

WYROK

z dnia 13 maja 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2011 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2011 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bogusławę Kowalską i Wiesława Kowalskiego prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Gumoplast S.C. B. Kowalska, W. Kowalski, 43-300 Cieszyn, ul. Cieszyńska 185** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową Spółkę Akcyjną, 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Kompanii Węglowej Spółce Akcyjnej, 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) poprzez:
 - 1) nadaniu następującego brzmienia załącznikowi nr 1 pkt III.4a SIWZ polegającej na nadaniu brzmienia: *Wykonawca może zaproponować inne rozwiązanie dotyczące naprawy składaków obecnie eksploatowanych przez oddziały zamawiającego z wykorzystaniem składaków równoważnych (substytucyjnych), jednak w tym wypadku wykonawca wraz z ofertą powinien dostarczyć nową dokumentację techniczną/instrukcję zawierającą informację o sposobie łączenia składaków kablowych obecnie eksploatowanych z układakami równoważnymi (substytucyjnymi) oraz że zaoferowane rozwiązanie spełnia co najmniej wymagania naprawianego układaka w zakresie parametrów technicznych zawartych w Tabeli nr 1,*

- 2) nadaniu następującego brzmienia załącznikowi nr 1 pkt IV.4.b.2 SIWZ:
Oświadczenia wykonawcy stwierdzającego możliwość łączenia elementów dwóch składaków, tj. określonego w formularzu ofertowym i innego równoważnego oferowanego przez wykonawcę w jeden układak,
 - 3) wykreśleniu pkt. 3 w załączniku Nr 1 pkt III.4.b.SIWZ
 - 4) wykreśleniu ppkt. f w załączniku nr 4 § 9 ust. 1 pkt 1.
2. kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową Spółkę Akcyjną, 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Bogusławę Kowalską i Wiesława Kowalskiego prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Gumoplast S.C. B. Kowalska, W. Kowalski, 43-300 Cieszyn, ul. Cieszyńska 185** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Kompanii Węglowej Spółki Akcyjnej, 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 na rzecz Bogusławy Kowalskiej i Wiesława Kowalskiego prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Gumoplast S.C. B. Kowalska, W. Kowalski, 43-300 Cieszyn, ul. Cieszyńska 185** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę składaków do Oddziałów Kompanii Węglowej Spółki Akcyjnej w roku 2011.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 29 kwietnia 2011 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Bogusława Kowalska i Wiesław Kowalski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Gumoplast S.C. B. Kowalska, W. Kowalski, 43-300 Cieszyn, ul. Cieszyńska 185 wnieśli odwołanie dotyczące zmodyfikowanych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia,
2. art. 29 ust. 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który pomimo formalnego dopuszczenia składania przez wykonawców ofert równoważnych, uniemożliwia ich składanie,
3. art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie od wykonawców zbędnych do przeprowadzenia postępowania dokumentów,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zdaniem odwołującego treść SIWZ w przetargu nieograniczonym dostawę układaków kablowych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w roku 2011 zawierała postanowienia sprzeczne z regulacjami ustawy Pzp i została zmodyfikowana w sposób niezgodny z decyzją zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2011 r. o uwzględnieniu odwołania wniesionego w dniu 8 kwietnia 2011 r. przez Petek i Wspólnicy Adam Korbel Sp.j. - dalej Petek i Wspólnicy.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący się o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie zamawiającemu dokonanie stosownych zmian SIWZ polegających na:
 - 1) dokonaniu modyfikacji załącznika nr 1 pkt III.4a SIWZ polegającej na nadaniu mu brzmienia „Wykonawca może zaproponować inne rozwiązanie dotyczące naprawy układaków obecnie eksploatowanych przez oddziały Zamawiającego z wykorzystaniem układaków równoważnych (substytucyjnych), jednak w tym wypadku Wykonawca wraz z ofertą powinien dostarczyć nową dokumentacją techniczną/instrukcję zawierającą informację o sposobie łączenia układaków kablowych obecnie eksploatowanych z układakami równoważnymi (substytucyjnymi) oraz, że zaoferowane rozwiązanie spełnia co najmniej wymagania naprawianego układaka w zakresie parametrów technicznych zawartych w Tabeli nr 1”,
 - 2) dokonaniu modyfikacji załącznika nr 1 pkt IV.4.b.2 SIWZ polegającej na nadaniu mu brzmienia: „oświadczenia wykonawcy stwierdzającego możliwość łączenia elementów dwóch układaków tj. określonego w formularzu ofertowym i innego równoważnego oferowanego przez Wykonawcę w jeden układak”,
 - 3) dokonaniu modyfikacji załącznika nr 1 pkt III.4.b. SIWZ polegającej wykreśleniu pkt 3,
 - 4) dokonaniu modyfikacji załącznika nr 4 § 9 ust. 1 pkt 1 polegającej na wykreśleniu

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że pismem z dnia 24 lutego 2011 r. (ND/ED/EZ/DM/360/2011), zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego, zamawiający dokonał pierwszej modyfikacji SIWZ polegającej m.in. na zwiększeniu ilości zadań oraz modyfikacji załącznika nr 1, 2 i 2a. Na postanowienia zmodyfikowanej SIWZ w dniu 4 marca 2011 r. odwołanie do KIO wniósł wykonawca Petek i Wspólnicy. Wykonawca ten zażądał w zakresie pkt. III.3.b uwzględnienia odwołania i wykreślenia treści zdania ostatniego pkt III.3.b ewentualnie doprecyzowania, że akceptacji ma udzielić producent oferowanego urządzenia równoważnego. W wyniku przeprowadzenia rozprawy Izba wyrokiem z dnia 22 marca 2011 r. (KIO/473/11) uwzględniła odwołanie w tym zakresie i nakazała Zamawiającemu modyfikację zapisów SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu wyroku. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ pismem ND/DE/EZ/DM/712/2011 z dnia 4 kwietnia 2011 r. Także ta modyfikacja została zaskarżona w dniu 8 kwietnia 2011 r. przez Petek i Wspólnicy jako niezgodna z treścią uzasadnienia wyroku Izby KIO/473/11 oraz w sposób sprzeczny z żądaniem tego wykonawcy określonym w odwołaniu z dnia 4 marca 2011 r. Zamawiający w dniu 15 kwietnia 2011 r. uwzględnił to odwołanie w całości i w dniu 19 kwietnia 2011 r. pismem ND/DE/EZ/DM/856/2011 dokonał kolejnej modyfikacji SIWZ, która to modyfikacja jest przedmiotem niniejszego odwołania i zdaniem odwołującego uniemożliwia mu złożenia oferty równoważnej w zakresie zadań 4-11 wymienionych w Tabeli

nr 1, co skutkuje naruszeniem art. 25 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp, art. 29 ust. 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W ocenie odwołującego się dokonując modyfikacji z dnia 19 kwietnia 2011 r. zamawiający błędnie przyjął, że w sytuacji łączenia układaków produkowanych przez różnych producentów powstaje nowy produkt. Odwołujący się zauważył, że za produkt nowy pod względem technologicznym uznaje się produkt, którego cechy technologiczne lub przeznaczenie różnią się znacząco od uprzednio wytwarzanych. W przedmiotowym postępowaniu jest to ten sam układak kablowy tylko składający się z segmentów produkowanych przez różnych producentów. Ponadto zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia dla zadań 1-11 jest dostawa układaków do naprawy i naprawa powinna nastąpić z wykorzystaniem elementów wskazanych w dokumentacji techniczno-ruchowej podmiotu wprowadzającego wyrób na rynek lub w dokumentacji techniczno-ruchowej podmiotu oferowanego przez produkt równoważny. Odwołujący stoi na stanowisku, że układaków jako takich się nie naprawia, a w przypadku ich uszkodzenia możliwa jest wyłącznie wymiana układuka na nowy. Jedynymi elementami które można wymienić na nowe to element wymienione w DTR: zatrask boczny, jarzmo do układuka, zatyczka boczna i opaska kablowa. Zamawiający nie żąda zaś w ramach zadania 1-11 dostawy części zamiennych do naprawy, a jedynie dostawę kompletnych układaków, co wskazuje, że nie mamy w niniejszym postępowaniu w ramach zadań 1-11 do czynienia z naprawą układuka, a jedynie z wymianą zużytego segmentu i zastąpienie go nowym układakiem. Nowy układak może być produkowany zarówno przez dotychczasowego producenta jak i przez producenta układaków równoważnych lecz pod warunkiem, że układak równoważny posiada zgodne wymiary współpracujących elementów oraz identyczne parametry wytrzymałościowe, co wynika z pisma OBAC z dnia 7.09.2010 r. nr OBAC/RM/3063.1/RM/10.

Ponadto proponowane układaki typu GUK posiadają certyfikat potwierdzający możliwość ich stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych zgodny z wymaganiami rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 22.06.2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz.U.02.139.1169 ze zm.).

Tak opisany przedmiot zamówienia narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dlatego też zasadne jest uwzględnienie odwołania w tym zakresie i nakazanie zamawiającemu dokonanie modyfikacji załącznika nr 1 do SIWZ pkt III.4a zgodnie z żądaniem odwołującego.

Zamawiający dokonując modyfikacji załącznika nr 1 do SIWZ pkt IV.4.b.2 zobowiązał

wykonawców do złożenia oświadczenia o możliwości zastosowania układuka składającego się z segmentów produkcji różnych podmiotów kompleksie ścianowym. Zamawiający uznaje układak kablowe za część kompleksu ścianowego. Z takim poglądem odwołujący się nie może się zgodzić, co znajduje potwierdzenie w opinii Wyższego Urzędu Górniczego w Katowicach nr GEM/022/0007/11/03724/M1 z dnia 28.02.2011 r., w której WUG stwierdził wprost, że „układak kablowy jako część maszyny wprowadzona do obrotu niezależnie nie podlega wymaganiom dyrektywy maszynowej 2006/42/WE”. W związku z tym żądanie oświadczenia o możliwości zastosowania urządzenia tj. składającego się z elementów dwóch układaków, w kompleksie ścianowym jest zbędne. Tak opisany przedmiot zamówienia narusza art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wprowadził do SIWZ obowiązek złożenia przez wykonawców oferujących układaki równoważne złożenie oświadczenia o dostarczeniu na 7 dni przed pierwszą dostawą na dany Oddział zamawiającego, potwierdzenia w formie opinii technicznej lub certyfikatu wydanego przez jednostkę notyfikowaną stwierdzającego możliwość łączenia dwóch układaków tj. określonego w formularzu ofertowym i innego równoważnego oferowanego przez wykonawcę w jeden układak oraz o możliwości zastosowania tak zbudowanego urządzenia w kompleksie ścianowym - załącznik nr 1 do SIWZ pkt III.4.b.3. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenie tego wymogu, bowiem nie jest możliwe złożenie przez wykonawcę oferującego układak równoważny takiego oświadczenia. Złożenie takiego oświadczenia naraziłoby bowiem wykonawcę na odpowiedzialność odszkodowawczą ze względu na fakt, iż nie byłby on w stanie w terminie wyznaczonym przez zamawiającego przedłożyć takiego potwierdzenia. Odwołujący zwrócił się do jednostki notyfikowanej Ośrodka Badań, Atestacji i Certyfikacji OBAC Sp. z o.o. o wydanie opinii potwierdzającej możliwość łączenia układaków typu UKT (układak określony w formularzu ofertowym) produkcji Zakładu Produkcyjno-Usługowego Pegral Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach z układakami GUK (układak równoważny) produkowanymi przez Odwołującego, ewentualnie o wskazanie jakie dokumenty należy przedłożyć jednostce notyfikowanej w celu wydania takiego dokumentu. W efekcie pismem OBAC/RM/.../11 z dnia 27.04.2011 r. jednostka notyfikowana jednoznacznie stwierdziła, że nie wydaje dokumentów dotyczących możliwości łączenia układaków kablowych różnych typów oraz możliwości zastosowania takiej konfiguracji w kompleksie ścianowym. OBAC w powyższej opinii stwierdził także, iż według jego oceny brak jest przepisów i norm zakazujących możliwości łączenia dwóch układaków oferowanych przez różnych producentów, a przesłankami warunkującymi możliwość łączenia układaków kablowych jest wyłącznie zgodność wymiarowa współpracujących ze sobą elementów oraz identyczne parametry techniczne. Zdaniem odwołującego się układaki produkcji GUK spełniają te

przesłanki i można je łączyć z odpowiednimi układakami typu UKT. Zasadnym jest zatem uwzględnienie żądania odwołującego się i nakazanie zamawiającemu wykreślenie żądania złożenia oświadczenia dotyczącego przedstawienia w określonym terminie tego dokumentu, bowiem, co zostało udowodnione dokument ten jest niemożliwy do uzyskania przez wykonawcę oferującego produkt równoważny. Pozostawienie obowiązku złożenia oświadczenia, o którym mowa w załączniku nr 1 do SIWZ pkt III.4.b.3 powodować będzie fikcję w zakresie możliwości składania ofert równoważnych, bowiem ani odwołujący ani żaden inny wykonawca nie będzie w stanie złożyć takiego oświadczenia, a co się z tym wiąże złożyć oferty na zadania w których mógłby złożyć ofertę równoważną - w przypadku odwołującego się na zadania 4-11 określone w Tabeli 1. Żądanie złożenia takiego oświadczenia jest niemożliwe i powoduje, że jedyną możliwością złożenia oferty równoważnej jest uzyskanie akceptacji producenta układaków wymienionych w Tabeli 1 - w przypadku odwołującego akceptacji udzielonej przez konkurencyjnego wykonawcę firmę Pegral w zakresie zadań 4-11. Zdaniem odwołującego się uzyskanie takiej akceptacji także jest niemożliwe, bowiem inny wykonawca Petek i Wspólnicy - podmiot, który jest przedstawicielem odwołującego się w zakresie dystrybucji układaków kablowych zwrócił się do Pegral o udzielenie akceptacji na poszczególne typy układaków GUK produkcji Gumoplast, jednak do dnia wniesienia odwołania nie uzyskał odpowiedzi Pegral w sprawie jego stanowiska w tym zakresie.

Tak skonstruowana SIWZ narusza zdaniem odwołującego się art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, art. 29 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym zasadne jest żądanie odwołującego się wykreślenie treści załącznika nr 1 do SIWZ pkt III.4.b.3 i pozostawienie wyłącznie oświadczenia wykonawcy, o którym mowa w załączniku nr 1 do SIWZ pkt III.4.b.2 o proponowanej przez odwołującego się treści.

Uwzględnienie żądania wykreślenia treści załącznika nr 1 do SIWZ pkt III.4.b.3 skutkować musi wykreśleniem ppktu f zmodyfikowanej w dniu 19.04.2011 r. treści załącznika nr 4 w § 9 ust. 1 pkt 1. W przypadku brak obowiązku przedłożenia potwierdzenia jednostki notyfikowanej stwierdzającego możliwość łączenia dwóch układaków tj. określonego w formularzu ofertowym i innego równoważnego oferowanego przez Wykonawcę w jeden układak oraz o możliwości zastosowania tak zbudowanego urządzenia w kompleksie ścianowym, bezzasadnym będzie pozostawienie przepisów dotyczących kar umownych z tego tytułu.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zamawiający niezasadnie przyjął, że w sytuacji łączenia układaków produkowanych przez różnych producentów powstaje nowy produkt.

Izba oparła swoje rozstrzygnięcie na przedłożonej przez odwołującego się opinii rzeczoznawcy mgr. inż. Benedykta S. oraz piśmie Ośrodka Badań Atestacji i Certyfikacji OBAC Sp. z o.o. z 27 kwietnia 2011 roku. Z opinii wynika m.in., że w celu połączenia segmentów układaków różnych typów i producentów należy spełnić następujące warunki – zgodność ze standardowymi wymiarami współpracujących segmentów oraz zgodność parametrów wytrzymałościowych oraz że wymiana, wprowadzenie w ciąg segmentów układaków kablowych innego układaka kablowego lub dołożenie tego samego segmentu układaka o równych parametrach technicznych nie powoduje, że połączenie takie tworzy nowy wyrób.

Analogiczny wniosek płynie z pisma OBAC Sp. z o.o. z dnia 27 kwietnia 2011 roku, który informuje, że nie wydaje certyfikatów dotyczących możliwości łączenia układaków różnych typów oraz możliwości zastosowania takiej konfiguracji w kompleksie ścianowym. Górniczy układak kablowy typu GUK spełnił wymagania dotyczące oceny zgodności określone w przynależnych procedurach oceny wyrobu obowiązujących w Ośrodku OBAC i może być stosowany w zakładach górniczych. Nie istnieją przepisy prawne i normy potwierdzające lub zaprzeczające możliwość łączenia dwóch układaków kablowych odmiennego typu oferowanych przez różnych producentów. Ocena możliwości zastosowania i współpracy układaków kablowych różnego typu powinna być przeprowadzona przez użytkownika przedmiotowych układaków kablowych. Przesłankami warunkującymi możliwość łączenia układaków jest zgodność wymiarowa współpracujących elementów oraz identyczne parametry wytrzymałościowe.

Zamawiający do odpowiedzi na odwołanie dołączył pismo OBAC Sp. z o.o. z dnia 6 maja 2011 roku, z którego wynika z kolei, że w celu potwierdzenia wymagań układaka kablowego wykonanego z różnych typów dostępnych na rynku, niezbędna jest do przedstawienia dokumentacja techniczna uwzględniająca parametry techniczne wyrobu. Wniosek płynący z tego pisma jest zgoła odmienny niż z pisma z 27 kwietnia 2011 roku. Izba przeanalizowała zatem pisma skierowane do OBAC Sp. z o.o. i skonstatowała, że odwołujący się w swoim zapytaniu opisał dokładnie sytuację faktyczną i warunki

postępowania, natomiast zamawiający poprosił o określenie wymagań, jakie winien spełniać układak kablowy wykonany z elementów różnych układaków dostępnych na rynku, w tym o określenie, jakie dokumenty oraz jaka próbka winna być dostarczona w celu przeprowadzenia stosownych badań. Zamawiający w istocie uzyskał odpowiedź na pytanie o wymagane dokumenty i próbkę, ale nie uzyskał potwierdzenia, że certyfikat zostanie wydany.

Wobec braku podstaw prawnych do dokonanej przez zamawiającego modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdzić należy, że modyfikacja taka w istocie uniemożliwiłaby złożenie ofert innym wykonawcom niż producent układaków, które znajdują się już u zamawiającego, tj. firmie Pegral. Działanie takie należy uznać za naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uwzględnienie żądania wykreślenia treści załącznika nr 1 do SIWZ skutkuje koniecznością wykreślenia ppkt 7 zmodyfikowanej w dniu 19 kwietnia 2011 roku treści załącznika nr 4 w § 9 ust. 1 pkt 1.

Biorąc pod uwagę 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.

.....