

**WYROK**

**z dnia 23 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2014 r. przez wykonawcę: **Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne – Maszyny Górnicze Sp. z o.o., ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Jastrzębskiej Spółce Węglowej S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** dokonanie modyfikacji treści SIWZ, poprzez wykreślenie wymogu zawartego w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt III ppkt 7: „Kruszarka urobku winna mieć możliwość zabudowy po obu stronach kombajnu” oraz wykreślenie wymogu zawartego w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt III ppkt 19: „dla najniższego posadowienia kombajnu: wysokość max 1400 mm, prześwit min 350 mm”,
2. kosztami postępowania obciąża **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne – Maszyny Górnicze Sp. z o.o., ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** na rzecz **Zabrzeńskich Zakładów Mechanicznych – Maszyny Górnicze Sp. z o.o., ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze** kwotę **18 600 zł 00 gr**

(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z Jastrzębia-Zdroju (dalej „zamawiający”) na najem kombajnu ścianowego wraz z osprzętem dla potrzeb JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzębie” Ruch „Jas-Mos” wykonawca – Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne Maszyny Górnicze Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 29 ust. 2, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący zażądał uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu modyfikacji postanowień SIWZ, tj :

1. w załączniku nr 1 pkt III ppkt 6, 7 i 8, poprzez wykreślenie wymogów:
  - „6. Kombajn należy wyposażyć w kruszarkę urobku”,
  - „7. Kruszarka urobku winna mieć możliwość zabudowy po obu stronach kombajnu”,
  - „8. Kruszarkę urobku należy wyposażyć w silnik elektryczny”,
2. w załączniku nr 1 pkt III ppkt 19, poprzez wykreślenie wymogu:
  - „19. Możliwość zmiany zakresu urabiania oraz zmiany wysokości kombajnu i prześwitu pod kombajnem bezpośrednio w ścianie przez zmianę wysokości posadowienia (min. 3 stopnie – poprzez wymianę kaset posuwu i płóz). Wysokość kombajnu z osłonami ociosowymi zamkniętymi mierzona od spągu oraz prześwit pomiędzy kombajnem a blachą denną przenośnika powinny wynosić: 1. dla najwyższego posadowienia kombajnu: wysokość max 1850 mm, prześwit min. 800 mm, 2. dla najniższego posadowienia kombajnu: wysokość max 1400 mm, prześwit min. 350 mm”,
3. w załączniku nr 1 pkt III ppkt 41, poprzez wykreślenie wymogu:
  - „41. Możliwość wykorzystania kombajnu jako pomost roboczy przy pracach prowadzonych na ociosie węglowym ściany”.

Odwołujący podniósł, że postanowienia SIWZ faworyzują jednego konkretnego wykonawcę, którego kombajny spełniają wszystkie określone w SIWZ wymagania. Wskazał, że w świetle przepisu art. 29 ustawy Pzp zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który

utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zdaniem odwołującego wskazanie takich wymagań, które wskazują na funkcjonalności konkretnego kombajnu uprawdopodobnia naruszenie uczciwej konkurencji.

Powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2014 r. (sygn. akt. KIO 765/14) podał: „Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy Zamawiający opisz przedmiot zamówienia przez zbytnie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt”.

Odwołujący stwierdził, że wskazane postanowienia SIWZ eliminują go z możliwości ubiegania się o zamówienie, a równocześnie oświadczył, że może zaoferować kombajn spełniający pozostałe wymogi określone w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że we wcześniej prowadzonym postępowaniu, tj. 5/ZZ/14 dotyczącym tej samej kopalni (postępowanie na najem kombajnu ścianowego wraz z osprzętem dla potrzeb JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzębie” Ruch „Jas-Mos”, którego SIWZ została opublikowana w dniu 11 lutego 2014 r.) brak było takich wymogów w stosunku do przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy w przetargu tym parametry ściany przygotowanej do eksploatacji przez zamawiającego były niemal identyczne z warunkami przedstawionymi w aktualnym postępowaniu przetargowym. Odwołujący zaznaczył, że ww. postępowaniu złożył najkorzystniejszą ofertę co skutkowało podpisaniem umowy i dostarczeniem kombajnu do zamawiającego.

Zdaniem odwołującego wykreślenie zaproponowanych przez odwołującego postanowień SIWZ nie wpłynie negatywnie na zakres bezpieczeństwa pracowników zamawiającego, a ich dokonanie spowoduje przede wszystkim usunięcie zapisów skutkujących ograniczeniem konkurencji i może pozytywnie wpłynąć na końcową cenę przedmiotu zamówienia, a nadto umożliwi udział w przedmiotowym postępowaniu większej liczby wykonawców w tym odwołującego.

Wskazał, że zwiększenie konkurencji w niniejszym postępowaniu wpłynie na końcowe obniżenie ceny za realizację przedmiotu zamówienia – celem bowiem postępowania o zamówienie publiczne na dostawę jest otrzymanie przez zamawiającego produktu, najmniejszymi nakładami, który najlepiej zaspokoi jego potrzeby; tylko w takim przypadku możliwy jest wybór najkorzystniejszej oferty, o której mowa w art. 2 ust. 5 ustawy Pzp.

Na przedłożonych Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem: specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”), udzielonych wyjaśnień i modyfikacji treści SIWZ dokonanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 18 września 2014 r. (znak pisma: ZZ.228-1530/14), pisma zamawiającego do Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego w Rybniku z dnia 26 sierpnia 2014 r. (znak pisma: TMj.612-157/14), a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności zamawiającego.

Zarzut opisanego przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do SIWZ pkt III ppkt 6,7,8,19 i 41 w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, czym zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 2 i 7 ust. 1 ustawy Pzp częściowo się potwierdził.

Na podstawie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dokonanej przez zamawiającego w piśmie z dnia 18 września 2014 r. jej modyfikacji w zakresie ppkt 19 pkt III załącznika 1 do SIWZ (odpowiedź na pytanie nr 4) skład orzekający Izby ustalił, że kwestionowanym przez odwołującego postanowieniom SIWZ zamawiający nadał ostatecznie następujące brzmienie:

1. załącznik nr 1 pkt III *Parametry techniczne* ppkt 6: „Kombajn należy wyposażyc w kruszarkę urobku”,
2. załącznik nr 1 pkt III *Parametry techniczne* ppkt 7: „Kruszarka urobku winna mieć możliwość zabudowy po obu stronach kombajnu”,
3. załącznik nr 1 pkt III *Parametry techniczne* ppkt 8: „Kruszarkę urobku należy wyposażyc w silnik elektryczny”,
4. załącznik nr 1 pkt III ppkt 19: „Możliwość zmiany zakresu urabiania oraz zmiany wysokości kombajnu i prześwitu pod kombajnem bezpośrednio w ścianie przez zmianę wysokości posadowienia (min. 3 stopnie – poprzez wymianę kaset posuwu i płóz). Wysokość kombajnu z osłonami ociosowymi zamkniętymi mierzona od spągu oraz prześwit pomiędzy kombajnem a blachą denną przenośnika powinny wynosić:
  1. dla najwyższego posadowienia kombajnu: wysokość max 1850 mm, prześwit min 700 mm,
  2. dla najniższego posadowienia kombajnu: wysokość max 1400 mm, prześwit min 350mm”,
5. w załączniku nr 1 pkt III ppkt 41: „Możliwość wykorzystania kombajnu jako pomost roboczy przy pracach prowadzonych na ociosie węglowym ściany”.

W odwołaniu odwołujący podniósł, odnoszący się do wszystkich kwestionowanych wymogów argument, że faworyzują one jednego konkretnego wykonawcę, nie wskazując jednak, o jaki podmiot chodzi. Na rozprawie stanowisko odwołującego nie było już tak stanowcze, ponieważ oświadczył, że postawione przez zamawiającego wymogi najprawdopodobniej spełnia jedynie spółka JOY. Na tym jednak stwierdzeniu odwołujący poprzestał.

W odwołaniu odwołujący podniósł także odnoszący się do wszystkich kwestionowanych wymogów argument, że we wcześniej prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu na najem kombajnu ścianowego wraz z osprzętem dla potrzeb tej samej kopalni, tj. JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzębie” Ruch „Jas-Mos” brak było takich wymogów w stosunku do przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy w obu przetargach parametry ściany przygotowanej do eksploatacji przez zamawiającego były niemal identyczne.

Skład orzekający Izby wskazuje, że argument ten sam w sobie nie może doprowadzić do uznania, że postawione w załączniku nr 1 do SIWZ pkt III ppkt 6-8,19 i 41 wymogi mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ponieważ każde postępowanie jest postępowaniem odrębnym, mającym na celu zaspokojenie istniejących w danym czasie potrzeb zamawiającego, w którym zamawiający może i powinien uwzględniać aktualne możliwości techniczne danej branży i swoje własne doświadczenia. Zbliżone, a nawet takie same (o ile to w ogóle możliwe) warunki górnictwo-geologiczne miejsca pracy kombajnu (warunki dotyczące w szczególności pokładu i ściany) nie mogą przesądzać o niezmienności w czasie wymogów zamawiającego.

Sam odwołujący w odwołaniu wskazał, że celem postępowania o zamówienie publiczne jest uzyskanie przez zamawiającego produktu, najmniejszymi nakładami, który najlepiej zaspokoi jego potrzeby. Przyznał tym samym, że kluczowe znaczenie przy ustanawianiu wymogów odnoszących się do przedmiotu zamówienia ma to, jaka jest potrzeba zamawiającego, dla realizacji której zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie podkreślano, że prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i prawem zamawiającego, którego celem jest ochrona zobiektywizowanych interesów zamawiającego, co oznacza, że zamawiający uprawniony jest do takiego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, który umożliwi otrzymanie roboty, dostawy, czy usługi odpowiadającej jego uzasadnionym potrzebom.

Czyniąc powyższe wstępne uwagi skład orzekający Izby wskazuje, że odnośnie do ppkt 7 zamawiający oświadczył na rozprawie, że ze względu na swoje plany wykorzystania kombajnu na innych ścianach (innych niż opisana w SIWZ), co wiąże się z długim okresem najmu (506 dni bez sobót, niedziel i świąt – *Termin wykonania zamówienia* pkt VII ppkt 1 SIWZ), wprowadził wymóg, aby kruszarka urobku miała możliwość zabudowy po obu stronach kombajnu (ppkt 7).

Odnosnie do ppkt 19 zamawiający oświadczył z kolei, że wymóg został podyktowany nieregularnością zalegających pokładów. Nadto oświadczył, że ze względu na przewidziany czas najmu kombajnu (506 dni bez sobót, niedziel i świąt – *Termin wykonania zamówienia* pkt VII ppkt 1 SIWZ) planuje wykorzystanie kombajnu na innych ścianach. Jednocześnie przyznał, że w postanowieniach SIWZ nie opisał innych warunków co do miąższości pokładu jak ww. wskazane (3-4,7 m).

Odnosnie do ppkt 19 odwołujący na rozprawie argumentował, że zmiana wysokości (posadowienia) kombajnu przy wskazanej przez zamawiającego wysokości pokładu (Miąższość pokładu: od 3,0 do 4,7 m – załącznik 1 do SIWZ pkt I *Warunki górnictwo-geologiczne* ppkt 6) nie jest konieczna, stąd wymogi w tym zakresie są niepotrzebne.

Przypomnienia wymaga, że stawiane przez zamawiającego wymogi muszą być adekwatne do jego uzasadnionych potrzeb, do których realizacji prowadzić ma zamówienie, którego postępowanie dotyczy. Skoro wymóg, jak z powyższego wynika, polegający na zmianie posadowienia kombajnu został przez zamawiającego wprowadzony ze względu na planowane skierowanie kombajnu do pracy w innym miejscu, w pokładzie o innej niż wskazana w SIWZ miąższość to nie można uznać, że wymóg jest adekwatny do opisanej w SIWZ potrzeby, aby kombajn pracował w pokładzie o miąższości 3-4,7 m. Podobnie, zamawiający nie może ustanawiać wymogu co do obustronnej zabudowy kombajnu skoro nie uzasadniają tego warunki ściany, gdzie kombajn ma zostać skierowany, a wymóg jest jedynie konsekwencją założenia zamawiającego co do możliwości skierowania kombajnu do pracy do innego jeszcze miejsca – wobec zakładanej „rezerwy czasowej” najmu kombajnu na potrzeby miejsca pracy kombajnu opisanego w SIWZ.

Skład orzekający Izby uznał wobec tego, że wymogi nie są uzasadnione z punktu widzenia potrzeby, której realizację ma zapewnić przedmiotowe postępowanie przetargowe i nakazał zamawiającemu wykreślenie wymogu zawartego w załączniku nr 1 do SIWZ pkt III ppkt 7: „Kruszarka urobku winna mieć możliwość zabudowy po obu stronach kombajnu” oraz ppkt 19: „dla najniższego posadowienia kombajnu: wysokość max 1400 mm, prześwit min 350 mm” (ustanawiającego konieczność zmiany posadowienia kombajnu).

Skład orzekający Izby nie uwzględnił zarzutu w części dotyczącej ustanowienia wymogu wyposażenia kombajnu w kruszarkę i jej wyposażenia w silnik elektryczny, ponieważ odwołujący w żaden sposób nie wskazał, w czym upatruje w tym przypadku możliwość naruszenia uczciwej konkurencji.

Skład orzekający Izby nie widzi podstaw do odmowy realizacji przez zamawiającego, poprzez wymogi ppkt 6 i 8, potrzeby prowadzenia sprawnego wydobycia, tj. pozwalającego na kruszenie urobku.

Za przekonujący i istotny skład orzekający Izby uznał argument zamawiającego, iż praca zakładu górniczego w ruchu ciągłym wymaga analizy niezbędnego sprzętu na bieżąco oraz, że formułując postanowienia SIWZ zamawiający wziął pod uwagę zarówno bezpieczeństwo pracy osób, które będą musiały pracować w bezpośrednim sąsiedztwie działania kombajnu, jak i aspekt ekonomiczny pracy takiego kombajnu (przestoje).

Odnosnie do ppkt 41 zamawiający oświadczył, że wymóg co do możliwości wykorzystania kombajnu jako pomostu roboczego przy pracach prowadzonych na ociosie węglowym ściany został ustanowiony po śmiertelnym wypadku w jego kopalni i zaleceniach zespołu ustalającego okoliczności tego wypadku, w szczególności zaleceniu, aby w przyszłości pozyskiwane kombajny mogły być również wykorzystywane jako pomosty robocze. Jak oświadczył dodatkowo zamawiający, składając pismo przez siebie skierowane do Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego, takie też stanowisko co do możliwości wykorzystania kombajnu zaprezentował Okręgowy Urząd Górniczy.

Powyższego odwołujący nie kwestionował. Nie kwestionował także faktu, że możliwość wykorzystania kombajnu jako pomostu roboczego przy pracach prowadzonych na ociosie węglowym ściany zwiększa bezpieczeństwa górników. Co więcej, na rozprawie odwołujący oświadczył, że zamontowanie podestu nie stanowi problemu natury technicznej.

Skład orzekający Izby wskazuje także, że odwołujący nie zarzucił zamawiającemu, iż termin dostawy kombajnu (8 tygodni – pkt VII SIWZ *Termin wykonania zamówienia*), wobec tego, że z faktem zamontowania podestu wiąże się konieczność certyfikacji tak zmienionego kombajnu, jest niewystarczający.

W ocenie składu orzekającego Izby troska zamawiającego o polepszenie bezpieczeństwa pracy osób wykonujących swoje obowiązki w sąsiedztwie działania kombajnu uzasadnia wprowadzenie kwestionowanego wymogu.

Wobec częściowego potwierdzenia się zarzutu skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie.



O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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).

**Przewodniczący:** .....