

WYROK

z dnia 21 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2016 r. przez wykonawcę **Kennametal Sp. z o.o., ul. Boczna 8, 44-240 Żory** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Kennametal Sp. z o.o., ul. Boczna 8, 44-240 Żory** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Kennametal Sp. z o.o., ul. Boczna 8, 44-240 Żory** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Kennametal Sp. z o.o., ul. Boczna 8, 44-240 Żory** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** kwotę **3 803 zł 10 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset trzy złote dziesięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawy dla kopalń JSW S.A. noży do kombajnów chodnikowych oraz ścianowych z terminem realizacji 12 miesięcy”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju (dalej „zamawiający”) wykonawca „Kennametal” Sp. z o.o. z Żor (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na wadliwym sformułowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) w zakresie dotyczącym warunków techniczno-użytkowych określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ – Specyfikacji Technicznej (opisu przedmiotu zamówienia), które powinny spełniać węgliki spiekane noży kombajnowych.

Oświadczył, że kwestionuje ww. warunki dla wszystkich zadań objętych postępowaniem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2, poprzez wprowadzenie wymogów technicznych, w ramach Załącznika nr 1 do SIWZ (1.18, 1.18.1, 1.18.2, 2.1.11, 3.1.11, 3.1.15, 4.1.10, 5.2.4, 5.2.5, 6.1.11, 7.1.11, 8.1.11, 9.2.3 oraz 9.2.4.3.) co do twardości oraz struktury (uziarnienia) węglików spiekanych dostarczanych noży kombajnowych, które kumulatywnie nie są stosowane w przemyśle wydobywczym, nie przystają do realnych potrzeb zamawiającego i nie zostały przetestowane w warunkach eksploatacji górniczej w kopalniach JSW S.A., co tworzy przeświadczenie o sformułowaniu wymogów w sposób prowadzący do wyeliminowania realnej konkurencji w ramach postępowania; zróżnicowanie wielkości ziarna w węglkach spiekanych realnie ogranicza konkurencję, czego przykładem są zadania: 1, 2, 5, 10, gdzie opisywany nóż kombajnowy jest stosowany w jednym typie maszyny (kombajn typu AM50); rażącym wydaje się być brak wskazania sposobu badania wielkości ziaren oraz brak podania niezależnej jednostki badawczej, która w sposób obiektywny przeprowadziłaby stosowne badania sprawdzające; wielkość ziarna nie wpływa w sposób ostateczny na trwałość węglika spiekane, jest jedynie jednym z elementów wpływającym na jego żywotność, producent zastrzega sobie tajemnice doboru poszczególnych komponentów dla osiągnięcia celu, którym jest najwyższa trwałość produktu. Literatura naukowa wskazuje wyraźnie, iż od doboru odpowiedniej metody badawczej zależy ostateczny wynik przeprowadzonych badań (mowa jest tu o mikrometrach) źródła podają, iż brak określenia tych metod w drastyczny sposób ogranicza porównanie wyników końcowych testów,

2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i 3, poprzez posłużenie się, w ramach Załącznika nr 1 do SIWZ, w opisie wymogów technicznych dla zadania 2 pkt. 3.1 ww. Załącznika oraz zadania 4 pkt 5.1 ww. Załącznika, odwołaniem do znaków towarowych „TriSpec” (Znak Towarowy UE, nr zgłoszenia: 0890324. Dane dostępne w ramach bazy prowadzonej przez Urząd Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej: <https://euipo.europa.eu/eSearch/ffdetails/trademark5/W0Q890324>) oraz oznaczenia pochodzenia / szczególnego procesu „XT Grade 90”, które wykorzystywane są przez konkretnego producenta – podmioty z grupy kapitałowej SANDVIK (w Polsce: Sandvik Polska Sp. z o.o. w Tychach), gdzie pomimo wprowadzenia dopisku „*lub równoważny*”, brak jest możliwości podjęcia realnej konkurencji ze wskazanymi rozwiązaniami, zwłaszcza przy braku sprecyzowania tego jak oceniana będzie przedmiotowa „*równoważność*”, przy uwzględnieniu także zastrzeżeń co do parametrów technicznych sformułowanych w poprzedzającym zarzucie ze względu na brak równoważnych rozwiązań technicznych, które nie byłyby objęte ochroną (prawami wyłącznymi), co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich potencjalnych oferentów (wykonawców).

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w ramach Załącznika nr 1 – Specyfikacja Techniczna w punktach: 1.18, 1.18.1, 1.18.2, 2.1.11, 3.1.11, 3.1.15, 4.1.10, 5.2.4, 5.2.5, 6.1.11, 7.1.11, 8.1.11, 9.2.3 oraz 9.2.4.3, polegającej na przyjęciu, iż węgliki spiekane, dla wszystkich zadań objętych postępowaniem, wykorzystywane w dostarczanych nożach kombajnowych winny charakteryzować się uziarnieniem na poziomie: $\geq 3 \mu\text{m}$ oraz twardością na poziomie: $\text{HV}_{30} \geq 950$, co jest zgodne ze stosowanymi na rynku standardami oraz realnie stosowanymi w działalności wydobywczej rozwiązaniami (w tym przez samego zamawiającego w ramach zamówień, które składał w przeszłości Odwołującemu) oraz dokonania modyfikacji SIWZ w punktach: 3.1 oraz 5.1, polegającej na usunięciu z niej wszelkich odwołań do objętych ochroną rozwiązań konkretnego producenta, tj. „TriSpec” oraz „XT Grade 90”, wraz z dodatkową weryfikacją wskazanych w punktach wymogów technicznych, pod kątem ich faktycznej niezbędności dla realizowanej przez zamawiającego działalności,
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania wraz z zasądzeniem od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym równowartości uiszczono wpisu od odwołania, według norm prawem przepisanych,

4. dopuszczenie, poza dowodem z akt postępowania przetargowego prowadzonego przez zamawiającego, w tym SIWZ, dowodów z dokumentów:
- a) wydruk strony internetowej z bazy prowadzonej przez Urząd Unii Europejskiej ds. Własności Intelktualnej dla znaku towarowego „TriSpec”;
 - b) opinii prof. W. L. z Uniwersytetu Technicznego w Wiedniu z dnia 10 czerwca 2016 r. wraz z jej uwierzytelnionym tłumaczeniem na język polski, w której autor stwierdził, że z punktu widzenia obecnego poziomu wiedzy oraz techniki nie jest możliwe otrzymanie węglików spiekanych na poziomie twardości i przy zachowaniu uziarnienia zakreślonym przez SIWZ,
 - c) opinii prof. M. B. z Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie z dnia 16 czerwca 2016 r., w której na bazie wcześniejszego postępowania organizowanego przez zamawiającego, potwierdzono stanowisko prof. W. L. co do braku możliwości otrzymania twardości wynikającej z SIWZ, przy jednoczesnym zachowaniu uziarnienia zgodnym z SIWZ (zwłaszcza wobec dalszego podwyższenia wymagań, względem tych, które stanowiły uprzednio przedmiot weryfikacji),
 - d) zamówień zamawiającego złożonych odwołującemu o następujących numerach: SZG16.241-14829/16; -14823/16; -14940/16, które odpowiadają rodzajowo przedmiotowi postępowania, przy czym charakteryzują się realnymi parametrami dostarczanych noży kombajnowych, co obrazuje, że wymagania stawiane w ramach SIWZ zostały przyjęte sztucznie, gdyż nie odpowiadają nawet realnym potrzebom zamawiającego, wyrażającym się w zamówieniach składanych odwołującemu w ostatnim czasie (po „fiasku” uprzedniego postępowania przetargowego),
 - e) znajdujących się w aktach dwóch spraw, które prowadziła uprzednio Krajowa Izba Odwoławcza, tj. o sygn. akt: KIO 1047/16 oraz KIO 1450/16.

Odwołujący podał, że w Specyfikacji Technicznej, stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ, w ramach wymaganych warunków techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia (zadania od 1 do 10), w pkt 1.18 wskazano: *„Noże kombajnowe styczno-obrotowe winny posiadać węgliki spiekana o strukturach: 1.18.1 ekstra gruboziarnista o uziarnieniu $\geq 6 \mu\text{m}$ (dotyczy zadania 1,3,5), 1.18.2 gruboziarnista o uziarnieniu $\geq 2,5 \mu\text{m}$ (dotyczy zadania od 6 do 9)”, a nadto w dalszej części Specyfikacji technicznej zamawiający określił twardość węglików, która musi zostać zachowana.*

Podał, że wartości, które powinien spełniać węglik obrazuje poniższa tabela.

| Zadanie | Twardość węglika | Struktura węglika | Punkty Załącznika nr 1 do SIWZ |
|---------|----------------------------|-------------------|-----------------------------------|
| 1 | HV ₃₀ ≥1000 | ≥ 6 μm | 2.1.11/1.18.1 |
| 2 | HV ₃₀ ≥1000 | ≥ 8 μm | 3.1.11/3.1.15 |
| 3 | HV ₃₀ ≥1000 | ≥ 6 μm | 4.1.10/1.18.1 |
| 4 | HV ₃₀ ≥930 ± 40 | ≥ 14 μm | 5.2.4/5.2.5 |
| 5 | HV ₃₀ ≥1000 | ≥ 6 μm | 6.1.11/1.18.1 |
| 6 | HV ₃₀ ≥1000 | ≥ 2,5 μm | 7.1.11/1.18.2 |
| 7 | HV ₃₀ ≥1000 | ≥ 2,5 μm | 7.1.11/1.18.2 |
| 8 | HV ₃₀ ≥1000 | ≥ 2,5 μm | 7.1.11/1.18.2 |
| 9 | HV ₃₀ ≥1100 | ≥ 2,5 μm | 8.1.11/1.18.2 |
| 10 | HV ₃₀ ≥990 | od 2,5 do 6 μm | 9.2.4.3/1.18.2 |

Wskazał, że zarzuty odwołującego w ramach postępowań odwoławczych KIO 1047/16 i KIO 1450/16 potwierdziły się, wobec czego niezrozumiałe jest dlaczego zamawiający nadal dąży do sformułowania wymogów technicznych, które ograniczają realną konkurencję, nie odpowiadając standardom rynkowym dla wykorzystywanych przez niego noży. Podał, że ich rezultatem jest konieczność przeprowadzenia nowego postępowania.

Podał, że uprzednio zamawiający posłużył się w postępowaniu 55/P/DZZ/16 następującymi wymogami:

| Postępowanie nr 55/P/DZZ/16 prowadzone przez Zamawiającego w 2016 r. | | |
|--|------------------------|------------------------|
| Nr zadania | Twardość węglika | Struktura węglika w μm |
| 1 | HV ₃₀ ≥1050 | ≥ 6 |
| 2 | HV ₃₀ ≥1050 | ≥ 6 |
| 3 | HV ₃₀ ≥1050 | ≥ 6 |
| 4 | HV ₃₀ ≥1050 | ≥ 6 |
| 5 | HV ₃₀ ≥1050 | ≥ 6 |
| 6 | HV ₃₀ ≥1050 | ≥ 6 |
| 7 | HV ₃₀ ≥1050 | ≥ 6 |
| 8 | HV ₃₀ ≥1050 | ≥ 2,5 |
| 9 | HV ₃₀ ≥1050 | ≥ 2,5 |
| 10 | HV ₃₀ ≥1050 | ≥ 2,5 |
| 11 | HV ₃₀ ≥1050 | ≥ 2,5 |
| 12 | HV ₃₀ ≥1050 | ≥ 2,5 |

(dowody: Wydruk ogłoszenia z 2016/S 061-105871 z 26.03.2016 r. Załącznik nr 1 do SIWZ dla Postępowania nr 55/P/DZZ/16).

Odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał obniżenia wartości twardości węglików o ok. 50 (z wyjątkiem zadania dziewiątego, gdzie twardość wzrosła do poziomu HV₃<£1100), a nadto zmodyfikował poziom uziarnienia węglików, znacznie podwyższając jego poziom w zadaniach nr 2 i 4 oraz w istocie nie precyzując kryterium uziarnienia w zakresie zadania 10.

Za całkowicie niezrozumiałe i nieuzasadnione oraz niewyjaśnione w SIWZ uznał odwołujący różnicowanie przez zamawiającego poziomu uziarnienia węglików, które wynosi od „> 2,5 µm” do 14 µm”, stając na stanowisku że różnicowanie uziarnienia węglików nie znajduje żadnego technicznego uzasadnienia przy uwzględnieniu celu, w którym węgliki mają znaleźć zastosowanie, tj. jako element dostarczanych noży kombajnowych dla kombajnów często tego samego typu, pracujących w kopalniach należących do zamawiającego).

W ocenie odwołującego łączne spełnienie kryteriów stawianych węglikom stoi w sprzeczności z praktyką uzyskiwania łącznie tych parametrów.

Oświadczył, że jest w posiadaniu opinii prof. W. L. z Uniwersytetu Technicznego w Wiedniu oraz opinii prof. M. B. z Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie, z których wynika jednoznacznie, że nie jest możliwe uzyskanie węglików spiekanych, który przy twardości HV₃₀≥1050 osiągnąłby jednocześnie uziarnienie na poziomie ≥ 6 µm.

Stwierdził także, że do dnia dzisiejszego zamawiający mimo podpisania umów nie zweryfikował swoich wymagań.

Odwołujący oświadczył – jako wieloletni producent tego typu materiałów o zasięgu światowym – że nie miał do czynienia z wymogiem stosowania tak dużego ziarna dla zastosowań w kombajnach chodnikowych pracujących w kopalniach węgla kamiennego, przy jednoczesnym oczekiwaniu zachowania tak wysokiego poziomu twardości.

Podał, że przedsiębiorstwa zajmujące się produkcją noży do kombajnów idą w tym kierunku, aby ziarno węglików spiekanych było większe przy urabianiu skał o większej wytrzymałości na ściskanie; w tym przypadku jednak opracowują swoje receptury na zasadzie zrównoważenia wielkości ziaren oraz innych cech, które muszą być wzięte również pod uwagę w procesie urabiania skał, tj. odporność na udar, plastyczność, odporność na temperaturę i inne.

Zdaniem odwołującego stawiane przez zamawiającego w SIWZ wymogi nie są konieczne dla warunków eksploatacyjnych przewidzianych dla działalności górniczej. Stanął na stanowisku, że jedynym kryterium, które z praktycznych względów jest istotne w przedmiotowym przetargu jest żywotność noży będących

przedmiotem zamówienia. Oświadczył, że jest globalnym podmiotem gospodarczym zajmującym się, od ponad dwóch dekad, dostawą noży do kombajnów ścianowych oraz chodnikowych, będących w centrum zainteresowania JSW S.A. oraz, że produkty przez odwołującego oferowane charakteryzują się najwyższą jakością i żywotnością, która *de facto* odgrywa kluczową rolę dla ich eksploatacji.

Podniósł, że obowiązkiem zamawiającego jest określenie w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia nie tylko w sposób obiektywny, lecz także z zachowaniem norm zawartych w ustawie Pzp, a określających sposób opisu przedmiotu zamówienia, jak również zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący uznał, że z naruszeniem art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający określa w SIWZ wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia – w taki sposób, że ich spełnienie jest uzależnione wyłącznie od spełnienia kryteriów wyłącznych, a nie od czynników obiektywnych, co stawia zarazem tego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych, a jednocześnie ogranicza możliwość uzyskania zamówienia przez innych wykonawców.

Stwierdził, że zamawiający w SIWZ niezwykle wąsko ustalił parametry przedmiotu zamówienia, uniemożliwiając podmiotom działającym na rynku właściwym dla JSW S.A. dostarczenie węgliką zgodnego z zamówieniem, tym samym prowadząc do sytuacji braku możliwości udziału w postępowaniu przetargowym.

Zdaniem odwołującego minimalne właściwości techniczne, którymi powinien cechować się węglik są na poziomie wielkości ziarna $\geq 3 \mu\text{m}$ i twardości $\text{HV}_{30} \geq 950$ dla wszystkich zadań postępowania – są to parametry, które gwarantują wysoką jakość produktu, a jednocześnie zostały sprawdzone na rynku polskim i rynkach górniczych na całym świecie.

Wskazał, że prawdziwość tego założenia obrazują zamówienia, które składał odwołującemu w ostatnim czasie sam zamawiający. Zdaniem odwołującego obejmują one tak ustalone parametry, które z nieznanymi odwołującemu przyczyn nie znalazły przełożenia na zainicjowane postępowania.

Podniósł, że zamawiający w Specyfikacji technicznej wprost powołał produkty konkretnych producentów, tj. grupy Sandvik, konkurującej z odwołującym: „wymagane parametry noża chodnikowego $\varnothing 20/140/64/62/38/30/ZS$ Trispec lub równoważny” (zadanie 2) oraz „wymagane parametry noża kombajnu chodnikowego $\varnothing 22/165/80/65/38/ZS$ XT Grade 90 lub równoważny” (zadanie 4) .

W ocenie odwołującego posłużenie się przy tym sformułowaniem „lub równoważny” w sytuacji, gdy parametry określone dla przywołanych zadań spełnia jedynie produkt Trispec bądź XT Grade 90 stanowi przejaw zachowania naruszającego reguły uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych.

Wskazał, że zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”, co oznacza, że zamawiający nie może, opisując przedmiot zamówienia, posługiwać się pojęciem konkretnego producenta, konkretnego produktu, patentu czy też pochodzenia produktu, gdyż traktowane jest to jako przejaw dyskryminacji.

Uzupełnił, że ustawodawca jedynie w wyjątkowych wypadkach dopuszcza posłużenie się znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem produktu pod wyraźnym warunkiem, iż takiemu zapisowi będzie towarzyszyło określenie „lub równoważny”, co oznacza, iż wskazanie np. konkretnego produktu dotyczy określonych parametrów, właściwości, jakie według zamawiającego powinien on spełniać.

Podkreślił, że sam fakt zawarcia klauzuli „lub równoważny” nie stanowi okoliczności umożliwiającej zamawiającemu zawarcie w specyfikacji technicznej przedmiotów o parametrach, które obiektywnie może spełnić tylko jeden konkretny produkt. „Równoważność” musi bowiem być zdarzeniem rzeczywistym co oznacza, że inni wykonawcy powinni mieć obiektywną możliwość dostarczenia zamawiającemu produktów odpowiadających parametrom wskazanym w SIWZ, niezależnie od tego, iż w świetle opracowań naukowych, którymi dysponuje odwołujący (opinie) jest więcej niż wątpliwe, czy dostarczany produkt może w ogóle spełniać przedmiotowe kryteria.

Powołał się na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z dnia 26 września 2013 r. (II SA/Ke 521/13), zgodnie z którym: *„Dopuszczenie w opisie przedmiotu zamówienia możliwości składania ofert równoważnych prawidłowo spełnia swą funkcję, gdy równoważność odnosi się do określonych z nazwy produktów lub wyrobów, zgodnie z art. 29 ust. 3 u.p.z.p. jako przykładowych. Jednak poprzestanie jedynie na dodaniu słów "lub równoważnych" jest niewystarczające, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest szczegółowe opisanie warunków owej równoważności, w sposób umożliwiający późniejszą ocenę ofert proponujących urządzenia równoważne. Określenie parametrów granicznych na takim poziomie, że mogą one być spełnione przez określony produkt czy producenta,*

powoduje, że możliwość złożenia oferty równoważnej nie ma charakteru rzeczywistego, lecz pozorny".

Wskazał, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2734/11), że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone (a zatem nie takie same jak produkt referencyjny) do produktu referencyjnego cechy i parametry.

W konsekwencji stwierdził, że redakcja Specyfikacji Technicznej sformułowanej przez zamawiającego, w szczególności zbiór cech i funkcji jakimi zamawiający opisał przedmiot zamówienia (zadanie 2 i 4), prowadzi w bezpośredni sposób do zawężenia konkurencji do produktów ściśle określonych w ww. zadaniach. Nadto zamawiający nie wskazał wyraźnie, które cechy będzie brał pod uwagę, przy ocenie „równoważności”.

W ocenie odwołującego sformułowanie warunków SIWZ, które determinują parametry twardości i uziarnienia na poziomie uniemożliwiającym ich wykonanie, przyczynia się w istocie do wykluczenia odwołującego z uczestnictwa w postępowaniu przetargowym, podczas gdy finalnie zamawiający (o ile to możliwe) otrzyma produkt tożsamy jakościowo z tym, który spełnia inne warunki techniczne, zgodne z obecnym stanem wiedzy technicznej, tj. wielkość ziarna $\geq 3 \mu\text{m}$ i twardość $\text{HV}_{30} \geq 950$).

Przywołał wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2016 r. (sygn. akt KIO 1450/16), które – podał odwołujący – dotyczyło postępowania zorganizowanego przez JSW S.A., a przedmiot zamówienia był tożsamy z przedmiotem postępowania będącego podstawą niniejszego odwołania – Izba unieważniła czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach zadań nr 1, 4, 5, 6 i 7, gdzie wybrano Sandvik Polska Sp. z o.o., a także nakazała powtórzenie czynności badania i oceny oferty w zakresie przedmiotu zadań zamówienia. W uzasadnieniu orzeczenia Izba stwierdziła: *„Zdaniem Izby [...] postępowanie Przystępującego wskazuje, że Przystępujący miał cel w przedstawieniu dwóch dokumentów, tym bardziej więc powinno wzbudzać niepokój Zamawiającego, skoro profesjonalny podmiot posiada wiedzę, na co zwracał uwagę nie tylko odwołujący, ale również prof. M. B. w Opinii o sposobie przeprowadzenia badań [...] i uzyskanie wymaganej twardości nie jest możliwe”*

Wskazał, że wykonawca, po wyłonieniu go przez zamawiającego, będzie zobligowany do wykazania odpowiednimi dokumentami spełnienia warunków umożliwiających należyte wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z parametrami technicznymi wynikającymi z SIWZ.

Stwierdził, że dotychczasowa praktyka zamawiającego w zakresie żądania przedłożenia przez potencjalnych wykonawców dokumentów z badań wykonanych przez jednostkę specjalistyczną zawierającego wyniki pomiarów twardości oraz struktury oferowanych węglików spiekanych została już zakwestionowana w przywołanym orzeczeniu KIO z dnia 23 sierpnia 2016 r, (sygn. akt KIO 1450/16), gdzie wskazano: *„za przyjęcie, iż w jednym dokumencie winny być przedstawione parametry (oba wymagane) określonego wzorca węglika przemawia cel, który leży u podstaw składania dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Otóż, celem jest potwierdzenie przez jednostkę wykonującą badania, że określony wzorzec poddany badaniom wymagane cechy posiada. W przypadku posłużenia się dwoma dokumentami w istocie jednostka nie potwierdza, że ten konkretny wzorzec, który będzie użyty do realizacji przedmiotu zamówienia wymagania spełnia”*.

W ocenie odwołującego przedłożenie przez potencjalnego wyłonionego wykonawcę dokumentu obejmującego rzetelne wyniki badań potwierdzające spełnianie kryteriów wynikających ze specyfikacji technicznej, przy uwzględnieniu wiedzy o nieprawidłowościach w sformułowaniu kryteriów technicznych w SIWZ oraz stanu techniki obowiązującej w dniu ogłoszenia oferty, będzie w istocie niemożliwe; uprzednio doszło już do zaakceptowania przez zamawiającego wadliwych dokumentów, co wzbudza zaniepokojenie odwołującego, zwłaszcza wobec utrzymania, a w części nawet pogorszenia kwestionowanych uprzednio założeń technicznych.

Podsumował, że zredagowanie SIWZ w sposób wymagający od oferentów dostarczenia materiału, który nie występuje w obrocie prowadzi do sytuacji niemożliwości spełnienia wymagań SIWZ, a w dalszej kolejności uniemożliwia zakontraktowanie ewentualnych dostawców z JSW S.A. oraz utrudnia uczciwą konkurencję w postępowaniu przetargowym.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 8 grudnia 2016 r., *Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie* – pismo z dnia 19 grudnia 2016 r. wraz z załącznikami, zatwierdzonego przez kierownika zamawiającego wniosku Komisji przetargowej z dnia 15 grudnia 2015 r. w sprawie modyfikacji treści SIWZ, pisma odwołującego z dnia 16 grudnia 2016 r., a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie wymogów technicznych, w ramach Załącznika nr 1 do SIWZ (1.18.1, 1.18.2, 2.1.11, 3.1.11, 3.1.15, 4.1.10, 5.2.4, 5.2.5, 6.1.11, 7.1.11, 8.1.11, 9.2.3 oraz 9.2.4.3.) co do twardości oraz struktury (uziarnienia) węglików spiekanych dostarczanych noży kombajnowych, które kumulatywnie nie są stosowane w przemyśle wydobywczym, nie przystają do realnych potrzeb zamawiającego i nie zostały przetestowane w warunkach eksploatacji górniczej w kopalniach JSW S.A., co tworzy przeświadczenie o sformułowaniu wymogów w sposób prowadzący do wyeliminowania realnej konkurencji w ramach postępowania nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Podane przez odwołującego w zestawieniu tabelarycznym wartości kwestionowanych parametrów, tj. struktury (uziarnienia) węglików spiekanych oraz ich wartości w poszczególnych zadaniach (od 1 do 10) są zgodne z wartościami wskazanymi przez zamawiającego w różnych punktach Załącznika nr 1 do SIWZ, tj. Specyfikacji Technicznej. Było to bezsporne.

Są to następujące wartości:

| Zadanie | Twardość węglika | Struktura węglika w μm | Punkty Załącznika nr 1 do SIWZ |
|---------|----------------------------|-----------------------------------|--------------------------------|
| 1 | HV ₃₀ ≥1000 | ≥ 6 | 2.1.11/1.18.1 |
| 2 | HV ₃₀ ≥1000 | ≥ 8 | 3.1.11/3.1.15 |
| 3 | HV ₃₀ ≥1000 | ≥ 6 | 4.1.10/1.18.1 |
| 4 | HV ₃₀ ≥930 ± 40 | ≥ 14 | 5.2.4/5.2.5 |
| 5 | HV ₃₀ ≥1000 | ≥ 6 | 6.1.11/1.18.1 |
| 6 | HV ₃₀ ≥1000 | ≥ 2,5 | 7.1.11/1.18.2 |
| 7 | HV ₃₀ ≥1000 | ≥ 2,5 | 7.1.11/1.18.2 |
| 8 | HV ₃₀ ≥1000 | ≥ 2,5 | 7.1.11/1.18.2 |

| | | | |
|----|------------------------|-------------|----------------|
| 9 | HV ₃₀ ≥1100 | ≥ 2,5 | 8.1.11/1.18.2 |
| 10 | HV ₃₀ ≥990 | od 2,5 do 6 | 9.2.4.3/1.18.2 |

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W ocenie składu orzekającego Izby okoliczność, że wymagania zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego co do twardości oraz struktury (uziarnienia) węglików spiekanych dostarczanych noży kombajnowych (wartości tych parametrów) kumulatywnie nie są stosowane w przemyśle wydobywczym (czego zresztą odwołujący nie wykazał), nie jest istotna, ponieważ to nie praktyka innych podmiotów, ale aktualne potrzeby zamawiającego winny decydować o żądanych przez zamawiającego parametrach i ich wartościach/wielkościach. Nie sposób odmówić zamawiającemu prawa do uzyskiwania coraz lepszych, dostępnych na rynku, wyższych jakościowo produktów.

Aktualne potrzeby zamawiającego winny odzwierciedlać postanowienia SIWZ opracowywane każdorazowo w ramach przygotowania konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza także, iż treść SIWZ postępowań prowadzonych przez danego zamawiającego nawet w tym samym roku, na ten sam rodzaj dostaw mogą się różnić, w szczególności co do opisu przedmiotu zamówienia.

Stąd odwoływanie się do wymogów (opis przedmiotu zamówienia) uprzednio prowadzonych przez danego zamawiającego postępowań nie ma istotnego znaczenia.

Odwołujący twierdził, że zarzuty dotyczące wymogów: uziarnienia i twardości węglika, wprowadzonych w poprzednio prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu na dostawę noży do kombajnów (55/P/DZZ/16) w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO 1047/16 potwierdziły się (sprawa z odwołania obecnego odwołującego). Tak jednak nie jest.

W wyroku z dnia 30 czerwca 2016 r. wydanym w sprawie KIO 1047/16 Izba stwierdziła; *„Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 22 ust. 4 Pzp (pkt 4 według numeracji odwołania) oraz naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 i 5 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp (pkt 7 według numeracji odwołania). Powyższe zarzuty Izba uznała za spóźnione i pozostawiła je bez rozpoznania. Z treści odwołania wynika bowiem, że poprzez powyższe zarzuty Odwołujący kwestionował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Odwołującego Zamawiający wprowadził wymogi niezwiązane i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, wprowadzone wymogi pozostawały, zdaniem Odwołującego niemożliwe do spełnienia bowiem niemożliwe jest ich*

uzyskanie w świetle aktualnej wiedzy oraz stanu techniki, jak również, że przyjęty przez Zamawiającego sposób weryfikacji uniemożliwia realne zweryfikowanie uzyskania, a co za tym idzie spełnienia tych wymogów. Główna teza, na której Odwołujący opierał swoje stanowisko, sprowadza się do tego, że Zamawiający postawił wymagania, których nie da się spełnić – na tą też okoliczność Odwołujący składał dowody w postaci opinii prywatnych. Wszystkie te kwestie Odwołujący mógł podnosić w ramach zaskarżenia treści specyfikacji, na co miał termin 10 dni od dnia publikacji specyfikacji. Obecnie, wszystkie okoliczności eksponowane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, czy eksponowane na rozprawie kwestie, które również odnoszone były do wadliwości lub braków specyfikacji, należało uznać za okoliczności nie podlegające rozpoznaniu z uwagi na ich podniesienie w ramach zarzutów spóźnionych. Na marginesie należy wskazać na wadliwość zarzutów, gdzie Odwołujący w ramach zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 Pzp, powoływał kwestie technicznej niemożliwości spełnienia przedmiotu zamówienia (co nie mieści się w materii dotyczącej warunków udziału w postępowaniu, tzw. warunków podmiotowych).

Za spóźniony należało konsekwentnie uznać także zarzut dotyczący naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Także podstawą tego zarzutu były kwestie odnoszące się do opisanego przedmiotu zamówienia i postawienia w nim wymogów, które według Odwołującego, nie są możliwe do spełnienia. W ramach tego zarzutu Odwołujący argumentował więc na okoliczności, dla których termin zaskarżenia już upłynął”.

Bez wątplenia zatem zarzuty, co do których odwołujący twierdzi obecnie, że się potwierdziły, w rzeczywistości w ogóle nie zostały poddane ocenie Izby (co do meritum).

W dalszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że odwołujący z jednej strony twierdził, że „wedle wiedzy, doświadczenia oraz wyników przeprowadzonych testów, nie jest możliwe uzyskanie węglika spiekanego, który przy twardości HV30 \geq 1050 osiągnąłby jednocześnie uziarnienie na poziomie $\geq 6 \mu\text{m}$ ”, powołując się przy tym na opinię prof. W. L. z dnia 10 czerwca 2016 r. oraz prof. M. B. z dnia 16 czerwca 2016 r. (str. 10 odwołania, drugi akapit), z drugiej twierdził, że wymogi zamawiającego prowadzą do wyeliminowania realnej konkurencji, odwołując się przy tym do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2011 r. w sprawie KIO 752/11 i podając: „zamawiający określa w SIWZ wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia w taki sposób, że ich spełnienie jest uzależnione

wyłącznie do spełnienia kryteriów wyłącznych, a nie od czynników obiektywnych, co stawia zarazem tego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych” (str. 11 odwołania trzeci akapit).

Dodatkowo w piśmie z dnia 16 grudnia 2016 r. odwołujący stwierdził: „dokonana modyfikacja w istocie nie skutkuje wykluczeniem postanowień antykonkurencyjnych – sam bowiem fakt wyeliminowania z opisu wymogów technicznych dla zadania 2, 4 oraz 10 odwołania do znaków towarowych (...) oraz oznaczenia pochodzenia / szczególnego procesu (...), które wykorzystywane są przez konkretnego producenta – podmioty z grupy kapitałowej SANDVIK, przy jednoczesnym zaniechaniu dokonania odpowiednich modyfikacji wymaganych parametrów technicznych (...), w dalszym ciągu prowadzi do sytuacji, gdzie opisane przez Zamawiającego kryteria techniczne mogą zostać spełnione wyłącznie przez określonego producenta (...)”

Twierdzenia powyższe pozostają ze sobą w sprzeczności. Skoro bowiem wymagania zamawiającego preferują konkretnego wykonawcę (Sandvik), to (abstrahując od oceny tegoż) oznacza to jednak, że istnieje wykonawca, który postawionym wymaganiom jest w stanie sprostać.

W ocenie składu orzekającego Izby załączone do odwołania opinie nie potwierdzają braku możliwości wykonania noży z węglikiem spiekany o parametrach: HV30 \geq 1050 i uziarnieniu \geq 6 μ m, a dodatkowo – co istotne – nie taki poziom twardości jest oczekiwany przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym (żądany poziom twardości przy uziarnieniu \geq 6 μ m to HV30 \geq 1000, a w zadaniu 4 i 10 jest jeszcze niższy).

Przede wszystkim podnieść należy, że w ogóle nie jest wiadomym, jakie oraz czyje (producent) próbki zostały poddane ocenie – w opinii prof. W. L. podano jedynie, że ocenie poddano dziewięć próbek węglików spiekanych. Tym samym nie jest wiadomym do jakich próbek należy odnieść wskazane wyniki.

Z kolei opinia prof. AGH M. B. to opinia „o sposobie przeprowadzenia badań wielkości ziaren oraz twardości w węgliku spiekany sporządzona na zlecenie (...) w związku z postępowaniem przetargowym nr 55/P/DZZ/16”.

Opinia ta nie wyklucza wcale możliwości wykonania noży z węglikiem spiekany o parametrach: HV30 \geq 1050 i uziarnieniu \geq 6 μ m – w opinii tej podano: „W tym kontekście spełnienie przez materiał kryterium twardości na poziomie HV30 \geq 1050 zarówno dla kompozytów zawierających ziarna WC o średniej wielkości > 6 i $> 2,5$ μ m bez zdecydowanej zmiany rozkładu wielkości ziaren może okazać się niewykonalne. Uzyskanie wysokiej twardości kompozytu poprzez zwiększenie w nim

udziału objętościowego fazy węglkowej musi wiązać się z takim doбором poszczególnych frakcji ziarnowych aby mniejsze ziarna zajmowały puste przestrzenie pomiędzy ziarnami większymi. Z drugiej strony tak szeroki rozkład wielkości ziaren zmienia właściwości proszków węgla w trakcie formowania wyrobu i może wymagać bardziej złożonej technologii. Reasumując, do otrzymania kompozytu o większych rozmiarach ziaren i odpowiednio wysokiej twardości wydaje się konieczne posługiwanie się specjalnie przygotowanymi mieszaninami proszków a nie proszkami będącymi produktem prostego procesu rozdrabniania”

Co więcej, złożone przez zamawiającego dokumenty potwierdzają, że możliwe jest uzyskanie węgla spiekane, który przy żądanej przez zamawiającego twardości $HV_{30} \geq 1000$ osiąga jednocześnie uziarnienie na poziomie $\geq 6 \mu m$.

Wynika to z Ekspertyz Węglik Spiekane Baildonit Sp. z o.o. z Katowic:

1. Nr 2/2016/1 wraz z uzupełnieniem Nr 14/2016 – gdzie potwierdzono uziarnienie 8,7 i twardość 1040 (Sandvik Mining and Construction Sp. z o.o., Tychy),
2. Nr 3/2016/1 z uzupełnieniem Nr 15/2016 – gdzie potwierdzono uziarnienie 7,9 i twardość 1060 (Sandvik Mining and Construction Sp. z o.o., Tychy),
3. Nr 4/2016/1 z uzupełnieniem Nr 16/2016 – gdzie potwierdzono uziarnienie 8,8 i twardość 1010 (Sandvik Mining and Construction Sp. z o.o., Tychy),
4. Nr 7/2016 – gdzie potwierdzono uziarnienie 6,6 i twardość 1050 (Zakład Wyrobów Metalowych CARBONEZ, Jastrzębie Zdrój),
5. Nr 11/2016 – gdzie potwierdzono uziarnienie 6,0 i twardość 1070 (Zakład Wyrobów Metalowych CARBONEX, Jastrzębie Zdrój), – słupek o wymiarach $\varnothing 25 \times 35$ mm,
6. Nr 12/2016 – gdzie potwierdzono uziarnienie 6,0 i twardość 1070 (Zakład Wyrobów Metalowych CARBONEX, Jastrzębie Zdrój) – słupek o wymiarach $\varnothing 24,8 \times 35$ mm,
7. Nr 13/2016 – gdzie potwierdzono uziarnienie 6,1 i twardość 1070 (Zakład Wyrobów Metalowych CARBONEX, Jastrzębie Zdrój) – słupek o wymiarach $\varnothing 22 \times 34,2$ mm,
oraz
8. Protokołów nr 2, 4, 6 Politechniki Śląskiej Wydział Inżynierii Materiałowej i Metalurgii Instytut Nauki o Materiałach – gdzie potwierdzono uziarnienie: 6,21, 6,38 i 6,54 oraz twardość: 1054, 1058 i 1068 (Gonar BIS Sp. z o.o.).

Wobec powyższego nie można uznać, że nie jest możliwe uzyskanie węglików spiekanego, który przy żądanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu twardości $HV_{30} \geq 1000$ (lub niższej) nie osiągnąłby jednocześnie uziarnienia na poziomie $\geq 6 \mu m$ ”

Nie może także stanowić podstawy do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp fakt, że w ramach postępowania przetargowego zamawiający oczekuje zaoferowania noży o parametrach, które nie zostały przetestowane w warunkach eksploatacji górniczej w kopalniach JSW S.A.

Pomijając nawet fakt, że odwołujący okoliczności tej nie wykazał, dostrzeżenia przede wszystkim wymaga, że wprowadzanie do użytku nowych produktów może nieść, zwłaszcza na początkowym etapie, ryzyko, że produkty te – w warunkach danego zamawiającego – „nie sprawdzą się”, jednakże ryzyko to jest nierozzerwalnie związane z rozwojem, postępem, z sięganiem po coraz to nowe, lepsze rozwiązania.

Za bezpodstawne, w świetle przepisu art. 36 ustawy Pzp, zawierającego opis obligatoryjnych elementów SIWZ, należy uznać oczekiwanie odwołującego, iż w treści SIWZ zamawiający winien zawrzeć wyjaśnienie różnicowania poziomu uziarnienia węglików („(...) *całkowicie niezrozumiałe i w żadnym stopniu nieuzasadnione oraz niewyjaśnione w SIWZ różnicowanie przez Zamawiającego poziomu węglików*” – str. 10 odwołania, akapit pierwszy) .

Odwołujący gołosłownie nadto twierdził, iż wielkość ziarna nie wpływa w sposób ostateczny na trwałość węglików spiekanego, jest jedynie jednym z elementów wpływającym na jego żywotność.

Odwołujący twierdził, również nie prezentując w tym zakresie żadnej argumentacji, czy dowodów, że wymagania zamawiającego co do twardości oraz struktury (uziarnienia) węglików spiekanych dostarczanych noży kombajnowych nie przystają do realnych potrzeb zamawiającego – „wymogi nie są konieczne dla warunków eksploatacyjnych przewidzianych dla działalności górniczej” (str. 11 odwołania, drugi akapit).

Skład orzekający Izby tymczasem za wiarygodne przyjął wyjaśnienia zamawiającego, że „noże stanowiące przedmiot niniejszego postępowania wykorzystywane są w zarówno kombajnach ścianowych, jak i chodnikowych wytwarzanych przez kilku producentów. Stąd znajdują one zupełnie inne zastosowanie. (...) dostarczane są (...) do różnych zakładów górniczych

zamawiającego, w których występują odmienne i złożone warunki geologiczne i górnicze. Występowanie różnych warunków pracy kombajnu w poszczególnych kopalniach zamawiającego wymusza zastosowanie różnych rozwiązań, dotyczących między innymi twardości i uziarnienia węglików, wytrzymałości czy sposobu ochrony uchwytów. Dobór właściwych rozwiązań do konkretnych warunków pozwala na prawidłowe wykorzystanie dostępnych zamawiającemu zasobów, a także pozytywnie wpływa na ich ekonomiczne wykorzystanie. Stosowanie rozwiązań nieprzystających do warunków, w których kombajn górniczy będzie pracował powoduje wzrost kosztów eksploatacyjnych, co wynika z szybszego zużycia noży oraz przestojów kombajnu podczas częstej wymiany noży. A zatem nie można uznać, że wprowadzenie różnych wymogów technicznych dla odmiennych rodzajów noży kombajnowych jest nieuzasadnione” (str. 3 Odpowiedzi na odwołanie, drugi akapit).

Podkreślić należy, że do powyższych wyjaśnień zamawiającego odwołujący na rozprawie w żaden sposób się nie odniósł.

Skład orzekający Izby wziął nadto pod uwagę korespondencję zamawiającego z osobami funkcyjnymi zakładów górniczych (prowadzoną przed wszczęciem przedmiotowego postępowania przetargowego, tj. z dnia 16 grudnia 2015 r. – korespondencja mailowa od P. Z. Kierownika Robót Górniczych oraz z dnia 13 września 2016 r. – pismo znak: GG2b.241-06/16), zawierającą ocenę różnych noży (którym przypisać należy odpowiednie właściwości w tym co do uziarnienia, jak i twardości).

Odwołujący za rażąco uznał brak wskazania przez zamawiającego sposobu badania wielkości ziaren. Abstrahując nawet od kwestii, czy było to w ogóle zarzutem odwołania, czy stanowiło jedynie argument dotyczący zarzutu wprowadzenia wymogów co do twardości oraz struktury węglików spiekanych (brak w tym zakresie w odwołaniu wskazania okoliczności faktycznych i prawnych, a także argumentacji), wskazać należy, że zamawiający, modyfikując treść SIWZ, co potwierdził odwołujący w piśmie z dnia 16 grudnia 2016 r. dokonał „*uszczegółowienia metody odnoszącej się do pomiaru struktur węglików spiekanych noży kombajnowych, polegającego na dodaniu metody liniowej*” (str. 2, czwarty akapit).

Odwołujący za rażąco uznał także brak podania niezależnej jednostki badawczej, która w sposób obiektywny przeprowadziłaby stosowne badania sprawdzające. Ponownie, abstrahując od kwestii, czy było to w ogóle zarzutem odwołania, czy stanowiło jedynie argument dotyczący zarzutu wprowadzenia wymogów co do twardości oraz struktury węglików spiekanych (brak w tym zakresie

w odwołaniu wskazania okoliczności faktycznych i prawnych, a także argumentacji) stwierdzić należy, że żądanie od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego jest, zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, prawem, nie zaś obowiązkiem zamawiającego.

Fakt, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający z prawa tego nie skorzystał nie może przecież prowadzić do przypisania zamawiającemu naruszenia ww. przepisu.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez posłużenie się, w ramach Załącznika nr 1 do SIWZ, w opisie wymogów technicznych dla zadania 2 pkt. 3.1 ww. Załącznika oraz zadania 4 pkt 5.1 ww. Załącznika, odwołaniem do znaków towarowych „TriSpec” oraz oznaczenia pochodzenia / szczególnego procesu „XT Grade 90”, które wykorzystywane są przez konkretnego producenta – podmioty z grupy kapitałowej SANDVIK (w Polsce: Sandvik Polska Sp. z o.o. w Tychach), gdzie pomimo wprowadzenia dopisku „lub równoważny”, brak jest możliwości podjęcia realnej konkurencji ze wskazanymi rozwiązaniami, zwłaszcza przy braku sprecyzowania tego, jak oceniana będzie przedmiotowa „równoważność”, przy uwzględnieniu także zastrzeżeń co do parametrów technicznych sformułowanych w poprzedzającym zarzucie ze względu na brak równoważnych rozwiązań technicznych, które nie byłyby objęte ochroną (prawami wyłącznymi), co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich potencjalnych oferentów (wykonawców) potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W *Specyfikacji Technicznej* stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ w pkt 3 *Szczegółowe warunki techniczno-użytkowe jakie musi spełniać przedmiot zamówienia dla zadania 2 ppkt. 3.1.* zamawiający nadał brzmienie: „Wymagane parametry noża kombajnu chodnikowego \varnothing 20/140/64/62/38/30/ZS Trispec lub równoważny:”, wskazując po dwukropku, w kolejnych wierszach, żądane parametry.

Nadto w *Specyfikacji Technicznej* w pkt 5 *Szczegółowe warunki techniczno-użytkowe jakie musi spełniać przedmiot zamówienia dla zadania 4 ppkt. 5.1.* zamawiający nadał brzmienie: „Wymagane parametry noża kombajnu chodnikowego

ø 22/165/80/65/38/30/ZS XT Grade 90 lub równoważny:”, wskazując po dwukropku, w kolejnych wierszach, żądane parametry.

W *Specyfikacji Technicznej* w pkt 1 *Wymagane warunki techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia obejmujące zadania 1 do 10* w ppkt. 1.20.3. zamawiający podał: „*Noże równoważne nożom stanowiącym przedmiot zamówienia, powinny spełniać wszystkie wymagania zamawiającego określone w niniejszej Specyfikacji technicznej*”.

W *Odpowiedzi na odwołanie* zamawiający podniósł: „*Odwołujący zarzuca, że opis przedmiotu zamówienia w zadaniu 2 i 4, który dokonany został przy użyciu nazw własnych stanowi naruszenie przepisu art. 29 ust. 3 pzp. Natomiast opis przedmiotu zamówienia w zadaniu 10 dokonany również przy użyciu znaków towarowych takim naruszeniem nie jest. Wynika to z faktu, że materiałem referencyjnym we wspomnianej części zamówienia są produkty wytwarzane przez odwołującego*”.

Na posiedzeniu zamawiający oświadczył, że dokonał zmian treści SIWZ, podkreślając, że uczynił to z własnej inicjatywy, niezależnie od wniesionego odwołania.

W piśmie z dnia 16 grudnia 2016 r. złożonym na posiedzeniu odwołujący przyznał, że w dniu 15 grudnia 2016 r. otrzymał od zamawiającego informację o zmianie treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, które dotyczą: „*(1) wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia – w zakresie zadań 2, 4 oraz 10 – oznaczeń producenta konkretyzujących przedmiot zamówienia oraz (2) uszczegółowienia metody odnoszącej się do pomiaru struktur węglików spiekanych noży kombajnowych, polegającego na dodaniu metody liniowej*”.

Uznał, że zamawiający „*postanowił dokonać zmian w treści SIWZ odzwierciedlających stan uwzględniający częściowo zarzuty Odwołującego*”.

Zmiana treści SIWZ w ppkt 3.1. oraz 5.1. polega w szczególności na nadaniu tym podpunktom brzmienia:

„*Wymagane parametry noża kombajnu chodnikowego ø 20/140/64/62/38/30:*” (3.1.) oraz „*Wymagane parametry noża kombajnu chodnikowego ø 22/165/80/65/38* (5.1.).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.
Odwołujący podtrzymał zarzut.
Zamawiający nie uwzględnił odwołania w tym zakresie.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp: „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”, zaś zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp: „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazanie takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Zamawiający nie kwestionował twierdzeń odwołującego, że „Trispec” to znak towarowy oraz, że „XT Grade 90” to oznaczenie szczególnego procesu, które wykorzystywane są przez konkretnego producenta (Sandvik).

Co więcej, zamawiający w *Odpowiedzi na odwołanie*, w istocie przyznał, że użył niedozwolonych przepisem art. 29 ust. 3 ustawy Pzp oznaczeń, co wynika z tego, że konfrontując zakwestionowanie przez odwołującego opisu przedmiotu zamówienia w zadaniach 2 i 4 z brakiem zakwestionowania opisu w zadaniu 10 stwierdził: „Odwołujący zarzuca, że opis przedmiotu zamówienia w zadaniu 2 i 4, który dokonany został przy użyciu nazw własnych stanowi naruszenie przepisu art. 29 ust. 3 pzp. Natomiast opis przedmiotu zamówienia w zadaniu 10 dokonany również przy użyciu znaków towarowych takim naruszeniem nie jest. Wynika to z faktu, że materiałem referencyjnym we wspomnianej części zamówienia są produkty wytwarzane przez odwołującego”.

Zamawiający ani w *Odpowiedzi na odwołanie*, ani na rozprawie nie wskazał, na czym w tym przypadku polega specyfika przedmiotu zamówienia, nie wskazał też przeszkód w dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a przecież – zgodnie z cytowanym powyżej art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, jedynie te okoliczności uzasadniają posłużenie się znakami towarowymi, patentami, pochodzeniem, szczególnym procesem charakteryzującym produkt konkretnego wykonawcy.

Potwierdzeniem, że brak było ku temu powodów jest także dokonana przez zamawiającego modyfikacja SIWZ, polegająca na rezygnacji z posłużenia się niedozwolonymi oznaczeniami.

Nadto uznać należy, że postanowienie ppkt. 1.20.3. czyniło dopuszczenie noży równoważnych iluzorycznym, ponieważ zamawiający przez produkt równoważny rozumiał produkt tożsamy z opisanym – przesądza o tym żądanie, aby noże równoważne spełniały wszystkie wymogi noży stanowiących przedmiot zamówienia, opisane w zakwestionowanych postanowieniach SIWZ.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut potwierdził się.

Pomimo potwierdzenia się jednego z zarzutów odwołania skład orzekający Izby oddalił odwołanie.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *„Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”*.

Zakwestionowane przez odwołującego postanowienia SIWZ (ppkt 3.1. oraz ppktr 5.1), wobec dokonanej przez zamawiającego modyfikacji, nie stanowią już treści SIWZ – nie stanowią podstawy składania ofert toteż uznać należało, że naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że postanowienie 1.20.3. Załącznika nr 1 do SIWZ, wobec rezygnacji przez zamawiającego z posłużenia się wyrazami „lub równoważny” jest obecnie bezprzedmiotowe.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący: