

**Sygn. akt: KIO 2543/10**

**WYROK**

**z dnia 3 grudnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff**

**Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ewę Szymańską - Słotę, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe Import - Eksport „MEK - POL”, ul. Zamkowa 3, 55-530 Miękinia, Mrozów** od czynności Zamawiającego **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój**

przy udziale Wykonawcy **Huta Łabędy S.A, ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Odwołującego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**

- dokonanie zmiany postanowień SIWZ, poprzez usunięcia żądania załączenia do oferty od dostawców strzemion dwujarzmowych „Wykazu parametrów techniczno - użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia" albo poprzez wprowadzenie żądania załączenia do oferty „Wykazu parametrów techniczno - użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia" także od dostawców strzemion kabłąkowych,
- dokonanie zmiany postanowień SIWZ, poprzez określenie minimalnej szerokości złącza kabłąkowego na poziomie nie niższym niż dla złącza dwujarzmowego,

**2. kosztami postępowania obciąża **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój****

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Ewę Szymańską - Słotę, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe Import - Eksport „MEK - POL”, ul. Zamkowa 3, 55-530 Miękinia, Mrozów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## UZASADNIENIE

### do wyroku z dnia 3 grudnia 2010 r. o sygn. akt: KIO 2543/10

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy dla kopalń Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. złączy do łączenia odrzwi obudowy chodnikowej z kształtownika V29 i V32/36 w łącznej ilości 349 380 kpl. z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do 31.12.2011 r. wykonawca - Ewa Szymańska - Słota, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe Import - Export „MEK - POL” (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności sporządzenia postanowień ogłoszenia i SIWZ przez zamawiającego, którym jest Jastrzębska Spółka Węglowa Zakład Logistyki Materiałowej, czym zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”):

1. art. 7 ust. 1, poprzez żądanie jedynie od dostawców strzemion dwujarzmowych, aby ujawnili dostawców komponentów do produkcji strzemion (śruby, nakrętki), gatunku użytego materiału oraz parametrów mechanicznych i geometrycznych dla oferowanych strzemion,
2. art. 25 ust. 1 oraz art. 138c ust. 1 pkt 2, poprzez żądanie dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania, nie mających żadnego wpływu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, mianowicie wskazania jedynie przez dostawców strzemion dwujarzmowych producentów elementów złącznych i nie wskazania w jakim zakresie informacja ta mieć będzie wpływ na wybór oferty,
3. art. 29 ust. 2, poprzez określenie minimalnej szerokości jarzm jedynie dla dostawców strzemion dwujarzmowych jak i określenia innego sposobu określenia współczynnika wydłużenia  $A_5$ .

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie:

1. dokonania zmiany w zapisach SIWZ, poprzez żądanie załączenia do oferty od dostawców strzemion kabłąkowych, a nie tylko od dostawców strzemion dwujarzmowych wypełnionego „Wykazu parametrów techniczno - użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia” - Załącznik nr 2 do Specyfikacji Technicznej i ujawnienia w nim, jaki materiał będzie użyty do produkcji strzemion kabłąkowych, jakie własności mechaniczne posiada materiał użyty do wyprodukowania strzemienia, jakie wymiary geometryczne - szerokość i grubość będzie posiadało oferowane strzemie, kto jest producentem kabłąka i nakrętek, jaka jest klasa własności mechanicznych lub odstąpienia zamawiającego od żądania załączenia do oferty Załącznik nr 2 do Specyfikacji Technicznej również dla dostawców strzemion dwujarzmowych, dokonania zmiany w zapisach SIWZ polegającej na

zaniechaniu wskazania producenta elementów złącznych - śrub i nakrętek użytych do produkcji strzemion,

2. dokonania zmiany w zapisach SIWZ, poprzez określenie minimalnej szerokości złącza kabłąkowego na poziomie nie niższym niż dla złącza dwujarzmowego, jak również określenia współczynnika wydłużenia  $A_5$  na poziomie nie niższym niż dla złącza dwujarzmowego,
3. zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwoławczego kosztów postępowania odwoławczego wg norm prawem przewidzianych na podstawie przedłożonych rachunków.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że Zamawiający w Załączniku nr 1 Specyfikacja Techniczna w pkt. 2.14. wprowadził zapis i zażądał, aby załączyć: „Wypełniony załącznik nr 2 oraz 3 do Specyfikacji Technicznej (odpowiednio dla strzemion V29 i V32/36) - dotyczy strzemion dwujarzmowych”. Wyjaśnił, że w przywołanym załączniku zamawiający zażądał, aby dostawcy strzemion dwujarzmowych przedłożyli szczegółowe informacje odnośnie zaferowanego strzemienia, tj. aby m.in. ujawnić kto jest producentem śrub i nakrętek zastosowanych w strzemieniu pomimo faktu, iż nie ma to - w ocenie odwołującego - żadnego uzasadnienia i znaczenia dla wyboru oferty.

Odwołujący wskazał, że producent strzemion w pełni odpowiada za produkt, w tym także za to jakimi własnościami mechanicznymi będzie się charakteryzował element złączny - śruba, nakrętka - zwłaszcza, że uzyskuje certyfikat na swój wyrób - strzemię jako całość.

Podniósł, że zamawiający w Załączniku nr 1 Specyfikacja Techniczna określił klasę własności mechanicznych zarówno dla śruby w pkt. 2.16. na poziomie „co najmniej 8” jak i nakrętki w pkt. 2.15 odpowiednio „co najmniej 8.8”, w związku z czym zamawiający powinien być jedynie zainteresowany, czy zaferowane strzemię - jego elementy są łączone śrubami i nakrętkami o właśnie co najmniej tych parametrach mechanicznych. Dodał, że zadeklarowanie w momencie składania oferty producenta poszczególnych elementów strzemienia powoduje, iż w trakcie realizacji kontraktu wykonawca ograniczony będzie do korzystania jedynie z usług firmy wskazanej w ofercie pomimo często zmiennej i dynamicznej sytuacji rynkowej.

W ocenie odwołującego nierówność traktowania oferentów objawia się w tym, iż od dostawców strzemion kabłąkowych nie żąda się ujawnienia kto jest producentem śruby kabłąkowej, nakrętki, a nawet kto jest producentem elementów strzemienia, choć zamawiający posiada wiedzę, iż każdy element składowy strzemienia kabłąkowego wykonywany jest przez innego producenta.

Odwołujący podał także, że zamawiający w Załączniku nr 1 Specyfikacja Techniczna w pkt. 1.24. zażądał, aby oferent „dla złączy dwujarzmowych jednoznacznie określił szerokość i grubość oferowanych jarzm, przy czym minimalna szerokość jarzm musi wynosić 80 mm”.

Jednocześnie podniósł, że zamawiający podania jednoznacznego wymiaru - szerokości jak i grubości - nie wymaga od dostawców strzemion kabłąkowych, co powoduje, iż dostawcy strzemion kabłąkowych mogą zaoferować strzemię o wymiarach dowolnych, najczęściej znacząco mniejszych, co przeczy zasadzie, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, nadto dostawcy strzemion kabłąkowych w trakcie realizacji kontraktu mają możliwość zmiany wymiarów geometrycznych dla dostarczanego produktu np. zmniejszenia grubości jak i szerokości do rozmiarów minimalnych określonych w dokumentacji technicznej, natomiast w przypadku producentów strzemion dwujarzmowych takiej możliwości nie przewidziano.

W ocenie odwołującego nie podanie przez zamawiającego minimalnego wymiaru szerokości jarzm kabłąkowych to przykład faworyzowania producentów tychże strzemion.

Odwołujący podał wreszcie, że zamawiający w Załączniku nr 1 Specyfikacja Techniczna w pkt. 1.25.1. oraz 1.25.2 wprowadził zapis i zażądał, aby materiał do produkcji strzemion w zakresie współczynnika  $A_5$  (współczynnik wydłużenia) wynosił dla jarzma dolnego dwustrzemiennego:  $A_5$  nie mniejsze niż 18%, co - jak wyjaśnił - jest cechą stali wysokogatunkowej, podczas gdy dla jarzma dolnego strzemienia kabłąkowego zaledwie mieścił się w granicach  $A_5 = 7\% - 12\%$ .

Odwołujący podniósł, że ustanowienie współczynnika wydłużenia stali na poziomie  $A_5 = 7\% + 12\%$ , powoduje, że niemożliwe jest złożenie oferty np. dla strzemienia składającego się ze śruby kabłąkowej i jarzma dolnego ze stali innej niż opisana np. takiej stali jak w przypadku stali użytej do produkcji strzemienia dwujarzmowego. Wskazał, że zamawiający o takiej możliwości zechciał zapomnieć poprzez uniemożliwienie złożenia oferty równoważnej.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie wobec potwierdzenia się zasadności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym określenia minimalnej szerokości jarzm jedynie dla dostawców strzemion dwujarzmowych.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

1. Specyfikację istotnych warunków zamówienia, opracowaną przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
1. Odwołanie z dnia 19 listopada 2010 r.,
2. Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego Huty Łabędy S.A. z dnia 25 listopada 2010 r.,
3. Polską Normę PN-H-84042.

W ocenie Izby odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Chcąc to zamówienie uzyskać odwołujący ma prawo kwestionować postanowienia SIWZ, które - w jego ocenie - narażają go na konkurowanie z pogwałceniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, pomniejszając jego szanse na uzyskanie zamówienia.

Argumentacja zamawiającego odnosząca się do braku legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania jest błędna. Zwraca uwagę fakt, że prezentując swoje stanowisko na początku rozprawy zamawiający twierdził, że brak interesu odwołującego wynika z faktu, iż odwołujący nie chce oferować strzemion kabłąkowych, ale dwujarzmowe, natomiast w końcowej części rozprawy dodatkowo stwierdził - wobec złożonego przez odwołującego oświadczenia o możliwości złożenia przez odwołującego oferty również na strzemiona kabłąkowe - że brak interesu odwołującego wynika z faktu, iż może on zaoferować oba rodzaje strzemion.

Argumentacja ta zdaje się zatem prowadzić do wniosku, że SIWZ przedmiotowego postępowania, adresowana do wykonawców oferujących strzemiona dwujarzmowe lub kabłąkowe, pozostaje poza zasięgiem środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie jedynie od dostawców strzemion dwujarzmowych, aby ujawnili dostawców komponentów do produkcji strzemion (śruby, nakrętki), gatunku użytego materiału oraz parametrów mechanicznych i geometrycznych dla oferowanych strzemion zasługuje na uwzględnienie.

Na rozprawie zamawiający oświadczył, iż uznaje za zasadny zarzut odwołania dotyczący pkt. 2.14. Specyfikacji Technicznej stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ.

Wskazany pkt 2.14. nakładał na wykonawców oferujących strzemiona dwujarzmowe obowiązek złożenia wraz z ofertą „Wypełnionego załącznika nr 2 oraz 3 do specyfikacji technicznej (odpowiednio dla strzemion V29 i V32/36)”.

Brak w postanowieniach SIWZ takiego obowiązku adresowanego do wykonawców oferujących strzemiona kabłąkowe.

Wobec uznania przez zamawiającego zasadności zarzutu odwołania dotyczącego pkt. 2.14. Specyfikacji Technicznej stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 oraz art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez żądanie dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania, nie mających żadnego wpływu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. wskazania jedynie przez dostawców strzemion dwujarzmowych producentów elementów złącznych i nie wskazania w jakim zakresie informacja ta mieć będzie wpływ na wybór oferty nie zasługuje na uwzględnienie.

Pomijając aspekt błędnego zaliczenia przez odwołującego dokumentu, w którym zamawiający zażądał wskazania przez dostawców strzemion dwujarzmowych producentów elementów złącznych (tj. załącznika nr 2 i 3 do Specyfikacji Technicznej) do dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu Izba zauważa, że zbędność tego dokumentu odwołujący postrzega jedynie przez pryzmat równoczesnego zaniechania przez zamawiającego żądania takiego dokumentu od wykonawców oferujących strzemiona kabłąkowe, co wynika z samego brzmienia tego zarzutu („wskazania jedynie przez dostawców strzemion dwujarzmowych”), jak i argumentacji zawartej w odwołaniu, koncentrującej się na nierównym traktowaniu wykonawców oferujących strzemiona dwujarzmowe w stosunku do wykonawców oferujących strzemiona kabłąkowe.

Potwierdza to żądanie sformułowane przez odwołującego odnośnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. dokonania zmiany w zapisach SIWZ, poprzez zażądanie załączenia do oferty również od dostawców strzemion kabłąkowych, a nie tylko od dostawców strzemion dwujarzmowych wypełnionego „Wykazu parametrów techniczno - użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia”, a jednocześnie brak w treści odwołania odrębnego żądania odnośnie zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 oraz art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nadto, w ocenie Izby, odwołujący nie wykazał - w odniesieniu do wszystkich danych ujętych w Załączniku nr 2 i 3 do Specyfikacji Technicznej, że nie będą one miały wpływu na wybór oferty.

Odwołujący zbędność dokumentu próbował wykazywać jedynie w odniesieniu do obowiązku podania producenta śrub i nakrętek, co nie wyczerpuje danych załącznika nr 2 i 3 do Specyfikacji Technicznej i nie czyni ich w całości zbędnymi.

Skoro odwołujący - co wynika z żądań odwołującego - godzi się na pozostawienie wymogu złożenia wraz z ofertą wypełnionego Załącznika nr 2 i 3 do Specyfikacji Technicznej, o ile tylko wymóg dotyczyć będzie także wykonawców oferujących strzemiona kabłąkowe, to trudno jednocześnie uznać, że nie dopuszcza możliwości podania danych ujętych w tych załącznikach, w tym w odniesieniu do obowiązku podania producenta śrub i nakrętek.

Wobec powyższego i nakazania zamawiającemu (wobec uznania przez Izbę, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie) zmiany postanowień SIWZ w sposób wskazany w sentencji orzeczenia Izba doszła do przekonania, że w tym stanie rzeczy zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 oraz art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez określenie minimalnej szerokości jarzm jedynie dla dostawców strzemion dwujarzmowych zasługuje na uwzględnienie.

Na rozprawie zamawiający oświadczył, iż uznaje za zasadny zarzut odwołania dotyczący pkt. 1.24. Specyfikacji Technicznej stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ.



Wskazany pkt 1.24. nakładał na wykonawców oferujących strzemiona dwujarzmowe, aby określili oni szerokość i grubość oferowanych jarzm, przy czym ich minimalna szerokość musiała wynosić 80 mm.

Brak w postanowieniach SIWZ takiego obowiązku adresowanego do wykonawców oferujących strzemiona kabłąkowe.

Wobec uznania przez zamawiającego zasadności zarzutu odwołania dotyczącego pkt. 1.24. Specyfikacji Technicznej stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez określenie innego sposobu określenia współczynnika wydłużenia  $A_5$  w przypadku jarzma dolnego dwustrzemiowego (18%), a innego w przypadku jarzma dolnego strzemienia kabłąkowego (7 - 12%), co powoduje, że niemożliwe jest złożenie oferty np. dla strzemienia składającego się ze śruby kabłąkowej i jarzma dolnego ze stali innej niż opisana np. takiej stali jak w przypadku stali użytej do produkcji strzemienia dwujarzmowego w sytuacji, gdy zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia oferty równoważnej nie zasługuje na uwzględnienie.

Sposób sformułowania zarzutu przez odwołującego wskazuje na to, że zarzut nakierowany jest na dopuszczenie przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego możliwości składania ofert równoważnych w szczególności na dopuszczenie możliwości oferowania strzemienia składającego się ze śruby kabłąkowej i jarzma dolnego ze stali innej niż opisana.

Jak trafnie podniósł zamawiający w toku rozprawy, w postanowieniach SIWZ zamawiający nie wskazał, przy opisie przedmiotu zamówienia, żadnych znaków towarowych, patentów lub pochodzenia.

W świetle brzmienia przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp (którego naruszenie przez zamawiającego odwołujący podniósł w treści uzasadnienia odwołania na str. 4) oznacza to, że zamawiający nie był zobowiązany do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o określenie „lub równoważny”, a tym samym nie był zobowiązany do dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych.

W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do uznania naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ naruszenie obowiązku opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję odwołujący wiąże w istocie z pozbawieniem go możliwości składania ofert równoważnych. Dopuszczenie zaś możliwości składania ofert równoważnych nie było - o czym mowa powyżej - obowiązkiem zamawiającego w tym postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....