

Sygn. akt: KIO/UZP 1351/10

WYROK
z dnia 12 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 9 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **MATIX Sp. z o.o., 42 – 202 Częstochowa, ul. Żyzna 11 L** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S. A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44 – 330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** protestu z dnia 11 czerwca 2010 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Jastrzębską Spółkę Węglową S. A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44 – 330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczanego przez **MATIX Sp. z o.o., 42 – 202 Częstochowa, ul. Żyzna 11 L**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr. (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero gr) przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S. A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44 – 330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** na rzecz **MATIX Sp. z o.o., 42 – 202 Częstochowa, ul. Żyzna 11 L** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **MATIX Sp. z o.o., 42 – 202 Częstochowa, ul. Żyzna 11 L**.

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa dla kopalń JSW S.A. szyn do kolejek podwieszanych typu KSP-32, KSP-63, LPS, ZD 24 D i BOWA lub równoważnych w łącznej ilości 18 838 szt. i 10 222 m z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 stycznia 2010 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2010/S 4-004224.

W dniu 11 czerwca 2010 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 1 i 2 i odrzucenia oferty Odwołującego się, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” i wnosząc o powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego się w zakresie zadań nr 1 i 2 jako najkorzystniejszej.

Kwestionując czynność odrzucenia swojej oferty, Odwołujący się podnosi, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ jakie elementy powinna zawierać „opinia techniczna potwierdzająca, że ofertowany typ części jest równoważny”. Wobec powyższego Odwołujący się przedłożył wraz z ofertą kopię pisma Politechniki Śląskiej Wydziału Górnictwa i Geologii Katedry Geomechaniki w Gliwicach z dnia 21 kwietnia 2010 r. Stwierdzono w nim, że w wyniku porównania dostarczonych, ściśle określonych dokumentacji techniczno-ruchowych Fabryki Maszyn Górniczych PIOMA S. A. (producenta kolejki wymienionego w SIWZ) oraz P.W. DREMEX sp. z o.o. (której produkty oferuje Odwołujący się) z wymaganiami zawartymi

w SIWZ rozwiązania szyn jezdnych z przynależnymi elementami są porównywalne w załączonych dokumentacjach. Potwierdzono w piśmie porównywalność konstrukcji oraz parametrów. Podkreślono, że oferowane produkty cechuje pełna równoważność z tymi oczekiwanymi przez Zamawiającego.

Mimo przedłożenia dokumentu, który zdaniem Odwołującego się spełniał wymagania określone przez Zamawiającego w pkt 2.8 załącznika nr 1 do SIWZ, Zamawiający wezwał Odwołującego się do jego uzupełnienia nie wskazując przyczyn, z powodu których Zamawiający go kwestionuje. Odwołujący się uznał, że przypuszczalnie Zamawiający stoi na stanowisku, iż żądana opinia techniczna ma być sporządzona przez jednostkę upoważnioną do przeprowadzenia badań i oceny wyrobów w rozumieniu rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz. U. nr 99 poz. 1003 ze zm.). Odwołujący się zwraca jednakże uwagę, iż w treści SIWZ nie sprecyzowano o jakie podmioty chodzi. Zaś powołane rozporządzenie zawiera wykaz jednostek upoważnionych do przeprowadzenia badań i oceny wyrobów, na potrzeby wydania decyzji o dopuszczeniu wyrobu do stosowania w zakładach górniczych (w pkt 14.1 zamieszczono Politechnikę Śląską Wydział Górnicztwa i Geologii Instytut Mechanizacji Górnicztwa albo Katedra Elektryfikacji i Automatyzacji Górnicztwa).

Zapobiegając wydłużaniu postępowania Odwołujący się stwierdził, że nie będzie kwestionował tego rozumowania, gdyż nie stanowi problemu dla niego przedłożenie dokumentu - wydanego również, tak jak ten wcześniej przedłożony, przez Politechnikę Śląską Wydział Górnicztwa i Geologii, jednakże przez inną katedrę, odpowiadającą jednej z tych wskazanych w rozporządzeniu. W związku z powyższym Odwołujący się w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił kopię pisma z Politechniki Śląskiej Wydziału Górnicztwa i Geologii Instytutu Mechanizacji Górnicztwa w Gliwicach z dnia 18 maja 2010 r. Zaznaczono w nim, że w wyniku weryfikacji potwierdza się poprawność przeprowadzonej analizy porównawczej elementów torów kolejek podwieszanych, zawartej w piśmie Politechniki Śląskiej Wydziału Górnicztwa i Geologii Katedry Geomechaniki w Gliwicach z dnia 21 kwietnia 2010 r.

Niezależnie od powyższego Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego się, uznając, że nie spełnia ona wymogów SIWZ. Po raz kolejny, jak podnosi Odwołujący się, Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia faktycznego swojej decyzji.

Zdaniem Odwołującego się, stanowisko Zamawiającego jest oczywiście nieuzasadnione, bowiem SIWZ nie precyzowała jaką konkretnie treść ma zawierać przedmiotowa opinia techniczna. Niewątpliwie miała jedynie potwierdzać „fakt równoważności”. Nie powinno budzić wątpliwości również to, że dla oceny dokumentu nie jest istotne, jaka została nadana mu nazwa, tylko to, co wynika z jego treści. Pisma przedłożone przez Odwołującego się ewidentnie i jednoznacznie świadczą o tym, że doszło

do potwierdzenia równoważności oferowanych przez niego produktów z tymi opisanymi w SIWZ i to przez kompetentne i uznawane w innych postępowaniach przez Zamawiającego do tego upoważnione podmioty. Z pisma Politechniki Śląskiej Wydziału Górnictwa i Geologii Instytutu Mechanizacji Górnictwa w Gliwicach z dnia 18 maja 2010 r. w sposób oczywisty wynika, że uznano „jako własną” analizę porównawczą elementów torów kolejek podwieszanych oraz jej wyniki zawarte w piśmie Politechniki Śląskiej Wydziału Górnictwa i Geologii Katedry Geomechaniki w Gliwicach z dnia 21 kwietnia 2010 r.

W opinii Odwołującego się, czynności podejmowane przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania, godzą ewidentnie w zasadę uczciwej konkurencji, gdyż w sposób oczywisty mają na celu faworyzowanie jednego uczestnika postępowania, mianowicie Fabrykę Maszyn Górniczych PIOMA S.A., będącej producentem kolejki, której elementy są objęte zamówieniem. Zamawiający zmienił treść SIWZ na skutek protestu Fabryki Maszyn Górniczych PIOMA S.A., dopuszczając do oferowania przez producenta kolejki wymienionego w SIWZ, produktów, które nie są objęte ważnymi decyzjami dopuszczeniowymi, gdyż w pierwszym terminie składania ofert FMG PIOMA ważnej decyzji na elementy KSP-32 nie posiadała. Jest to całkowicie sprzeczne z powoływanym rozporządzeniem i co potwierdził również Wyższy Urząd Górniczy w piśmie z dnia 30 kwietnia 2010 r., w którym uznano, że nie jest możliwe wprowadzanie do stosowania w zakładach górniczych wyrobu, po upływie okresu na jaki została wydana decyzja dopuszczeniowa. Decyzja, której termin ważności upłynął nie stanowi potwierdzenia, że wyrób spełnia wymagania w zakresie bezpieczeństwa użytkowania, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

W dniu 16 czerwca 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego się o oddaleniu protestu.

Zamawiający stoi na stanowisku, iż Odwołujący się nie przedstawił w ofercie dokumentu spełniającego wymagania zawarte w pkt. 2.8 Specyfikacji Technicznej. Przedstawił natomiast pismo z Katedry Geomechaniki Budownictwa Podziemnego i Zarządzania Ochroną Powierzchni Wydziału Górnictwa i Geologii Politechniki Śląskiej w Gliwicach, adresowane do Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „DREMEX” sp. z o.o., powołujące się na wcześniejszą z nim korespondencję, w którym autorzy pisma stwierdzają, że na podstawie wymienionych w piśmie dokumentacji techniczno-ruchowych oraz listu referencyjnego, uważają, że rozwiązania szyn jezdnych z przynależnymi elementami są porównywalne w załączonych dokumentacjach. Zdaniem Zamawiającego, brak w tym piśmie, nie stanowiącym opinii technicznej, potwierdzenia równoważności elementów trasy DRK z trasami kolejek KSP, wyszczególnionych w SIWZ. Przedstawiony dokument stanowi analizę porównawczą rysunków, co zresztą napisano na początku pisma, jednakże analiza ta nie odnosi się do własności mechanicznych i eksploatacyjnych czy też kompatybilności

wyrobów będących przedmiotem przetargu z oryginalnymi elementami kolejek, porównuje jedynie dane z dokumentacji techniczno-ruchowych porównywanych tras. Dokument ten nie zawiera stwierdzenia o równoważności oferowanych wyrobów, a jedynie stwierdzenie o ich porównywalności. Ponadto, dokument ten nie został wydany przez jednostkę upoważnioną do przeprowadzenia badania wyrobów, ponieważ trudno uznać Katedrę Geomechaniki Budownictwa Podziemnego i Zarządzania Powierzchnią Politechniki Śląskiej w Gliwicach za jednostkę upoważnioną do przeprowadzania badań i oceny wyrobów, będących przedmiotem przetargu.

W związku z tym, że wyżej wspomniany dokument nie spełniał wymogów pkt. 2.8 Specyfikacji Technicznej Zamawiający wezwał Odwołującego się do uzupełnienia oferty o dokument spełniający te wymagania. Wykonawca w uzupełnieniu oferty przedstawił pismo z Instytutu Mechanizacji Górnictwa Wydziału Górnictwa i Geologii Politechniki Śląskiej w Gliwicach, które jednak nie stanowi również opinii technicznej, a potwierdza jedynie poprawność przeprowadzonej analizy porównawczej, zawartej w piśmie z Katedry Geomechaniki Budownictwa Podziemnego i Zarządzania Ochroną Powierzchni Politechniki Śląskiej w Gliwicach.

Ponadto, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący się mylnie twierdzi, że uwzględnienie protestu FMG PIOMA S.A. dowodzi preferencyjnego traktowania tego uczestnika postępowania przetargowego. Zmiana, którą wprowadził Zamawiający dotyczyła wszystkich producentów kolejek podwieszanych, wyszczególnionych w specyfikacji do przetargu i polegała na uwzględnieniu składanych w ofercie dokumentów dopuszczeniowych bez względu na termin upływu ich ważności. Było to spowodowane faktem, że przedmiotem postępowania nie są nowe trasy kolejek podwieszanych, ale uzupełnienie zużytych elementów tras kolejek już eksploatowanych i dopuszczonych do ruchu na podstawie wcześniej wydanych przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego dopuszczeń.

W dniu 24 czerwca Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

Zdaniem Odwołującego się, prezentowane przez Zamawiającego stanowisko pozostaje w sprzeczności z treścią przedłożonych dokumentów. Wystarczy szczegółowo zapoznać się z treścią dokumentu z dnia 21 kwietnia 2010 r., aby stwierdzić, że potwierdzono w nim pełną równoważność elementów produktu oferowanego z oczekiwanym. Z powyższego wynika, że fakt równoważności został wykazany w przedstawionym dokumencie oraz, że autorzy dokumentu (wykazujący się niewątpliwie specjalistyczną wiedzą fachową) nie dostrzegają jakiegokolwiek praktycznej różnicy pomiędzy pojęciami „równoważność” oraz „porównywalność”.

Budzi zdumienie Odwołującego się również stanowisko Zamawiającego w przedmiocie kwestionowania faktu wykazania przez Odwołującego się równoważności

oferowanego produktu z oczekiwanym, w sytuacji, gdy doskonale wiadomo Zamawiającemu, że ocena w przedmiotowym zakresie może być dokonana na podstawie analizy porównawczej rysunków technicznych elementów. Jeżeli Zamawiający chciał mieć niejako „fizyczny dostęp” do oferowanego produktu, to mógł zgodnie z przepisami prawa żądać przedłożenia próbki.

Ponadto, Zamawiający nie kwestionował faktu spełnienia przez oferowany produkt wymagań specyfikacji technicznej pkt. 1.2 SIWZ, który określa warunki techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia. Zaś, przedstawiona przez Odwołującego się dokumentacja techniczno-ruchowa zawiera parametry mechaniczne, eksploatacyjne, użytkowe oferowanych części.

Co do twierdzenia Zamawiającego, iż przedstawione dokumenty nie stanowią opinii, Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający nie określił w SIWZ jaką szczegółową treść (elementy) powinna zawierać wymagana przez niego opinia, zaznaczył jedynie, że jej celem jest potwierdzenie równoważności. Dopiero w rozstrzygnięciu protestu przedstawił niejako swoje wyobrażenie co do jej treści, przy czym uczynił to w sposób wyjątkowo nieudolny. Takie stanowisko Zamawiającego potwierdza fakt, że ocenę przedstawionych mu dokumentów prowadził w sposób całkowicie dowolny, w zasadzie nie wiedząc w oparciu o jakie kryteria to czyni. Zaś, kwestionowanie mocy dokumentu w oparciu o argument, że nie jest określony mianem opinii technicznej jest bezpodstawne, gdyż decydujące znaczenie ma faktyczna treść, a nie jego tytuł czy nazwa.

Ponadto, skoro Zamawiający w SIWZ nie wskazał, jakie przesłanki mają być podstawą do badań równoważności, nie może na obecnym etapie kwestionować tych, które były podstawą tego badania w analizie przedstawionej przez Odwołującego się.

Odwołujący się zwraca również uwagę, iż Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu stwierdził, że pierwszy z przedstawionych przez Odwołującego się dokumentów z dnia 21 kwietnia 2010 r. nie został wydany przez jednostkę upoważnioną do przeprowadzania badań i oceny wyrobów. Nie kwestionował natomiast tej okoliczności w odniesieniu do drugiego z dokumentów, z czego wynika, że w jego ocenie, został wystawiony przez podmiot, który odpowiada jego oczekiwaniom. Zamawiający podważył jednak wagę tego dokumentu stwierdzając, że „nie jest opinią techniczną a jedynie potwierdza poprawność przeprowadzonej analizy porównawczej”, podczas gdy z treści tego pisma wynika, że jednostka upoważniona do przeprowadzania badań i oceny wyrobów stwierdza (porównywalność) równoważność produktów oferowanych przez Odwołującego się z oczekiwanymi przez Zamawiającego. Potwierdzono to w oparciu o analizę już przeprowadzoną, szczegółowo opisaną w dokumencie pierwotnie przedłożonym, którą uznaje niejako „za własną”. Nie sposób pominąć również tego, że na rynku nie działają

podmioty, które mają formalnoprawne umocowanie do przeprowadzania badań i oceny wyrobów w przedmiocie ich równoważności.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 2.8 załącznika nr 1 do SIWZ „Specyfikacja Techniczna”, wykonawca, który nie jest producentem kolejki wyszczególnionej w specyfikacji, do której będą stosowane elementy, będące przedmiotem przetargu, zobowiązany został do przedłożenia wraz z ofertą autoryzacji producenta kolejki wyszczególnionej w specyfikacji lub jego pisemnej zgody na zastosowanie oferowanych części w kolejkach lub opinii technicznej lub certyfikatu zgodności, potwierdzającego, że oferowany typ części jest równoważny z wymienionym w danym zadaniu, wydanego przez jednostkę upoważnioną do przeprowadzania badań i oceny wyrobów.

Z treści oferty Odwołującego się, wynika (str. 5-6), iż producentem szyn oferowanych przez Odwołującego się w ramach zadania nr 1 i 2 jest Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DREMEX” sp. z o.o.

Odwołujący się w celu potwierdzenia spornego wymogu załączył do oferty (str. 333-355) dokument z dnia 21 kwietnia 2010 r., adresowany do Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „DREMEX” Sp. z o.o., sporządzony przez dr inż. Piotra Głucha w Katedrze Geomechaniki, Budownictwa Podziemnego i Zarządzania Ochroną Powierzchni Politechniki Śląskiej, z którego wynika, iż dokonano porównania dokumentacji techniczno-ruchowej szyn kolejki KSP-32 i KSP-63 z dokumentacją techniczno-ruchową produktów oferowanych przez Odwołującego się, mając na uwadze postanowienia SIWZ i stwierdzono, że „rozwiązania szyn jezdnych z przynależnymi elementami są porównywalne w załączonych dokumentacjach.”

Dokonując oceny przedmiotowego dokumentu Zamawiający uznał, iż nie należy on do katalogu dokumentów, o których mowa w pkt 2.8 Specyfikacji Technicznej i wezwał Odwołującego się, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentu wymienionego we wskazanym punkcie (pismo z dnia 13 maja 2010 r.).

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie (pismo z dnia 19 maja 2010 r.) Odwołujący się przedłożył dokument sporządzony przez Dyrektora Instytutu Mechanizacji Górnictwa prof. dr hab. Inż. Mariana Dolipskiego z Wydziału Górnictwa i Geologii Politechniki Śląskiej, w którym potwierdzono „poprawność przeprowadzonej analizy porównawczej elementów torów kolejek podwieszanych zawartą w piśmie Ldz. 57/RG4/2010 opracowaną przez dr inż. Piotra Głucha z Katedry Geomechaniki Budownictwa Podziemnego i Zarządzania Ochroną Powierzchni. Weryfikację analizy porównawczej przeprowadził dr inż. Jarosław Brodny z Instytutu Mechanizacji Górnictwa.”

Przedstawione przez Odwołującego się dokumenty zostały zweryfikowane przez Zamawiającego negatywnie, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W piśmie z dnia 2 czerwca 2010 r. Zamawiający zawarł uzasadnienie swojej decyzji wskazując, iż „oferując elementy równoważne Wykonawca powinien dołączyć dokumenty wymienione w pkt 2.8 Specyfikacji Technicznej (...), przedstawiono natomiast jedynie kopię pisma z Wydziału Górnictwa i Geologii Politechniki Śląskiej w Gliwicach nie spełniające wymogów specyfikacji. W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty w zakresie zadania 1 i 2 poprzez przedłożenie dokumentów zgodnych z pkt 2.8 Specyfikacji Technicznej. Wykonawca nie uzupełnił dokumentów zgodnych z pkt 2.8 Specyfikacji Technicznej. W uzupełnieniu Wykonawca przedstawił kopię pisma z Instytutu Mechanizacji Górnictwa Wydziału Górnictwa i Geologii Politechniki Śląskiej w Gliwicach potwierdzającego poprawność przeprowadzenia analizy załączonej do oferty, która jednak w dalszym ciągu nie spełnia wymogów specyfikacji.”

W tym stanie faktycznym, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa szyn do kolejek podwieszanych typu KSP-32 lub równoważnych dla zadania nr 1 i KSP-63 lub równoważnych dla zadania nr 2 (pkt 4 SIWZ). Warunki techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia, z jednoczesnym określeniem cech, których posiadanie świadczyć będzie o równoważności oferowanych produktów z przyjętym przez Zamawiającego rozwiązaniem modelowym, zostały przez Zamawiającego opisane odrębnie dla poszczególnych zadań w Specyfikacji Technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ. I tak dla zadania nr 1 wspomniane wymogi zostały ujęte w pkt 1.2 przedmiotowej specyfikacji, zaś dla zadania nr 2 w pkt 1.3, wymienionego dokumentu.

Biorąc pod uwagę treść pkt 2.8 Specyfikacji Technicznej należy dojść do przekonania, że skoro Zamawiający wymagał, aby oferowany typ części był równoważny z wymienionym w danym zadaniu, to nie ulega wątpliwości, że przedmiot dostawy musi odpowiadać wymaganiom opisanym przez Zamawiającego w pkt 1.2 i 1.3 Specyfikacji Technicznej odpowiednio dla zadania nr 1 i 2. Oznacza to, że oferowane szyny mają posiadać parametry nie gorsze od tych, wskazanych przez Zamawiającego w ramach warunków przez niego sformułowanych. Nie można bowiem zgodzić się z Zamawiającym, że oferowane szyny powinny spełniać jeszcze inne warunki, np. w zakresie wytrzymałości, skoro nie zostały one w żaden sposób przez Zamawiającego określone.

Zauważyć należy, iż Zamawiający podał we wskazanych punktach zamknięty katalog cech, jakimi ma się charakteryzować przedmiot dostawy, zastrzegając jednocześnie, że powyższe powinno zostać potwierdzone w formie opinii technicznej, wydanej przez

upoważnioną jednostkę. W tych okolicznościach Zamawiający nie może oczekiwać, iż wykonawca zobowiązany jest do potwierdzenia również innych cech, nawet istotnych z punktu widzenia Zamawiającego. Nie było bowiem przeszkód, aby Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia ustalił znacznie szerszy katalog warunków, jakim ma odpowiadać oferowany produkt. Skoro Zamawiający tego nie uczynił, bezpodstawne pozostają oczekiwania Zamawiającego, co do innych parametrów, których obowiązkowi spełniania Zamawiający nie wyartykułował. Ponadto, zwrócić należy uwagę, iż producent szyn oferowanych przez Odwołującego się wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji szyn kolejki KSP-32 i KSP-63, czego Zamawiający nie uczynił, mimo iż we wzorze załącznika nr 1 i 2 do formularza ofertowego powołuje się określone rysunki. Zatem, za niezrozumiałe należy uznać twierdzenia Zamawiającego, który wskazuje na brak potwierdzenia innych parametrów w sytuacji, w której Odwołujący się posiadał wiedzę jedynie w odniesieniu do tych, które Zamawiający ujawnił.

Jednocześnie podkreślenia wymaga fakt, iż z żadnych postanowień SIWZ nie wynika, iż opinia w przedmiocie równoważności w istocie powinna być oparta na wynikach badań i ocenie wyrobu przeprowadzonych w celu wydania decyzji o dopuszczeniu wyrobu do stosowania w zakładach górniczych. Ponadto, cel i zakres obu opinii jest zgoła odmienny, co zdaje się zauważać również sam Zamawiający, który oprócz spornej opinii postawił również wymóg przedłożenia aktualnego dopuszczenia Wyższego Urzędu Górniczego do stosowania elementów, będących przedmiotem przetargu, w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych (pkt 2.1 Specyfikacji technicznej).

Przechodząc do oceny dokumentu z dnia 21 kwietnia 2010 r., dołączonego przez Odwołującego się do oferty, stwierdzić należy, iż wynika z niego, że dokonano porównania szyn „modelowych”, dotychczas użytkowanych przez Zamawiającego, z tymi oferowanymi przez Odwołującego się pod kątem wszystkich warunków określonych przez Zamawiającego w pkt 1.2. i 1.3 Specyfikacji Technicznej (w tym cech świadczących o równoważności), jednocześnie potwierdzając ich spełnianie. I w tym kontekście użyto sformułowania, iż „rozwiązania szyn jezdnych z przynależnymi elementami są porównywalne w załączonych dokumentacjach.” Powyższej okoliczności Zamawiający skutecznie nie zakwestionował, co więcej nawet nie weryfikował przedmiotowej opinii pod tym kątem.

Jednocześnie, zdaniem Izby, bez znaczenia dla niniejszej sprawy pozostaje fakt, iż stwierdzenie równoważności nastąpiło jedynie na podstawie analizy odpowiednich dokumentacji techniczno-ruchowych. W tym zakresie Zamawiający nie postawił bowiem żadnych wymogów, zatem przyjąć należy, iż wybór metody i sposobu przeprowadzenia badania należał do wydającego opinię. Zamawiający zaś nie wykazał, iż oparcie się w tym względzie na powoływanej dokumentacji jest niewystarczające dla oceny spełniania warunków wymaganych przez Zamawiającego.

Bez wpływu na ocenę spornych okoliczności pozostaje również fakt, iż analizowany dokument adresowany jest do Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „DREMEX” Sp. z o.o. w odpowiedzi na pismo z dnia 9 kwietnia 2010 r. Istotne jest bowiem, iż dokonano oceny szyn oferowanych przez Odwołującego się pod kątem wymagań Zamawiającego, określonych w niniejszym postępowaniu. Zatem, nie sposób odmówić uprawnienia do posługiwania się niniejszą opinią, mając na uwadze jej przydatność i aktualność w tym postępowaniu.

Nie budzi wątpliwości Izby, iż mimo, że przedmiotowemu dokumentowi nie nadano nazwy, stanowi opinię techniczną. Analizując treść dokumentów z dnia 21 kwietnia 2010 r. i 18 maja 2010 r. nie sposób nie zauważyć, iż w każdym z tych dokumentów określona osoba wyraziła osąd w aspekcie pewnego zagadnienia technicznego, w żądanym przez Zamawiającego zakresie. Różnica między nimi polega jedynie na tym, iż ta druga opinia jest wynikiem weryfikacji stanowiska wyrażonego w pierwszej.

Stwierdzenie, iż sporne dokumenty stanowią opinię w wymaganym przez Zamawiającego zakresie, przy jednoczesnym potwierdzeniu wymagań Zamawiającego, rodzi konieczność przejścia do ostatniego etapu oceny spornych dokumentów, w świetle postanowień pkt 2.8 Specyfikacji Technicznej. Do rozstrzygnięcia pozostaje kwestia, czy opinie zostały wydane przez jednostkę upoważnioną. Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający nie zdefiniował przedmiotowego pojęcia, wykonawcy w tym względzie mieli dużą swobodę. Nie sposób zatem stwierdzić, iż w sytuacji braku określenia kręgu podmiotów, od których Zamawiający oczekuje wydania opinii, posiłkowanie się przez Odwołującego się wykazem jednostek upoważnionych do przeprowadzania badań i oceny wyrobów, stanowiącym załącznik nr 3 do powoływanego rozporządzenia jest nieuzasadnione. Wręcz przeciwnie, jest wyrazem zachowania najwyższej staranności przez Odwołującego się, który powierzył wyrażenie opinii podmiotowi uprawnionemu do przeprowadzania badań i oceny wyrobów w celu wydania decyzji o dopuszczeniu wyrobu do stosowania w zakładach górniczych. W tym miejscu za nieuprawnione należy uznać twierdzenia Zamawiającego, iż nie powinno budzić wątpliwości, co Zamawiający rozumie pod pojęciem „jednostki upoważnionej”, skoro zostało to wyjaśnione w innych postępowaniach, w których Odwołujący się brał udział. Oczywistym jest bowiem, iż postanowienia SIWZ są wiążące jedynie w konkretnym postępowaniu.

Skoro więc Politechnika Śląska Wydział Górnictwa i Geologii Instytut Mechanizacji Górnictwa jest jednostką upoważnioną do przeprowadzania badań i oceny wyrobów, zgodnie z powoływanym rozporządzeniem, a opinia z dnia 18 maja 2010 r. została sporządzona przez Dyrektora tegoż Instytutu w oparciu przeprowadzoną weryfikację poprzedniej opinii, uznanie przedmiotowej opinii za pochodzącą od podmiotu uprawnionego jest jak najbardziej uzasadnione.

Z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 sformułowany na kanwie zmian dokonanych w SIWZ należy uznać za spóźniony i jako taki nie podlegający rozpoznaniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty Odwołującego się w kwocie 3 600,00 zł, stanowiące koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się.

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....