

Sygn. akt KIO/1866/10

KIO/1896/10

KIO/1904/10

WYROK

z dnia 14 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Członkowie: Ewa Rzońca

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 września 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **6 września 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Fabrykę Zmechanizowanych Obudów Ścianowych "FAZOS" S.A., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Zagórska 167 w dniu 30 sierpnia 2010r.,

B. HYDROTECH S.A., 44-251 Rybnik, ul. Poligonowa 21 w dniu 6 września 2010r.,

C. Bucyrus Europe GmbH, 44-534 Luenen, Niemcy, Industriestrasse 1 w dniu 6 września 2010r.

od czynności zamawiającego **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Armii Krajowej 56**

przy udziale **Zakładu Maszyn Górniczych "GLINIK" Sp. z o.o., 38-320 Gorlice, ul. Michalusa 1, Bucyrus Europe GmbH 44-534 Luenen, Niemcy, Industriestrasse 1** zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO/1866/10, KIO/1896/10 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1.uwzględnia odwołania o sygn. KIO/1866/10, KIO/1896/10 i nakazuje zmianę :

a)postanowień pkt III.2.3) ust.1 ogłoszenia o zamówieniu i nadanie jego dotychczasowej treści następującego brzmienia: „wykaz wykonanych zamówień publicznych potwierdzający posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw lub dostawy co najmniej dwóch kompletów sekcji po minimum 100 sztuk w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały wykonane należycie”,

b)postanowień pkt IX.B.1) SIWZ i nadanie jej dotychczasowej treści następujące brzmienie : „ Na potwierdzenie warunku wskazanego w punkcie A.2), wymagane jest posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw lub dostawy co najmniej dwóch kompletów sekcji po minimum 100 sztuk w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”.

2.oddała odwołanie o sygn. KIO/1904/10.

3. Kosztami postępowania obciąża Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Armii Krajowej 56 i Bucyrus Europe GmbH, 44-534 Luenen, Niemcy, Industriestrasse 1 i postanawia:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty postępowania w wysokości 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) tj. wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

- A** koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Fabrykę Zmechanizowanych Obudów Ścianowych "FAZOS" S.A., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Zagórska 167,**
- B** koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **HYDROTECH S.A., 44-251 Rybnik, ul. Poligonowa 21,**
- C** koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Bucyrus Europe GmbH, 44-534 Luenen, Niemcy, Industriestrasse 1,**
- 2) zasądzić od zamawiającego **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Armii Krajowej 56** kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:
- A** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Fabryki Zmechanizowanych Obudów Ścianowych "FAZOS" S.A., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Zagórska 167** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
- B** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **HYDROTECH S.A., 44-251 Rybnik, ul. Poligonowa 21** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania
- 3) zasądzić kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **Bucyrus Europe GmbH, 44-534 Luenen, Niemcy, Industriestrasse 1** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Armii Krajowej 56** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

.....

Sygn. akt KIO/1866/10

KIO/1896/10

KIO/1904/10

UZASADNIENIE

Zamawiający - Jastrzębska Spółka Węglowa SA. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę 150 fabrycznie nowych kompletnych sekcji obudowy zmechanizowanej wraz z niezbędnym wyposażeniem dla JSW S.A. KWK „Zofiówka” (znak sprawy: 58/VIII/ZZ/10).

W Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 164-252524 w dniu 20.08.2010r. ukazało się ogłoszenie o przedmiotowym sektorowym zamówieniu publicznym, a w dniu 25.08.2010r. na stronie internetowej Zamawiającego została opublikowana Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia.

KIO 1866/10

Z postanowieniami pkt III.2.3) ust. 1 ogłoszenia o w/w zamówieniu oraz pkt IX.B.1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) Odwołujący się - Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych „FAZOS” S.A., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry nie zgodził się i w dniu 30.08.2010r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w zakresie wskazania, że: „Na potwierdzenie warunku wskazanego w punkcie A. 2), wymagane jest posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw lub dostawy co najmniej dwóch kompletów sekcji po minimum 100 sztuk, w tym co najmniej jednego kompletu sekcji o podziałce 1,75 m współpracujących z systemem strugowym w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały należycie wykonane”.

Wskazany postanowieniom ogłoszenia i SIWZ zarzucił naruszenie art. 7 i art. 22 ust. 4 Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. poprzez zawężenie kręgu wykonawców spełniających wskazane wymagania, jedynie do wykonawców realizujących dostawę „sekcji o podziałce 1,75 m współpracujących z systemem strugowym”, mimo, że takie dostawy zdarzają się niezmiernie rzadko, a zasadnicza konstrukcja sekcji obudowy jest taka sama, niezależnie od tego, czy współpracuje z systemem strugowym czy z innym.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez rezygnację z konieczności wykazania się przez wykonawców realizacją dostawy „sekcji o podziałce 1,75 m współpracujących z systemem strugowym”.

W związku z tym, odwołujący wnosił o nakazanie nadania kwestionowanym postanowieniom pkt III.2.3) ust. 1 ogłoszenia oraz pkt IX.B.I) SIWZ, następującej treści:

„Na potwierdzenie warunku wskazanego w punkcie A. 2), wymagane jest posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw lub dostawy co najmniej dwóch kompletów sekcji po minimum 100 sztuk, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały należycie wykonane”.

Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu, wskazał, że Wykonawca obowiązany jest złożyć: „wykaz wykonanych zamówień potwierdzający posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw lub dostawy co najmniej dwóch kompletów sekcji po minimum 100 sztuk, w tym co najmniej jednego kompletu sekcji o podziałce 1,75m współpracujących z systemem strugowym w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały należycie wykonane”.

Odwołujący podnosił, że powyższych postanowień wynika, że zakres wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia potencjalnych wykonawców, odbiega od zakresu przedmiotu zamówienia, a ponadto dotyczy on urządzenia, które nie zostało wskazane w określeniu przedmiotu zamówienia ani nie stanowi jego części.

Zdaniem Odwołującego podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu czynności nie były spójne, bowiem opisany przez niego w ogłoszeniu o zamówieniu przedmiot zamówienia różni się od tego, co wynika z warunków udziału w postępowaniu, przedstawionych w tym samym ogłoszeniu. Dowodziło to jednocześnie naruszenia art. 29 ustawy Pzp, poprzez dokonanie nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia.

Zwrócił uwagę, że stosownie do art. 22 ust. 4 pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Związanie z przedmiotem zamówienia – w ocenie Odwołującego - w szczególności oznacza, że „opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Jako przykład podał, że za niedopuszczalne należy uznać badanie wiedzy wykonawcy, która w żaden sposób nie jest

przydatna do realizacji przedmiotu zamówienia. W jego ocenie opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności" (tak: komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. J. Sadowego).

Ponadto zakwestionował użyte przez Zamawiającego w warunkach udziału w postępowaniu określenie „sekcja współpracująca z systemem strugowym”, jako nie znajdujące uzasadnienia w przepisach opisujących rodzaje urządzeń górniczych. Powołał się przy tym na przepisy rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21.10.2008 r. (Dz. U. 2008 r. Nr 199, poz. 1228) w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn, w zakresie obudów zmechanizowanych, wyróżniającego urządzenia oznaczone jako „hydrauliczne obudowy zmechanizowane” oraz „obudowy zmechanizowane kroczące”.

Poza tym zwrócił uwagę, że obowiązująca norma PN-EN 1804-1 „Maszyny dla górnictwa podziemnego. Część 1 Sekcje obudowy i wymagania ogólne”, w żaden sposób nie różnicuje sekcji obudowy zmechanizowanej ze względu na współpracę z kombajnem górniczym czy też z systemem strugowym.

Zauważył, że zasadnicza postać konstrukcyjna sekcji obudowy zmechanizowanej jest bowiem taka sama. Składa się z takich samych zespołów, które spełniają taką samą funkcję w obydwu rodzajach zastosowań. Stwierdził, że każda obudowa jest odrębnym urządzeniem, natomiast cecha jej współpracy z innym urządzeniem górniczym, jest okolicznością, która występuje dopiero wtedy, gdy ta obudowa z tym urządzeniem współdziała. Tym samym, jeżeli zamówienie dotyczy jedynie obudowy zmechanizowanej (tj. bez urządzenia urabiającego), nie może ona być charakteryzowana w kontekście innego urządzenia, którego przedmiot zamówienia nie dotyczy. Uzasadniał, że w świetle funkcji spełnianych przez wszystkie obudowy - ich głównym zadaniem, niezależnie od systemu urabiania, jest podtrzymanie stropu i osłanianie maszyny urabiającej wraz z obsługującą go załogą górniczą oraz zabezpieczenie przestrzeni pracy maszyn przed warstwami skalnymi osuwającymi się za przemieszczającym się kompleksem górniczym. Ponadto, każda sekcja obudowy zmechanizowanej składa się z tych samych głównych elementów nośnych, do których należą: stropnica, spągnica, osłona odzawałowa, łączniki lemniskatowe, sworznie przegubów centralnych, układu lemniskatowego, stropnicy oraz spągnicy. Argumentował, że wszystkie obudowy w zakresie prac konstrukcyjnych podlegają tej samej procedurze projektowej, niezależnie od tego, z jakim urządzeniem urabiającym mają współpracować: strugiem czy kombajnem. Podał natomiast, że jedyne różnice w budowie pomiędzy obudową w systemie kombajnowym a obudową w systemie strugowym, dotyczą układu przesuwnego, którego funkcja w każdym przypadku jest taka sama, natomiast w przypadku obudowy w systemie strugowym ma on nieco inną konstrukcję. W tym kontekście zwrócił jednak uwagę, że układ przesuwny nie stanowi głównego elementu nośnego sekcji, a ponadto - każdy typ

obudowy może zostać przystosowany do pracy z odpowiednim urządzeniem urabiającym, a potwierdzeniem tej okoliczności jest fakt oferowania przez producentów obudów dla niskich zakresów (tj. systemu strugowego), możliwości współpracy sekcji obudowy z kombajnem lub ze strugiem - dokonuje się wtedy zmiany części lub całego układu przesuwnego.

Nadto podkreślił, że dostawa sekcji obudowy przeznaczonej do współpracy z systemem strugowym, stanowi rzadkość na rynku polskim, z uwagi na to, iż strug nie jest powszechnie stosowanym urządzeniem urabiającym, w przeciwieństwie do kombajnu.

Wywodził, że w związku z tym, taki sposób sformułowania przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, sugeruje, że Zamawiający preferuje konkretnego wykonawcę i utrudnia uczciwą konkurencję, wykluczając tym samym innych, w tym Odwołującego, będącego jednym z głównych producentów obudów zmechanizowanych na rynku polskim.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający może domagać się od wykonawców wykazania się doświadczeniem w zakresie porównywalnym z przedmiotem zamówienia.

Podkreślił również, że warunki udziału w postępowaniu przedstawione przez Zamawiającego są niezgodne z przedmiotem zamówienia. Zdaniem Odwołującego, jeżeli Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia jako dostawę obudowy zmechanizowanej, nie może domagać się, aby Wykonawca wykazywał doświadczenie w zakresie dostawy obudowy współpracującej z systemem strugowym. Taka bowiem sytuacja – zdaniem Odwołującego - oznacza, że zakres referencji, których domaga się Zamawiający jest sprzeczny z przedmiotem zamówienia. Natomiast jeżeli określenie „obudowa współpracująca z systemem strugowym” miałyby stanowić doprecyzowanie przedmiotu zamówienia w postaci obudowy zmechanizowanej, to żądanie przedstawienia referencji w dokładnie takim zakresie stanowi naruszenie uczciwej konkurencji.

W dniu 30.08.2010r. – drogą elektroniczną - zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego - Becker-Warkop Sp. z o.o. z siedzibą w Świerklanach. W dniu 31.08.2010r. wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie o cofnięciu przedmiotowego przystąpienia.

W dniu 30.08.2010r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - Bucyrus Europę GmbH, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością prawa niemieckiego z siedzibą w Luenen w Republice Federalnej Niemiec.

W dniu 30.08.2010r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - Zakład Maszyn Górniczych „GLINIK” Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach.

KIO 1896/10

Z postanowieniami pkt III.2.3) ust. 1 ogłoszenia o w/w zamówieniu oraz pkt IX.B.1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) Odwołujący się - HYDROTECH S.A. z siedzibą w Rybniku nie zgodził i w dniu 30.08.2010r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w zakresie wskazania, że: „Na potwierdzenie warunku wskazanego w punkcie A. 2), wymagane jest posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw lub dostawy co najmniej dwóch kompletów sekcji po minimum 100 sztuk, w tym co najmniej jednego kompletu sekcji o podziałce 1,75 m współpracujących z systemem strugowym w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały należycie wykonane”.

Wskazany postanowieniom ogłoszenia i SIWZ zarzucił naruszenie art. 7 i art. 22 ust. 4, art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. poprzez zawężenie kręgu wykonawców spełniających wskazane wymagania, jedynie do wykonawców realizujących dostawy „sekcji o podziałce 1,75 m współpracujących z systemem strugowym”, mimo, że takie dostawy zdarzają się niezmiernie rzadko, a zasadnicza konstrukcja sekcji obudowy jest taka sama, niezależnie od tego, czy współpracuje z systemem strugowym czy z innym oraz czy z innym oraz czy ma podziałkę 1,5 m lub 1,75 m.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez rezygnację z konieczności wykazania się przez wykonawców realizacją dostawy „dostaw lub dostawy co najmniej dwóch kompletów sekcji po minimum 100 sztuk, w tym co najmniej jednego kompletu sekcji o podziałce 1,75 m współpracujących z systemem strugowym”.

W związku z tym, Odwołujący wnosil o nakazanie nadania kwestionowanym postanowieniom pkt III.2.3) ust. 1 ogłoszenia oraz pkt IX.B.1) SIWZ, następującej treści:

„Na potwierdzenie warunku wskazanego w punkcie A.2), wymagane jest posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw lub dostawy odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. wykażą się dostawami do podziemnych zakładów górniczych wydobywających węgiel kamienny co najmniej 150 kompletów sekcji obudowy zmechanizowanej, spełniającej wymagania dyrektyw UE (97/23/WE lub 2006/42/WE oraz 94/9/WE (ATEX), w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy -w tym okresie, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały należycie wykonane ".

Zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, wskazał, że Wykonawca obowiązany jest złożyć: „wykaz wykonanych zamówień potwierdzający posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw lub dostawy co najmniej dwóch kompletów sekcji po minimum 100 sztuk, w tym co najmniej jednego kompletu sekcji o podziałce 1,75m współpracujących z systemem strugowym w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały należycie wykonane ".

Zdaniem Odwołującego takie określenie przez Zamawiającego wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia jako udziału w postępowaniu jest zbyt restrykcyjne i nieuprawnione, ograniczające w sposób nieuzasadniony możliwości złożenia ofert przez potencjalnych wykonawców, które narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wymóg Zamawiającego, aby Wykonawca w celu spełnienia warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia wykonał dostawy co najmniej dwóch kompletów sekcji po minimum 100 sztuk, w tym co najmniej jednego kompletu sekcji o podziałce 1,75 m współpracujących z systemem strugowym jest zdaniem Odwołującego w świetle obowiązujących przepisów zbyt daleko idący.

Odwołujący uważał, że jako wystarczający warunek niezbędny do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykonywanych usług należało by przyjąć sumaryczne ilości wyprodukowanych i dostarczonych przez Wykonawcę w okresie trzech lat sekcji obudowy zmechanizowanej, co potwierdza też powszechna praktyka stosowana przez Kompanię Węglową S.A. i Katowicki Holding Węglowy S.A.

Odwołujący podnosił, że dostawy kilku typów sekcji do wielu kontrahentów w porównywalnym okresie wymaga od Wykonawcy znacznie większego potencjału, wiedzy i doświadczenia niż dostawa jednego typu obudowy w jednej partii dla jednego odbiorcy.

Poza tym Odwołujący uznał, że użyte przez Zamawiającego w warunkach udziału w postępowaniu określenie „sekcji o podziałce 1,75 m współpracujących z systemem strugowym" nie znajduje uzasadnienia w przepisach opisujących rodzaje urządzeń górniczych:

- Zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21.10.2008 r. (Dz. U. 2008 r. Nr 199, poz. 1228) w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn, w zakresie obudów zmechanizowanych, wyróżnia się urządzenia oznaczone jako „hydrauliczne obudowy zmechanizowane" oraz „obudowy zmechanizowane kroczące".

- Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. (Dz. U. Nr 139, poz.

1169 oraz z 2006 r. Nr 124, poz 863 i z 2010 r. Nr 126. poz 855) w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych w Załączniku Nr 4 - „Wymagania w zakresie bezpieczeństwa użytkowania oraz oceny stanu technicznego sekcji obudów zmechanizowanych” nie różnicuje w żaden sposób pod względem obowiązujących wymagań obudów zmechanizowanych, w zależności od typu współpracującego z obudową urządzenia urabiającego, czy to kombajnu lub struga.

Argumentował, że wymagania rozporządzenia nie różnicują ani nie wprowadzają odrębnych wymagań dla obudów o podziałce 1,5 m lub 1,75 m. Wskazywał, że rozporządzenie mówi jednoznacznie o obudowach zmechanizowanych, nie stosując sztucznych i niczym nie uzasadnionych podziałów na obudowy zmechanizowane współpracujące z systemem kombajnowym, strugowym czy też o podziałce 1,5 lub 1,75 m.

Również obowiązująca norma PN-EN 1804-1 „Maszyny dla górnictwa podziemnego. Część 1 Sekcje obudowy i wymagania ogólne”, w żaden sposób nie różnicuje sekcji obudowy zmechanizowanej ze względu na współpracę z kombajnem górniczym, systemem strugowym czy też ze względu na zastosowaną podziałkę 1,5 lub 1,75 m.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zasadnicza postać konstrukcyjna sekcji obudowy zmechanizowanej jest bowiem taka sama, bowiem składa się z takich samych zespołów, które spełniają taką samą funkcję w obydwu rodzajach zastosowań. Instruował, że obudowa zmechanizowana współpracująca z systemem kombajnowym, czy też strugowym współpracuje bezpośrednio poprzez połączenie sworzniowe z przenośnikiem. Jediną różnicą w tych systemach urabiania jest posadowienie urządzenia urabiającego. W systemie kombajnowym urządzenie urabiające czyli kombajn jest posadowione na górnej płaszczyźnie przenośnika, przemieszcza się po nim samodzielnie i stanowi odrębne urządzenie. W systemie strugowym strug posadowiony jest na czołowej płaszczyźnie przenośnika i stanowi jego integralną część. Z powyższych względów stwierdził, że każda obudowa jest odrębnym urządzeniem, natomiast cecha jej współpracy z innym urządzeniem górniczym, jest okolicznością, która występuje dopiero wtedy, gdy ta obudowa z tym urządzeniem współdziała. Uważał, że jeżeli zamówienie dotyczy jedynie obudowy zmechanizowanej kupowanej oddzielnie (tj. bez urządzenia urabiającego lub też przenośnika ścianowego), nie może ona być charakteryzowana w kontekście innego urządzenia, którego przedmiot zamówienia nie dotyczy. Uzasadniał również, że w świetle funkcji spełnianych przez wszystkie obudowy - ich głównym zadaniem, niezależnie od systemu urabiania, jest podtrzymanie stropu i osłanianie maszyny urabiającej wraz z obsługującą go załogą górniczą oraz zabezpieczenie przestrzeni pracy maszyn przed warstwami skalnymi osuwającymi się za przemieszczającym się kompleksem górniczym. Ponadto, każda sekcja obudowy zmechanizowanej składa się z tych samych głównych elementów nośnych, (elementów

podstawowych sekcji obudowy, zgodnie z definicją wg normy PN-EN 1804-1 -wszystkich elementów przenoszących obciążenia wywołane naciskiem skał stropowych), do których należą: stropnica, spąglica, osłona odzawałowa, łączniki lemniskatowe, sworznie przegubów centralnych, układu lemniskatowego, stropnicy oraz spągnicy. Odwołujący argumentował, że wszystkie obudowy w zakresie prac konstrukcyjnych, bez względu na system urabiania, czy zastosowaną podziałkę sekcji, podlegają tej samej procedurze projektowej, niezależnie od tego, z jakim urządzeniem urabiającym mają współpracować: strugiem czy kombajnem. Również, zgodnie z obowiązującą przywołaną powyżej normą PN-EN 1804-1 „Maszyny dla górnictwa podziemnego. Część 1 Sekcje obudowy i wymagania ogólne” nowa obudowa zmechanizowana podlega takim samym badaniom stanowiskowym bez względu na to, czy będzie współpracowała z systemem strugowym, czy też kombajnowym. Norma nie przewiduje również odrębnego trybu badań dla sekcji o podziałce 1,5 m czy też 1,75 m.

Wywodził, że jedyna różnica w budowie pomiędzy obudową współpracującą z kombajnem a obudową współpracującą ze strugiem, dotyczy układu przesuwne (nie będącego elementem podstawowym-nośnym obudowy wg normy PN-EN 1804-1, jest elementem wyposażenia dodatkowego sekcji obudowy), którego funkcja w każdym przypadku jest taka sama, natomiast w przypadku obudowy w systemie strugowym ma on nieco inną konstrukcję. Według Odwołującego każdy typ obudowy może zostać przystosowany do pracy z odpowiednim urządzeniem urabiającym. Potwierdzeniem tej okoliczności jest fakt oferowania przez producentów obudów dla niskich zakresów (tj. systemu strugowego), możliwości współpracy sekcji obudowy z kombajnem lub ze strugiem - dokonuje się wtedy zmiany części lub całego układu przesuwne.

Ten sam argument można postawił wobec wymogu wykazania się dostawą obudowy o podziałce 1,75 m. Odwołujący nie dostrzegł żadnego uzasadnienia technicznego przez wyszczególnienie parametru podziałki obudowy 1,75 m jako parametru istotnego do oceny możliwości realizacyjnych oferenta. Według Odwołującego standardowa na rynku krajowym podziałka obudowy to 1,5 m i jest to niecałe 15% mniej od wymaganej przez Zamawiającego. Konstrukcja obudowy o podziałce 1,75 m poza geometrycznym parametrem szerokości nie różni się niczym od analogicznej obudowy o podziałce 1,5 m. Produkcja obudowy o podziałce 1,75 m nie wymaga użycia innych materiałów, technologii, maszyn, oprzyrządowania bądź innych kwalifikacji pracowników niż produkcja obudowy o podziałce 1,5 m. Tak samo proces projektowania i wykonywania dokumentacji obudowy o podziałce 1,75 m nie różni się niczym od projektowania i wykonywania dokumentacji obudowy o podziałce 1,5 m, poza uwzględnieniem zwiększonej o 25 cm szerokości. To czy podziałka obudowy jest 1,5 m czy 1,75 m nie wynika w żadnym razie z ograniczeń wykonawczych dostawcy obudowy, ale jedynie z wymogów stawianych przez zamawiającego, który dostosowuje się w ten sposób do

podziałki przenośnika, który ma zamiar zastosować oraz własnych możliwości transportowych (np. ograniczeń geometrycznych wynikających charakterystyki szybów którymi dysponuje).

Z przytoczonych wyżej powodów Odwołujący nie znalazł uzasadnienia do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie zrealizował w ciągu ostatnich trzech lat dostawy 100 sekcji o podziałce 1,75m, ale zrealizował dostawę co najmniej 150 sekcji obudów o podziałce 1,5 m nie posiadał odpowiednich możliwości i doświadczenia do realizacji dostawy sekcji o podziałce 1,75 m.

Określenie podziałki obudowy 1,75m jako parametru istotnego do wykazania się wymaganą wiedzą i doświadczeniem jest działaniem – zdaniem Odwołującego - ograniczającym uczciwą konkurencję. Zwrócił również uwagę, że na ponad 250 różnych typów obudów pracujących obecnie w krajowych kopalniach węgla kamiennego zaledwie kilka ma podziałkę 1,75m i nie wynika to z braku doświadczenia, czy możliwości wykonawczych jakiegokolwiek z krajowych dostawców obudów zmechanizowanych - ale tylko i wyłącznie ze szczegółowych wymagań odbiorców.

Odwołujący wyjaśniał, że przy ocenie zasadności takiego sformułowania przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu należy zadać następujące pytania:

1. Czy ze względu na przebieg procesu projektowania, dobór materiałów, sposób przeprowadzania obliczeń wytrzymałościowych, zakres badań stanowiskowych oraz przewidywane technologie wykonania występują istotne różnice w projektowaniu ścianowych obudów zmechanizowanych w zależności od tego, czy w wyrobisku ścianowym będą współpracować z przenośnikiem i z kombajnem ścianowym, czy też z przenośnikiem i strugiem?

2. Czy istnieją przesłanki techniczne wskazujące na to, że firma, która realizowała dostawy nowych obudów ścianowych o podziałce 1,5m wykorzystywanych w wyrobiskach ścianowych do współpracy z przenośnikiem i kombajnem ścianowym mogłaby mieć problemy z realizacją dostawy obudowy ścianowej o podziałce 1,75m przewidzianej do wykorzystania w ścianie we współpracy z przenośnikiem i strugiem?

3. Czy obudowa o zakresie geometrycznym 0,9m - 2,3m pracująca w ścianie „kombajnowej” mogłaby znaleźć zastosowanie w ścianie „strugowej”? Jakie ewentualnie kroki techniczne należałoby przedsięwziąć by umożliwić jej właściwą współpracę w takiej konfiguracji urządzeń ścianowych?

4. Czy układ obciążeń (pochodzących od górotworu czy też urządzeń, z którymi obudowa współpracuje), na jakie narażone są w wyrobisku ścianowym sekcje współpracujące z systemem strugowym różni się w istotny sposób od obciążeń, na jakie narażone byłyby te sekcje w przypadku gdyby w tym samym wyrobisku współpracowałyby z systemem kombajnowym wybierania urobku?

Odwołujący w celu wyjaśnienia powyższych kwestii zwrócił się z prośbą o opinię do Instytutu Techniki Górniczej KOM AG w Gliwicach pismem o znaku BDO/MS/379/2010 z dnia 01.09.2010 r., na co otrzymał następujące odpowiedzi:

Odpowiedź na pytanie 1.

W procesie projektowania ścianowych sekcji obudowy zmechanizowanej, przeznaczonych do współpracy z kombajnem i strugiem, nie występują różnice dotyczące doboru materiałów, sposobu przeprowadzania obliczeń wytrzymałościowych, zakresu badań stanowiskowych oraz przewidywanych technologii wykonania. Oba typy sekcji obudowy różnią się jedynie funkcjami zastosowanego układu sterowania, realizującymi proces przesuwania przenośnika ścianowego i samej sekcji obudowy. W sekcji obudowy przewidzianej do współpracy ze strugiem stosuje się przesuwnik z pomiarem wielkości wysuwu. Oba typy sekcji obudowy podlegają takim samym regułom współpracy z górotworem, a tym samym takim samym procesom obliczeniowym. Oba typy obudowy podlegają takim samym badaniom laboratoryjnym w procesie certyfikacji.

Odpowiedź na pytanie 2.

Naszym zdaniem, doświadczenie firmy, która realizowała dostawy nowych, własnej konstrukcji sekcji obudowy zmechanizowanej o podziałce 1,5m, wykorzystywanych w wyrobiskach ścianowych do współpracy z przenośnikiem i kombajnem ścianowym, pozwala na dostawę sekcji obudowy zmechanizowanej o podziałce 1,75m przewidzianej do wykorzystania w ścianie przy współpracy z przenośnikiem i strugiem. Zmieniona podziałka sekcji nie ma wpływu na procesy obliczeniowe i zakres badań laboratoryjnych w procesie certyfikacji. Jedyną różnicą pomiędzy sekcją kombajnową i sekcją strugową występuje w układzie sterowania pozwalającym realizować regulowany przesuw przenośnika i sekcji obudowy. Przesuwnik sekcji strugowej musi być wyposażony w system pomiaru wielkości wysuwu, współpracujący z układem sterowania. Należy zaznaczyć, że często nowoczesne sekcje obudowy zmechanizowanej, przeznaczone do współpracy z kombajnem, również są wyposażane w przesuwniki z pomiarem wysuwu, a stosowane w nich systemy sterowania pozwalają na realizację regulowanego przesuwania zarówno przenośnika ścianowego, jak i samej sekcji obudowy.

Odpowiedź na pytanie 3.

Sekcja obudowy o zakresie geometrycznym 0,9 + 2,3 m, pracująca w ścianie kombajnowej, z powodzeniem może być zastosowana w tej samej ścianie z wykorzystaniem strugowej technologii urabiania, pod warunkiem wyposażenia sekcji w układ sterowania pozwalający na realizację regulowanego przesuwu przenośnika i samej sekcji obudowy. Sekcje te w zależności od zastosowanego systemu urabiania (kombajnowy lub strugowy),

mogą wymagać różnych długości stropnicy, ze względu na mogące wystąpić różnice szerokości przenośnika ścianowego.

Odpowiedź na pytanie 4.

Różnica w pochodzących od górotworu, obciążeniach działających na sekcje obudowy w ścianach z kombajnowym i strugowym systemem urabiania, przy tej samej długości stropnicy i w tej samej ścianie, wynika tylko z zabioru maszyny urabiającej i tzw. ścieżki (odległość od końca stropnicy do czoła ściany). Z naszych doświadczeń wynika, że w ścianach strugowych obciążenia sekcji obudowy są mniejsze niż w ścianach kombajnowych ze względu na mniejsze otwarcie stropu.

Podsumowując – Odwołujący wskazywał, że jedyne istotne różnice wynikają z konieczności dostosowania układu sterowania pozwalającego na realizację regulowanego przesuwu przenośnika, zastosowaniu przesuwnika sekcji z pomiarem wysuwu (czujnikiem pomiaru przebytej drogi) oraz dostosowaniu długości stropnicy do szerokości stosowanego przenośnika.

Zaznaczył także, że przystosowanie długości stropnicy do szerokości stosowanego przenośnika jest standardem stosowanym przy dostawie każdego typu obudowy i parametrem weryfikowanym przy każdej zmianie konfiguracji urządzeń współpracujących w wyrobisku ścianowym, a przywołane w „Warunkach współpracy z innymi urządzeniami” (pkt. II Załącznika nr 1 do SIWZ przedmiotowego postępowania) parametr szerokości zewnętrznej profilu rynny w granicach 1000 do 1100 mm nie jest parametrem odbiegającym od parametrów przenośników stosowanych w przypadku ścian kombajnowych.

Natomiast, co do dostosowania układu sterowania i zastosowania przesuwnika sekcji z czujnikiem pomiaru przebytej drogi podkreślił, że to Zamawiający (zgodnie pkt III - „parametry techniczne” ppkt. 42 i ppkt. 45 Załącznika nr 1 do SIWZ przedmiotowego postępowania) dostarcza do kompletacji obudowy siłowniki układu przesuwnego z czujnikiem pomiaru przebytej drogi oraz wszystkie elementy sterownicze i wykonawcze nowej hydrauliki sterowniczej (elektrohydraulicznej) wraz z niezbędnymi czujnikami sterowania elektrohydraulicznego. Czyli podstawowe elementy decydujące o dostosowaniu obudowy do współpracy z systemem strugowym nie są dostarczane przez Wykonawcę, czyli nie są przedmiotem postępowania.

Ponadto zauważył, że cały Załącznik nr 1 do SIWZ ma charakter bardzo szczegółowej specyfikacji technicznej narzucającej także konkretne rozwiązania techniczne odnoszące się do współpracy obudowy z systemem strugowym (zgodnie z pkt. III- „parametry techniczne” ppkt. 40- opis układu przesuwnego), nie pozostawiając Wykonawcy możliwości skorzystania z innego własnego rozwiązania.

Podkreślił również, że dostawa sekcji obudowy przeznaczonej do współpracy z systemem strugowym o podziałce 1,75 m, stanowi rzadkość na rynku polskim, z uwagi na to, iż strug jak i podziałka 1,75 m nie jest powszechnie stosowanym rozwiązaniem technicznym, w przeciwieństwie do współpracy z kombajnem i podziałki 1,5 m.

W związku z tym Odwołujący uznał, że taki sposób sformułowania przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, sugeruje, że preferuje on konkretnego wykonawcę, wykluczając tym samym innych.

W świetle przedstawionych powyżej faktów oraz opinii Instytutu Techniki Górniczej KOMAG Odwołujący uważał, że warunki udziału w postępowaniu przedstawione przez Zamawiającego są niezgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W dniu 6.09.2010r. zgłosili oddzielnie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - Bucyrus Europę GmbH, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością prawa niemieckiego z siedzibą w Luenen w Republice Federalnej Niemiec oraz Zakład Maszyn Górniczych „GLINIK” Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach.

KIO 1904/10

W dniu 3.09.2010r. Odwołujący - Bucyrus Europę GmbH, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością prawa niemieckiego z siedzibą w Luenen w Republice Federalnej Niemiec wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec postanowienia punktu VII - „Dokumenty wymagane wraz z dostawą” podpunktu 10 Załącznika nr 1 - „Specyfikacji technicznej” do SIWZ w zakresie wskazania, że:

„W ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca dostarczy dodatkowo dokumentację remontową oferowanej kompletnej sekcji (liniowej i skrajnej), umożliwiającą dokonanie jej remontu przez Zamawiającego w zakładach własnych lub podmiotach zależnych (na podstawie art. 136 ustawy Prawo zamówień publicznych) po upływie gwarancji lub przypadku utraty gwarancji, a także prawo na korzystanie z przekazanej dokumentacji remontowej oraz dokonywanie na jej podstawie czynności remontowych, modernizacji oferowanej obudowy zmechanizowanej oraz produkcji, w zakresie części zamiennych niezbędnych do wymiany w procesie ich remontu lub modernizacji, przez czas nieokreślony bez możliwości wypowiedzenia powyższego prawa. W przypadku, gdy Wykonawca nie jest producentem maszyny (urządzenia) przedstawi Zamawiającemu dodatkowo zgodę producenta oferowanej maszyny (urządzenia) na udzielenie prawa w powyższym zakresie.”.

Odwołujący zarzucił wskazanemu powyżej postanowieniu SIWZ:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a to z uwagi na:

1.1. rozbieżność pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia w pkt VII ppkt 10

Załącznika nr 1 - „Specyfikacji technicznej” do SIWZ i określeniem przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu,

1.2. rozbieżność pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia w pkt VII ppkt 10 Załącznika nr 1 - „Specyfikacji technicznej” do SIWZ i opisem przedmiotu zamówienia w pkt III SIWZ i, wskutek czego uczestnicy Postępowania mogą w sposób odmienny dokonać oceny zakresu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu i w odmienny sposób formułować swoje oferty, co w konsekwencji narusza zasady poszanowania uczciwej konkurencji w toku Postępowania i zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu,

2. naruszenie art. 41 pkt 4 oraz 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez znacznie szersze sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w pkt VII ppkt 10 Załącznika nr 1 - „Specyfikacji technicznej” do SIWZ niż zostało to uczynione w ogłoszeniu o zamówieniu, opublikowanym w dniu 20 sierpnia 2010 r.;

3. naruszenie art. 29 ust. 1 Ustawy, a to poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w Postępowaniu w sposób jednoznaczny, co może skutkować odmienną oceną zakresu przedmiotu zamówienia oraz składaniem odmiennych w zakresie przedmiotu zamówienia ofert nieodpowiadających potrzebom Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o nakazanie usunięcia z SIWZ zaskarżonego postanowienia tj. punktu VII podpunktu 10 w Załączniku nr 1 - „Specyfikacji technicznej” do SIWZ z SIWZ jako sprzecznego z określeniem przedmiotu zamówienia zawartym w punkcie III SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący zauważył, że w punkcie III SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia”, wskazano, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa 150 fabrycznie nowych kompletnych sekcji obudowy zmechanizowanej wraz z niezbędnym wyposażeniem dla JSW S.A. KWK „Zofiówka”. Z kolei w „Specyfikacji technicznej”, stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ, w pkt VII - „Dokumenty wymagane wraz dostawą”, ppkt 10 wskazano, iż w ramach przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest dostarczyć dodatkowo dokumentację remontową oferowanej kompletnej sekcji (liniowej i skrajnej), umożliwiającą dokonanie jej remontu przez Zamawiającego w zakładach własnych lub podmiotach zależnych (na podstawie art. 136 Ustawy) po upływie gwarancji lub w przypadku utraty gwarancji, a także prawo na korzystanie z przekazanej dokumentacji remontowej oraz dokonywanie na jej podstawie czynności remontowych, modernizacji oferowanej obudowy zmechanizowanej oraz produkcji, w zakresie części zamiennych niezbędnych do wymiany w procesie ich remontu lub modernizacji, przez czas nieokreślony bez możliwości wypowiedzenia powyższego prawa, w przypadku zaś, gdy wykonawca nie jest producentem maszyny (urządzenia) zobowiązany jest on przedstawić Zamawiającemu dodatkowo zgodę producenta oferowanej maszyny (urządzenia) na udzielenie prawa w powyższym zakresie.

W ocenie Odwołującego powyższe postanowienie SIWZ jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp, a to z następujących względów:

Odwołujący podniósł, iż zaskarżone postanowienie SIWZ jest niespójne z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, opublikowanego w dniu 20 sierpnia 2010 r. oraz z postanowieniami SIWZ w zakresie „Opisu przedmiotu zamówienia”, zawartymi w punkcie III SIWZ. Zarówno w ogłoszeniu, jak i w punkcie III SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia” jednoznacznie zostało wskazane, iż przedmiot zamówienia stanowi wyłącznie dostawa towarów, w tym przypadku nowych kompletnych sekcji obudowy zmechanizowanej wraz z niezbędnym wyposażeniem. Tymczasem, wprowadzony w Załączniku nr 1 do SIWZ - „Specyfikacja techniczna” w punkcie VII - „Dokumenty wymagane wraz z dostawą”, ppkt 10 rozszerza wyżej określony przedmiot zamówienia o dostarczenie dokumentacji remontowej i udzielenie Zamawiającemu na korzystanie z niej licencji w zakresie wykonywania na jej podstawie czynności remontowych, modernizacji oferowanej obudowy zmechanizowanej oraz produkcji części zamiennych w zakresie niezbędnym do wykonywania remontu na czas nieokreślony bez możliwości wypowiedzenia tego prawa.

Odwołujący argumentował, iż w zakresie dostawy rzeczy, jaką jest dostawa 150 fabrycznie nowych kompletnych sekcji obudowy zmechanizowanej wraz z niezbędnym wyposażeniem nie mieści się dostawa dokumentacji remontowej oraz dostawa prawa jaką jest udzielenie licencji na korzystanie z tej dokumentacji.

W odniesieniu do pierwszego z wyżej wskazanych elementów wskazał, iż dokumentacja remontowa stanowi dokumentację technologiczno-konstrukcyjną, objętą tajemnicą przedsiębiorstwa każdego producenta dostarczanych urządzeń (know-how przedsiębiorstwa), i jako taka dokumentacja nie jest ona wydawana kupującym przy zawieraniu umowy sprzedaży.

Zdaniem Odwołującego sprzedawca nie ma bowiem obowiązku ujawniania informacji dotyczących produkcji urządzeń, jak w szczególności rysunków konstrukcyjno-wykonawczych urządzenia czy wykazów materiałowych elementów specjalnych urządzenia. Podkreślił także, iż dokumentacja ta nie jest dokumentacją, której posiadanie jest dla kupującego wymagane, aby mógł on należycie korzystać z dostarczanego urządzenia. Dostawa dokumentacji remontowej urządzenia stanowi zatem osobny element, nie wchodzący w zakres dostawy samego urządzenia.

Wywodził, że podobnie udzielenie licencji Zamawiającemu na korzystanie z tej dokumentacji na wskazanych w zaskarżonym postanowieniu SIWZ polach eksploatacji nie może zostać zakwalifikowane jako element dostawy przedmiotowych obudów. Jest to bowiem w swej istocie dostawa praw, a nie rzeczy i jako taka powinna być ona kwalifikowana jako osobny element niemieszczący się w zakresie dostawy dokumentacji remontowej, a tym bardziej w zakresie dostawy obudów, stanowiących przedmiot zamówienia. Wprowadzenie

zatem do SIWZ obowiązku dostawy ww. wskazanych elementów nie może zostać uznane za mieszczące się w zakresie dostawy obudów, będących przedmiotem zamówienia i stanowi w rzeczywistości rozszerzenie przedmiotu zamówienia określonego w punkcie III SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu jako „dostawa 150 fabrycznie nowych kompletnych sekcji obudowy zmechanizowanej wraz z niezbędnym wyposażeniem dla JSW S.A. KWK „Zofiówka” o dodatkowe elementy, tj. dostawę dokumentacji remontowej oraz dostawę prawa w postaci licencji na korzystanie z tej dokumentacji. Jeżeli Zamawiający zamierzał objąć przedmiotem zamówienia także dostawę dokumentacji remontowej i dostawę praw do korzystania z tej dokumentacji, wskazane elementy powinny zostać wyraźnie wyodrębnione w przedmiocie zamówienia obok dostawy 150 fabrycznie nowych kompletnych sekcji obudowy zmechanizowanej wraz z niezbędnym wyposażeniem.

W przypadku zaś, gdy takie elementy nie zostały wyraźnie objęte przedmiotem zamówienia nie powinny wejść w skład takiego przedmiotu zamówienia. Zachodzi zatem rozbieżność pomiędzy postanowieniem punktu III SIWZ i pkt 11.1.1) ogłoszenia o zamówieniu a zaskarżonym postanowieniem punktu VII ppkt 10 Załącznika nr 1 do SIWZ, który zobowiązuje wykonawców do dostarczenia praw oraz rzeczy nieobjętych ogłoszeniem oraz postanowieniem pkt III SIWZ .

Poza tym wskazał, iż taka rozbieżność w treści SIWZ pomiędzy jej poszczególnymi postanowieniami oraz rozbieżność pomiędzy ogłoszeniem a SIWZ prowadzi do naruszenia zasad przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasady równości uczestniczących w tym postępowaniu podmiotów (art. 7 ust. 1 Ustawy). Z jednej strony bowiem ogłoszenie oraz punkt III SIWZ wskazują, iż przedmiotem postępowania jest dostawa ww. obudów wraz z wyposażeniem (elementy stanowiące wyposażenie do dostarczanych obudów zostały szczegółowo wymienione w punkcie IV - „Wyposażenie dodatkowe” w Załączniku nr 1 do SIWZ), z drugiej zaś strony w Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia ujęto dodatkowe elementy w postaci dostawy dokumentacji remontowej oraz dostawy prawa licencji do korzystania z ww. dokumentacji.

Według Odwołującego w takiej sytuacji uczestniczące w toku postępowania podmioty nie są w stanie precyzyjnie ustalić, co jest przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji złożyć w toku postępowania ważnej oferty.

Podkreślił przy tym, że zakres zamówienia jest istotnym czynnikiem cenotwórczym decydującym o sposobie ukształtowania się ceny. Uczestniczący w postępowaniu wykonawcy muszą zatem, w przypadku gdyby przedmiotem zamówienia objęte były także dostawa dokumentacji remontowej oraz dostawa licencji na korzystanie z tej dokumentacji, uwzględnić tę okoliczność przy kształtowaniu ceny. W sytuacji zaś, gdy pomiędzy postanowieniami SIWZ oraz postanowieniami ogłoszenia zachodzą rozbieżności w

określonym tam przedmiocie zamówienia, wykonawcy uczestniczący w Postępowaniu mogą w różny sposób dokonywać kalkulacji ceny, wskutek czego złożone w toku Postępowania oferty nie będą porównywalne.

Nadto zwrócił uwagę, iż fakt zaistnienia rozbieżności w treści ogłoszenia oraz zaskarżonego postanowienia SIWZ prowadzi do sytuacji, w której podmioty, które zapoznały się jedynie z treścią ogłoszenia (np. z uwagi na niepodjęcie przez podmiot dalszych kroków i nieuzyskanie SIWZ) będą posiadały inną wiedzę o przedmiocie zamówienia niż podmioty, które zapoznały się z treścią SIWZ. Sytuacja taka jest niedopuszczalna w świetle przepisów ustawy Pzp i narusza zasadę równości uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie ma podstaw, aby przyjąć, iż któryś z wyżej wymienionych dokumentów jest dokumentem przeważającym. Brak jest także podstaw, aby uznać, iż uczestnik postępowania ma obowiązek zapoznania się z oboma z ww. dokumentów. Według Odwołującego może zdarzyć się sytuacja, iż wykonawca zapozna się tylko z ogłoszeniem o zamówieniu, a nie będzie miał z jakichkolwiek przyczyn możliwości zapoznania się SIWZ. Dla uniknięcia takiej sytuacji i zapewnienia zasady równości w postępowaniu, ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ powinny być spójne ze sobą i już w ogłoszeniu powinno znaleźć się takie określenie przedmiotu zamówienia, które odpowiada jego rzeczywistemu zakresowi.

Odwołujący zarzucił także, że opisanie przedmiotu zamówienia w SIWZ w sposób odmienny (wykraczający zakresowo) niż w ogłoszeniu o zamówieniu należy ocenić jako niedopuszczalne. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 41 pkt 4 ustawy Pzp obligatoryjnym elementem ogłoszenia jest „określenie przedmiotu zamówienia oraz wielkości lub zakresu zamówienia”. W ogłoszeniu o zamówieniu nie musi zatem znajdować się szczegółowy opis zamówienia, ale wystarczające jest zakreślenie jego ogólnych ram i wskazanie, co będzie jego przedmiotem. Dopiero specyfikacja istotnych warunków zamówienia precyzuje tak opisany przedmiot zamówienia i zawiera jego precyzyjne parametry (zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera „opis przedmiotu zamówienia”, a nie „określenie przedmiotu zamówienia”). Według Odwołującego oba te dokumenty powinny być ze sobą spójne, a wskazuje na to treść art. 38 ust. 4a ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku takich modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu wymagane jest - w przypadku postępowań, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy - przekazanie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną. Taka modyfikacja siwz wymaga zatem dodatkowego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub jego sprostowania. Odwołujący dowodził, iż jest to wymagane także w przypadku wprowadzania postanowień do SIWZ modyfikujących te zapisy ogłoszenia.

Ponieważ w niniejszej sprawie doszło do rozszerzenia przedmiotu zamówienia w sposób rażąco odbiegający od zakresu określonego w ogłoszeniu, a brak było publikacji sprostowania ogłoszenia, czy też ogłoszenia dodatkowego zdaniem Odwołującego było to działanie sprzeczne z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał również na rażące rozbieżności pomiędzy postanowieniami SIWZ, a także pomiędzy SIWZ a ogłoszeniem prowadzące w konsekwencji do naruszenia zasady poszanowania uczciwej konkurencji w toku postępowania jako stanowiące podstawę unieważnienia postępowania, a to na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Tylko zatem z tej przyczyny zaskarżony pkt VII ppkt 10 w Załączniku nr 1 do SIWZ – zdaniem Odwołującego - powinien zostać usunięty z SIWZ.

Odwołujący zarzucił także zaskarżonemu postanowieniu naruszenie art. 29 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający zawarł w SIWZ dwa odmienne zapisy charakteryzujące przedmiot zamówienia, a mianowicie w punkcie III - „Opis przedmiotu zamówienia”, w którym wskazał, iż przedmiot zamówienia obejmuje tylko dostawę zmechanizowanych obudów wraz z wyposażeniem oraz punkcie VII - „Dokumenty wymagane wraz z dostawą” podpunkt 10 Załącznika nr 1 - „Specyfikacji technicznej” do SIWZ, z którego wynika, iż przedmiotem zamówienia jest objęta, oprócz ww. dostawy obudów wraz z wyposażeniem dostawa dokumentacji remontowej do ww. urządzeń oraz dostawa prawa do korzystania z tej dokumentacji. Odwołujący uznał, że zawarcie takich dwóch odmiennych zapisów odnośnie zakresu przedmiotu zamówienia w SIWZ należy uznać za naruszające ww. art. 29 ustawy Pzp. Na skutek bowiem wprowadzenia takich rozbieżnych informacji do SIWZ, poszczególni uczestnicy postępowania – zdaniem Odwołującego - mogą w sposób odmienny interpretować zakres przedmiotu zamówienia, co w efekcie prowadzić może do składania przez nich w toku postępowania ofert nieodpowiadających potrzebom Zamawiającego.

KIO/1866/10, KIO/1896/10

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o ogłoszenia, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pism, Izba postanowiła odwołania w sprawach o sygn. akt KIO/1866/10, KIO/1896/10 uwzględnić.

Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 i art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz.759) w zakresie zgłoszonych zarzutów odwołania.

Przygotowane i prowadzone przez Zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie rozpoznawanych zarzutów – zdaniem Izby - nie było prowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego

traktowania jego uczestników, w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Nadto Izba uznała, że opis sposobu dokonania oceny spełniania między innymi warunków posiadania wiedzy i doświadczenia dokonany przez Zamawiającego w ogłoszeniu i SIWZ był związany z przedmiotem zamówienia, lecz nie był w stosunku do tego przedmiotu proporcjonalny.

Wprowadzony przez Zamawiającego w ogłoszeniu i SIWZ wymóg wykazania się posiadaniem wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw i dostawy kompletu sekcji o podziałce 1,75 m współpracujących z systemem strugowym był nadmierny i zawężający uczciwą konkurencję.

Zdaniem Izby różnice w procesie projektowania i produkcji zmechanizowanych obudów przeznaczonych do eksploatacji w systemie kombajnowym bądź strugowym nie istnieją w zakresie materiału, wytrzymałości obudowy, technologii produkcji, czy sposobu badań. Różnice zaś istnieją w układzie hydraulicznym sekcji i układzie przesunym. Powyższe stwierdzenie Izba oparła na treści pisma Technicke Laboratore Opava z dnia 6.09.2010r. Inne różnice w tym zakresie zostały opisane w piśmie z dnia 7.09.2010r. Ośrodka Badań Atestacji I Certyfikacji OBAC sp. z o.o. oraz w opinii Politechniki Śląskiej Wydziału Górnictwa i Geologii Instytut Mechanizacji Górnictwa.

Wskazane różnice nie mają charakteru istotnych różnic. To, iż w kompletach sekcji obudowy nie ma takich zasadniczych różnic przyznał zresztą pełnomocnik Zamawiającego w toku rozprawy. Wynika to także z treści pisma Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie z dnia 7.09.2010r., która została przedłożona przez Zamawiającego. Z jej treści wynika, iż zmechanizowana obudowa ścianowa oprócz części metalowej(stropnice, spąglica, łączniki lemniskaty, sworznie) składa się również z układu hydraulicznego(siłowniki, przewody, złączki) i sterującego(zawory, rozdzielacze) i zasilającego(agregat hydrauliczny). Całość dopiero pozwala na prowadzenie ściany zgodnie z przyjętą technologią. Konkludując w opinii tej stwierdzono, że w ogólnej budowie i zasadzie działania obudowy podporowo-osłonowej, przeznaczonej do kompleksów kombajnowych lub strugowych nie występują zasadnicze różnice.

Pozostałe opinie przedłożone w toku rozprawy przez Zamawiającego, tj. opinii Politechniki Śląskiej Wydziału Górnictwa i Geologii Instytut Mechanizacji Górnictwa i pisma z dnia 7.09.2010r. Ośrodka Badań Atestacji I Certyfikacji OBAC sp. z o.o., które są dokumentami prywatnymi, a więc mogą jedynie potwierdzać, że określona osoba je wystawiająca ma określone stanowisko w sprawie w ocenie Izby nie wskazują na zasadnicze różnice w budowie obudowy strugowej i kombajnowej uzasadniające uściślenie warunku udziału w postępowaniu, które zostało wprowadzone do SIWZ przez Zamawiającego. Z opinii tych wynika bowiem, że sekcje obudowy zmechanizowanej przystosowane do współpracy z kombajnem różnią się od sekcji do współpracy ze strugiem następującymi zmianami :

- zastosowaniu innego układu sterowania,
- stosowanie obudowy zmechanizowanej do współpracy ze strugiem wymagać będzie zmian w konstrukcji sekcji obudowy.

Na potwierdzenie powyższych okoliczności wskazuje również przedłożone przez Odwołującego stanowisko w sprawie przez Technické Laboratore Opava, w którym wskazano, że w procesie projektowania i produkcji zmechanizowanych obudów przeznaczonych do eksploatacji w systemie kombajnowym bądź strugowym nie ma różnicy dotyczącej materiału, wytrzymałości obudowy, technologii produkcji czy sposobu badań. Różnica w wykonaniu sekcji do technologii kombajnowej czy strugowej tkwi w układzie hydraulicznym sekcji. Poza tym ze stanowiska tego wynika, iż obudowa przeznaczona do strugowej technologii wydobywania od obudowy do kombajnowej technologii wydobywania różni się głównie układem elektro-hydraulicznym i przysposobionym układem przesuwным (elektro-hydrauliczne sterowane z pełną automatyką eksploatacji). Ostatecznie wystawca tej opinii przedstawił pogląd, iż sekcje obudowy o zakresie 0,9 do 2,3m mogą pracować tak w kombajnowym jak i strugowym kompleksie w takich samych warunkach geologicznych oraz, że w sekcjach przeznaczonych do strugowej eksploatacji musi być zastosowany inny układ hydrauliczny.

Zamawiający jednak nie wykazał, że występujące różnice w obudowach są proporcjonalne do ustanowionego przez niego warunku udziału w postępowaniu polegającego na obowiązku wykonawcy wykazania się dostawą, co najmniej jednego kompletu sekcji o podziałce 1,75 m współpracujących z systemem strugowym.

Izba również ustaliła na rozprawie na podstawie wyjaśnień pełnomocnika Zamawiającego, że dostawa urządzenia będzie następowała bez rozmieszczenia i bez montażu, odbiór techniczny faktycznie będzie dokonywany u wykonawców, jednak rozmieszczenia i montażu zamawiający będzie dokonywał we własnym zakresie. Istotna jest również okoliczność że elementy sterowania będą stanowiły przedmiot odrębnego postępowania. Powyższe wskazuje zatem na to, że istotny element odróżniający system kombajnowy od systemu strugowego nie stanowi przedmiotu niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na podstawie powyższych ustaleń Izba uznała, że żądanie wykazania się doświadczeniem i wiedzą w zakresie dostawy jednego kompletu sekcji o podziałce 1,75m współpracujących z systemem strugowym nie pozostaje w bezpośrednim związku z przedmiotem niniejszego zamówienia.

Poza tym Izba nie kwestionuje wymagań Zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia, co do kompatybilności obudowy z systemem strugowym. Powyższe wymogi SIWZ stanowią jednak wymóg co do przedmiotu zamówienia, a nie warunku udziału w postępowaniu i jako takie nie były zaskarżone przez Odwołujących.

W rezultacie powyższych rozważań Izba doszła do przekonania, że dostawy potwierdzające posiadanie wiedzy i doświadczenia wynikające z treści ogłoszenia i SIWZ nie mogą ograniczać się do konkretnego rozwiązania technicznego, wskazującego na konkretnych wykonawców.

Izba uwzględniając obydwie odwołania nakazała zmianę ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w sposób określony w sentencji orzeczenia. Nie uwzględniła w tym zakresie żądania zgłoszonego przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt 1896/10, zmiany ogłoszenia w sposób opisany przez Odwołującego, tj. poprzez odesłanie do dyrektyw. Izba uznała, że taki opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nie byłby wystarczająco skonkretyzowany.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, uznając, że stwierdzenie naruszenia może mieć wpływ na wynik postępowania, postanowiła odwołania uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

KIO/1904/10

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o ogłoszenia, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień, Izba postanowiła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO/1904/10 oddalić.

Izba uznała, że działania Zamawiającego nie naruszały przepisów art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 41 pkt 4 oraz 36 ust. 1 pkt 3, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759).

Materiał dowodowy rozpoznawanej sprawy nie potwierdza zarzutów stawianych przez Odwołującego.

Przed wszystkim Izba nie podziela poglądu Odwołującego, iż postanowienie SIWZ dotyczące przedłożenia dokumentów, o których mowa w rozdziale VII pkt 10 załącznika nr 1 do SIWZ stanowiło ograniczenie uczciwej konkurencji, czy naruszenie zasady równości uczestników prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe wymaganie było skierowane przez Zamawiającego do wszystkich wykonawców będących potencjalnymi oferentami, na takich samych zasadach i nie ograniczało ono w żaden sposób uczciwej konkurencji.

Izba zwróciła uwagę, iż w rozdziale III Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający zastrzegł, że szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia określa Specyfikacja techniczna Załącznik nr 1 do SIWZ, a przedmiot zamówienia winien spełniać wszystkie wymagania ujęte w Specyfikacji technicznej, zaś parametry i warunki techniczne

oferowanego przedmiotu zamówienia Wykonawca winien określić poprzez wypełnienie Załącznika nr 3 do SIWZ.

Z powyższych postanowień SIWZ wynika w sposób nie budzący wątpliwości Izby, iż dostarczenie dokumentacji remontowej było objęte przedmiotem zamówienia. Znaczenie to potwierdza również sformułowanie zawarte w rozdziale VII pkt 10 załącznika nr 1 do SIWZ w brzmieniu: „W ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca dostarczy dodatkowo dokumentację remontową oferowanej kompletnej sekcji....”.

Izba uznała również, że przedmiot zamówienia określony w SIWZ mieści w krótkim opisie zamówienia lub zakupu z ogłoszenia i nie jest z nim sprzeczny. Jak sama nazwa sekcji II.1.5) ogłoszenia wskazuje opis zamówienia ma charakter skrócony i nie sposób w nim wprowadzić wszystkich elementów szczegółowych przedmiotu zamówienia. Konkretyzacja przedmiotu zamówienia dokonuje się w treści SIWZ. O powyższym świadczy brzmienie art. 41 ustawy Pzp, regulujące zakres informacji w ogłoszeniu o zamówieniu, gdzie w pkt 4 wskazuje się na określenie przedmiotu zamówienia. Zgodnie zaś z art. 36 ust. 1 pkt 3 cyt. ustawy Pzp w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinien znaleźć się opis przedmiotu zamówienia. Różne pojęcia używane przez ustawodawcę w tych dwóch przepisach, odnoszących się odrębnie do wymogów SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu, świadczą o oczekiwaniach skróconego ujęcia opisu przedmiotu zamówienia w treści ogłoszenia poprzez jego określenie. W SIWZ zaś powinien znaleźć się szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wskazujący także – jak w niniejszej sprawie – na żądanie zamawiającego przedstawienia określonej dokumentacji technicznej dotyczącej przedmiotu zamówienia, nawet jeżeli ona stanowi know-how wykonawcy. Zamawiający bowiem ma prawo zamawiania w toku procedury udzielenia zamówienia publicznego, tak określonych rzeczy, jak i praw, które są mu niezbędne. Z drugiej zaś strony wykonawca ma prawo do dokonania wyceny przedmiotu zamówienia w ramach swojej ceny ofertowej. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący będzie miał zatem prawo do dokonania odpowiedniej wyceny żądanej przez Zamawiającego dokumentacji w ramach ceny ofertowej.

Ostatecznie Izba nie podzieliła zapatrywania Odwołującego o ograniczonych możliwościach kalkulacji ceny ofertowej dotyczącej dostawy dokumentacji remontowej wobec takiego opisu przedmiotu zamówienia.

Według Izby istnieje możliwość wyceny konieczności przekazania dokumentacji w zakresie całkowitej ceny ofertowej (wynagrodzenia za wykonanie całego przedmiotu umowy, o którym mowa w § 3 ust. 1 załącznika nr 9 do SIWZ), co umożliwi wykonawcy złożenie oferty w postępowaniu. Ostatecznie – zdaniem Izby – Zamawiający miał prawo wprowadzić do SIWZ postanowienie o wymogu dostarczenia dokumentacji remontowej jako wymogu odpowiadającego potrzebom Zamawiającego w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła odwołanie oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....