

WYROK
z dnia 3 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Anna Packo
Stanisław Sadowy

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 3 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zdzisława Kozę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego, **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna z siedzibą w Bogdance, 21-013 Puchaczów** protestu/protestów* z dnia 5 maja 2008 r.

przy udziale **XXX**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Zdzisława Kozę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Zdzisława Kozę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzysta złotych) przez **Zdzisława Kozę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów** a rzecz **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna z siedzibą w Bogdance, 21-013 Puchaczów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX 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 złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zdzisława Kozy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów.**

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

Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna z siedzibą w Bogdance, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia (sektorowego) na „Dostawę strzemion dwujarzmowych, do obudowy chodnikowej z kształtownika V-32/36 ze stali o podwyższonych parametrach wytrzymałościowych, w ilości 300 000 szt.” Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 19 lutego 2008 r., nr 2008/S 34-047426.

Zamawiający pismem z dnia 28 kwietnia 2008 r., zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego w tej samej dacie, dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”

Pismem z dnia 5 maja 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Zdzisław Koza prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej z siedzibą w Lisowie, zwany dalej „Odwołującym” wniósł protest wobec

czynności Zamawiającego polegających na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem podstawowych zasad ustawy Pzp i polegających na:

1. zaniechaniu wykonania czynności modyfikacji SIWZ nakazanych przez Krajową Izbę Odwoławczą zgodnie z wyrokiem z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 236/08, w treści którego Zamawiający został zobowiązany do:
 - określenia w SIWZ parametrów przedmiotu zamówienia, które będzie brał pod uwagę oceniając równoważność oferty w stosunku do dokumentacji Głównego Instytutu Górnictwa, zwanego dalej „GIG”, a która jest własnością jednego z producentów strzemion i potencjalnego wykonawcy, który ubiegać się będzie o zamówienie publiczne, tj. Huty Łabędy S.A.,
 - nieżądania w SIWZ wykonania strzemion identycznych jak w dokumentacji GIG, gdyż stanowiłoby to naruszenie praw intelektualnych Huty Łabędy S.A. i wskazanie na strzemiona spełniające identyczne funkcje,
 - szczegółowego określenia w SIWZ parametrów, które będą decydowały o uznaniu strzemion za równoważne do uznanych za modelowe, tj. wg dokumentacji GIG, a także szczegółowego określenia, jakie wymogi winny spełniać oferowane w postępowaniu strzemiona i jaki dokument ma to potwierdzić,
 - określenia w SIWZ, jakie parametry wytrzymałościowe Zamawiający uzna za odpowiadające swoim potrzebom (tzn. czy wartość określoną w Polskiej Normie należy traktować za minimalną i każda wyższa wartość będzie dla niego wystarczająca, czy może minimalny próg jest określony jeszcze wyżej niż w Polskiej Normie), gdyż samo podanie nazw pożądanego rodzaju stali (G480V, HŁ CORR) jest niewystarczające,
 - wykreślenia z SIWZ oczekiwania przedłożenia dokumentów umożliwiających stosowanie na odrzwiach obudowy chodnikowej w warunkach kopalni „Bogdanka” połączeń dwustrzemionowych, bez konieczności stosowania strzemion środkowych,
2. opisaniu przedmiotu zamówienia w treści ogłoszenia i SIWZ, w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
3. opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, tj. bez poszanowania Polskich Norm,
4. żądaniu od wykonawców złożenia wraz z ofertą dokumentów, które są sprzeczne z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te

dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605), zwane dalej „rozporządzeniem”,

5. żądaniu od wykonawców złożenia wraz z ofertą dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Tym samym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 25 ust. 1, art. 30 ust. 1, art. 38 ust. 5, art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z ww. rozporządzeniem oraz art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji treści SIWZ z uwzględnieniem zastrzeżeń zawartych w proteście lub unieważnienie postępowania, wskazując na to, iż w tytule ogłoszenia o zamówieniu wskazano inny przedmiot zamówienia niż w „Części III” SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” oraz dokonanie zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych dokumentów, tj. w zakresie sposobu oceny spełnienia warunków.

Pismem z dnia 14 maja 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego:

1. uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w treści ogłoszenia i SIWZ w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. oddalenie w zakresie zarzutu opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, tj. bez poszanowania Polskich Norm,
3. częściowe uwzględnienie w zakresie zarzutu żądania od wykonawców złożenia wraz z ofertą dokumentów, które są sprzeczne z rozporządzeniem,
4. oddalenie w zakresie zarzutu żądania od wykonawców złożenia wraz z ofertą dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał faksem w tej samej dacie.

Pismem z dnia 19 maja 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 23 maja 2008 r.). Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 19 maja 2008 r.

Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego i zażądał:

1. uwzględnienia odwołania,
2. dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie nieuzasadnionego żądania zawartego w punkcie 8 rozdziału III SIWZ, a dotyczącego przedłożenia dokumentów umożliwiających stosowanie na odrzwiach obudowy chodnikowej w warunkach kopalni w Bogdance połączeń dwustrzemiowych, bez konieczności stosowania strzemion środkowych,

3. lub unieważnienie postępowania ze względu na fakt, iż na podstawie art. 38 ust. 5 ustawy Pzp modyfikacja treści SIWZ nie może dotyczyć m.in. warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceniania ich spełniania, a postępowanie kontynuowane ze wskazaną wadą nie może prowadzić do zawarcia ważnej umowy (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp),
4. zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Odwołującego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby w pierwszym rzędzie ustalił, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

W zakresie zarzutu zaniechania wykonania czynności modyfikacji SIWZ, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 236/08 ustalono co następuje:

Zarzut niedokonania modyfikacji SIWZ w zakresie nieuzasadnionego żądania „Części III” SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, „Wymagania” pkt 8 nie potwierdził się.

Zamawiający w przedmiotowym punkcie zawarł pierwotnie wymóg przedłożenia dokumentu „umożliwiającego stosowanie na odrzwiach obudowy chodnikowej w warunkach kopalni „Bogdanka” połączeń dwustrzemionowych, bez konieczności stosowania strzemion środkowych”.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyżej powołanym wyroku uznała, iż przedmiotowy dokument nie jest dokumentem na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, lecz dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. potwierdzającym, iż oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Nadto nakazała modyfikację SIWZ w tym zakresie, w uzasadnieniu wskazując, iż modyfikacji można dokonać poprzez doprecyzowanie wskazanego dokumentu.

Zamawiający dokonując modyfikacji „Części III” SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, „Wymagania” pkt 7 zamieścił postanowienie „instrukcja stosowania wyrobu zawierać będzie zapisy umożliwiające stosowanie, w kopalni „Bogdanka”, na odrzwiach obudowy chodnikowej z kształtowników V-32/36 połączeń dwustrzemionowych, (bez strzemion środkowych)”.

Z powyższego jednoznacznie wynika, iż Zamawiający zmodyfikował przedmiotowy zapis, uwzględniając stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

Ze zmodyfikowanego zapisu można obecnie wywieść, iż wystawcą dokumentu ma być wykonawca (producent wyrobu). Przedmiotowy dokument, określony przez Zamawiającego jako „instrukcja”, jest w istocie „pouczeniem, wskazówką, przepisem zachowania się” (wg Encyklopedii Powszechnej Wydawnictwa Gutenberga, Kraków, s. 290), a więc i instrukcją stosowania określonego produktu.

Jak podkreślił Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, jak również na rozprawie, przedmiotowy dokument „jest mu niezbędny do przeprowadzenia postępowania, świadczyć ma bowiem o tym, że przedmiot dostaw (...) będzie mógł być prawidłowo i bezpiecznie stosowany w kopalni „Bogdanka”. Usunął natomiast zapis „w warunkach kopalni Bogdanka”. Nadto Zamawiający dodał, iż ów zapis (zawarty w punkcie 7 „Części” III SIWZ) związany jest z zapisem „Planu ruchu – część szczegółowa na lata 2007 – 2009 (załącznik nr 12 – książka obudowy)”, który to dokument został wprowadzony w Bogdance we wrześniu 2006 r., a w punkcie I „Obudowa wyrobisk korytarzowych” pkt 3, podpunkt a „strzemiona”, ustęp 2 jednoznacznie wskazano, iż „dla zapewnienia większej podatności obudowy, jako podstawowe będzie stosowane połączenie dwustrzemionowe elementów odrzwi, bez stosowania strzemion środkowych”.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, gdyż żądany przez Zamawiającego dokument (instrukcja stosowania wyrobu) nie jest dokumentem składanym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ani na potwierdzenie, iż oferowane produkty są określonej jakości i spełniają określone parametry.

Z § 4 projektu umowy, ustęp 4, tiret 1 nadto wynika, iż jest on przekazywany Zamawiającemu dopiero z pierwszą dostawą przedmiotu zamówienia. Tak więc nie jest dokumentem składanym przez wykonawcę wraz z ofertą i Zamawiający nie był zobowiązany do umieszczenia go w katalogu dokumentów, które wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą.

Fakt, iż inni Zamawiający nie wymagają zapisu wskazanego w punkcie 7 nie oznacza, iż nie ma on prawa do swobodnego kształtowania treści SIWZ, w tym zapisów umowy.

Jednocześnie należy dodać, iż Zamawiający nie wskazał w sposób jednoznaczny zapisu, jaki ma być zawarty w instrukcji producenta. Tak więc poza rygorystycznymi stwierdzeniami „zawierać będzie zapisy (...)” wystawca instrukcji (Odwołujący) będzie mógł niewątpliwie zawrzeć i inne zapisy, które będą mogły chronić jego interesy, bowiem poza sformułowaniami wymaganymi przez Zamawiającego ma on prawo jako wystawca dokumentu (instrukcji) wpływać na jej treść.

Zarzut dotyczący zaniechania określenia w SIWZ, jakie parametry wytrzymałościowe Zamawiający uzna za odpowiadające swoim potrzebom, w zakresie merytorycznym, jest co najmniej przedwczesny. Jak podniósł Zamawiający na rozprawie, uwzględnił on wszystkie nakazy Krajowej Izby Odwoławczej zawarte ww. wyroku, dokonując modyfikacji SIWZ. Niemniej jednak uznał zarzuty Odwołującego podniesione w proteście, a dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, w tym także opisu równoważności oferty. Skoro więc na chwilę obecną Zamawiający nie dokonał modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, nie można stwierdzić, czy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący dokonał opisu przedmiotu zamówienia oraz jaki równoważny przedmiot zamówienia może być zaoferowany.

Jednocześnie należy podkreślić, iż istotnie Krajowa Izba Odwoławcza w wydanym wyroku, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, a dotyczącym poszanowania Polskich Norm, nie uwzględniła przedmiotowego zarzutu. Niemniej jednak wskazała, iż zarzut ten powinien być rozpatrywany wraz z zarzutem dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia. Skoro więc zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia został uwzględniony przez Zamawiającego, zarzut dotyczący parametrów wytrzymałościowych powinien być podniesiony dopiero po faktycznej modyfikacji SIWZ w tym zakresie, o ile takowe zapisy nie zostaną wprowadzone, gdyż Izba wskazała, iż parametry wytrzymałościowe powinny być uwzględnione przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Niemniej należy stwierdzić, iż Odwołujący dowiódł na rozprawie, że możliwym jest określenie parametrów wytrzymałościowych przedmiotu zamówienia, gdyż w prowadzonym równocześnie z niniejszym postępowaniem prowadzone jest postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, dotyczące tego samego przedmiotu zamówienia, i w zapisach SIWZ tamtego postępowania, umieszczono parametr wytrzymałościowy, wskazując, iż ma on być zgodny z normą PN-87/G-15000/10, po obciążeniu siłą 680,0 kN. Być może więc modyfikacja, dokonana zgodnie z żądaniem protestu, uwzględni w swej treści i ten zapis.

Dlatego też na obecnym etapie zarzut ten jest przedwczesny, w zakresie merytorycznym a nie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż musi być rozpatrywany łącznie z zarzutem dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia.

Zarzut modyfikacji przedmiotu zamówienia poprzez zmianę modyfikację SIWZ w sposób nieuprawniony nie znajduje uzasadnienia, gdyż zmiana opisu przedmiotu zamówienia, w tym zmiany (dookreślenie) żądanych dokumentów, jest wynikiem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, a art. 38 ust. 5 ustawy Pzp w sposób jednoznaczny wskazuje w jakim zakresie modyfikacja SIWZ jest niedopuszczalna.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 35 ust. 5, art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 25 ust. 1, art. 38 ust. 5, art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp.

W kontekście powyższego Izba stwierdza, iż brak jest podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, „Plan ruchu część szczegółowa na lata 2007 – 2009”, zaproszenie do negocjacji znak EPU/1216/2008 z dnia 28 kwietnia 2008 r. wraz z załączoną SIWZ, Polską Normę dotyczącą strzemion (badania wytrzymałościowe) PN-87 G-15000/10, pismo Głównego Instytutu Górniczego znak BG/307/08 z dnia 15 maja 2008 r. , dotyczące doprecyzowania parametrów strzemion, jak również oświadczenia wystawione przez Hutę Łabędy S.A. z siedzibą w Gliwicach oraz Mittal Steel Poland S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, uznając je za jednoznaczne z oświadczeniami stron.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*