

Sygn. akt KIO/UZP 80/07

WYROK/POSTANOWIENIE^z

z dnia 17 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

**Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara
Gałczewska-Romek**

Protokolant: Dorota Nowicka

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie^{*} w dniu / w dniach^{*} 17 stycznia 2008 roku w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, 42-714 Lisów, ul. Częstochowska 19** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** protestu / protestów^z z dnia 3 grudnia 2007 roku.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie odwołującego się oraz xxx - po stronie zamawiającego^{*}.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, 42-714 Lisów, ul. Częstochowska 19**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery zł) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, 42-714 Lisów, ul. Częstochowska 19**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset zł) przez **Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, 42-714 Lisów, ul. Częstochowska 19** na rzecz **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa procesowego
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć zł) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, 42-714 Lisów, ul. Częstochowska 19**

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

Zamawiający - Jastrzębska Spółka Węglowa prowadzi postępowanie na zakup dla kopalń JSW S.A. łącz dwujarzmowych i kabłąkowych do łączenia odrzwi z kształtownika V29 oraz V32/V36 w łącznej ilości 333.000 kpl z terminem realizacji 14 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Wobec treści ogłoszenia o zamówieniu z zachowaniem ustawowego terminu Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza wniósł protest zarzucając, iż przedmiot zamówienia opisany został w sposób wskazujący na jednego wykonawcę, co wyrażać się ma w opisie przedmiotu zamówienia i technologii jego wykonania. Protestujący wskazał, że Zamawiający w postępowaniu zażądał dokumentu nie wymienionego w

Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 71 poz. 645), który ponadto nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania. Dodatkowo wywiódł, iż dokumenty postępowania nie zawierają jednoznacznej informacji, czy Zamawiający przewiduje zastosowanie aukcji elektronicznej oraz brak jest jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, gdyż do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) nie zostały dołączone Ogólne Warunki Umów JSW S.A. oraz projekt umowy składu konsygnacyjnego.

Ponadto Protestujący podniósł, iż nie zaproszenie wykonawców, stron umowy ramowej dotyczącej zamówienia stanowi naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 223, poz. 1655).

Podniesione zarzuty zdaniem Protestującego wskazują, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego i należy je unieważnić na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy.

Wobec oddalenia protestu zostało wniesione odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymane zostały zarzuty i żądanie zawarte w proteście oprócz zarzutu naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Na podstawie dokumentacji postępowania, oferty złożonej przez Metal Holding Sp. z o.o. oraz oświadczeń stron złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza zważyła i ustaliła, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu na zakup dla kopalń JSW S.A. złącz dwujarzmowych i kabłąkowych do łączenia odrzwi z kształtownika V29 oraz V32/V36 w łącznej ilości 333.000 kpl z terminem realizacji 14 miesięcy od daty zawarcia umowy opublikowane zostało na stronie internetowej www.jsw.pl w dniu 20 listopada 2007 roku oraz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 listopada 2007 roku pod numerem 2007-276141. SIWZ została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 20 listopada 2007 roku.

SIWZ przedmiot zamówienia dzieliła na 5 zadań, zad. 2 i 3 dotyczą dostawy strzemion (złącz) kabłąkowych. W odniesieniu do nich podniesione zostały zarzuty naruszenia zasady określonej w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy.

Wywód Odwołującego, iż opis przedmiotu zamówienia wskazuje na jednego tylko wykonawcę nie znalazł oparcia w postępowaniu dowodowym. Zamawiający oświadczył na rozprawie, że strzemiona kabłąkowe spełniające wymagania SIWZ mogą być wykonane zarówno z zastosowaniem żeliwa, jak i stali poddanej specjalnej obróbce cieplnej. Żądany przez niego współczynnik A5 od 7 do 12% ma szerszy zakres niż wykazywany przez żeliwo sferoidalne, którego współczynnik A5 wynosi 7-9%.

Na rynku działa co najmniej 4 wytwórców strzemion, których jarzmo dolne produkowane jest z żeliwa. Zarzut Odwołującego, że z uwagi na pozostałe warunki postępowania nie mogą oni

złożyć oferty, nie może zostać uwzględniony nie tylko przez fakt, iż jest on, jako złożony na rozprawie, spóźniony (art. 191 ust. 3 zd. 1 ustawy). W postępowaniu możliwe jest złożenie oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 23 ustawy.

Nie potwierdziły się twierdzenia Odwołującego, iż ze względu na swe właściwości złącza kabłąkowe z odlewanyymi dolnymi jarzmami nie mogą być stosowane w kopalniach. Strzemiona te są aktualnie używane w Jastrzębskiej Spółce Węglowej S.A. czemu Odwołujący nie zaprzeczył, i w związku z tym posiadają wszystkie wymagane przed dopuszczeniem certyfikaty. Zarzutu Odwołującego nie potwierdzają złożone wraz z odwołaniem pisma Głównego Instytutu Górnicztwa. Wskazany przez Odwołującego cytat "że strzemiona łączące elementy odrzwi obudowy chodnikowej w żadnym wypadku nie powinny pękać" jest zgodnie z treścią pisma założeniem przyjętym przy projektowaniu i nie dyskwalifikuje przyjętych przez Zamawiającego wymagań, w szczególności nie kwestionuje możliwości żądania dokumentu wskazanego w pkt VIII.16 SIWZ – opinii jednostki naukowo-badawczej potwierdzającej, że oferowana konstrukcja strzemion kabłąkowych uniemożliwi niekontrolowane i nagłe przemieszczanie się elementu (śruby lub kabłąka z nakrętką) do wyrobiska w czasie zerwania.

Z pisma Głównego Instytutu Górnicztwa z dnia 28 listopada 2007 roku nie sposób wywieść, iż wskazane przez Zamawiającego kryteria dotyczące strzemion kabłąkowych są nieprawidłowe. Zdaniem Głównego Instytutu Górnicztwa „nie decydują one o dyskwalifikacji jarzm dolnych lub ich pozytywnej ocenie. Podstawą oceny i certyfikacji jarzm strzemion są wyniki badań wytrzymałościowych i funkcjonalnych oraz zgodność z dokumentacją techniczną”. Dokumentacja taka w odniesieniu do strzemion kabłąkowych była żądana przez zamawiającego w SIWZ.

Wprawdzie z treści cyt. wyżej pisma Głównego Instytutu Górnicztwa wynika, że oferowane przez Odwołującego strzemiona mogą być stosowane w kopalniach, to nie wynika z niej, iż są odpowiednie do stosowania niezależnie od panujących w nich warunków. Zamawiający wskazał na szczególne warunki panujące w kopalniach JSW SA m.in. duży nacisk górotworu, podatność na tąpnięcia, co ma uzasadnić konieczność użycia strzemion o niższym współczynniku wydłużenia A5. Fakt, iż strzemiona wykonane z użyciem żeliwa wytrzymują większe obciążenia został wskazany przez Odwołującego w treści odwołania.

Izba stwierdza, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspakajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień

publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Zamawiający przyznał, że uzna ofertę Odwołującego za spełniającą wymogi, jeżeli strzemią będą wykonane ze stali o odpowiednich właściwościach.

Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdza, że Odwołujący nie udowodnił, iż opisanie przedmiotu zamówienia dokonane w odniesieniu do zadań 2 i 3 faworyzuje tylko jednego producenta.

Zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez przygotowanie treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ukierunkowany na jednego wykonawcę nie potwierdził się.

Podniesiony zarzut publikacji SIWZ, w której nie zostały zamieszczone Ogólne Warunki Umów JSW S.A. oraz która nie zawiera wskazania zasad korzystania ze składu konsygnacyjnego (do których SIWZ jedynie odsyła) jest chybiony. Do SIWZ dołączony został projekt umowy – załącznik do SIWZ, co spełnia dyspozycję art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy. Treść umowy nie była kwestionowana przez Odwołującego.

Pkt XVI SIWZ zawiera odesłanie do miejsca na stronie internetowej Zamawiającego, na której można uzyskać Ogólne Warunki Umów JSW S.A. Załączony projekt umowy w par. 1 ust. 1 i ust. 3 wskazuje istotne warunki umowy składu. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu wraz podpisanym przez siebie oświadczeniem o zapoznaniu się z Ogólnymi Warunkami Umów JSW S.A. Tym samym były mu znane wszystkie elementy mogące mieć wpływ na ustalenie ceny.

Dodatkowo wskazać należy, że z przepisów ustawy i aktów wykonawczych nie sposób wywieść obowiązku publikacji SIWZ wraz z wszystkimi załącznikami w jednym pliku, co więcej w praktyce taka sytuacja zdarza się rzadko.

Zarzut nie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 36 ust 1 pkt 3 i 16 ustawy nie znalazł potwierdzenia w materiale dowodowym.

Zarzut braku w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ jednoznacznej informacji, czy zamawiający przewiduje zastosowanie aukcji elektronicznej nie był rozpatrywany w związku z cofnięciem go na rozprawie przez Odwołującego.

W VIII. 23 SIWZ Zamawiający wymagał pozytywnej opinii dla strzemion kabłąkowych i pozytywnej opinii dla strzemion dwujarzmowych (osobno dla poszczególnych zadań) świadczące o zastosowaniu złączy dwuelementowych i złączy trzelementowych w warunkach wpływu ciśnień eksploatacyjnych i pracy tych złączy w podziemnych wyrobiskach

chodnikowych kopalń węgla kamiennego, wystawionych przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego Kopalni lub jego Zastępcę.

W ocenie Izby możliwość żądania dokumentu nie wymienionego w Rozporządzeniu wynika zarówno z brzmienia art. 138 c ust. 1 pkt 2 ustawy, jak i z użycia przed zawartym w par. 3 Rozporządzenia katalogiem dokumentów zwrotu „w szczególności”.

Przedmiotem sporu jest również okoliczność, czy przepisy Rozporządzenia pozwalają na wystawienie dokumentu przez użytkownika przedmiotu zamówienia. Twierdzenie Odwołującego, że dokumenty wskazane w Rozporządzeniu winien wystawiać jedynie podmiot uprawniony na podstawie odrębnych przepisów lub podmiot niezależny nie znajduje oparcia w przepisach.

Rozporządzenie dopuszczając możliwość składania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, usług lub robót budowlanych zezwala na przedstawianie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznych dokumentów zawierających subiektywną ocenę odbiorców dostaw, usług lub robót budowlanych. Pogląd taki jest tym bardziej aktualny, że brak jest wymogów formalnych stawianych dokumentom potwierdzającym należyte wykonanie zamówienia.

Zarówno z brzmienia pkt VIII. 23 SIWZ, jak i oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie wynika, że wystawcą opinii może być podmiot inny niż Zamawiający.

Nie zasługuje na poparcie również pogląd, że wskazana w pkt VIII.23 SIWZ opinia nie jest niezbędna do przeprowadzenia postępowania.

Żądany przez Zamawiającego certyfikat potwierdzający zgodność przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną, techniczno-ruchową, normami oraz potwierdzający spełnianie norm bezpieczeństwa wynikających z ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku – Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2005 roku, nr 228, poz. 1947 ze zm.) oraz aktami wykonawczymi wydanymi na jej podstawie poświadczają zgodność oferowanych dostaw z normami podczas, gdy opinia ma być źródłem informacji odnośnie codziennego korzystania z przedmiotu zamówienia w warunkach kopalnianych. Źródłem takich informacji nie może być dokument poświadczający należyte wykonanie dostaw. Wynika z niego prawidłowe wywiązanie się Wykonawcy z umowy w sprawie zamówienia publicznego tzn. dostarczenie umówionego przedmiotu, brak jakichkolwiek jego wad, terminowość spełnienia świadczenia przez wykonawcę. Jest to dokument o charakterze podmiotowym wskazującym na spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Zamiarem zamawiającego jest uzyskanie szerszej praktycznej informacji o przedmiocie świadczenia w niniejszym postępowaniu.

Powyższe wskazuje, że zarzut naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez przygotowanie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz równe

traktowanie wykonawców przez ustanowienie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków sprzecznego z ustawą oraz Rozporządzeniem oraz żądanie złożenia wraz ofertą dokumentów, które nie są niezbędne do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 art. 25 w związku z art. 138c) ust. 1 pkt 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 nie znajduje uzasadnienia.

Odnosząc się do zarzutu, że wskazany w pkt II.2.11 SIWZ zapis, iż "maksymalny moment dokręcenia nakrętek śrub w strzemionach do łączenia obudowy z kształtownika V29 nie może przekraczać 400Nm, co nie oznacza, że odrzucane będą oferty z większym momentem dokręcenia, jeżeli moment nie większy niż 400 Nm będzie spełniał wymogi techniczne ujęte w niniejszej SIWZ dla zadań 1 i 2 oraz odpowiednio pkt II.2.12 SIWZ dla zadań od 3 do 5 Izba stwierdza, że wskazuje on graniczną wartość momentu dokręcenia. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego zapis ten umożliwić ma złożenie ofert większej liczbie wykonawców.

Te ustalenia nie potwierdzają zarzutu Odwołującego, że nie sposób na jego podstawie ustalić, czy dopuszczone będą oferty z większym niż 400 Nm np. 500 Nm momentem dokręcenia.

Mając na względzie powyższe należało orzec jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając koszty Zamawiającego z tytułu zastępstwa procesowego w wysokości 3600 zł stosownie do par. 4 ust. 1 pkt 2b Rozporządzenia z dnia 12 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*