

Sygn. akt: KIO 475/10

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Katarzyna Prowadzisz
Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 23 marca 2010 r. wniesionego przez **Zdzisława Kozę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. z siedzibą w Bogdance, 21-013 Puchaczów,**

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje modyfikację treści ogłoszenia oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2.kosztami postępowania obciąża Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. z siedzibą w Bogdance, 21-013 Puchaczów i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiące kwotę uiszczoną z tytułu wpisu od odwołania przez **Zdzisława Kozę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. z siedzibą w Bogdance, 21-013 Puchaczów** na rzecz **Zdzisława Kozy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. z siedzibą w Bogdance, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę strzemion dwujarzmowych wzmocnionych w ilości 450 000 szt. do łączenia elementów odrzwi obudowy chodnikowej z kształtownika V-32/36 wykonanej ze stali o podwyższonych parametrach wytrzymałościowych”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 13 marca 2010 r., nr 2010/S 51-076046.

Pismem z dnia 23 marca 2010 r. (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców poprzez brak określenia jednakowych warunków dla wszystkich uczestników postępowania (sekcja III 2.1. pkt 3 ogłoszenia i rozdział V pkt 1.3 SIWZ),
2. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego w związku z zastrzeżeniem w treści ogłoszenia (sekcja II pkt 1.5) i SIWZ (część III) możliwości zrealizowania zamówienia jedynie do wielkości 55% maksymalnej wartości umowy,
3. art. 29 ust. 1-3 i art. 30 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób niejednoznaczny, wskazanie wymogów co do rodzaju materiału z jakiego mają być wykonane strzemiona, brak podania wymogów (danych) co do korozji, co wskazuje na naruszenie ww. przepisów a dodatkowo na czyn nieuczciwej konkurencji (część III SIWZ pkt 2 tiret 1 i 2, sekcja I.1.5. tiret 1 i 2 ogłoszenia),

4. art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 138 c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez żądanie dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania i nie mających żadnego wpływu na potwierdzenie spełniania warunków i oceny ich spełniania (część III pkt 3 lit. e) SIWZ).

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. zmianę warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia w taki sposób, aby wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu mieli obowiązek spełnienia jednakowych warunków, poprzez wykreślenie słów „o wartości nie mniejszej niż 50% wartości oferty netto” i zastąpienia ich określoną kwotą zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp,
3. wykreślenie z części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” treści § 1 ust. 3 treści umowy, oraz ogłoszenia (II.1.5) zapisu „Zamawiający zastrzega sobie prawo do niepełnego wykorzystania ww. ilości strzemion w zakresie obowiązywania umowy, przy czym minimalna ilość strzemion zamówionych w ramach umowy nie może być mniejsza niż 55% maksymalnej wartości umowy”,
4. wykreślenie z SIWZ (części III „opis przedmiotu zamówienia”, wymagania pkt 2 tiret 2) oraz ogłoszenia (II.1.5., ppkt 1 tiret 1 i 2) wymogu: 1) „jarzmo górne i dolne musi być wykonane ze stali, której minimalne parametry określone na próbkach pobranych w wyrobie gotowym dostarczonym do Zamawiającego wynosić będą: $Re = 480\text{MPa}$, $Rm = 650\text{MPa}$, $A5 = 17\%KCU2$ (po starzeniu) – 30J/cm^2 ”; 2) „jarzmo górne i dolne będą charakteryzować się trwałością eksploatacyjną w zasolonych kopalniach węgla kamiennego nie gorszą niż określoną dla stali w gatunku S480W wykonanej według normy PN-H-84042:2009, lub posiadać powłoki ochronne (np. galwaniczne) zapewniające uzyskanie co najmniej takiej samej odporności na korozję”,
5. wykreślenie z SIWZ (część III – „Opis przedmiotu zamówienia” wymagania pkt 3 lit. e) wymogu dołączenia do oferty „wyników badań odporności na korozję elementów strzemion dwujarzmowych (jarzma dolnego i górnego) potwierdzających trwałość eksploatacyjną nie gorszą niż posiada stal s480W”.

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

Przede wszystkim Izba ustaliła, że w związku z tym, iż postępowanie o przedmiotowe zamówienie wszczęto w dniu 13 marca 2010 r., tj. po dacie wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut pierwszy dotyczący wykazania się przez wykonawcę wartością dostaw na poziomie co najmniej 50 % wartości oferty netto, wobec złożenia przez Zamawiającego na rozprawie oświadczenia o jego uwzględnieniu i oświadczenia Odwołującego o uznaniu oświadczenia Zamawiającego, uwzględniając stanowisko Zamawiającego Izba odstąpiła od jego merytorycznego rozpoznania.

Zarzut drugi dotyczący nieuprawnionego zastrzeżenia przez Zamawiającego w treści umowy niezrealizowania do 45% wartości umowy nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w punkcie II.1.4) ogłoszenia oraz części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, a także § 1 ust. 2 projektu umowy zamieścił postanowienie, iż „zastrzega sobie prawo do niepełnego wykorzystania ww. ilości strzemion w okresie obowiązywania umowy, przy czym minimalna ilość strzemion zamówionych w ramach umowy nie może być mniejsza niż 55% maksymalnej wartości umowy”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, jak oświadczył na rozprawie, wielkość zakupu oszacował na podstawie planów zakupów, określonych na podstawie jego potrzeb, dotychczasowych doświadczeń, jak również z uwzględnieniem postępu prac w wyrobiskach górniczych. Praca kopalni – jak podniósł - jest procesem dynamicznym, dlatego też nie jest możliwym precyzyjne określenie ilości strzemion niezbędnych do wykorzystania w kopalni. Obecnie w trakcie budowy jest nowy szyb i wszelkie okoliczności, których wystąpienie mogłoby spowodować niemożność zakończenia tej budowy, w konsekwencji braku wskazanego zastrzeżenia w treści umowy, skutkowałoby koniecznością realizacji całej

umowy, a tym samym spowodować poniesienie nieuzasadnionych kosztów zakupu strzemion. Stąd przedmiotowe zastrzeżenie wprowadzone do treści umowy. Nie jest bowiem możliwe na obecnym etapie postępowania określenie pełnej wartości zamówienia, które będzie następnie realizowane. Mimo powyższego Zamawiający zadeklarował wprowadzenie do umowy harmonogramu dostaw, który umożliwiłby wykonawcom precyzyjne zaplanowanie produkcji i prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia, jak również zapowiedział ewentualną modyfikację w tym zakresie treści ogłoszenia i postanowień SIWZ, mimo że w ocenie Odwołującego odrębny harmonogram nie jest to konieczny, gdyż – jego zdaniem - informacja zawierająca terminy dostaw w treści umowy, już się znajduje. Odwołujący nie jest także konsekwentny co do wskazania poziomu realizacji zamówienia, który byłby dla niego satysfakcjonujący. Z jednej strony twierdzi, iż mógłby ponieść ryzyko realizacji zamówienia na poziomie 80%, z drugiej zaś, iż nie jest w stanie określić jaki poziom byłby właściwym, gdyż poziom ten powinien określić Zamawiający.

To wyjaśnienia Zamawiającego, w ocenie Izby, są spójne i logiczne, a wskazane przez Zamawiającego okoliczności rzeczywiście uzasadniają zawarcie w umowie kwestionowanego zastrzeżenia. Art. 139 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Niemniej jednak to właśnie przepisy ustawy prawo zamówień publicznych dotyczące umów zawieranych w sprawach zamówień publicznych zawierają ograniczenie swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c., co wyraża się m.in. w ograniczeniu dopuszczalności zmiany umowy do okoliczności wyraźnie wskazanych w ustawie. Tak więc przy tak rygorystycznych ograniczeniach zmiany umowy Zamawiający tym bardziej precyzyjnie musi określić przedmiot zamówienia, który będzie realizowany. O ile więc mogą wystąpić realne okoliczności mogące uniemożliwić realizację umowy w pełnym zakresie, a możliwość wystąpienia takich okoliczności w niniejszym stanie faktycznym (związanych z budową nowego szybu) Zamawiający niewątpliwie wskazał, powyższe należy uwzględnić już na etapie wszczynania postępowania o zamówienie. Tym samym Izba uznała, iż zastrzeżenie wprowadzone przez Zamawiającego do treści umowy nie utrudnia uczciwej konkurencji, zwłaszcza, że sam Odwołujący nie potrafił wskazać, czy w ogóle określone zastrzeżenie, a jeśli tak, to na jakim poziomie byłoby dla niego do przyjęcia. Dlatego też Izba nie znalazła podstaw do modyfikacji treści ogłoszenia i postanowień SIWZ w tym zakresie.

Zarzuty trzeci i czwarty odwołania potwierdziły się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w punkcie II.1.5), podpunkt 2, tiret 1 i 2 ogłoszenia oraz części III „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 2 tiret 1 i 2 SIWZ postawił wymóg:

- „jarzmo górne i dolne musi być wykonane ze stali, której minimalne parametry określone na próbkach pobranych w wyrobie gotowym dostarczonym do Zamawiającego wynosić będą: $R_e = 480\text{MPa}$, $R_m = 650\text{MPa}$, $A_5 = 17\%\text{KCU2}$ (po starzeniu) – 30J/cm^2 ”;
- „jarzmo górne i dolne będą charakteryzować się trwałością eksploatacyjną w zasolonych kopalniach węgla kamiennego nie gorszą niż określoną dla stali w gatunku S480W wykonanej według normy PN-H-84042:2009, lub posiadać powłoki ochronne (np. galwaniczne) zapewniające uzyskanie co najmniej takiej samej odporności na korozję”.

Jednocześnie na potwierdzenie powyższego zażądał m.in. przedłożenia:

- „wyników badań strzemion i elementów składowych, wykonanych w procesie certyfikacji oraz zgodności z normami PN-87/G-15000/10 i PN-87/G-15000/11;
- wyników badań odporności na korozję elementów strzemion dwujarzmowych (jarzma dolnego i górnego) potwierdzające trwałość eksploatacyjną nie gorszą niż posiada stal S480W”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż polska norma PN-H-84042 określa gatunki stali mikrostopowych o podwyższonej trwałości eksploatacyjnej, przeznaczonych na kształtowniki i akcesoria górnicze, a w szczególności na elementy stalowych obudów chodnikowych w zasolonych kopalniach węgla kamiennego. Tak więc do wykonania wszelkich wyrobów znajdujących następnie zastosowanie w zasolonych kopalniach węgla kamiennego winna być użyta stal o składzie chemicznym określonym w Tablicy 1 („Tablica 1 – Skład chemiczny według analizy wytopowej”) te same normy, a własności mechaniczne tej stali („S480W”) winny być zgodne z wartościami podanymi w Tablicy 3 („Tablica 3 – Własności mechaniczne”). Powyższe oznacza, iż parametry wskazane w ogłoszeniu, jak i w SIWZ, tj. „ $R_e = 480\text{MPa}$, $R_m = 650\text{MPa}$, $A_5 = 17\%\text{KCU2}$ (po starzeniu) – 30J/cm^2 ” są parametrami własności mechanicznych stali.

Tymczasem Zamawiający zażądał aby parametry te („ $R_e = 480\text{MPa}$, $R_m = 650\text{MPa}$, $A_5 = 17\%\text{KCU2}$ (po starzeniu) – 30J/cm^2 ”) spełniały wyroby gotowe, potwierdzeniem czego miały być badania próbek pobranych w wyrobie gotowym. Natomiast, jak wynika z przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie polskiej normy PN-87 G-15000/10 „Strzemiona, Badania wytrzymałościowe”, w zależności od typu strzemiona przeprowadza się jedynie wskazane w niej badania wytrzymałościowe poszczególnych elementów strzemion, a więc „zginanie jarzma dolnego, zginanie jarzma górnego, rozciąganie śruby prostej, próba obciążenia nakrętki, próba obciążenia śruby kabłąkowej” i służą one tylko do oceny, kontroli i porównania parametrów wytrzymałościowych elementów różnego typu strzemion. Z normy tej natomiast nie wynika, aby strzemiona stanowiące już gotowy wyrób

poddawane były – w myśl tej normy - badaniom dotyczącym spełnienia przez ten wyrób parametrów stali. Potwierdza to nie tylko treść polskiej normy PN-87 G-15000/10, ale także treść pisma Instytutu Techniki Górniczej z dnia 25 marca 2010 r., przedłożonego na rozprawie przez Zamawiającego, w którym wskazano, iż „badania wytrzymałościowe (Re, Rm, A5, KCU2) zastosowanych materiałów konstrukcyjnych powinny być wykonane z wykorzystaniem próbek pobranych z materiału, który dostarczą huty (...). Badanie wytrzymałościowe (Re, Rm, A5, KCU2) wykonane na próbkach pobranych z wyrobu po dokonanych procesach technologicznych nie dostarczają wiarygodnych wyników.” Skoro więc dla Zamawiającego jest istotne, aby stal użyta do wykonania strzemion posiadała określone minimalne parametry, wskazane przez Zamawiającego w treści ogłoszenia oraz w postanowieniach SIWZ, powinien być żądać spełnienia tego wymogu przez stal użytą do produkcji strzemion, a nie wyrób już gotowy. Jak bowiem wykazał Odwołujący badaniu podlega albo stal, albo wyrób już gotowy. Z punktu widzenia gotowego wyrobu, istotnym jest jedynie to aby strzemiona posiadały odpowiednie parametry wytrzymałościowe, a takie właśnie wymogi (wytrzymałościowe) oferowane przez Odwołującego wyroby posiadają. Tak więc Zamawiający w tym zakresie powinien tak zmodyfikować treść ogłoszenia oraz postanowienia SIWZ, aby wykonawca był zobowiązany do wykonania wyrobu z materiałów nawet o wskazanych obecnie podwyższonych parametrach, do czego Zamawiający niewątpliwie ma prawo, a jednocześnie nie był zobowiązany do wykonania badań wyrobu gotowego, gdyż do dokonania takich badań – w myśl żadnych przepisów i norm – nie jest zobowiązany. Zamawiający nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, iż istnieją przepisy, które taki wymóg gotowym wyrobom (strzemionom) stawiają.

Odnosnie wymogu posiadania przez oferowany wyrób odporności na korozję oraz żądania przedłożenia wyników badań odporności na korozję elementów strzemion dwujarzmowych potwierdzających trwałość eksploatacyjną nie gorszą niż posiada stal S480W stwierdzić należy, że polska norma PN-H-84042, jak słusznie zauważył Odwołujący, określa jedynie skład chemiczny stali o symbolu gatunku S480W, w którym chrom (Cr), a więc pierwiastek decydujący o odporności na korozję określono na poziomie „od 0,25 do 0,45”, tj. o wartości niższej niż gwarantująca odporność na korozję, ale – w myśl powołanej normy - wymaganej dla stali przeznaczonej na kształtowniki i akcesoria górnicze, a w szczególności na elementy stalowych obudów chodnikowych, tj. stali będącej przedmiotem tej normy. Zamawiający – jak podniósł na rozprawie – wymagał strzemion odpornych na korozję, jak również aby były one nie gorsze niż stal, z której została wykonana obudowa, jednakże z kwestionowanej treści zarówno ogłoszenia, jak i postanowień SIWZ nie wynika, iż chodzi o stal obudowy, a nie stal wchodzącą w skład wyrobu gotowego (strzemiona). Natomiast w przedmiotowej normie, jak i normie dotyczącej badań wytrzymałościowych strzemion (polska norma PN-87 G-15000/10) w ogóle nie odniesiono się do kwestii korozji, w

tym nie określono metodyki badań zarówno stali, jak i wyrobu gotowego (strzemiona) na korozję. Kwestię tę rzeczywiście – jak podniósł Odwołujący – częściowo uregulowano w polskiej normie (PN-91 G-15000/11), dotyczącej badania złącz, z treści jej jednak wynika jedynie, iż stal przeznaczona do badania na korozję powinna być skorodowana i chropowata bez śladów korozji i złuszczeń. Tak więc Zamawiający, żądając co najmniej takiej samej odporności na korozję co wymagana dla stali w gatunku S480W, odwołuje się do normy, która takich parametrów rzeczywiście nie zawiera, jak również nie określa czy chodzi o stal wchodzącą w skład strzemion, czy też obudów. Skoro więc podana norma nie zawiera żadnych parametrów określających korozję, w braku precyzyjnych i jednoznacznych postanowień ogłoszenia i SIWZ, odwoływanie się do tej właśnie normy jest faktycznie nieuzasadnione. Tym samym postawienie takiego wymogu oraz żądanie przedłożenia na jego potwierdzenie badań na korozję jest chybione. Dlatego też Zamawiający powinien dokonać modyfikacji zarówno treści ogłoszenia oraz postanowień SIWZ poprzez dookreślenie postawionego wymogu oraz wykreślenie przedłożenia wyników badań w braku wskazania wymaganych parametrów, jak i podstaw ich żądania.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego polskie normy (PN-H-84042, PN-87 G-15000/10, PN-91 G-15000/11), pisma pochodzące z Instytutu Techniki Górniczej oraz Instrukcję ruchowo-eksploatacyjną drzwi obudowy wyrobisk korytarzowych ŁPSC Bogdanka IO-127a, uznając je za oświadczenia złożone przez Strony.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy i ograniczając kwotę wskazaną przez Odwołującego do wysokości 3 600,00 zł, zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....