

WYROK
z dnia 12 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2014 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

przy udziale wykonawcy **FAMUR S.A., u. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
orzeka:

1. oddała odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. prowadzi w trybie przetagu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa elementów tras kolejek podwieszanych wg dokumentacji technicznych KW S.A. ZRP do Oddziałów K.W. S.A. w 2014 roku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 października 2014 roku pod poz. 2014/S 201-355932.

W dniu 28 października 2014 roku odwołujący – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex Sp. z o.o., wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przez sformułowanie treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający rzeczywiste ustalenie jego treści, ze względu na to, że załącznik nr 1 do SIWZ w żaden sposób nie odpowiada temu, tx) wynika z treści SIWZ,
- b. art. 29 ust 1 i 2 ustawy przez sformułowanie treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, a konkretnie załącznika nr 2 do SIWZ w sposób uniemożliwiający jego zidentyfikowanie;
- c. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przez sformułowanie treści SIWZ, to jest pkt G ppkt b) - d) załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia, wymagania prawne i wymagane parametry techniczno-użytkowe, wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie przez *oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego oraz dokumenty wymagane przed zawarciem umowy i przy dostawie** w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa, poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący godząc w zasadę uczciwej konkurencji;
- d. art 29 ust 1 ustawy i art. 577 § 1 (ew. w zw. z 612 kc) w zw. z art, 3531 kc w zw. z art. 139 § 1 ustawy przez sformułowanie treści SIWZ, to jest § 3 ust. 1 załącznika nr 2 do umowy „Ogólne warunki zakupu i realizacji dostaw materiałów, wyrobów i części zamiennych maszyn i urządzeń dla Oddziałów Kompanii Węglowej SA” w sposób sprzeczny z przepisami kc regulującymi problematykę gwarancji jakości, godząc jednocześnie we właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego;
- e. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy i art. 577 § 1 (ew. w zw. z 612 kc) w zw. z art. 3531 kc w zw. z art. 139 § 1 ustawy przez sformułowanie treści SIWZ, to jest § 3 ust 3 załącznika nr 2 do umowy „Ogólne warunki zakupu i realizacji dostaw materiałów, wyrobów i części

zamiennych maszyn i urządzeń dla Oddziałów Kompanii Węglowej SA w sposób sprzeczny z przepisami kc regulującymi problematykę gwarancji jakości, godząc jednocześnie we właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego;

- f. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy i art. 556 § 1 i 2 (ew. w zw. z 612 kc) w zw. z art 3531 kc w zw. z art. 139 § 1 ustawy przez sformułowanie treści SIWZ, to jest § 1 ust. 6. i 7 załącznika nr 2 do umowy „Ogólne warunki zakupu i realizacji dostaw materiałów, wyrobów i części zamiennych maszyn i urządzeń dla Oddziałów Kompanii Węglowej SA” -w sposób sprzeczny z przepisami kc regulującymi problematykę rękojmi za wady fizyczne i prawne, godząc jednocześnie we właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, stwierdzając naruszenie przepisów, które może mieć wpływ na wynik postępowania oraz wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień siwz w zakwestionowanym w odwołaniu zakresie w sposób zgodny z przepisami obowiązującego prawa oraz w adekwatnym zakresie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy, przekazanej przez zamawiającego oraz dokonanej w dniu 6 listopada 2014 roku modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także biorąc po uwagę stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy oraz w pisemnej odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa elementów tras kolejek podwieszonych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. wytworzonych zgodnie z posiadanymi przez Zamawiającego dokumentacjami techniczno – ruchowymi oraz dopuszczeniami przedmiotowych wyrobów do stosowania w zakładach górniczych wydanymi przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego. Zgodnie z treścią dopuszczeń, które zostały załączone do siwz, producentem wyrobów objętych przedmiotowym postępowaniem jest Kompania Węglowa S.A. – Zakład Remontowo – Produkcyjny w Bieruniu. Wykonawca, wyłoniony w postępowaniu o zamówienie publiczne ma być Wytwórcą w rozumieniu art. 5 ust. 20 ustawy o systemie zgodności (Dz. U. nr 138, poz. 935 z 2010 roku.) przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego. W załączniku nr 2 i 3 od SIWZ (dokumentacja przedmiotu zamówienia) zamawiający zawarł technologię producenta czyli Kompanii Węglowej S.A. Oddział w Bieruniu. Zgodnie z pkt C Załącznika nr 1 do siwz, zamawiający wymaga od wykonawcy:

1. aktualnego certyfikatu potwierdzającego spełnienie przez wytwórcę wymagań normy PN- EN ISO 3834-2:2007 lub,

- aktualnego certyfikatu zgodności procesów spawania z wymaganiami jakości w spawalnictwie określonymi normą PN-EN ISO 3834-2:2007.

Izba zważyła, co następuje:

Odwwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania. Ponadto na skutek działań i zaniechań polegających na sformułowaniu przez zamawiającego postanowień siwz w sposób naruszający, zdaniem odwołującego, przepisy Pzp, może on ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia a konkretnie załącznika nr 2 do siwz w sposób niejednoznaczny i „uniemożliwiający jego zidentyfikowanie”, nie zasługuje na uznanie.

W pkt 10.2 normy PN-EN ISO 3834-2:2007 „Wymagania jakości dotyczące spawania materiałów metalowych, część 2:Pełne wymagania jakości” wskazano, że wytwórca musi posiadać kwalifikowaną technologię spawania, wydaną przez jednostkę uprawnioną do kwalifikowania technologii. Z kolei w pkt 10.3 tej normy podano, że „technologie spawania powinny być kwalifikowane przed rozpoczęciem produkcji”. Zgodnie z pkt 14 Wytwórca winien posiadać wdrożony system kontroli i badań.

W ocenie Izby, zamawiający załączył do siwz dokumentację, które w sposób pełny i wyczerpujący opisuje przedmiot zamówienia. Wymóg zamawiającego co do wykonanie spawania w oparciu o przygotowaną samodzielnie przez wykonawcę (Wytwórcę) instrukcję spawania WPS jest rozwiązaniem jak najbardziej dopuszczalnym, nie godzącym w zasadę zachowania uczciwej konkurencji i nie naruszającym zasad wynikających z treści art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Nieuzasadnionym jest, zdaniem Izby, żądanie odwołującego, aby to zamawiający przekazał instrukcję WPS, która ma być zastosowana. Dążeniem zamawiającego jest wybór takiego wykonawcy (Wytwórcy), który będzie posiadał kwalifikowaną technologię spawania przed rozpoczęciem produkcji, będzie miał wdrożony system kontroli jakości, stąd wymagania zamawiającego odnośnie posiadania przez wykonawcę stosownych certyfikatów i świadectw są w pełni uzasadnione. W ocenie Izby, również załączone do dokumentacji rysunki, określające wymiary elementów składowych (03, aneks nr 1, styczeń 2013) oraz sposób łączenia (spawania) poszczególnych elementów szyny znajdujące się w Kartach Technologicznych nr 1, 2 i 3, ujętych w technologii spawania są wystarczające do wykonania przedmiotu zamówienia. Jak wyjaśnił zamawiający w toku

rozprawy, w przypadku braku podania na załączonych do siwz rysunkach tolerancji co do wymiarów poszczególnych elementów składowych (tak jak np. dla wskazanej przez odwołującego długości szyny na rysunku ZRP.039.01), należy zastosować się do treści normy PN ISO 286-2, przywołanej w opisie przedmiotu zamówienia i przyjąć wymiar nietolerowany w klasie IT12 do IT18.

Podkreślenia wymaga także okoliczność, że odwołujący na którym spoczywa ciężar udowodnienia faktów, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, w żaden sposób nie wykazał, że podnoszone przez niego ewentualne niejednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia, uniemożliwiają mu złożenie oferty, wycenę przedmiotu zamówienia i jego należyte wykonanie.

Izba nie podzieliła także stanowiska odwołującego odnośnie sformułowania postanowień dotyczących warunków gwarancji odnoszących się do wad fizycznych i wad prawnych w sposób sprzeczny z przepisami kodeksu cywilnego lub naturą stosunku zobowiązaniowego. Wykonanie przedmiotu zamówienia w oparciu ściśle o dokumentację dostarczoną przez zamawiającego, jak to ma miejsce w analizowanej sprawie, w żaden sposób nie wyklucza możliwości udzielenia przez Wytwórcę (wykonawcę) gwarancji za wady prawne i fizyczne rzeczy przez niego wytworzonej. Gwarancja, o jakiej mowa w § 3 „Ogólnych warunków zakupu i realizacji dostaw materiałów (...)” dotyczy ewentualnych roszczeń wynikających z wykonania wyrobu w sposób niezgodny z umową (opisem przedmiotu zamówienia, dostarczoną przez zamawiającego dokumentacją). Odpowiedzialność wykonawcy (Wytwórcy) z tytułu gwarancji jakości obejmuje zarówno wady powstałe z przyczyn, które w chwili przyjęcia lub odbioru tkwiły w przedmiocie zamówienia, jak i wszelkie inne wady fizyczne ujawnione przed upływem terminu obowiązywania gwarancji. Wykonanie wyrobu w oparciu o dokumentację sporządzoną przez podmiot trzeci (WOSTAL), do której zamawiający nabył pełne prawo do jej wykorzystania, nie może stanowić uzasadnienia do wyłączenia odpowiedzialności wytwórcy za wady prawne produktu, który wytworzył. Stąd w pełni uzasadnione jest żądanie zamawiającego co do złożenia przez wykonawcę oświadczenia, że oferowany wyrób jest wolny od wad prawnych i fizycznych i nie narusza praw majątkowych i niemajątkowych, znaków handlowych, patentów praw autorskich osób trzecich.

Wobec złożonego przez odwołującego w toku rozprawy oświadczenia o wycofaniu zarzutów, opisanych w lit. a i c odwołania, Izba pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono 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 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: