

Sygn. akt. KIO/UZP 91/07

WYROK
z dnia 21 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / w dniach* 21.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Minova Ekochem Spółka Akcyjna, ul. Budowlana 10, Siemianowice Śląskie** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, Jastrzębie Zdrój** protestu / protestów* z dnia 12.12.2007 r.

przy udziale Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "ADIBUD" Piotr Ślosorz, ul. Bławatków 4, Mysłowice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Minova Ekochem Spółka Akcyjna, ul. Budowlana 10, Siemianowice Śląskie

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Minova Ekochem Spółka Akcyjna, ul. Budowlana 10, Siemianowice Śląskie**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Minova Ekochem Spółka Akcyjna, ul. Budowlana 10, Siemianowice Śląskie** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, Jastrzębie Zdrój**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Minova Ekochem Spółka Akcyjna, ul. Budowlana 10, Siemianowice Śląskie**

Uzasadnienie

Odwołujący, po zapoznaniu się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w postępowaniu na dostawę spoiw górniczych i otrzymaniu rozstrzygnięcia protestu wniosków dnia 21.12.2007 r. odwołanie wobec treści siwz zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 25 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, niejednoznaczne i niedostateczne opisanie przedmiotu zamówienia, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz brak spójności w treści siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Podniósł, że wskazywanie stosunku wody do proszku, przez który oznaczane mają być właściwości spoiwa, nie znajduje merytorycznego uzasadnienia, a spoiwo o takich samych parametrach techniczno-użytkowych można uzyskać stosując różne produkty przy zużyciu różnej ilości wody. Zakwestionował twierdzenie Zamawiającego, że wskazanie stosunku woda/proszek jest istotne dla doboru sprzętu do wytwarzania i podawania spoiwa, gdyż

przewidując dla zadań 1, 6, 7 i 8 zastosowanie takich samych aparatów do torkretowania. Zamawiający wskazał dla poszczególnych zadań różne współczynniki w/p od 0,08 do 0,35. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w siwz podano współczynnik woda/proszek jako konkretną wartość lub z wąskim zakresem wartości w sytuacji, gdy technologia wytwarzania uniemożliwia precyzyjne dozowanie wody i zachowanie żądanego współczynnika.

W kolejnym zarzucie Odwołujący zakwestionował wskazanie w siwz wymaganego dla danego spoiwa współczynnika rozmiękania jako pozbawione merytorycznego uzasadnienia. Stwierdził, że współczynnik rozmiękania nie odzwierciedla, wbrew zdaniu Zamawiającego, zmiany (zmniejszenia) wytrzymałości spoiwa pod wpływem wody. Jednocześnie za całkowicie nieuzasadnione uznał wyeliminowanie produktów o wartości tego współczynnika wyższej od 1,0. Zaznaczył również, że podane zakresy współczynnika rozmiękania są bardzo wąskie i niekonsekwentne w poszczególnych zadaniach, pomimo że wymagania w zakresie wytrzymałości spoiwa są w odpowiednich zadaniach niemal identyczne.

Kolejny zarzut dotyczy treści: „i nie zawiera ograniczeń do stosowania w konkretnych warunkach, innych niż kopalnie węgla kamiennego, np. sanatoriach, tunelach itp.”, ujętej w pkt VIII.19 SIWZ, uznanej przez odwołującego za sprzeczną z art. 25 Pzp, gdyż w przetargu na dostawę spoiw, które mają być stosowane w podziemnych wyrobiskach górniczych, nie powinny mieć miejsca ewentualne przeciwwskazania do zastosowania tych produktów w sanatoriach, tunelach itp. Taki opis odwołujący uznał za naruszający rt. 29 ust. 1 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i z użyciem określeń, które nie są dostatecznie dokładne.

W ostatnim zarzucie zakwestionowano treść pkt VIII.20 siwz w części o brzmieniu „dotyczy spoiw o wydajności poniżej $1,0 \text{ t/m}^3$ jako niezgodną z art. 29 ust 2 ustawy. Zdaniem odwołującego brak jest uzasadnienia dla ograniczenia zakresu stosowania wymagań tylko do części produktów, które mają być oferowane. Zarzucił Zamawiającemu błędne założenie, że spoiwa o wydajności poniżej $1,0 \text{ t/m}^3$ mogą powodować wydzielanie się różnych gazów, które mogą zakłócać wskazania czujników atmosfery kopalnianej, co nie występuje przy

spoiwach o większej wydajności tj. powyżej $1,0 \text{ t/m}^3$. Podniósł brak bezpośredniego związku między wydajnością spoiwa, a wydzielaniem gazów podczas jego wytwarzania.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie:

- 1) pkt II.2.1 – 8 poprzez usunięcie wskazania stosunku woda/proszek, przy którym oznaczane mają być właściwości spoiwa, w tym wytrzymałość na ściskanie i zginanie,
- 2) 2) pkt II.2.1.4, pkt II.2.6.5. pkt II.2.7.8 poprzez usunięcie konieczności wskazania współczynnika rozmiękania spoiwa tj. wykreślenia tych punktów siwz,
- 3) pkt VIII.19 poprzez usunięcie sformułowania „i nie zawiera ograniczeń do stosowania w konkretnych warunkach, innych niż kopalnie węgla kamiennego, np. sanatoriach, tunelach itp.”,
- 4) pkt VIII.20 poprzez usunięcie sformułowania „dotyczy spoiw o wydajności poniżej $1,0 \text{ t/m}^3$ ”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że zarzuty dotyczące określenia przedmiotu zamówienia są bezzasadne, a treść siwz spełnia warunki określone przepisami prawa. Stwierdził, że żądanie modyfikacji treści SIWZ w zakresie parametrów technicznych, jakie powinny być spełnione dla poszczególnych rodzajów spoiw w poszczególnych zadaniach jest nieuzasadnione, a decyzja o wymaganych w postępowaniu parametrach produktu należy do Zamawiającego. Rezygnacja z kwestionowanych parametrów byłaby, w ocenie Zamawiającego niedopuszczalnym uproszczeniem procedury przetargowej.

Odnosząc się do żądań stwierdził, że wskazanie stosunku proszek/woda jest istotną informacją dla określenia gęstości mieszaniny, a następnie doboru sprzętu, którym spoiwo będzie wytwarzane i podawane w miejsce jego zastosowania. Parametry wytrzymałości na ściskanie i zginanie muszą się odnosić do proporcji woda/proszek w celu porównania tych

parametrów i oceny składanych ofert. Podniósł również, że podane proporcje mają związek z możliwościami transportu surowców do miejsc ich przetwarzania i podawania.

Za uzasadnione uznał również Zamawiający utrzymanie parametru współczynnika rozmiękania z uwagi na zmienne warunki hydrogeologiczne w kopalni. Ograniczenie wielkości tego współczynnika do 1,0 uzasadnił potrzebami ruchowymi w kopalni i stosowanymi technologiami. Podniósł, że dopuszczenie wyższego wskaźnika oznaczałoby zwiększenie wytrzymałości spoiwa pod wpływem wody oznaczające dojrzewanie w środowisku wodnym, co warunkach kopalni jest nieprzydatne. Zaznaczył, że nie dopuszcza dodatkowej pielęgnacji wodnej dla spełnienia parametrów wytrzymałościowych oraz procesu wiązania i dojrzewania spoiw.

Odnosnie zarzutu dotyczącego miejsca zastosowania, stwierdził, że z punktu VIII.19 SIWZ wynika, że, jeśli wydany atest PZH będzie stwierdzał, że spoiwo może być stosowane w sanatoriach (np. kopalnia Wieliczka), tunelach itp., to nie będzie spełniał warunku określonego przez Zamawiającego. Z uwagi na warunki atmosfery i zagrożenia, żąda by atest zawierał stwierdzenie, że spoiwo może być stosowane w podziemnych wyrobiskach górniczych kopalni węgla kamiennego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego sformułowania o spoiwach o wydajności poniżej 1,0 t/m³ Zamawiający wskazał, że spoiwa o wyższej wydajności nie powodują przy ich sporządzaniu wydzielania jakichkolwiek gazów, a tym samym nie stanowią zagrożenia w podziemnych wyrobiskach i nie powodują zakłóceń we wskazaniach czujników atmosfery kopalnianej. Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania powołując się na stanowisko jednostki certyfikującej – Głównego Instytutu Górnictwa oraz wskazując, że zarzut naruszenia art. 25 Pzp jest niezasadny, gdyż Zamawiający sektorowy może żądać także innych dokumentów, niż określone na podstawie art. 25 ust 2, zgodnie z art. 138 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie przedstawionych w sprawie dokumentów, w szczególności po przeanalizowaniu treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wysłuchaniu Stron zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 29 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto ustawa wymaga, by opis był dokonany za pomocą cech technicznych i jakościowych przy uwzględnieniu norm wymienionych w art. 30. Powołany przepis art. 29 nakazuje dokonać opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji. Odwołujący deklarując, że jest producentem spoiw stosowanych w górnictwie zakwestionował niektóre parametry wskazane w specyfikacji przez Zamawiającego. Wskazał m. in., że stosunek woda/proszek jest parametrem zbędnym, gdyż dla uzyskania spoiwa o takich samych parametrach techniczno-użytkowych można zużyć różną ilość wody.

Analogiczny zarzut podniósł do podanego w siwz współczynnika rozmiękania.

Skład orzekający KIO oceniając te zarzuty uznał, że Zamawiający ma prawo oczekiwać od oferowanego produktu określonego składu surowcowego. Podanie w siwz w określonych zadaniach o różnym przeznaczeniu wymogu zastosowania proporcji woda/proszek może być uzasadnione zarówno względami technologii wytwarzania jak i ilością surowca, który musi być przetransportowany do miejsca podawania.

Powołany w siwz współczynnik rozmiękania jest jednym z parametrów służących ocenie różnicy wytrzymałości w różnych warunkach, w tym w otoczeniu suchym lub wodnym, co potwierdza m. in. treść pkt 4.13 Polskiej Normy 85/B-04500. Znajomość tego wskaźnika w zmiennych warunkach kopalni podziemnej węgla kamiennego może mieć znaczenie dla właściciela. Tym samym nie uznano tych warunków za naruszające zasadę uczciwej konkurencji. Jednocześnie Izba stwierdza, że Odwołujący zadeklarował, lecz nie udowodnił faktu istnienia na rynku produktów spełniających parametry użytkowe wynikające z postanowień siwz, lecz o odmiennych parametrach technicznych, w tym w zakresie proporcji woda/proszek i współczynnika rozmiękania.

Warunek przedstawienia atestu PZH potwierdzającego, że „spoiwo może być stosowane w podziemnych wyrobiskach górniczych i nie zawiera ograniczeń do stosowania w innych warunkach niż podziemne kopalnie węgla kamiennego” nie narusza zasady art. 7 Pzp,

zważywszy zwłaszcza znane powszechnie podwyższone wymogi bezpieczeństwa i higieny w podziemnych kopalniach. Niezależnie od sformułowania treści pkt VIII.19 , za niesporne należy uznać, że warunek dotyczy podziemnych wyrobisk górniczych kopalni węgla kamiennego. Oceniając treść pkt VIII.20 siwz dotyczący sformułowania o spoiwach o wydajności poniżej 1,0 t/m³ oraz uwzględniając stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu skład orzekający ocenia, że z powołanego postanowienia siwz wynika wymóg oferowania spoiwa, które nie ma wpływu na wskazania czujników atmosfery kopalnianej, bez względu na wskaźnik wydajności . Żądanie dokumentu na tę okoliczność w odniesieniu do niektórych spoiw, a nie wszystkich, nie może być zatem uznane za ograniczające dostęp do zamówienia.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego nie wyklucza zaoferowania przy składaniu oferty rozwiązań równoważnych, co wynika wprost z przepisu art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten obowiązuje niezależnie od tego, czy zamawiający wywiązał się z obowiązku wskazania, iż dopuszcza rozwiązania równoważne. Na podstawie tego przepisu wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającemu, wykazuje, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Wskazując na powyższe, orzeczono, jak na wstępie nie znajdując podstaw do nakazania dokonania zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wskazując na możliwość udziału Odwołującego w postępowaniu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*