

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 28 lipca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 28 lipca 2017 r., przed otwarciem rozprawy, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2017 r. przez wykonawcę: **FAMUR PEMUG Sp. z o.o., ul. Tadeusza Boya Żeleńskiego 105, 40-750 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jastrzębskie Zakłady Remontowe Sp. z o.o., ul. Węglowa 4, 44-268 Jastrzębie-Zdrój,**

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **FAMUR PEMUG Sp. z o.o., ul. Tadeusza Boya Żeleńskiego 105, 40-750 Katowice**, uiszczonej 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 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający: Jastrzębskie Zakłady Remontowe Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Modernizacja Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla w celu zwiększenia produkcji węgla koksującego w JSW S. A. KWK „Knurów - Szczygłowice” Ruch Knurów. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2017/S 125-253782. W dniu 4 lipca 2017 r. na stronie internetowej Zamawiającego została opublikowana Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia.

Wykonawca FAMUR PEMUG Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach wniósł odwołanie wobec treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w zakresie następujących postanowień:

1. Pkt X.B) 1. akapit pierwszy SIWZ – *„na potwierdzenie warunku wskazanego w punkcie A. 2c) wymagane jest posiadanie zdolności technicznej, polegającej na wykonaniu co najmniej trzech robót budowlanych (zamówień/kontraktów) na łączną kwotę nie mniejszą niż 30 000 000,00 zł netto (słownie: trzydzieści milionów złotych) związanych z modernizacją, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych w Zakładach Przeróbki Mechanicznej Węgla Kamiennego, polegających na zabudowie pras filtracyjnych, w tym co najmniej jednej na kwotę nie mniejszą niż 15 000 000,00 zł netto (słownie: piętnaście milionów złotych) - w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie”*,
2. Pkt X.B) 1. akapit drugi SIWZ – *„odpisy stosownych referencji winny być potwierdzone i podpisane przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego”*,
3. Pkt I. Załącznika nr 1 do SIWZ Specyfikacja techniczna, Uwaga 2, akapit pierwszy *„poprzez maszyny i urządzenia równoważne Zamawiający rozumie maszyny i urządzenia o parametrach nie gorszych niż wskazane w dokumentacji projektowej oraz w Specyfikacji Technicznej”*,
4. Pkt I. Załącznika nr 1 do SIWZ, Specyfikacja Techniczna, Uwaga 2, akapit drugi - wykonawca oferujący rozwiązania równoważne ma obowiązek wskazać *„miejsce wykorzystywania tego typu urządzeń w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny”*,
5. § 4 ust. 3 Istotnych Postanowień Umowy - Załącznik nr 10 SIWZ – *„wszelkie roboty wynikające w ramach realizacji zadania, nieujęte w dokumentacji projektowej, a niezbędne w związku z obowiązującymi przepisami lub sztuką budowlaną w celu realizacji i oddania obiektów do użytkowania, są objęte zakresem finansowym zadania”* oraz § 11 ust: 4.3.

Istotnych Postanowień Umowy - „zmiany, o których mowa w lit, a), c), d) nie stanowią podstawy do zwiększenia wynagrodzenia.”

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

- art. 22 ust.1a. w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez określenie warunku zdolności technicznej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
- § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez wprowadzenie wymogu potwierdzenia i podpisania referencji przez Kierownika Rychu Zakładu. Górniczego,
- art. 29 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez brak szczegółowego wskazania kryteriów równoważności dla maszyn i urządzeń;
- art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję polegający na niezasadnym zawężeniu możliwości zastosowania urządzeń równoważnych do urządzeń wykorzystywanych w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny;
- art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego, w związku z art. 7 Pzp, poprzez:
  - a) zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty - w związku z zobowiązaniem wykonawcy do wykonania, w ramach przewidzianego w umowie wynagrodzenia ryczałtowego, czynności, których przedmiotu i rozmiaru nie da się przewidzieć, a których potrzeba wykonania wynika z przyczyn niezależnych od wykonawcy,
  - b) ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadami uczciwego postępowania i słuszności kontraktowej, skutkujący rażąco nierównowagą stron umowy - w związku z przerzuceniem na wykonawcę ryzyka finansowego wiążącego się z realizacją prac nieprzewidzianych w dokumentacji projektowej z wyłączeniem możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku dokonania zmiany sposobu spełnienia świadczenia spowodowanej okolicznościami niezależnymi od wykonawcy, co w konsekwencji stanowi także naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ, poprzez:

- a. zmianę treści pkt X.B)1 SIWZ na następującą: „Na potwierdzenie warunku wskazanego w punkcie A2c) wymagane jest posiadanie zdolności technicznej, polegającej na wykonaniu co najmniej dwóch zamówień na łączną kwotę nie mniejszą niż 15 000 000,00 zł (piętnaście milionów złotych) netto związanych z modernizacją, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych

*w obiektach przeróbki mechanicznej, polegających na zabudowie maszyn i urządzeń, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, jeżeli okres prowadzenia, działalności jest krótszy — w tym okresie”;*

*ewentualnie o przyjęcie powyższego brzmienia warunku z doprecyzowaniem, że chodzi o zabudowę maszyn i urządzeń przeróbczych,*

b. zmianę treści Pkt X.B) 1 SIWZ, poprzez wykreślenie zapisu *„odpisy stosownych referencji winny być potwierdzone i podpisane przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego”;*

c. zmianę, treści pkt I Uwaga 2 akapit pierwszy Załącznika nr 1 do SIWZ, poprzez dokładne określenie kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował oceniając, czy maszyny i urządzenia równoważne spełniają wymogi Zamawiającego;

d. zmianę treści pkt I Uwaga 2 akapit drugi Załącznika nr 1 do SIWZ, poprzez wykreślenie zapisu *„oraz wskazać miejsce, wykorzystywania tego typu urządzeń w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny”;* ewentualnie jego modyfikację w następujący sposób: *„oraz wskazać miejsce wykorzystywania tego typu urządzeń w węzłach technologicznych zakładów przemysłowych”;*

e. zmianę treści § 4 Istotnych Postanowień Umowy, poprzez wykreślenie ustępu 3;

f. zmianę treści § 11 ust 4.3. Istotnych Postanowień Umowy zdanie drugie od dołu na następującą: *„Zmiany, o których mowa w lit. a), c), d) stanowią również podstawę do zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy”;*

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg przedłożonego spisu kosztów.

Odwołujący podniósł, że zarzucane naruszenia znacznie utrudniają lub mogą prowadzić do braku możliwości złożenia przez Odwołującego oferty, a tym samym do braku możliwości uzyskania przez niego zamówienia i poniesienia szkody w postaci utraconych korzyści wynikających z realizacji zamówienia.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Pismem z dnia 27 lipca 2017 r. złożonym w toku posiedzenia z udziałem stron, Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w części zarzuty zawarte w odwołaniu oraz przedstawił ostateczne brzmienie SIWZ z uwzględnieniem modyfikacji postanowień zakwestionowanych w odwołaniu. Zamawiający zdecydował o dokonaniu modyfikacji treści SIWZ w następujący sposób:

1. W zakresie zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez określenie warunku zdolności technicznej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do

przedmiotu zamówienia:

„B) Zamawiający ustala następujące szczegółowe warunki udziału w postępowaniu:

1. Na potwierdzenie warunku wskazanego w punkcie A2c) wymagane jest posiadanie zdolności technicznej, polegającej na zrealizowaniu co najmniej dwóch robót budowlanych na łączną kwotę 30 000 000,00 zł (trzydzieści milionów złotych), związanych z modernizacją, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych w zakładach przeróbki mechanicznej węgla, polegających na zabudowaniu maszyn i urządzeń (np. pras filtracyjnych, osadzarek, flotowników, wirówek) w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), w tym jednej roboty na co najmniej 10 000 000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych).

Odpisy stosownych referencji wystawionych przez podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane winny potwierdzać, że przedmiot umowy został wykonany w sposób należyty.

W przypadku Wykonawcy, przedstawiającego wartości wykonanych zamówień w walutach obcych, Zamawiający dokona przeliczenia wskazanej kwoty według średniego kursu NBP ogłoszonego ostatniego dnia roku, w którym zamówienia wykonano, a w przypadku zamówień wykonanych w bieżącym roku według średniego kursu NBP ogłoszonego dnia poprzedzającego dzień, w którym została zawarta umowa.

W związku z powyższym wartości wykonanych zamówień określone w walutach obcych należy wyszczególnić oddzielnie dla każdego roku kalendarzowego.”

2. W zakresie zarzutu naruszenia § ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez wprowadzenie wymogu potwierdzenia i podpisania referencji przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego Zamawiający zdecydował o modyfikacji SIWZ w sposób następujący:

„Odpisy stosownych referencji, wystawionych przez podmiot na rzecz którego roboty zostały wykonane winny potwierdzać, że przedmiot umowy został wykonany w sposób należyty.”

3. W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez brak szczegółowego wskazania kryteriów równoważności dla maszyn i urządzeń oraz art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, polegający na niezasadnym zawężeniu możliwości zastosowania

urządzeń równoważnych do urządzeń wykorzystywanych w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny, Zamawiający zdecydował o modyfikacji SIWZ, poprzez opisanie kryteriów równoważności dla maszyn i urządzeń oraz dokonaniu zmiany zapisu pkt I Uwaga 2 akapit drugi Specyfikacji Technicznej (Załącznika nr 1 do SIWZ) w sposób następujący:

„Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisane przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że zaproponowane maszyny lub urządzenia spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, oraz wskazać miejsce wykorzystywania tego typu urządzeń w węzłach technologicznych zakładów przeróbki mechanicznej węgla.”

Zamawiający dokonał zmiany: Tabeli 1 - Zestawienie urządzeń do zabudowy – nowy obiekt flotacji i pras filtracyjnych, Tabeli 2 – Wykaz urządzeń przeznaczonych do demontażu – obiekt kompleksowy, Tabeli 3 - Zestawienie urządzeń do zabudowy- obiekt kompleksowy.

4. W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego, w związku z art. 7 Pzp, poprzez:

- zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty - w związku z zobowiązaniem wykonawcy do wykonania, w ramach przewidzianego w umowie wynagrodzenia ryczałtowego, czynności, których przedmiotu i rozmiaru nie da się przewidzieć, a których potrzeba wykonania wynika z przyczyn niezależnych od wykonawcy,
- ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadami uczciwego postępowania i słuszności kontraktowej, skutkujący rażąco nierównowagą stron umowy - w związku z przerzuceniem na wykonawcę ryzyka finansowego wiążącego się z realizacją prac nieprzewidzianych w dokumentacji projektowej z wyłączeniem możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku dokonania zmiany sposobu spełnienia świadczenia spowodowanej okolicznościami niezależnymi od wykonawcy, co w konsekwencji stanowi także naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający zdecydował o modyfikacji SIWZ w sposób następujący:

- w § 4 Istotnych Postanowień Umowy Załącznik nr 10 do SIWZ) wykreślił ustęp 3;
- w § 11 ust 4.3. Istotnych Postanowień Umowy (Załącznik nr 10 do SIWZ) Zamawiający uznał za zasadną zmianę jedynie w części dotyczącej lit. c), natomiast w części dotyczącej litery a) i d) uznał za bezzasadne. Zamawiający wprowadził następujące brzmienie postanowienia:

„4.3. Sposobu spełnienia świadczenia:

- a) Zmiany spowodowane koniecznością zrealizowania przedmiotu umowy przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych, technologicznych lub materiałowych niż wskazane w umowie, dokumentacji projektowej lub innej dokumentacji związanej z realizowaną umową w sytuacji, gdy zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub wadliwym wykonaniem umowy,
- b) Konieczność realizacji umowy przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych lub technologicznych wynikających ze zmiany obowiązującego prawa bądź decyzji organów nadzoru,
- c) Zmiany związane z kolizją z niezinwentaryzowanymi obiektami znajdującymi się w gruncie,
- d) Zmiany w harmonogramie stanowiącym zał. Nr 1 do umowy w zakresie struktury etapów (podział, łączenie lub tworzenie nowych etapów) w sytuacjach, kiedy wynikać to będzie z konieczności zmiany w trakcie realizacji umowy rozwiązań technicznych, technologicznych lub materiałowych w stosunku do wskazanych w umowie; dokumentacji projektowej lub innej dokumentacji związanej z realizowaną umową.

Zmiany będą wprowadzone wyłącznie w zakresie umożliwiającym oddanie przedmiotu umowy do użytkowania.

Zmiany, o których mowa w lit. a) i d) nie stanowią podstawy do zwiększenia wynagrodzenia.

Zmiana, o której mowa w lit. b) i c) – Zamawiający może ponieść ryzyko zwiększenia wynagrodzenia z tytułu takich zmian wyłącznie w kwocie równej zwiększonym z tego powodu kosztom.”

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, jako niezasadnego.

W toku posiedzenia z udziałem stron w dniu 28 lipca 2017 r., odwołujący się wykonawca FAMUR PEMUG Sp. z o.o. złożył do protokołu oświadczenie, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu – wycofuje pozostałe zarzuty.

Uwzględniając powyższe, działając na podstawie art. 186 ust. 3a oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz § 5 ust. 1 pkt 2 lit.a 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 ze zm.). Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz odwołującego z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....