 14a w części A tabel tego załącznika do SWZ na str. str. 28, 31, 33.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał m.in. co następuje:

Kryterium oceny ofert dotyczące wyposażenia ciągnika w bezpośrednie przeniesienie napędu z silników hydraulicznych poprzez kształtowe (wieloboczne) połączenie przenoszące moment obrotowy z piast napędowych na koła napędowe nigdy wcześniej nie było przez Zamawiającego stosowane w prowadzonych przez niego postępowaniach o udzielenie zamówienia. Zdaniem Odwołującego kształtowe (wieloboczne) połączenie przenoszące moment obrotowy z piast napędowych na koła napędowe skutkujące wyższą oceną w ramach kryterium oceny ofert nie jest rozwiązaniem w żaden sposób i pod żadnym względem lepszym niż powszechnie stosowane, mające kształt koła, połączenie przenoszące moment obrotowy z piast napędowych na koła napędowe. Zastosowanie w ramach konstrukcji ciągnika kształtowego (wielobocznego) połączenia przenoszącego moment obrotowy z piast napędowych na koła napędowe nie powoduje żadnej dodatkowej funkcjonalności np. poprzez zwiększenie siły uciągu ciągnika w stosunku do powszechnie stosowanego połączenia przenoszącego moment obrotowy z piast napędowych na koła napędowe w kształcie koła. Preferowane przez Zamawiającego rozwiązanie nie wpływa na polepszenie wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych ciągnika; nie jest rozwiązaniem wpływającym na zwiększenie bezpieczeństwa użytkowania ciągnika; nie przynosi korzyści finansowych Zamawiającemu. Według wiedzy Odwołującego nie jest rozwiązaniem technicznie lepszym od powszechnie stosowanego przez producentów ciągników podwieszanych połączenia piasty z kołem w kształcie koła, a co niezwykle istotne - znajduje się w ofercie wyłącznie jednego producenta ciągników

podwieszonych, to jest SMT Scharf (producent ten oferuje również te same ciągniki w wersji z tradycyjnym połączeniem piasta – koło). Odwołujący podkreślił, że nigdy w przeszłości wskutek stosowania przez Odwołującego w produkowanych i stosowanych także u Zamawiającego ciągnikach posiadających połączenia piasty z kołem w kształcie koła nie doszło do wystąpienia sytuacji zerwania połączenia piasty z kołem napędowym, a więc ujawnienia się wady tego sposobu połączenia.

II. Pismem wniesionym w dniu 20 czerwca 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Uzasadniając zajęte stanowisko Zamawiający wskazał m.in. co następuje:

Z doświadczeń eksploatacyjnych Zamawiającego wynika, że rozwiązanie przewidziane w ramach zakwestionowanego kryterium oceny ofert jest korzystniejsze przede wszystkim w zakresie:

- występowania awarii – częściej występują awarie w rozwiązaniu piasta koło,
- wymiany elementu - dłuższy czas wymiany przekłada się na dłuższy okres wyłączenia z eksploatacji i związane z tym przestoje urządzenia oraz finansowe straty.

Zdaniem Zamawiającego rozwiązanie piasta wielobok charakteryzuje:

1. Wyższa wytrzymałość na moment obrotowy: Połączenia kształtowe, mogą oferować większą wytrzymałość na moment obrotowy niż połączenia oparte na śrubach. Dzięki odpowiedniemu dopasowaniu wału i otworu w kole można osiągnąć wytrzymałe i niezawodne połączenie.
2. Bezpieczeństwo: Połączenia kształtowe mogą zapewniać większe bezpieczeństwo w przypadku działania dużych obciążeń. Jeśli np. występuje ryzyko rozluźnienia się śrub w połączeniu śrubowym, połączenie kształtowe może być bardziej niezawodne i mniej podatne na luzowanie.
3. Mniejsza ilość elementów: Połączenie kształtowe, może wymagać mniejszej ilości elementów w porównaniu do połączenia śrubowego. W przypadku połączenia śrubami konieczne jest stosowanie śrub, nakrętek, podkładek itp., podczas gdy w przypadku połączenia kształtowego może być potrzebne tylko odpowiednie dopasowanie i łączenie wału z kołem.
4. Łatwiejsza konstrukcja i montaż: Połączenia kształtowe mogą być łatwiejsze w konstrukcji i montażu, niż połączenia śrubowe. Montaż połączenia kształtowego może być prostszy i szybszy, zwłaszcza gdy nie ma konieczności manipulowania wieloma śrubami i podkładkami.
5. Łatwiejszy i szybszy demontaż: Połączenia kształtowe mogą być łatwiejsze do rozłączenia niż połączenia śrubowe. W przypadku połączenia kształtowego nie ma potrzeby odkręcania tak wielu śrub ani manipulowania narzędziami. Jest to szczególnie ważne w przypadku naprawy lub konserwacji, gdzie szybkie odłączenie wału od koła może znacząco skrócić czas przestoju maszyny.
6. Mniejsze ryzyko uszkodzenia elementów: Przy demontażu połączenia śrubowego istnieje ryzyko uszkodzenia elementów, takich jak śruby, nakrętki czy gwinty, zwłaszcza gdy są one mocno dokręcone lub skorodowane. W przypadku połączenia kształtowego, demontaż może być mniej inwazyjny i mniej ryzykowny pod względem uszkodzeń. Ponowne użycie śrub jest możliwe, przeważnie brak jest takiej możliwości przy połączeniu, gdzie śruby przenoszą moment.
7. Powtarzalność: Jeśli połączenie kształtowe jest dobrze zaprojektowane i wykonane, demontaż i ponowny montaż może być bardziej powtarzalny w porównaniu do połączenia śrubowego. W przypadku połączenia śrubowego konieczne jest odpowiednie dokręcanie śrub z określoną siłą lub stosowanie środków utrwalających gwinty, co może być bardziej czasochłonne i wymagać większej precyzji. W połączeniu kształtowym występuje mniejsza liczba śrub i nie służą one do przenoszenia momentu, a tylko jako zabezpieczenie połączenia.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili:

- wykonawca Grenevia Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach,
- wykonawca FERRIT s.r.o. z siedzibą we Frýdlant nad Ostravici (Republika Czeska).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę FERRIT s.r.o. z siedzibą we Frýdlant nad Ostravici (Republika Czeska) z uwagi na uchybienie terminowi do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Odwołanie zostało przez Zamawiającego przekazane wykonawcom uczestniczącym w Postępowaniu w dniu 9 czerwca 2023 r., a zatem termin do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego upływał w dniu 12 czerwca 2023 r. Natomiast wykonawca FERRIT s.r.o. z siedzibą we Frýdlant nad Ostravici (Republika

Czeska) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 13 czerwca 2023 r.

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ Zamawiający przewidział m.in. następujące postanowienia:

Sekcja II. Przedmiot punkt II. 2.5.) Ogłoszenia o zamówieniu Kryteria udzielenia zamówienia

Cena nie jest jedynym kryterium udzielenia zamówienia; wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia.

Część XV. SWZ pt. Kryteria oceny ofert

1. Zamawiający oceni oferty z zastosowaniem następujących kryteriów oceny ofert:

1)*W przypadku, gdy do postępowania złożone zostaną co najmniej dwie oferty nie podlegające odrzuceniu, punkty przyznane danej ofercie zostaną obliczone wg poniższego wzoru:*

OLP = C + T,

gdzie:

C – ilość punktów uzyskanych w kryterium „cena".

T – ilość punktów uzyskanych w kryterium – ocena techniczna

2)*Zasady przydzielania punktów za poszczególne kryteria są następujące:*

a) Kryterium cena – C – waga 98%

Pofx = (Cmin / Cx) x 98 pkt

gdzie:

Pofx – liczba punktów w kryterium „Cena" dla oferty o numerze „x"

Cmin najniższa cena realizacji brutto oferty spośród wszystkich rozpatrywanych ofert

Cx – cena realizacji brutto oferty o numerze „x".

Maksymalna ilość punktów do zdobycia dla kryterium C wynosi 98 pkt.

b) Kryterium ocena techniczna – T – waga 2%

Ciągnik wyposażony w bezpośrednie przeniesienie napędu z silników hydraulicznych poprzez kształtowe (wieloboczne) połączenie przenoszące moment obrotowy z piast napędowych na koła napędowe	*2 pkt*
ciągnik niewyposażony w bezpośrednie przeniesienie napędu z silników hydraulicznych poprzez kształtowe (wieloboczne) połączenie przenoszące moment obrotowy z piast napędowych na koła napędowe	*0 pkt*

Część XVI. Pkt 5 SWZ Aukcja elektroniczna

Minimalna wysokość postąpienia w kryterium cena: 15 000,00 zł brutto dla każdego z zadań. Kryterium ocena techniczna jest niezmienna w toku aukcji elektronicznej.

Załącznik nr 1.2 do SWZ WYKAZ SPEŁNIENIA ISTOTNYCH DLA ZAMAWIAJĄCEGO WYMAGAŃ I PARAME˙ TECHNICZNO-UŻYTKOWYCH l.p. 14a, str. 28, 31, 33.

bezpośrednie przeniesienie napędu z silników hydraulicznych poprzez kształtowe (wieloboczne) połączenie przenoszące moment obrotowy z piast napędowych na koła napędowe	*pożądane TAK/NIE Kryterium oceny ofert*

Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał m.in., że kształtowe (wieloboczne) połączenie przenoszące moment obrotowy z piast napędowych na koła napędowe nie jest rozwiązaniem dającym jakąkolwiek dodatkową funkcjonalność w stosunku do powszechnie stosowanego połączenia przenoszącego moment obrotowy z piast napędowych na koła napędowe w kształcie koła - np. poprzez zwiększenie siły uciągu ciągnika. Odwołujący stwierdził, że

preferowane przez Zamawiającego rozwiązanie nie wpływa na polepszenie wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych ciągnika; nie jest rozwiązaniem wpływającym na zwiększenie bezpieczeństwa użytkowania ciągnika; nie przynosi korzyści finansowych Zamawiającemu. Odwołujący wskazał, że według jego wiedzy nie jest to rozwiązanie technicznie lepsze od powszechnie stosowanego przez producentów ciągników podwieszanych połączenia piasty z kołem w kształcie koła, a ponadto znajduje się w ofercie wyłącznie jednego producenta ciągników podwieszonych - SMT Scharf (oferującego również te same ciągniki w wersji z tradycyjnym połączeniem piasta – koło).

Należy zauważyć, że Odwołujący oparł swoje zarzuty na twierdzeniach o braku posiadania przez rozwiązanie, polegające na wyposażeniu ciągnika w bezpośrednie przeniesienie napędu z silników hydraulicznych poprzez kształtowe (wieloboczne) połączenie przenoszące moment obrotowy z piast napędowych na koła napędowe, cech uzasadniających przewidzenie tego rozwiązania jako kryterium oceny ofert. Tego rodzaju twierdzenia co do zasady nie wymagają dowodu w postępowaniu odwoławczym. Przedstawienie dowodów w tym zakresie byłoby niezwykle trudne, tym bardziej że wykonawca składający odwołanie nie ma wiedzy co do tego, które cechy preferowanego rozwiązania spowodowały, że Zamawiający uznał za celowe ustanowienie go jako kryterium oceny ofert. W związku z tym w tego rodzaju przypadkach to zamawiającego w pierwszej kolejności obciąża ciężar dowodu. W niniejszej sprawie Zamawiający winien był udowodnić, że preferowane rozwiązanie posiada cechy, które mają dla niego znaczenie w kontekście udzielanego zamówienia. Ustanowienie kryterium oceny ofert odnoszącego się do jakości (art. 242 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), które nie ma znaczenia z punktu widzenia potrzeb zamawiającego, preferującego część wykonawców, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp). W przypadku przedstawienia dowodów przez Zamawiającego na Odwołującym spoczywałby ciężar udowodnienia twierdzeń przeciwnych. Przy czym, Zamawiający powinien swoje stanowisko przestawić ze stosownym wyprzedzeniem, aby Odwołujący miał możliwość odpowiednio wcześniej przez rozprawą poznać stanowisko Zamawiającego odnośnie cech, które Zamawiający uznał za istotne i uzasadniające ustanowienie preferowanego rozwiązania jako kryterium oceny ofert, i przygotować dowody celem wykazania twierdzeń przeciwnych.

Izba uznała, że Zamawiający nie sprostał spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu. Po pierwsze, w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zaprezentował twierdzenia nie tyle o posiadaniu przez preferowane rozwiązanie określonych cech lub funkcjonalności, lecz o możliwości ich posiadania. W przytoczonych w niniejszym uzasadnieniu siedmiu punktach odpowiedzi na odwołanie Zamawiający posługuje się takimi zwrotami jak: „*mogą oferować większą wytrzymałość*" (pkt 1), „*mogą zapewniać większe bezpieczeństwo*" (pkt 2), „*może wymagać mniejszej ilości elementów w porównaniu do połączenia śrubowego*" (pkt 3), „*mogą być łatwiejsze w konstrukcji i montażu*" (pkt 4), „*mogą być łatwiejsze do rozłączenia*" (pkt 5), „*demontaż może być mniej inwazyjny i mniej ryzykowny*" (pkt 6), „*demontaż i ponowny montaż może być bardziej powtarzalny*" (pkt 7). Po drugie, twierdzenia zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie nie zostały przez Zamawiającego udowodnione. Na rozprawie Zamawiający złożył dokument zatytułowany „*Opinie kopalń*" podpisany przez pełnomocnika reprezentującego Zamawiającego. Jak wskazał Zamawiający, wynika z niego, że połączenie kołowe jest bardziej awaryjne, droższe i charakteryzuje się dłuższym czasem wymiany. Izba uznała, że dokument ten nie stanowi dowodu, lecz dalszy ciąg pisemnego stanowiska Zamawiającego, uprzednio zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie. W stanowisku tym przedstawiono twierdzenia o wyższości rozwiązania połączenia kształtowego nad połączeniem kołowym na podstawie doświadczeń w użytkowaniu ciągników podwieszonych dwóch kopalń (Ruch Ziemowit oraz Ruch Marcel). Twierdzenie te nie zostały jednak przez Zamawiającego udowodnione. Zamawiający nie złożył żadnych dokumentów źródłowych (np. protokołów usług serwisowych) potwierdzających przedstawione twierdzenia. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Zamawiający nie udowodnił, że preferowane przez niego rozwiązanie posiadania cechy, które mają znaczenie z punktu widzenia jego potrzeb, a w konsekwencji nie udowodnił, że ustanowione przez niego kryterium oceny ofert dotyczące jakości, preferujące część wykonawców, nie stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: **…..……..**