

WYROK
z dnia 13 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Ewa Jankowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **GEORYT Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 14, 41-103 Siemianowice Śląskie** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 21 listopada 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża GEORYT Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 14, 41-103 Siemianowice Śląskie i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **GEORYT Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 14, 41-103 Siemianowice Śląskie,**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **XXX**~~

- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **GEORYT Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 14, 41-103 Siemianowice Śląskie.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Kompania Węglowa S.A. prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa zespołów i elementów hydrauliki sterowniczej do sekcji obudów zmechanizowanych do Oddziałów Kompanii Węglowej w 2009 roku.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 listopada 2008 roku pod nr 2008/S- 218 – 291079.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z póź. zm.) zwanej dalej „ustawą pzp”.

Pismem z dnia 9 grudnia 2008, doręczonym Zamawiającemu w dniu 10 grudnia 2008 roku, Odwołujący - Georyt Sp. z o.o. wniósł protest na czynność Zamawiającego dokonaną pismem z dnia 2 grudnia 2008 roku polegającą na modyfikacji treści pkt XVI ppkt 5 tiret 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej siwz przez żądanie dołączenia m.in. instrukcji użytkowania oferowanych części zamiennych w danym typie obudowy – zgodnie z posiadanym certyfikatem (opinia jednostki certyfikującej).

Odwołujący, wskazując na żądanie dokumentów niezapewniających bezpieczeństwa wykonania i funkcjonowania przedmiotu zamówienia, zarzucił naruszenie art. 25 ust. 2 ustawy pzp w związku z:

- a) § 428 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego

zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. z 2002 r. Nr 139, poz. 1169 ze zm.);

b) art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2004 r. Nr 204 poz. 2087 ze zm.);

c) art. 117a ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2005 r. Nr 228, poz. 1947 ze zm.);

d) § 3 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169 oraz z 2006 r. Nr 124, poz. 863).

Ponadto wskazał na naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy pzp przez dokonanie nieuzasadnionej zmiany treści siwz.

Wykazując, że zmiana dokonana przez Zamawiającego jest nieuzasadniona przywołał treść § 3 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych, z którego wynika, że dokumentacją techniczno - ruchową jest dokumentacja ruchowa lub instrukcje wymienione w przepisach określających zasadnicze wymagania dla wyrobów podlegających ocenie zgodności.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem Wyższego Urzędu Górniczego: „W obudowie zmechanizowanej dopuszczonej do stosowania przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 roku o zmianie i uchyleniu niektórych ustaw w związku z uzyskaniem przez Rzeczpospolitą Polską członkostwa w Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 96, poz. 959) na podstawie dotychczasowych przepisów Prawa górniczego i geologicznego, użytkownik może stosować elementy lub podzespoły układów hydraulicznych innych producentów o ile są zgodne z dokumentacją techniczno-ruchową tej obudowy". Ponadto „producent obudowy zmechanizowanej w terminie ważności jej decyzji dopuszczeniowej, może dokonać w obudowie zmian konstrukcyjnych, polegających np. na zastosowaniu zespołów i elementów hydrauliki sterowniczej innego producenta. Zmiany takie powinny być ujęte w formie aneksu do dokumentacji techniczno-ruchowej obudowy i dostarczone użytkownikowi. Producent obudowy powinien w takim przypadku powiadomić podmioty, które uczestniczyły w ocenie wyrobu i dopuszczeniu do stosowania oraz uzyskać akceptację zmian. Producent obudowy ponosi odpowiedzialność za cały wyrób, w tym za dostarczone przez podwykonawców części i podzespoły" .

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności oraz art. 117a ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze, Prezes Wyższego Urzędu Górniczego jest

organem wyspecjalizowanym do kontroli spełniania przez wyroby wprowadzone do obrotu wymagań zasadniczych, w zakresie wyrobów przeznaczonych do stosowania w zakładach górniczych, a zatem jego stanowisko w tym przedmiocie powinno stanowić wyznacznik dla Zamawiającego do określania rodzajów żądanych dokumentów.

Natomiast instrukcja użytkowania oferowanych części zamiennych w danym typie obudowy-zgodnie z posiadanym certyfikatem (opinia jednostki certyfikującej) jest wyłącznie wewnętrznym dokumentem firmy, nie posiadającym podstaw gwarantujących zachowania zgodności z DTR obudowy zmechanizowanej, gdyż zgodnie ze stanowiskiem Wyższego Urzędu Górniczego powinien on zostać zatwierdzony przez producenta danego typu obudowy zmechanizowanej, co potwierdziłoby jego zgodność z DTR i możliwość zastosowania (w myśl wyżej przytoczonych przepisów prawa oraz stanowiska Wyższego Urzędu Górniczego).

Odwołujący podniósł, że z analizy dokumentów DTR urzędnika wynika, iż wszelkie naprawy i remonty odtworzeniowe obudowy polegające na wymianie lub regeneracji elementów lub jego podzespołów, wymagają pisemnej akceptacji producenta co do zgodności zastosowanych podzespołów lub elementów z dokumentacją techniczną, będącą podstawą uzyskanego dopuszczenia. Zamawiający, dokonując napraw obudów zmechanizowanych z zastosowaniem elementów niezgodnych z wykazem części zamiennych zawartych w DTR narusza postanowienia dokumentów, które były podstawą wprowadzenia obudów zmechanizowanych do użytkowania tj. certyfikat badania typu WE -deklaracji zgodności producenta, dopuszczenia Prezesa WUG.

Konkludując Odwołujący wskazał, iż modyfikacja siwz nie była w żaden sposób uzasadniona i jednocześnie narusza powołane wyżej powszechnie obowiązujące przepisy a Zamawiający oddalając protesty Wykonawców w dniu 27 listopada w tym zakresie a następnie dokonując w dniu 2 grudnia 2008 roku zmiany treści siwz wykazał się dużą niekonsekwencją.

W treści protestu Odwołujący wniósł o jego uwzględnienie i dokonanie zmiany zmodyfikowanej siwz przez wykreślenie zakwestionowanego postanowienia i przywrócenie treści pkt XVI. 5 w pierwotnym brzmieniu siwz, nadanym w ogłoszeniu z dnia 08.11.2008 roku ewentualnie dokonanie zmiany zmodyfikowanej siwz przez wskazanie, iż instrukcja użytkowania oferowanych części zamiennych w danym typie obudowy-zgodnie z posiadanym certyfikatem (opinia jednostki certyfikującej) powinna zostać potwierdzona przez producenta obudowy zmechanizowanej.

Zamawiający pismem z dnia 17 grudnia 2008 roku, przekazany Odwołującemu w dniu 18 grudnia protest oddalił, wskazując, że w przypadku zastosowania części zamiennych sterowania hydraulicznego, innych niż wyszczególnione w DTR danej obudowy

zmechanizowanej, Wykonawcy winni dostarczyć wraz z przedmiotem zamówienia następujące dokumenty:

- a) deklaracja zgodności potwierdzająca zgodność dostarczonych elementów z obowiązującymi normami i dyrektywami unijnymi, lub
- b) certyfikat zgodności właściwości oferowanych wyrobów z wymaganiami stosownych norm i przepisów, wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą/jednostkę notyfikowaną, wskazujący zakres ich stosowania (Opinia jednostki certyfikującej) - potwierdzająca możliwość zastosowania oferowanych elementów hydrauliki sterowniczej w układzie hydraulicznym danego typu obudowy zmechanizowanej,
- c) instrukcja użytkowania (obsługi) dla dostarczonego elementu lub zespołu w danym typie obudowy,

Wraz z dokumentami Zamawiający może zastosować certyfikowane części zamienne (substytucyjne z oryginalnymi) nie naruszając § 428 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych - „maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje i naprawia w sposób określony w dokumentacji techniczno - ruchowej" .

Żądanie dołączenia m.in. instrukcji użytkowania oferowanych części zamiennych w danym typie obudowy - zgodnie z posiadanym certyfikatem (opinią jednostki certyfikującej) - pkt XVI ppkt 5 SIWZ tiret 4 nie jest żądaniem dokumentów zapewniających bezpieczeństwo wykonania i funkcjonowania przedmiotu zamówienia. .

Instrukcja użytkowania nie jest podstawą oceny zgodności elementów i ich zespołów z zasadniczymi wymaganiami, które powinny spełniać urządzenia, w których wskazane elementy mogą znaleźć zastosowanie, ma ona jedynie wskazać sposób użytkowania oferowanych części zamiennych w danym typie obudowy zgodnie z posiadanym certyfikatem (opinia jednostki certyfikującej).

Dokumentem zapewniającym bezpieczeństwo wykonania i funkcjonowania przedmiotu zamówienia jest Certyfikat zgodności właściwości oferowanych wyrobów z wymaganiami stosownych norm i przepisów, wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą/jednostkę notyfikowaną, który wskazuje zakres ich stosowania (Opinia jednostki certyfikującej) i potwierdza zgodność z DTR obudowy zmechanizowanej.

Nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego, Odwołujący wniósł w dniu 24.12.2008 roku odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście i wniósł o uwzględnienie żądań Odwołującego wskazanych w proteście z dnia 09.12.2008 r.

w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści siwz, ewentualnie w przypadku stwierdzenia, iż żądanie to wypełnia treść ustawowego zakazu modyfikacji siwz, zawartego w art. 38 ust. 5 ustawy - Odwołujący wniósł o unieważnienie przedmiotowego postępowania.

Skład orzekający Izby dopuścił dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treści ogłoszenia, wziął po uwagę stanowiska i oświadczenia pełnomocników stron, złożone w toku rozprawy, ustalił i zważył co następuje:

Skład orzekający ustalił następujący stan faktyczny:

Na treść ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, opublikowanego w dniu 8.11.2008 roku, wpłynęły do Zamawiającego w dniu 21.11.2008 roku dwa protesty złożone przez: Tech - Pol B. Pyszny, Ł. Szczyrba sp.j. oraz przez Zakład Produkcyjny Armatury Hydraulicznej „Zawhyd”. Przedmiotem obu protestów były wymagania zawarte w części XVI siwz i powtórzone w sekcji VI pkt 3 ppkt 5 ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którymi Zamawiający, powołując się na konieczność potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do siwz, wymagał dołączenia do oferty mi.in. „dla zadań 1 - 45, jednego z niżej wymienionych dokumentów pozwalających stwierdzić, że stosowanie oferowanych produktów jest zgodne z Dokumentacją Techniczno - Ruchową urządzenia (rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 09.06.2006 roku, Dz. U. nr 124, poz. 863).:

- Załącznik nr 7 do siwz- oświadczenie producenta obudowy zmechanizowanej lub
- Aktualny aneks do DTR obudowy zmechanizowanej lub
- Wyciąg z DTR obudowy zmechanizowanej.

Zamawiający w dniu 27 listopada 2008 roku poinformował o oddaleniu obu protestów w zakresie dotyczącym wymagań określonych w części XVI siwz i sekcji VI pkt 3 ppkt 5 ogłoszenia o zamówieniu. W uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, że określając katalog dokumentów wymaganych w postępowaniu oparł się na powszechnie obowiązujących przepisach prawa, a w szczególności na treści § 428 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach

górnictwa, zgodnie z którym maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje i naprawia w sposób określony w DTR.

Niezależnie od powyższego Zamawiający pismem z dnia 2 grudnia 2008 roku, powołując się na art. 38 ust. 4 ustawy pzp, zmodyfikował treść pkt XVI pkt 1-5 siwz oraz analogicznie treść załącznika nr 1 do siwz pkt 7, załącznika nr 2a do siwz.

Zgodnie z brzmieniem zmodyfikowanego pismem z dnia 2.12.2008 roku warunku udziału w postępowaniu, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do niniejszej SIWZ, Zamawiający wymaga dołączenia do oferty m. in.:

1. wykazu parametrów techniczno - użytkowych - zgodnie z załącznikiem nr 2 a do siwz
2. deklaracji zgodności - oświadczenie producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela, iż oferowany wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń.
3. aktualnego certyfikatu zgodności właściwości oferowanych wyrobów z wymaganiami stosownych norm i przepisów, wydane przez akredytowane jednostki certyfikujące/ jednostki notyfikowane, wskazujące zakres ich stosowania.
4. dla zadania 5 poz. 1, zadania nr 17 poz. 7 oraz zadania nr 38 poz. 6,7 – dokumentacji technicznej
5. dla zadań 1÷45, jeden z niżej wymienionych dokumentów pozwalających stwierdzić że stosowanie oferowanych produktów jest zgodne z Dokumentacją Techniczno-Ruchową urządzenia (Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 09.06.2006r., Dz. U. nr 124, poz. 863 §428):
 - załącznika nr 7 do SIWZ - oświadczenie producenta obudowy zmechanizowanej lub
 - aktualnego aneksu do DTR obudowy zmechanizowanej lub
 - wyciągu z DTR obudowy zmechanizowanej, lub
 - **instrukcji użytkowania oferowanych części zamiennych w danym typie obudowy – zgodnie z posiadanym certyfikatem (opinią jednostki certyfikującej)**”.

W piśmie z dnia 16 grudnia 2008 roku, w odpowiedzi na pytanie Odwołującego czy instrukcja użytkowania, będąca wyłącznie wewnętrznym dokumentem firmy, w związku z czym nie posiadającym podstaw gwarantujących zachowanie zgodności z DTR obudowy zmechanizowanej, w kontekście stanowiska Wyższego Urzędu Górniczego powinna zostać zatwierdzona przez producenta danego typu obudowy zmechanizowanej Zamawiający wyjaśnił, że dokument „instrukcja użytkowania” nie wymaga zatwierdzenia przez producenta obudowy. W ocenie Zamawiającego, potwierdzeniem zgodności z DTR obudowy

zmechanizowanej jest Certyfikat zgodności właściwości oferowanych wyrobów z wymaganiami stosownych norm i przepisów, wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą/jednostkę notyfikowaną, wskazujący zakres ich stosowania (Opinia jednostki certyfikującej). Certyfikat (Opinia jednostki certyfikującej), który ma jednoznacznie określać w jakim typie obudowy oferowane wyroby mogą zostać zastosowane zgodnie z DTR.

„Instrukcja użytkownika” natomiast to opracowanie przedmiotem którego jest – opis, przeznaczenie charakterystyka techniczna, budowa i zasady działania, montaż, obsługa i eksploatacja części, podzespołu lub układu sterowania hydraulicznego i nie jest ona podstawą oceny zgodności elementów i ich zespołów z zasadniczymi wymaganiami, które powinny spełniać urządzenia, w których wskazane elementy mogą być zastosowane.

Wyrokiem z dnia 19 grudnia 2008 roku (syg. Akt KIO/UZP 1410/08) Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie Zakładu Produkcyjnego Armatury Hydraulicznej „Zawhyd”, nakazała dokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i siwz, uznając że odwoływanie się do dokumentu DTR, którego autorem jest producent urządzenia (podobnie jak aneksu) albo oświadczenia producenta obudowy powoduje, że wykonawcom spoza grona producentów ogranicza się dostęp do zamówienia. Skład orzekający Izby zważył, że sytuacja taka powoduje, iż „producent będzie mógł w sposób dowolny decydować, który wyrób umieścić w DTR, a skoro sam jest również producentem poszczególnych wyrobów do obudowy, może nie być zainteresowany, za względu na swój interes ekonomiczny, dopuszczeniem innych podmiotów na rynek. Stąd też należy stwierdzić, że katalog spornych dokumentów stanowi przejaw naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Sam Zamawiający zdaje się powyższą okoliczność potwierdzać, skoro dokonana w dniu 2 grudnia 2008 roku modyfikacja siwz, rozszerzyła możliwość dostarczenia dokumentów również tych, nie pochodzących od producenta obudowy”.

Skład orzekający Izby zważył:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W związku z tym, że postępowanie w niniejszej sprawie zostało wszczęte w dniu 8.11.2008 roku tj. po dacie wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 1 przywołanej ustawy, skład orzekający Izby podjął rozstrzygnięcie w oparciu o aktualnie obowiązujący stan prawny.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby uznał, że Odwołujący jako podmiot, zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu, który zgłasza zarzuty dotyczące naruszenia przepisów ustawy przy dokonaniu modyfikacji treści siwz, posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy, uprawniający go do złożenia odwołania.

Istotą sporu jest stwierdzenie, czy Zamawiający dokonując modyfikacji treści siwz, polegającej na rozszerzeniu katalogu dokumentów i wprowadzeniu nowego dokumentu w pkt XVI ppkt 5 tiret 4 naruszył przepisy art. 25 ust. 2 w związku z innymi powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, przywołanymi w treści protestu i odwołania oraz art. 38 ust. 4 ustawy pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, modyfikacją dokonaną pismem z dnia 2 grudnia 2008 roku, przez dopuszczenie złożenia instrukcji użytkowania oferowanych części zamiennych w danym typie obudowy – zgodnie z posiadanym certyfikatem (opinią jednostki certyfikującej), jako dokumentu, który ma stanowić potwierdzenie że stosowanie oferowanych produktów jest zgodne z DTR, Zamawiający w istocie rozszerzył katalog dokumentów, które mogą stanowić potwierdzenie tej okoliczności a tym samym zapewnił możliwość udziału w postępowaniu szerszemu kręgowi podmiotów, zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem. Celem kwestionowanej modyfikacji było zatem zwiększenie konkurencji wśród podmiotów, ubiegających się o udzielnie zamówienia.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia dyspozycji art. 38 ust. 4 ustawy pzp, w szczególności należy uznać, czynność modyfikacji treści siwz na skutek protestów innych zainteresowanych udziałem w postępowaniu podmiotów za uzasadnioną.

Co prawda należy zgodzić się z Odwołującym, że działanie Zamawiającego polegające na oddaleniu zarzutów dotyczących kwestionowanych postanowień siwz, zgłoszonych przez Wykonawców Tech - Pol oraz „Zawhyd” a następnie dokonanie zmiany kwestionowanych w treści protestów postanowień swiz, jest działaniem niekonsekwentnym, ale nie można uznać że taka niekonsekwencja powoduje naruszenie przepisów prawa.

Dodatkowo należy zaznaczyć, że Odwołujący poza wskazaniem na przepis art. 38 ust. 4 ustawy pzp w żaden sposób nie udowodnił, na czym naruszenie tego przepisu polegało.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy pzp nie znalazł potwierdzenia.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 25 ust. 2 ustawy w związku ze wskazanymi przez Odwołującego przepisami : art. § 428 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych

(Dz. U. z 2002 r. Nr 139, poz. 1169 z późno zm.); art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2004 r. Nr 204 poz. 2087 ze zm.); art. 117a ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2005 r. Nr 228, poz. 1947 ze zm.); § 3 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169 oraz z 2006 r. Nr 124, poz. 863), skład orzekający Izby zważył:

Wprowadzona modyfikacją z dnia 2 grudnia 2008 roku, instrukcja użytkowania oferowanych części zamiennych w danym typie obudowy – zgodnie z posiadanym certyfikatem (opinią jednostki certyfikującej), która jako jeden z dokumentów alternatywnych może potwierdzać, że stosowanie oferowanych produktów jest zgodne z DTR, mieści się w katalogu dopuszczalnych dokumentów, określonych w wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605 ze zm.). § 3 ust. 1 przywołanego rozporządzenia, określa jedynie przykładowy katalog zaświadczeń i innych dokumentów, które mogą być składane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, bowiem przez sformułowanie „w szczególności” dopuszcza możliwość żądania także innych, niż wymienione w nim wprost dokumentów. Ponieważ zakres dokumentów składanych celem potwierdzenia spełnienia wymagań przez oferowane produkty ma charakter otwarty, zatem należy uznać, że wymagana przez Zamawiającego modyfikacją z dnia 2 grudnia 2008 roku, instrukcja użytkowania oferowanych części zamiennych w danym typie obudowy - zgodnie z posiadanym certyfikatem (opinią jednostki certyfikującej) mieści się w katalogu dokumentów określonych rozporządzeniem.

Przywołane przez Odwołującego przepisy ustaw i rozporządzeń, również nie ograniczają Zamawiającego w możliwości żądania spornego dokumentu, tym bardziej, że wymagana instrukcja nie stanowi w istocie potwierdzenia zgodności elementów i ich zespołów z zasadniczymi wymaganiami, które powinny spełniać urządzenia, w których wskazane elementy mogą znaleźć zastosowanie a jedynie określa sposób użytkowania oferowanych części zamiennych w danym typie obudowy zgodnie z posiadanym certyfikatem (opinia jednostki certyfikującej).

Wymóg żądania instrukcji użytkowania oferowanych części zamiennych w danym typie obudowy - zgodnie z posiadanym certyfikatem (opinią jednostki certyfikującej) nie stoi również w sprzeczności z dyspozycją § 428 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28

czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. z 2002 r. Nr 139, poz. 1169 z późno zm.) oraz § 3 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169 oraz z 2006 r. Nr 124, poz. 863). Przepisy te bowiem nie określają katalogu dokumentów, które mogą stanowić potwierdzenie zgodności oferowanych elementów z DTR a jedynie wskazują, że maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje i naprawia w sposób określony w dokumentacji techniczno-ruchowej.

Przepis art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 roku o systemie zgodności art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2004 r. Nr 204 poz. 2087 ze zm.), który nadaje uprawnienia Prezesowi Wyższego Urzędu Górniczego do kontroli spełniania przez wyroby wprowadzonych do obrotu wymagań zasadniczych, w zakresie wyrobów przeznaczonych do stosowania w zakładach górniczych oraz stanowisko Wyższego Urzędu Górniczego przywołane w treści odwołania dopuszczają wprost stosowanie elementów lub podzespołów układów hydraulicznych pochodzących także od innych producentów, o ile są one zgodne z dokumentacją techniczno – ruchową, ale nie określają także dokumentów, jakie mają potwierdzać tą okoliczność i jednocześnie nie zabraniają żądać kwestionowanej instrukcji użytkowania oferowanych części zamiennych w danym typie obudowy – zgodnie z posiadanym certyfikatem.

Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, potwierdzeniem zgodności z DTR obudowy zmechanizowanej jest wymagany postanowieniem pkt XVI pkt 3 zmodyfikowanej treści siwz - Certyfikat zgodności właściwości oferowanych wyrobów z wymaganiami stosownych norm i przepisów, wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą/jednostkę notyfikowaną, wskazujący zakres ich stosowania (Opinia jednostki certyfikującej). W ocenie składu orzekającego Izby, zakres żądanych dokumentów zapewnia bezpieczeństwo wykonania i funkcjonowania przedmiotu zamówienia.

Izba przychyliła się do stanowiska składu orzekającego Izby, wyrażonego w wyroku z dnia 19 grudnia 2008 roku (Sygn. akt KIO/UZP/1410/08), że żądanie dokumentów pochodzących bezpośrednio od producenta jako dokumentów potwierdzających zgodność oferowanych elementów z DTR obudowy stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu również wykonawców, którzy złożą inny niż pochodzący od producenta dokument (instrukcji użytkowania oferowanych części zamiennych w danym typie obudowy), jako działanie mające na celu zwiększenie potencjalnej konkurencji, należy uznać za uzasadnione i zgodne z przepisami prawa.

Ponadto, jak wykazano powyżej kwestionowana instrukcja użytkowania oferowanych części zamiennych w danym typie obudowy - zgodnie z posiadanym certyfikatem (opinią jednostki certyfikującej) mieści się w katalogu wymaganych dokumentów, zaś bezpieczeństwo eksploatacji obudowy zmechanizowanej z dostarczonymi elementami hydrauliki sterowniczej i zespołami zostało zapewnione przez złożenie innych dokumentów, w tym w szczególności certyfikatu zgodności oferowanych wyrobów, który ma wskazywać obok zgodności z normami także zakres ich stosowania.

Biorąc pod uwagę, że zarzut naruszenia art. 25 ust. 2 oraz art. 38 ust. 4 ustawy pzp nie znalazł potwierdzenia, orzeczono jak na wstępie w oparciu o art. 191 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*