

WYROK
z dnia 2 kwietnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Marek Koleśnikow
Anna Packo

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zdzisława Kozę, zam. 42-290 Blachownia, ul. Modrzewiowa 14, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza”, miejsce prowadzenia działalności: 42-714 Lisów, ul. Częstochowska 19** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka 21-013 Puchaczów** protestu z dnia 25 lutego 2008r. (wniesionego 29 lutego 2008r.).

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonać modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

2. kosztami postępowania obciąża Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka 21-013 Puchaczów

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 uiszczonego przez **Zdzisława Kozę, zam. 42-290 Blachownia, ul. Modrzewiowa 14, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą**

**„Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza”,
miejsce prowadzenia działalności: 42-714 Lisów, ul. Częstochowska 19;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka 21-013 Puchaczów** na rzecz **Zdzisława Kozy, zam. 42-290 Blachownia, ul. Modrzewiowa 14, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza”, miejsce prowadzenia działalności: 42-714 Lisów, ul. Częstochowska 19**, stanowiącej uzasadnione koszty Strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego;
- 3) 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, zam. 42-290 Blachownia, ul. Modrzewiowa 14, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza”, miejsce prowadzenia działalności: 42-714 Lisów, ul. Częstochowska 19.**

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

W dniu 19.02.2008r., Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka 21-013 Puchaczów (dalej: Zamawiający), ogłosił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Supplement S postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na dostawę strzemion dwujarzmowych wykonanych ze stali G480V, HŁ CORR lub innej o równorzędnych właściwościach mechanicznych, do obudowy chodnikowej z kształtownika V-32/36 w ilości 300 000 szt. i w tym samym dniu zamieścił na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Zamówienie jest zamówieniem sektorowym, do którego stosuje się przepisy Rozdziału V ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Zdzisław Koza prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza”, 42-714 Lisów, ul. Częstochowska 19 (dalej: Odwołujący), w dniu 29.02.2008r. złożył protest, datowany dnia 25.02.2008r., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 25 ust. 1, art. 30 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Prawa zamówień publicznych w związku z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87 z 2006 r., poz. 605), a także art. 38 ust. 5 i art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w treści ogłoszenia i SIWZ, w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, bez poszanowania Polskich Norm, a także poprzez żądanie złożenia wraz z ofertą dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania i sprzecznych z Rozporządzeniem z dnia 19 maja 2006r.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuścił się powyższych naruszeń dokonując następujących czynności:

1. Zamawiający w SIWZ (część III „Opis przedmiotu zamówienia”, tabela i pkt. 2 „Wymagania”) wskazał, że przedmiot zamówienia należy wykonać wg dokumentacji Głównego Instytutu Górnictwa; Zamawiający dopuścił wykonanie strzemion wg innych dokumentacji, o ile będą równoważne do dokumentacji GIG, pod warunkiem, że będą posiadać równorzędne parametry geometryczne i mechaniczne, przy czym na załączonych do SIWZ rysunkach brak wszystkich parametrów (dokumentacja ta nie może być w pełni udostępniona przez GIG, ponieważ jest własnością Huty Łabędy S.A.), a ponadto Zamawiający nie określił, co do których parametrów oczekuje rozwiązań równoważnych i nie podał zasad oceny, które parametry uzna za równoważne.
2. Zamawiający nie określił konkretnych ilości przedmiotu zamówienia, lecz jedynie „wielkość szacunkową, która może ulec zmianie”, podając iż „minimalna ilość nie powinna być mniejsza niż 80% ilości będącej przedmiotem zamówienia” (tak wskazał Zamawiający w SIWZ, w Rozdziale III), w konsekwencji czego Odwołujący uznaje, że oferta na przedmiot zamówienia nie będzie się pokrywać z ilością dostarczanych elementów, a związku z tym nie można rzetelnie dokonać wyceny oferty; Odwołujący podnosząc powyższe zarzuty, wnosi o:
 - 1) jednoznaczne określenie ilości zamawianych dostaw w poszczególnych asortymentach,
 - 2) określenia harmonogramu dostaw (miesięcznego zapotrzebowania),

- 3) wprowadzenie w par. 10 projektu umowy postanowień, przewidujących odszkodowanie dla wykonawcy w przypadku zmniejszenia zakresu umowy w stosunku do zakresu oferty „lub bezpodstawnego odstąpienia od umowy przez Zamawiającego”.
3. Zamawiający wymaga, aby strzemią wykonane były „ze stali o podwyższonych parametrach wytrzymałościowych, podczas gdy Polskie Norm tego nie obejmują”.
4. Zamawiający żąda w pkt. 8 Rozdziału III SIWZ przedłożenia dokumentów umożliwiających stosowanie na odrzwiach obudowy chodnikowej w warunkach Kopalni w Bogdance połączeń dwustrzemiowych, bez konieczności stosowania strzemiów środkowych, a żądanie to jest niezgodne z Rozporządzeniem z dn. 19 maja 2006r., a ponadto nie jest niezbędne do przeprowadzenia postępowania.
5. Zamawiający żąda, aby cena jednostkowa, podana w ofercie była ceną stałą w trakcie realizacji zamówienia; Odwołujący domaga się wprowadzenia do umowy klauzuli waloryzacyjnej.
6. Zamawiający zastrzega sobie przed podpisaniem umowy dokonanie badań 2 sztuk strzemiów, co jest nieuprawnione, bowiem do oferty należy dostarczyć certyfikaty jednostek uprawnionych do przeprowadzenia badań; nadto Odwołujący wskazuje, że reprezentatywna dla badań jest ilość 5 sztuk wyrobu.
7. Zamawiający wymaga w par. 4 ust. 2 projektu umowy dostarczenia wyrobów spełniających wymagania ustawy o systemie oceny zgodności, co wg Odwołującego jest dokumentem na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którego to warunku nie określono ani w ogłoszeniu, ani w SIWZ, a zatem jest to nieusuwalna wada postępowania.
8. Do SIWZ załączono tylko rysunki ogólne, bez rysunków szczegółowych, warunków technicznych i instrukcji stosowania, co w rezultacie uniemożliwia złożenie oferty na strzemią, wykonane wg innej, niż wykonana przez GIG.

Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie, w dniu 11.03.2008r. informując o swojej decyzji Odwołującego. W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazał, że:

1. Odnośnie zarzutu opisanego przedmiotu zamówienia w treści ogłoszenia i SIWZ w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję – Zamawiający wskazał, że symbole dokumentacji oraz rysunki poglądowe podał jako przykładowe i spełniające jego wymagania. Podkreślił, że zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz.U. Nr 99, poz.1003, załącznik nr 3), GIG jest jednostką upoważnioną do przeprowadzania badań i oceny wyrobów, stąd potraktowanie założeń konstrukcyjnych do projektowania wyrobisk, zawartych w dokumentacji sporządzonej przez

GIG, jako punktu odniesienia. „Przywołanie dokumentacji GIG miało na celu określenie podstawowych parametrów wytrzymałościowych [wytrzymałości na rozciąganie, odporności na korozję, określonym współczynniku sprężystości wzdłużnej (moduł Younga), który ma wpływ na odkształcenia plastyczne materiału], oraz wymiarów geometrycznych strzemion, aby ich zastosowanie było technicznie uzasadnione i możliwe do obecnie stosowanej obudowy chodnikowej.” Według Zamawiającego, na podstawie informacji zawartych w SIWZ, „każdy potencjalny wykonawca jest w stanie opracować własną dokumentację przedmiotowych strzemion i zrealizować zamówienie”. Dodał, że na życzenie Wykonawcy, może udostępnić „wzór strzemiona obecnie stosowanego i spełniającego wymagania Zamawiającego.”

2. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niemożności wyceny przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał, że oczekuje podania ceny za konkretną ilość (300.000 sztuk) strzemion i nie może być tutaj mowy o jakiegokolwiek wieloznaczności. Dla celów sporządzenia oferty, Wykonawcy podają cenę wyrobów tak, jak w formularzu ofertowym. Wyjaśnił, że nie jest w stanie przewidzieć harmonogramu dostaw, bowiem zamówienia w ramach umowy będą składane w cyklach miesięcznych i „ilość strzemion, jak będzie przez niego zamawiana jest uzależniona od postępu prac w wyrobisku”. Podał, iż „nie przewiduje zmniejszenia ilości zamawianych strzemion w stosunku do zakładanej maksymalnej ilości, ale taka sytuacja może się zdarzyć, np. w związku ze zmianą warunków geologicznych znacznie odbiegających od prognozowanych.”

3. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego Polskich Norm, Zamawiający wskazał, że stosowanie Polskich Norm nie ma charakteru obligatoryjnego, ale jest dobrowolne, a zgodnie z art. 7 Ustawy z dnia 12 września 2002r., wyroby spełniające wymagania Polskich Norm oznaczane są na zasadzie dobrowolności znakiem zgodności z Polską Normą pod warunkiem uzyskania certyfikatu zgodności upoważniającego do takiego stosowania. „Przepis art. 30 Ustawy nie pozwala na określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z właściwą normą i temu obowiązkowi Zamawiający uczynił zadość - w zakresie strzemion jest tylko jedna norma PN-87/G-15000/10, dotycząca wyłącznie badań wytrzymałościowych strzemion; norma ta nie precyzuje materiałów stosowanych do produkcji i wymiarów geometrycznych strzemion.”

4. Odnosząc się do zarzutu rozszerzenia katalogu dokumentów, określonych Rozporządzeniem z dn. 19 maja 2006r., Zamawiający wskazał, że „może, zgodnie z art. 138c. 1 2) Prawa zamówień publicznych żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków. Zamawiający uznał, dokument potwierdzający możliwość stosowania na odrzwiach obudowy chodnikowej w warunkach kopalni w Bogdanie połączeń

dwustrzemiowych, bez konieczności stosowania strzemion środkowych to dokument, który jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania. Nie ma w tym niczego sprzecznego z Rozporządzeniem, skoro w tym zakresie Zamawiający może wykraczać poza jego ramy. „Dokumentem”, o którym mowa w tym zapisie może być np. zapis instrukcji stosowania lub oświadczenie wykonawcy.”

5. Uzasadniając oddalenie zarzutu dotyczącego braku zamieszczenia klauzul waloryzacyjnych w projekcie umowy, Zamawiający wskazał, iż nie widzi potrzeby umieszczenia ich w treści umowy. Ewentualne zmiany w umowie będą mogły być dokonywane zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami Ustawy.

6. Oddalając zarzut dotyczący wskazania w SIWZ, że przed podpisaniem umowy Zamawiający może dokonać dodatkowych badań 2 egzemplarzy z każdego rodzaju oferowanych strzemion, Zamawiający stwierdził, iż żaden przepis nie zakazuje mu przeprowadzania dodatkowych badań dostarczanych wyrobów pod kątem ich przydatności u Zamawiającego, zwłaszcza, że zdarzało się w przeszłości, że do Zamawiającego trafiały certyfikaty podrobione, potwierdzające, że dany wyrób jest zgodny z normami, podczas, gdy nie miało to nic wspólnego z prawdą.

7. Oddalając zarzut dotyczący wymogu złożenia wraz z ofertą dokumentów, o których mowa w pkt. 7 uzasadnienia protestu, Zamawiający wskazał, że wymaga, aby dostarczony produkt spełniał wymagania zawarte w Ustawie o systemie oceny zgodności. Dokonanie oceny zgodności, o której mowa w ust. 1, jest obowiązkowe przed wprowadzeniem wyrobu do obrotu lub oddaniem do użytku. Każdy wyrób dostarczany przez jakiegokolwiek dostawcę winien być zgodny z tą ustawą, z wyłączeniami wynikającymi z jej zapisów (dotyczą m.in. wyrobów medycznych, wyrobów związanych z obronnością i bezpieczeństwem państwa). Na potwierdzenie spełniania wymogów Ustawy o systemie oceny zgodności dostawca winien przedłożyć deklarację zgodności lub certyfikat zgodności.

8. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego załączenia do SIWZ tylko rysunków ogólnych, Zamawiający wskazał, iż podał w SIWZ rysunki ogólne dotyczące przedmiotu zamówienia, podał też rodzaj materiału, z którego winien być on wykonany. Na tej podstawie każdy profesjonalista działający na tym rynku jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.

W związku z oddaleniem protestu, w dniu 14.03.2008r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, podtrzymując zarzuty, podniesione w proteście i wnosząc o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Prawa zamówień publicznych, jako że w związku ze stwierdzonymi uchybieniami dotyczącymi warunków udziału w postępowaniu, których w związku z brzmieniem art. 38 ust.

5 nie można konwalidować, obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o zamówienia publiczne.

Nie stwierdzono przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i oświadczeniami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ wskazując na wady SIWZ, twierdzi, że wobec wymagań Zamawiającego, zarówno dotyczących przedmiotu zamówienia, jak i warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwiających złożenie mu konkurencyjnej oferty, nie jest możliwy jego udział w przetargu i udzielenie mu zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 1 i 2 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w treści ogłoszenia i SIWZ w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję - uznano za zasadny. Zamawiający, dopuszczając złożenie oferty na strzemiona wykonane wg dokumentacji równoważnej do strzemion opisanych w dokumentacji Głównego Instytutu Górnicztwa, winien określić parametry przedmiotu zamówienia, które będzie brał pod uwagę, oceniając „równoważność”, winien również wskazać zasady oceny, kiedy określony parametr uzna za równoważny (przykładowo: „nie mniej niż...” , „w zakresie pomiędzy ... a ...”, „o wartości...”). Zarzut podniesiony w pkt. 8 uzasadnienia odwołania („Do SIWZ załączono tylko rysunki ogólne, bez rysunków szczegółowych, warunków technicznych i instrukcji stosowania, co w rezultacie uniemożliwia złożenie oferty na strzemiona, wykonane wg innej, niż wykonana przez GIG”) jest skorelowany z zarzutem podniesionym w pkt. 1. O ile bowiem zamawiający określi w sposób wystarczający pożądane przez siebie parametry minimalne, nie będzie zobowiązany do załączenia szczegółowych rysunków strzemion wykonywanych wg dokumentacji GIG. Nie jest bowiem celem SIWZ żądanie wykonania strzemion identycznych, jak w dokumentacji GIG, stanowiłoby to bowiem naruszenie praw intelektualnych Huty Łabędy S.A., lecz strzemion spełniających identyczne funkcje. Dokumentacja GIG, fragmentarycznie udostępniona wykonawcom wraz ze SIWZ, nie pozwala Wykonawcy zaoferować strzemion równoważnych do wykonywanych wg dokumentacji GIG, o ile nie pozna parametrów, które będą decydowały o uznaniu jego strzemion za równoważne do uznanych za modelowe. Podczas rozprawy Zamawiający oświadczył, że jego wymagania dotyczące równoważności strzemion wynikają z parametrów obudów, do łączenia których

strzemiona będą użyte, Zamawiający zatem użył w SIWZ jako przykładowej dokumentacji opisującej strzemiona, o których wie na pewno, że spełniają jego wymagania. Oczywiście jest, że nie można odmawiać Zamawiającemu prawa do żądania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego szczególnymi, nawet zastrzonymi (wyższymi niż standardowe) wymaganiami, jednak winien on szczegółowo określić, jakie wymogi winny spełniać oferowane w postępowaniu strzemiona i jaki dokument ma to potwierdzić.

Krajowa Izba Odwoławcza nakazuje Zamawiającemu dokonać modyfikacji SIWZ w tym zakresie.

Natomiast nie potwierdził się naruszenia art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez brak sprecyzowania ilości przedmiotu zamówienia. Zamawiający określił ilość strzemion stanowiących przedmiot zamówienia w sposób stanowczy (300 000 sztuk do wyceny). Odwołujący wskazuje, że Zamawiający dopuszcza sytuację, w której oferta na przedmiot zamówienia nie będzie się pokrywać z ilością dostarczanych elementów, (Rozdział III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”). Jednak w par. 5 ust. 3 projektu umowy (mającego pierwszeństwo przed informacjami dotyczącymi realizacji umowy – wielkości zamówienia – w Rozdziale III SIWZ) Zamawiający przewidział, iż „Dostawcy nie przysługuje żadne roszczenie względem Zamawiającego z tytułu zmniejszenia ilości zamówionych wyrobów objętych niniejszą Umową, przy czym minimalna ilość strzemion zamówionych w ramach umowy nie może być niższa, niż 80 % maksymalnej ilości, o której mowa w umowie.” Zamawiający określił również w sposób stanowczy nieprzekraczalny próg minimalny oczekiwanej dostawy, i Wykonawca winien wziąć ten fakt pod uwagę przy wycenie przedmiotu zamówienia. Wskazuje się, iż Zamawiający winien ujednoclić postanowienia SIWZ w zakresie wielkości przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby nie budziły one wątpliwości wykonawców.

Zdaniem składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, projekt umowy załączony do SIWZ nie zamyka Odwołującemu drogi do dochodzenia ewentualnego odszkodowania, jeżeli Zamawiający zmniejszyłby ilość zamawianych strzemion poniżej deklarowanego, 80% progu.

Z powyższych powodów, wnioski Odwołującego o wprowadzenie w par. 10 projektu umowy postanowień, przewidujących odszkodowanie dla wykonawcy w przypadku zmniejszenia zakresu umowy w stosunku do zakresu oferty „lub bezpodstawnego odstąpienia od umowy przez Zamawiającego” nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosnie określenia ilości i asortymentu strzemion dostarczanych w związku z realizacją umowy, ustalono, iż Zamawiający określił ilość strzemion w poszczególnych asortymentach w przybliżeniu (ok. 45%, ok. 10%), i nie można w takim określeniu

doszukiwać się uchybienia przepisom Prawa zamówień publicznych; ponieważ praca kopalni jest procesem dynamicznym, i nie sposób przewidzieć wszystkich okoliczności pozwalających na określenie z góry - z dużym wyprzedzeniem i w sposób ścisły - ilości i asortymentu strzemion, które będą zamawiane przez Zamawiającego.

Zamawiający wiarygodnie wyjaśnił, dlaczego nie jest w stanie z góry określić miesięcznego ściślego harmonogramu dostaw (ilość i asortyment przedmiotu umowy będzie zależał od postępów prac na wyrobisku), jednak należy wziąć również pod uwagę także oświadczenie Odwołującego, niezakwestionowane przez Zamawiającego, co do długości cyklu technologicznego wymaganego do wyprodukowania przedmiotu zamówienia (zaliczając do niego czas niezbędny na pozyskanie stali), możliwość zaplanowania przez Wykonawcę produkcji ma oczywisty wpływ na wycenę przedmiotu zamówienia i brak określenia miesięcznego zapotrzebowania, chociażby w przybliżeniu może utrudniać uczciwą konkurencję, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający oświadczył, że jest w stanie określić w przybliżeniu ilość strzemion, jednak jego przewidywania mogą być obarczone błędem; nie ulega wątpliwości, że mogą zaistnieć rozbieżności pomiędzy przewidywaną ilością a ilością faktycznego zapotrzebowania, jednakże przewidywaną ilość Zamawiający może określić w sposób nieostry, wskazując najmniejszą i największą ilość, ustaloną na podstawie jego dotychczasowych doświadczeń. Z powyższych powodów **Krajowa Izba Odwoławcza nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ w tym zakresie.**

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 30 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, tzn. określenia przedmiotu zamówienia bez poszanowania Polskich Norm, poprzez wymóg, aby strzemiona stanowiące przedmiot zamówienia wykonane były „ze stali o podwyższonych parametrach wytrzymałościowych, podczas gdy Polskie Norm tego nie obejmują”, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, że nie zasługuje on na uwzględnienie. Zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej, niż standardowa, lub o podwyższonych parametrach, o ile jest w stanie swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi okolicznościami. Dla przedmiotowego zamówienia oczywiste jest, że będzie wykorzystywany w warunkach kopalnianych, a ponadto winien być z przyczyn technologicznych skorelowany z obudowami chodnikowymi. Niezależnie od powyższego, jak wskazano wyżej w uzasadnieniu, rozpatrując zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający winien w SIWZ określić, jakie parametry wytrzymałościowe uzna za odpowiadające jego potrzebom (tzn. czy wartość określona w PN należy traktować za minimalną i każda wyższa wartość będzie dla niego wystarczająca, czy może minimalny próg jest określony jeszcze wyżej, niż w PN), a samo podanie nazw pożądanego rodzaju stali (G480V, HŁ CORR) jest niewystarczające wobec braku określenia

podstawowych wymaganych parametrów przy jednoczesnym, bezspornym fakcie, że szczegółowe dane techniczne tych materiałów mogą nie być powszechnie dostępne.

Żądanie przez Zamawiającego, wyrażone w par. 4 ust. 2 projektu umowy, dostarczenia wyrobów spełniających wymagania ustawy z o systemie oceny zgodności, nie stanowi naruszenia przepisów ustawy, o ile w SIWZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący zostanie określone, jaki równoważny przedmiot zamówienia może być zaoferowany – wówczas Wykonawca będzie mógł sporządzić dokumentację zgodnie z przepisami technicznymi, a więc również z ustawą o systemie oceny zgodności.

Odnośnie zarzutu żądania od wykonawców złożenia wraz z ofertą dokumentów, które są sprzeczne z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605), a więc naruszenia art. 25 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Prawa zamówień publicznych w zw. z Rozporządzeniem z dn. 19 maja 2006r., poprzez żądanie zawarte w pkt. 8 Rozdziału III SIWZ przedłożenia dokumentów umożliwiających stosowanie na odrzwiach obudowy chodnikowej w warunkach Kopalni w Bogdance połączeń dwustrzemionowych, bez konieczności stosowania strzemion środkowych, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut ten jest zasadny.

Przedmiotowy dokument nie jest dokumentem na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, lecz dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych (potwierdzającym, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego), zatem nie stwierdzono naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 w zw. z Rozporządzeniem z dn. 19 maja 2006r. poprzez żądanie takiego dokumentu czy jego późniejsze doprecyzowanie w ramach ewentualnej modyfikacji SIWZ. Przy obecnym brzmieniu żądania (opisu żądanego dokumentu) można mieć dwojakiego rodzaju wątpliwości: po pierwsze, czy w innym miejscu oferty Wykonawca nie zawrze informacji wystarczających Zamawiającemu do stwierdzenia, że strzemiona nadają się do stosowania w jego kopalni (wówczas faktycznie nie byłby to dokument niezbędny), a po drugie – Zamawiający nie opisał w SIWZ, jakiego rodzaju ma być przedmiotowy dokument, kto go wydaje (jest uprawniony wydać), i co właściwie ma poświadczać (możliwość stosowania na odrzwiach obudowy chodnikowej w warunkach Kopalni w Bogdance połączeń dwustrzemionowych, bez konieczności stosowania strzemion środkowych, zależy od określenia przez Zamawiającego warunków Kopalni w Bogdance). W tym zakresie, wobec powyższych niejasności, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Zamawiający naruszył przepis art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i **nakazuje dokonać modyfikacji SIWZ w tym zakresie.**

Zamawiający przewidział w Rozdziale III SIWZ, iż przed podpisaniem umowy zbada dostarczone strzemiona (przewiduje dostarczenia wraz z ofertą po 2 strzemion każdego rodzaju), nie precyzując bliżej, kiedy to badanie nastąpi, jakie parametry będą badane i jaki będzie skutek badania. Z postanowień SIWZ jednoznacznie nie wynika, czy badanie to będzie elementem badania zgodności oferty z treścią SIWZ (deklarację taką złożył Zamawiający na rozprawie), a zatem uznać należy, że Zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z par. 3 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia z dn. 19 maja 2006r. W związku z powyższym naruszeniem **Krajowa Izba Odwoławcza nakazuje Zamawiającemu dokonać modyfikacji SIWZ w tym zakresie.**

Poza opisanymi wyżej zarzutami, dotyczącymi naruszenie przepisów ustawy, Odwołujący kwestionował również brak w projekcie umowy załączonym do SIWZ klauzul waloryzacyjnych oraz nierówność Stron umowy w przypisaniu im obowiązku ewentualnej zapłaty kar umownych. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie dopatrył się w tym zakresie naruszenia przez Zamawiającego naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, stanowiących podstawę wniesienia środków ochrony prawnej; Odwołujący również nie wskazał przepisów, które Zamawiający miałby naruszyć, formułując postanowienia projektu umowy w tym zakresie. Waloryzacja ceny może być przewidziana w umowie, lecz przewidzenie ewentualnej waloryzacji nie jest obowiązkiem Zamawiającego; podobnie mniejsze obciążenie karami umownymi wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła wniosku Odwołującego na okoliczność zbadania, czy opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ pozwala na sporządzenie oferty równoważnej, ponieważ uznała stan faktyczny za wystarczająco wyjaśniony dla podjęcia rozstrzygnięcia w tym zakresie.

Odwołujący wnosił o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 38 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, jako że wobec niego postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Odwołujący swoje stanowisko w tym zakresie wywodzi z tezy, iż Zamawiający zmienił warunek udziału w postępowaniu, bądź żądał dokumentu na potwierdzenie warunku, gdy tymczasem nie został on postawiony. W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty w tym zakresie nie są zasadne. Faktycznie, w rozstrzygnięciu protestu, uzasadniając żądanie jednego z dokumentów, Zamawiający przywołał art. 138c ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, pozwalającemu zamawiającemu sektorowemu rozszerzyć katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu poza katalog określony Rozporządzeniem z dn. 19 maja 2006r. jednak dokument, o którym była mowa

w rozstrzygnięciu protestu (część „ad. 4 uzasadnienia protestu”) jak stwierdzono wyżej w uzasadnieniu, nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, składanym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Zamawiający winien w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia określić te dokumenty, lecz ich ewentualna zmiana nie jest objęta sankcją, wynikającą z opisanej w art. 38 ust. 5 Prawa zamówień publicznych modyfikacji SIWZ w zakresie „kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania”.

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych. Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), bowiem jest to maksymalna kwota, określona przez par. 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 2007r., 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 w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....