

**WYROK**

**z dnia 15 kwietnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2011 r. przez **Krzysztofa Kropidłowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: SKK Krzysztof Kropidłowski, 80-177 Gdańsk, ul. Irysowa 12/5** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., 21-012 Puchaczów, Bogdanka.**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Krzysztofa Kropidłowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: SKK Krzysztof Kropidłowski, 80-177 Gdańsk, ul. Irysowa 12/5 i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Krzysztofa Kropidłowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: SKK Krzysztof Kropidłowski, 80-177 Gdańsk, ul. Irysowa 12/5 tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Krzysztofa Kropidłowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: SKK Krzysztof Kropidłowski, 80-177 Gdańsk, ul. Irysowa 12/5 na rzecz Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. 21-012 Puchaczów, Bogdanka kwotę**

**3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego na rozprawie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

**UZASADNIENIE**  
**(sygn. akt KIO 680/11)**

Zamawiający, Lubelski Węgiel Bogdanka S.A., prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa odrzwi obudowy chodnikowej z kształtownika V32 i V36 wykonanej ze stali o podwyższonych właściwościach mechanicznych”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 23.03.2011 r. zamawiający zamieścił na stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz). W Dz. U. UE ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 26.03.2011 r. pod numerem 2011/S 60-097588.

W dniu 31.03.2011 r. Krzysztof Kropidłowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SKK Krzysztof Kropidłowski, wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i siwz.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1, 2 i 3, art. 30 ust. 1 - 6 i art. 36 ust. 5 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz - przez narzucenie Głównego Instytutu Górnictwa, jako podwykonawcy dokumentacji własnej wykonawcy, bez określenia warunków równoważności i parametrów oceny równoważności, według której zamawiający uzna parametry za równoważne, a także Zamawiający nie załączył kompletu rysunków, który oprócz załączonych rysunków poglądowych winien zawierać również rysunki wykonawcze na poszczególne elementy obudowy z ich szczegółowymi wymiarami oraz nie załączył warunków technicznych i instrukcji stosowania, które to zawierają podstawowe dane obudów np. nośność, która jest jednym z podstawowych kryteriów określających obudowę i jej możliwość zastosowania co narusza zasady uczciwej konkurencji może utrudnić i utrudnia uczciwą konkurencję;
2. art. 29 ust. 1, 2 i 3, art. 30 ust. 1 - 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy - w ogłoszeniu o zamówieniu i w siwz - przez opisanie przedmiotu zamówienia rysunkami wyszczególnionymi w tabeli zamieszczonej w siwz, do których prawa do wykorzystania w zakresie umożliwiającym złożenie oferty i wykonanie zamówienia na podstawie tych rysunków, nabyła i faktycznie wyłącznie posiada Huta Łabędy SA, i których zbycia odwołującemu odmówił - będący wykonawcą tej dokumentacji - Główny Instytut Górnictwa, przy czym taki opis przedmiotu zamówienia narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz

może utrudnić i utrudnia uczciwą konkurencję;

3. art. 29 ust. 1, 2 i 3, art. 30 ust. 1 - 4 i ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy - w ogłoszeniu o zamówieniu i w siwz - przez nie określenie warunków równoważności z rysunkami wyszczególnionymi w tabeli zamieszczonej w siwz (Cześć III Wymagania szczegółowe pkt.1 i dalsze), co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz może utrudnić uczciwą konkurencję;
4. art. 83 ust. 2 ustawy w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - w ogłoszeniu o zamówieniu i w siwz - przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co uniemożliwia uczciwą konkurencję, poprzez wykluczenie możliwości składania ofert częściowych, co wobec opisanych wyżej naruszeń art. 29 ust. 1, 2 i 3, art. 30 ust. 1 - 4 i art. 36 ust. 5 ustawy umożliwia złożenie oferty tylko jednemu wykonawcy - Hucie Łabędy S.A.
5. art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 25 ust. 1, art. 30 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy w zw. 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) - w ogłoszeniu o zamówieniu, w siwz oraz w projekcie umowy -przez nieuzasadnione i nieuprawnione żądanie złożenia wraz z ofertą dokumentów (certyfikatów na obudowę odrzwi), które nie są niezbędne do przeprowadzania postępowania i są sprzeczne z ww. rozporządzeniem, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz może i utrudnia uczciwą konkurencję
6. art. 29 ust. 1, 2 i 3, art. 30 ust. 1 - 4 i ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy - w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz oraz w projekcie umowy - poprzez określenie przez Zamawiającego terminów dostaw, które powodują, że dostawcy z poza terenu RP nie są w stanie sprostać w/w wymaganiom ze względów logistycznych, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz może i utrudnia uczciwą konkurencję

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- usunięcia narzuconej dokumentacji GIG oraz jednoznacznego określenia parametrów równoważności dokumentacji oraz kryteriów oceny, według których Zamawiający uzna te parametry za równorzędne;
- wykreślenia z siwz, część III Wymagania Ogólne pkt 4 i dalsze: „odrzwia posiadające identyczne parametry fizyczne, mechaniczne i wymiarowe” i zastąpienie tego wymogu parametrami umożliwiającymi przedstawienie dokumentacji własnej wykonawcy zbliżonej do dokumentacji GIG wykonanej z poszanowaniem prawa własności intelektualnej GIG i Huty Łabędy;
- wykreślenia z siwz, część III Wymagania Ogólne pkt 4 i dalsze: „Wykazanie równoważności

leży po stronie wykonawcy";

- doprowadzenia do stanu, w którym postanowienia siwz nie będą wskazywać na konkretnego wykonawcę, w tym przypadku Hutę Łabędy S.A. oraz zapewniły uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców zgodnie ze szczegółowymi regulacjami zawartymi w ustawie;
- określenia warunków równoważności z rysunkami sporządzonymi przez Główny Instytut Górnictwa wyszczególnionymi w tabeli zamieszczonej w siwz oraz określenia kryteriów oceny, według których zamawiający uzna te rysunki za równoważne;
- dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych na wykonanie obudów odrzwi na podstawie rysunków zawartych w siwz, a będących w posiadaniu zamawiającego (BG-1338.00a,BG-1339.00a) do, których wykorzystania zamawiający odwołującego pismem nr HPU/DS/251/4098/2010 z dnia 03.12.2010 r, aby umożliwić innym oferentom składanie ofert i uniknięcie dotychczasowej sytuacji, w której ofertę była w stanie złożyć tylko jedna firma – Huta Łabędy S.A.;
- usunięcia wymogu dostarczenia certyfikatu zgodności i bezpieczeństwa na obudowę odrzwi wydanego przez uprawnioną specjalistyczną jednostkę certyfikującą;
- ustanowienia 90 dniowy terminu realizacji zamówienia częściowego.

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących narzucenia podwykonawcy, braku wskazania kryteriów równoważności i oceny parametrów równoważności, braku danych technicznych umożliwiających przygotowanie równoważnej dokumentacji odwołujący podniósł, iż w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz zamawiający określił, że odrzwia powinny być wykonane według dokumentacji własnej Wykonawcy, jednocześnie wg SIWZ Część III Wymagania Ogólne pkt 4 i dalsze, Zamawiający żąda, żeby odrzwia posiadały identyczne parametry fizyczne, mechaniczne i wymiarowe jak przedstawione w dokumentacji GIG co oznacza, że Zamawiający żąda dokumentacji GIG, bo tylko ona spełnia tak określone wymagania (jest identyczna), czyli Zamawiający wymaga aby Główny Instytut Górnictwa sprzedał tę dokumentację Wykonawcy zgodnie z wymogiem Zamawiającego określonego w SIWZ Część III Wymagania szczegółowe pkt. 1 w brzmieniu: „Dokumentacja obudowy obejmująca dokumentację rysunkową typoszeregów wraz z elementami składowymi odrzwi (rysunki wykonawcze), warunki techniczne wykonania oraz instrukcje stosowania będzie własnością Wykonawcy”

Niezależnie zatem od tego czy dokumentacja odrzwi będzie wykonywana w oparciu o rysunki wyszczególnione w tabeli SIWZ Część III Wymagania szczegółowe pkt. 1 czy w oparciu o „inne rysunki równoważne” Zamawiający wymaga aby sprzedał ją wykonawcy Główny Instytut Górnictwa. Zamawiający narzucił Wykonawcy podwykonawcę zamówienia. Przedmiot zamówienia nie uzasadnia potrzeby wskazywania pochodzenia dokumentacji.

Zamawiający może bowiem opisać przedmiot zamówienia, w zakresie wymagań stawianych dokumentacji własnej wykonawcy, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także pozostałe regulacje dokonane przepisami art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 - 4 i ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wbrew tym regułom Zamawiający określa jednak w opisie przedmiotu zamówienia pochodzenie dokumentacji (przez wskazanie jako jej autora Głównego Instytutu Górnictwa), naruszając wymóg opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy, europejskich aprobat technicznych, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodowych i innych technicznych systemów odniesienia ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne. Przywołane przepisy art. 29 i art. 30 ustawy Prawo zamówień publicznych nie uprawniają Zamawiającego do wskazywania pochodzenia chociażby części przedmiotu zamówienia, w szczególności przez określanie podwykonawcy/zbywcy dokumentacji, od którego wykonawca powinien nabyć dokumentację w celu wykonania przedmiotu zamówienia. Wskazując Główny Instytut Górnictwa jako podwykonawcę/zbywcę dokumentacji własnej Wykonawcy, Zamawiający naruszył zatem art. 29 ust. 1 i 3 oraz art. 30 ust. 1 - 4 i ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Naruszenie przepisów regulujących zasady opisywania przedmiotu zamówienia narusza wymóg zachowania zasad uczciwej konkurencji wynikający z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz może utrudnić uczciwą konkurencję, a zatem jest także niezgodne z art. 29 ust. 2 tej ustawy.

Zatrudnianie podwykonawców reguluje art. 36 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten uprawnia jedynie wykonawcę do określania czy będzie zatrudniał podwykonawców. Wynika też z niego uprawnienie zamawiającego do niewyrażenia zgody na zatrudnianie podwykonawców, jeżeli sprzeciwia się temu specyfika przedmiotu zamówienia. Wspomniany przepis nie upoważnia natomiast zamawiającego do zobowiązania wykonawcy do zatrudniania podwykonawców lub nabycia od nich dokumentacji. Narzucając podwykonawcę/zbywcę dokumentacji Zamawiający przekroczył zatem również dyspozycję art. 36 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Naruszenie przez Zamawiającego określonych - również tym przepisem - zasad regulujących zatrudnianie podwykonawców zamówień publicznych stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i może utrudnić uczciwą konkurencję, a zatem jest także niezgodne z art. 7 ust. 1 art. 29 ust. 2 tej ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zasady udzielania zamówień, w tym publicznych i sektorowych nie wykluczają z ubiegania się o ich udzielenie wykonawców spoza Polski, a nawet spoza Unii Europejskiej. Reguły te odnoszą się także do wykonawców i podwykonawców dokumentacji wspomnianych odrzwi. Wskazanie przez Zamawiającego podwykonawcy/zbywcy dokumentacji odrzwi narusza podstawowe zasady postępowania o udzielenia zamówienia określone w przywołanych wyżej przepisach. Wskazanie przez Zamawiającego, że może być zastosowana dokumentacja równoważna SIWZ Część III

Wymagania szczegółowe pkt 1\*) i nawet przy założeniu, że będzie wykonana przez Wykonawcę, ale bez podania przez Zamawiającego parametrów równoważności i kryteriów oceny tej równoważności, oznacza że nie można spełnić wymogu SIWZ Część III Wymagania ogólne pkt. 4 w brzmieniu „Jeśli Zamawiający na podstawie złożonych dokumentów stwierdzi brak równoważności to taka oferta ulega odrzuceniu” co dodatkowo uzasadnia żądanie Odwołującego określenia warunków równoważności i parametrów oceny równoważności.

W myśl wyroku KIO/UZP 236/08 Zamawiający określając w sposób wystarczający požądane przez siebie parametry i kryteria ich oceny, nie będzie zobowiązany do załączenia szczegółowych rysunków wg dokumentacji GIG spełniając tym samym wymóg ustawy Prawo Zamówień Publicznych umożliwiając równy dostęp wielu oferentów. Ponadto, oceny oferty i jej równoważności dokonać winien Zamawiający na podstawie wcześniej precyzyjnie określonych parametrów oceny równoważności a nie jak określi to Zamawiający, że oceny równoważności winien dokonać sam Wykonawca SIWZ Część III Wymagania ogólne pkt. 4.

Odwołujący nie jest w stanie złożyć oferty ani wykonać dokumentacji własnej spełniającej wymagania Zamawiającego na podstawie rysunków poglądowych (załączonych do SIWZ Część III) bez dołączenia rysunków wykonawczych, warunków technicznych i instrukcji stosowania zawierających kluczowe dane techniczne jak wymiary, kąty gięcia oraz nośność obudowy odrzwi stanowiących podstawowe parametry doboru obudowy lub Zamawiający winien precyzyjnie określić te parametry lub wskazać ogólnie dostępne normy. Nie bez znaczenia pozostaje też fakt, że rysunki BG-1314.00, BG-1343.00, BG-1315.00 zostały wykonane przez GIG na zlecenie Huty Łabędy - jedynego dotychczasowego oferenta, który jest nadal jedynym oferentem mogącym spełnić wymagania tak zdefiniowanego SIWZ.

Uzasadniając zarzut opisanego przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu rysunków, do których prawa do wykorzystania w zakresie umożliwiającym wykonanie zamówienia na podstawie tych rysunków posiada faktycznie wyłącznie jeden z podmiotów, który może ubiegać się o udzielenie zamówienia odwołujący wskazał, iż Zamawiający „opisał” przedmiot zamówienia rysunkami wyszczególnionymi w tabeli zamieszczonej w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Część III Wymagania szczegółowe pkt. 1, do których autorskie prawa majątkowe nabyła i faktycznie wyłącznie posiada Huta Łabędy S.A. Dopuszczył wprawdzie inne rysunki równoważne jednak nie określił warunków równoważności innych rysunków równoważnych z rysunkami wyszczególnionymi w tabeli zamieszczonej w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co jest przedmiotem kolejnego zarzutu i zostanie omówione w dalszej części uzasadnienia odwołania. W tej części uzasadnienia Odwołujący skoncentruje się natomiast na opisanie przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu rysunków, do których prawa do wykorzystania w zakresie umożliwiającym wykonanie zamówienia na podstawie tych rysunków posiada faktycznie wyłącznie jeden z podmiotów, który może ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Prawa do wykorzystania rysunków w zakresie umożliwiającym wykonanie zamówienia na podstawie rysunków wyszczególnionych w tabeli zamieszczonej w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nabyła i faktycznie wyłącznie posiada Huta Łabędy S.A. W treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wprost wskazano, że rysunki te są udostępniane tylko informacyjnie za zgodą podmiotu mającego do nich prawa.

Ponadto pismem z dnia 22.12.2010 r. Główny Instytut Górnictwa, odmówił zbycia praw do wspomnianych rysunków na rzecz Odwołującego. Z pisma tego wynika, że wspomniane rysunki wykonano w ramach prac objętych z innymi kontrahentami.

Dowód: pismo Głównego Instytutu Górnictwa l.dz. BG/109/2010 z dnia 22.12.2010 r. Załącznik nr 6.

W niniejszym odwołaniu nie kwestionuje się prawa Głównego Instytutu Górnictwa do rozporządzania opracowaną przez siebie dokumentacją. Zarzut dotyczy czynności Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Brak możliwości nabycia przez Odwołującego praw do wspomnianych rysunków uniemożliwia ich faktyczne wykorzystanie - do wykonania zamówienia na podstawie tych rysunków, a nie tylko w celu informacyjnym - przez Odwołującego, jak i innych wykonawców niż Huta Łabędy S.A. Opis przedmiotu zamówienia jest taki, że jedynym dostawcą może być Huta Łabędy S.A. mająca prawa do rysunków wyszczególnionych w tabeli w SIWZ w zakresie umożliwiającym użycie tych rysunków i produkcję obudowy odrzwi na podstawie tych rysunków.

Reguły określone w art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 30 ust. 1 - 6 ustawy Prawo zamówień publicznych obligują do opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy, europejskich aprobat technicznych, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodowych i innych technicznych systemów odniesienia ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne. Przepisy powyższe nie zezwalają na opisywanie przedmiotu zamówienia przy użyciu rysunków, do których prawa posiada faktycznie na zasadzie wyłączności jeden z podmiotów, który może ubiegać się o udzielenie zamówienia. Opisanie przedmiotu zamówienia przy użyciu wspomnianych rysunków narusza art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 30 ust. 1 - 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Faworyzowanie, w ten sposób podmiotu posiadającego prawa do korzystania ze wspomnianych rysunków w celu wykonania zamówienia narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz może utrudnić i utrudnia uczciwą konkurencję.

Przepis art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszcza wprowadzenie opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale wyłącznie jako odstępstwo od reguły zakazującej takich praktyk. Odstępstwo to jest dopuszczalne jeżeli uzasadnia je specyfika przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu znaków towarowych, patentów lub pochodzenia towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Użycie przez zamawiającego określenia „lub równoważne” nie jest zatem jedyną przesłanką odstąpienia od zakazu opisywania



przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia; w istocie nie jest to nawet przesłanka odstąpienia od tego zakazu, lecz warunek dopuszczalności takiego odstąpienia jeżeli łącznie spełnione są dwie przesłanki: (1) odstąpienie takie uzasadnia specyfika przedmiotu zamówienia i (2) zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń.

W niniejszej części uzasadnienia wskazać należy, że specyfika przedmiotu zamówienia nie uzasadnia odstąpienia od zakazu opisywanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, a to z następujących powodów:

- (1) Elementy obudowy odrzwi (prostki i kształtki) będące przedmiotem zamówienia są typowym elementem stosowanym w kopalniach,
- (2) Polska nie jest jedynym państwem w którym wydobywa się węgiel kamienny na skalę przemysłową
- (3) w innych państwach działalność gospodarczą prowadzą podmioty produkujące obudowy odrzwi do kopalni.

Nie ma też przeszkód, aby przedmiot zamówienia był opisany za pomocą dostatecznie jasnych określeń bez wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Istnieje przecież możliwość opisanie wymogów stawianych obudowom odrzwi za pomocą kryteriów czysto technicznych jednoznacznie precyzujących wyrób.

Dodatkowo Odwołujący w dalszej części będzie wykazywał, że zakresie dostaw opisanych w ogłoszeniu oraz SIWZ są tylko elementy obudowy odrzwi a nie odrzwia.

Odwołanie się do rysunków, do których autorskie prawa majątkowe posiada na zasadzie wyłączności jeden z podmiotów, który może ubiegać się o udzielenie zamówienia nastąpiło, zatem z naruszeniem również art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz może utrudniać i utrudnia uczciwą konkurencję.

W przedmiocie uzasadnienia zarzutu braku sprecyzowania wymogów w zakresie równoważności z rysunkami wyszczególnionymi w siwz, odwołujący jak dotychczas podniósł, iż Zamawiający „opisał” przedmiot zamówienia rysunkami wyszczególnionymi w tabeli zamieszczonej w Części III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Dopuścił wprawdzie inne rysunki równoważne jednak nie określił warunków równoważności z rysunkami wyszczególnionymi w tabeli zamieszczonej w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nie określił kryteriów oceny według, których Zamawiający uzna te rysunki za równoważne.

W takim przypadku wymagane jest jednak opisanie - w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - warunków równoważności z rysunkami wyszczególnionymi w tabeli zamieszczonej w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać dokładne określenia precyzujące wymogi Zamawiającego w zakresie równoważności (wyrok KIO z 2.4.2008 r., KIO/UZP 236/08; wyrok KIO z 7.3.2008 r., KIO/UZP 154/08;

wyrok ZA z 7.6.2006 r., UZP/ZO/ 0-1600/06; postanowienie ZA z 13.1.2006 r., UZP/ZO/0-14/06). Precyzyjne określenie równoważności daje bowiem możliwość oceny i porównania złożonych ofert (wyrok ZA z 13.6.2006 r., UZP/ZO/0-1665/06). Konieczność określenia parametrów „równoważności” była również przyczyną uznania odwołania Zdzisława Kozy (prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza) od specyfikacji istotnych warunków zamówienia w prowadzonym przez tego samego Zamawiającego postępowaniu na dostawę strzemion dwujarzmowych (wyrok KIO z dnia 2.04.2008 r., KIO/UZP 236/08).

Ponadto przywoływanym wcześniej piśmie z dnia 22.12.2010 r. Główny Instytut Górnictwa, odmawiając zbycia praw do wspomnianych rysunków na rzecz Odwołującego (załącznik nr 6), zaproponował podjęcie w przyszłości współpracy w zakresie opracowania koncepcji i projektowania nowych rozwiązań obudów wyrobisk korytarzowych. Nie sposób jednak nawet wystąpić o podjęcie takiej współpracy, jeżeli Zamawiający nie sprecyzował wymogów „równoważności” opisu przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w rysunkach, których numery podano w SIWZ.

Dowód: pismo Głównego Instytutu Górnictwa l.dz. BG/109/2010 z dnia 22.12.2010 r. Załącznik nr 6.

Brak wskazania wymagań w zakresie równoważności przy jednoczesnym wskazaniu konkretnego produktu stanowi naruszenie zasady określonej w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zasady uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia publicznego określonej w art. 7 ust. 1 tej ustawy, uniemożliwiając udział w postępowaniu podmiotom oferującym dostawy odrzwi w oparciu o inne rysunki niż wymienione w tabeli zamieszczonej w SIWZ.

Uzasadniając zarzut niedopuszczenia do składania ofert częściowych w odwołaniu wskazano, iż przepis art. 83 ust. 2 Pzp uprawnia zamawiającego do dopuszczenia możliwości złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych jest prawem zamawiającego. Jednak prawo zamawiającego do podziału zamówienia na części nie jest prawem bezwzględnym. Prawo zamawiającego do dopuszczenia lub niedopuszczenia do składania ofert częściowych może być bowiem realizowane „pod warunkiem, że u źródeł wyprowadzonej reguły (...) rzeczywiście leży potrzeba Zamawiającego” (wyrok KIO z dnia 17.12.2007 r. KIO/UZP 9/07). Podlega ono kontroli pod względem zgodności z zasadą zapewniania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Celem tej kontroli jest w szczególności ustalenie czy niedopuszczenie do składania ofert częściowych, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest podzielny, nie prowadzi do naruszenia - wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - zasady równego traktowania wykonawców zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wyrok ZA z dnia 11.04.2005 r., UZP/ZO/0-648/05, wyrok KIO z dnia 22.10.2010 r., KIO/UZP 2189/10).

W orzecznictwie przyznano podmiotom uprawnionym do wnoszenia środków ochrony prawnej uprawnienie do zgłaszania roszczeń o zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez dopuszczenie składania ofert częściowych w sytuacji, w której wykluczenie takiej możliwości stwarza

sytuację faktycznego monopolu na wykonanie zamówienia (wyrok KIO z dnia 22.10.2010 r., KIO/UZP 2189/10) nieuzasadnioną rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego (wyrok KIO z dnia 17.12.2007 r. KIO/UZP 9/07).

Taki stan zachodzi w przypadku postępowania, w którym składane jest niniejsze odwołanie: • Jak wykazano wcześniej Zamawiający opisał przedmiot zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w taki sposób, że realną możliwość złożenia oferty na wykonanie zamówienia ma tylko jeden wykonawca, który posiada na zasadzie wyłączności prawa do rysunków przy zastosowaniu których opisano przedmiot zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia w stwarza monopol na wykonanie zamówienia Hucie Łabędy. Odwołujący i inne podmioty niż podmiot posiadający prawa do rysunków wymienionych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, którzy z przyczyn leżących w omówionym wcześniej, niezgodnym z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, określeniu i opisie przedmiotu zamówienia nie będą mogli złożyć ofert.

Podział zamówienia na zadania we wcześniejszych przetargach ogłaszanych przez zamawiającego wyraźnie wskazuje, że realizacja przez Zamawiającego prawa do dopuszczenia składania ofert częściowych nie jest zagrożona;

Podnieść należy również, że brak podziału na zadania i możliwość składania ofert częściowych w sposób bezpośredni godzi w możliwości składania ofert innym przedsiębiorstwom, które zgodnie z dokumentem opracowanym przez Ministerstwo Gospodarki we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych „Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój” i przyjętym przez Radę Ministrów na posiedzeniu w dniu 8 kwietnia 2008 r. który wskazuje na wiele barier np. : nadmierną wielkość zamówienia w stosunku do potencjału i wielkości firmy, brak dostatecznych i jasnych informacji dotyczących udziału i procedury udzielania zamówień publicznych, zbyt wysokie wymagania finansowe w zakresie gwarancji i zabezpieczeń, zbyt krótki czas na przygotowanie oferty, zbyt wysokie wymagania dotyczące posiadania atestów, certyfikatów, zaświadczeń, itp. Biorąc pod uwagę powyższe oraz brak uzasadnionej potrzeby Zamawiającego do łączenia zamówień, uprawnione jest żądanie Odwołującego do możliwości składania ofert częściowych i możliwości uzyskania zamówienia częściowego.

Odwołujący podkreśla, że jeden z przywołanych wyżej wyroków Krajowej Izby Odwoławczej wydano w związku z prowadzonym przez tego samego Zamawiającego przetargiem na dostawę obudowy chodnikowej strzemion dwujarzmowych (wyrok KIO z dnia 17.12.2007 r. KIO/UZP 9/07 w sprawie odwołania Zdzisława Kozy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza). Podobnie jak w tamtym przetargu, także w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający nadużył prawa podmiotowego, czyniąc z prawa do podziału zamówienia na części użytek pozostający w sprzeczności ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa (art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1, 2 i 3, art. 30 ust. 1 - 4 i ust. 6 i art. 36 ust. 5 oraz art. 83 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 w zw. z w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ponieważ sformułował ogłoszenie o zamówieniu i postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób niezgodny z tym przepisami i uniemożliwiający Odwołującemu udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uzasadnia to wniosek o nakazanie Zamawiającemu zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu.

Uzasadnieniem słuszności żądania Odwołującego jest również dotychczasowa praktyka wszystkich pozostałych spółek i holdingów węglowych w Polsce, które ogłaszają przetargi z podziałem na zadania dopuszczając możliwość składania ofert częściowych np.:

- Jastrzębska Spółka Węglowa SA przetarg nr 29/P/WRZ/11 z września 2010 - podział na 10 zadań.
- Kompania Węglowa SA przetarg nr 2008/S 170-227943 z września 2008 - podział na 16 zadań
- Katowicki Holding Węglowy SA ogłoszenie nr eu: 28285 2010 z września 2010 - podział na 7 zadań

W uzasadnieniu zarzutu nieuzasadnionego i nieuprawnionego żądania złożenia wraz z ofertą dokumentów (certyfikatów na obudowę odrzwi) które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania i sprzeczne z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 wskazano, iż żądanie w/w certyfikatów jest nieuzasadnione i nieuprawnione, ponieważ posiadanie tych certyfikatów jest dobrowolne zgodnie z Prawem geologicznym i górniczym (Dz. U. Nr.27 poz.96) oraz w myśl Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 roku (Dz. U. Nr 99 poz.1003) w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w ruchu zakładów górniczych (Załącznik nr.1 tego rozporządzenia) obudowa odrzwi nie jest wyrobem, który wymaga decyzji o dopuszczeniu wyrobu do stosowania w zakładach górniczych (ze względu na potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa jej użytkowania w warunkach zagrożeń występujących w ruchu zakładów górniczych) a w dalszej konsekwencji nie jest objęta obowiązkiem certyfikacji, która to jest dobrowolna. Również w myśl Rozporządzenia 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) nie ma mowy o obowiązkowej certyfikacji obudowy odrzwi oraz prawie Zamawiającego do żądania od Wykonawcy przedłożenia certyfikatu na przedmiot dostawy. Pomimo, że art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przyznaje Zamawiającemu prawo żądania innych, niż wskazane w Rozporządzeniu dokumentów, to jednak nie uprawnia Zamawiającego, do żądania jakichkolwiek dokumentów, które nie są niezbędne i które naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz mogą utrudniać i utrudniają uczciwą konkurencję.

Ponadto, przedmiotem dostawy nie jest obudowa a tylko jej elementy (prostki i łuki bez elementów łączących - strzemion - będących przedmiotem osobnych zamówień, certyfikacji i odbiorów), zatem nie może być mowy o certyfikacie na wyrób rozumiany, jako obudowa odrzwi, ponieważ faktycznie wyrobem są prostki i łuki (elementy) obudowy odrzwi wykonane z profilu typu V wykonanego na podstawie Polskiej Normy PN-H-93441-3 i tylko na ten profil zasadne może być żądanie certyfikatów. Wykonawca wykonuje te elementy (prostki i łuki) zgodnie z narzuconą mu przez Zamawiającego dokumentacją GIG (dopuszczalna jest tylko dokumentacja identyczna, zatem tylko dokumentacja GIG przywołana w SIWZ) na treść, której nie ma żadnego wpływu, a w konsekwencji nie ma wpływu na właściwości elementów wykonanych zgodnie z tą dokumentacją więc niezasadnym i nieuprawnionym jest narzucenie Wykonawcy przez Zamawiającego prowadzenie jakichkolwiek badań i certyfikacji aby potwierdzić poprawność dokumentacji z góry narzuconej przez Zamawiającego.

Zamawiający dopiero po zakupie strzemion od innych dostawców oraz zbudowaniu ze wszystkich podzespołów obudowy odrzwi może mówić o wyrobie finalnym - obudowie odrzwi. Rozumowanie to potwierdził sam Zamawiający, który w swojej argumentacji umieszczonej w sentencji wyroku KIO/UZP 9/07 również potwierdził i uzasadnił, że „połączenie w jedno zamówienie dwóch elementów: łuków odrzwi obudowy chodnikowej oraz strzemion do ich łączenia tym, że dla Zamawiającego wyrobem finalnym są odrzwia podatne obudowy chodnikowej, które składają się z odrzwi (łuków) oraz strzemion, służących do ich łączenia" co zdaniem Odwołującego jednoznacznie uzasadnia żądanie usunięcia wymogu dostarczenia certyfikatu zgodności i bezpieczeństwa na obudowę odrzwi uznając za bezprzedmiotowe i stojące w sprzeczności z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego.

Jedynie rozsądną wydaje się poprawnie i zgodnie z przepisami Prawo zamówień publicznych rozumiana potrzeba Zamawiającego do przedłożenia przez Wykonawcę certyfikatu na profil typu V z którego są wykonane elementy obudowy odrzwi ponieważ tylko profil typu V jest produktem, na który Wykonawca ma rzeczywisty wpływ tj. posiada własną wiedzę i technologię potrzebną do wyprodukowania profilu typu V i jest jego faktycznym producentem. Certyfikat na profil typu V może być tylko dodatkowym potwierdzeniem dla Zamawiającego, że produkt (profil typu V) został przebadany przez niezależną od Wykonawcy akredytowaną jednostkę, która dodatkowo potwierdzi i tak już wcześniej zadeklarowane przez Wykonawcę a zgodnie z wymogami SIWZ, właściwości profilu typu V, które to precyzyjnie (w przeciwieństwie do obudowy odrzwi) Zamawiający określił w SIWZ Część III Wymagania ogólne pkt 4.

Dodatkowo argumentem potwierdzającym zasadność zarzutów i żądań Odwołującego jest to, że w dotychczasowej praktyce Zamawiającego nie był warunkiem koniecznym wymóg przedkładania certyfikatów na obudowę odrzwi wykonanych na podstawie dokumentacji będącej w posiadaniu Zamawiającego, co znajduje potwierdzenie w SIWZ ze stycznia 2010 z poprzedniego przetargu ogłoszonego przez Zamawiającego.

Również w zamówieniu udzielonemu Hucie Ozkan na dostawę partii 390 ton obudowy odrzwi z terminem dostawy do LW Bogdanka w marcu 2011, właśnie zrealizowanej Zamawiający nie wymagał

certyfikatów na obudowę odrzwi a zasadnie żądał przedstawienia przez Wykonawcę certyfikatów zgodności z polską normą oraz bezpieczeństwa na profil typu V, z którego wykonane są prostki i łuki (elementy obudowy).

Należy również podnieść fakt, że Zamawiający żądając certyfikatów na obudowę odrzwi narzuca Dostawcy podwykonawcę tj. Główny Instytut Górnictwa, który jako jedyny dysponuje odpowiedniej wielkości laboratorium zdolnym przebadać cały zakres wymiarowy obudów będących przedmiotem ogłoszenia i SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób dostateczny i wystarczający zabezpieczył swój interes w żądaniu przedłożenia przed Wykonawcą „deklaracji zgodności wyrobu, według obowiązującego wzoru, potwierdzającej, że wyrób jest zgodny z dokumentacją techniczną i warunkami technicznymi, oraz że spełnia odpowiednie normy lub inne przepisy, oraz zapewnia bezpieczeństwo i higienę pracy zakładu górniczego, zgodnie z obowiązującym stanem prawnym deklaracji zgodności wyrobu.

Uzasadniając zarzutu zbyt krótkich terminów realizacji zamówień okresowych zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz odwołujący wskazał, że dostawcy z poza terenu RP nie są w stanie sprostać w/w wymaganiom ze względów logistycznych,

Zamawiający ogłaszając przetarg, którego realizacja przewidywana jest na okres 18 miesięcy co wyraźnie wskazuje, że zapotrzebowanie na elementy obudowy odrzwi jest z góry zaplanowane długofalowo i wynika z warunków geologicznych oraz planowanego wydobycia, dlatego żądanie wydłużenia terminu realizacji zamówień okresowych do 90 dni jest zasadne i umożliwia oferowanie elementów obudów odrzwi przez wykonawców z poza terytorium RP. Zgodnie z Prawem zamówień publicznych Zamawiający zobowiązany jest do równego traktowania oferentów, zarówno z kraju jak i z zagranicy. Ograniczenie terminu realizacji dostaw okresowych do 10 dni w trybie pilnym, 14 dni z dostawa do 200 ton i 21 dni w pozostałych przypadkach (projekt umowy par.3 ust 2) w sposób ewidentny z powodów logistycznych eliminuje oferentów z poza RP co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz może utrudniać i utrudnia uczciwą konkurencję. Kilkudniowy termin dostaw wskazuje jednoznacznie na dostawcę lokalnego tj. Hutę Łabędy. Skoro Zamawiający dysponuje planem wydobywczym oraz planem zapotrzebowania na obudowy na podstawie, którego określił jakie typy elementów obudów i w jakiej ilości będą mu potrzebne w perspektywie 18 miesięcy, zatem jest w stanie określić swoje zapotrzebowanie w okresie znacznie krótszym tj. 3 miesięcznym umożliwiającym zrealizowanie dostaw przez wykonawcę lub podwykonawcę zagranicznego.

**Uwzględniając treść ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia przekazanych przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Przedmiot niniejszego zamówienia opisano w części III siwz, gdzie na wstępie wskazano, iż jest nim „dostawa odrzwi obudowy chodnikowej z kształownika V-32 i V-36 wykonanej ze stali S480W wg. PN-H-84042:2009 lub innej stali równoważnej, w ilości maksymalnej 35 000 ton, w okresie do 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy”

W rozdz. pt. „Wymagania ogólne” wskazano:

1. Podana wielkość zamówienia jest wielkością maksymalną, przy czym minimalna ilość nie może być mniejsza niż 60 % maksymalnej wartości umowy.
2. Planowana ilość odrzwi obudowy z kształownika V-36 stanowić będzie około 70 % całkowitej ilości, a pozostałe 30 % z kształownika V-32.
3. W trakcie realizacji zamówienia proporcje między ilością odrzwi obudowy z kształownika V-32 i V-36 mogą ulec zmianie.
4. Kształownik V, z którego będą odrzwia dostarczanej obudowy wykonany zostanie zgodnie z normą PN-89-H-93441-3: 2004 pt. *„Kształowniki stalowe walcowane na gorąco dla górnictwa. Część 3: Kształowniki typu V. Wymiary.”*

Dopuszcza się odrzwia obudowy z kształownika wykonanego wg normy równoważnej. Przez odrzwia obudowy z kształownika wykonanego wg normy równoważnej należy rozumieć odrzwia posiadające identyczne parametry fizyczne, mechaniczne i wymiarowe w odniesieniu do odrzwi obudowy z kształownika wykonanego wg normy PN-89-H-93441-3: 2004 i PN-H-84042:2009 zapewniające pełną kompatybilność z elementami pomocniczymi (strzemiona do łączenia elementów odrzwi, rozpory międzyodrzwiowe, stopy podporowe) stosowanymi obecnie do obudowy wykonanej zgodnie z ww. normami, a także w zakresie możliwości współpracy elementów dotychczasowych i równoważnych w jednych odrzwiach, co jest bardzo ważne przy wtórnym wykorzystaniu obudowy odzyskanej podczas likwidacji wyrobisk.

Wykazanie równoważności leży po stronie Wykonawcy. Stwierdzenie jej braku na etapie oceny ofert skutkować będzie odrzuceniem oferty, a na etapie dostawy obudowy, uznaniem dostawy za niezgodnej z SIWZ. W przypadku, gdy Wykonawca będzie oferował przedmiot zamówienia według norm równoważnych zobowiązany jest wraz z ofertą dostarczyć te Normy i wykazać równoważność. Jeśli Zamawiający na podstawie złożonych dokumentów stwierdzi brak równoważności to taka oferta ulega odrzuceniu.

Wszystkie dokumenty muszą być dostarczone w języku polskim lub zawierać tłumaczenie wykonane przez tłumacza przysięgłego.

5. Przedmiot zamówienia musi być fabrycznie nowy i wykonany ze stali S480W (o podwyższonych właściwościach mechanicznych i antykorozyjnych) zgodnie z Normą PN-H-84042:2009, tj. o

następujących minimalnych parametrach: Re = 480 MPa, Rm = 650 MPa, A5 =17 %, KCU2 (po starzeniu) = 30 J/cm, lub z innej stali o co najmniej równoważnych własnościach mechanicznych i antykorozyjnych.

9. Czas realizacji bieżącego zamówienia w ilości 200 ton do 14 dni, pozostała część w terminie do 21 dni od złożenia zamówienia. W przypadku braku możliwości zachowania terminów dostaw istnieje możliwość ustanowienia składów konsygnacyjnych na terenie LW Bogdanka S.A.

W rozdz. „Wymagania szczegółowe”:

1. Odrzwia obudowy chodnikowej będące przedmiotem dostaw obejmują 5 typoszeregów. Dokumentacja obudowy obejmująca dokumentację rysunkową typoszeregów wraz z elementami składowymi odrzwi (rysunki wykonawcze), warunki techniczne wykonania oraz instrukcje stosowania będzie własnością Wykonawcy. Obecnie stosowane przez Zamawiającego obudowy spełniające wymagania, produkowane były według dokumentacji sporządzonej przez Główny Instytut Górnictwa, (wykonanych na zamówienie obecnego Wykonawcy lub Zamawiającego) zgodnie z rysunkami wyszczególnionymi w poniższej tabeli.

Lp.	Nazwa odrzwi obudowy	Oznaczenie typoszeregu	Kształtownik	Nr rysunku wg dokumentacji GIG*)
1	Obudowa zamknięta specjalna	ŁPZS	V-32, V-36	BG-1314.00
2	Obudowa zamknięta specjalna podwyższona	ŁPPZS	V-32, V-36	BK -1248.00
3	Obudowa łukowo-prosta	ŁprP/Ł ŁprP/K	V-32, V-36	V-36 BG-1315.00 wykonanie K i Ł
4	Obudowa typoszeregu C (5-elementowa) Odmiana I	ŁPS/C ŁPZS/C	V-32, V-36	BG-1343.00 w zakresie Odmiany I
5	5. Nowa obudowa typoszeregu C (6-elementowa i 7-elementowa)	ŁPSC ŁPSCZ	V-32, V-36	BG- 1338.00a BG-1339.00a

*Uwaga: \*) Oferowane odrzwia obudowy chodnikowej wykonywane muszą być wytwarzane według własnej dokumentacji Wykonawcy i być równoważne do przedstawionych na rysunkach wyszczególnionych w tablicy.*

Rysunki typoszeregu odrzwi wyszczególnionych w tabeli podane są jako przykładowe (tylko dla celów informacyjnych) i dołączone zostały do niniejszej Części III SIWZ.

2. Wraz z ofertą Wykonawca winien dostarczyć następujące dokumenty:



- a/ dokumentację rysunkową wszystkich typoszeregów odrzwi,
- b/ warunki techniczne wyrobu, zawierające między innymi: materiał, sposób znakowania, sposób kontroli jakości.
- c/ instrukcję stosowania obudowy zawierającą między innymi wskaźniki nośności odrzwi oraz inne zapisy wyszczególnione w punkcie 5.
- d/ certyfikat zgodności lub bezpieczeństwa wydany przez uprawnioną specjalistyczną jednostkę certyfikującą na wszystkie ww. typoszeregi odrzwi obudowy.

Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych, obejmujących wybrane typoszeregi odrzwi.

Do siwz załączono:

- Rysunek BG-1314.00,
- Rysunek BG-1343.00,
- Rysunek BG-1315.00,
- Rysunek BG-1248.00,
- Rysunek BG-1338.00a, BG-1339.00a.

W dniu 11.04.2011 r. zamawiający dokonał modyfikacji siwz, którą w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy należało uwzględnić w trakcie wyrokowania, w ten sposób, iż w części III dodano w rozdz. „Wymagania szczegółowe”, pod tabelą:

Odrzwia wykonane według dokumentacji równoważnych muszą spełniać następujące kryteria:

1. Wykonane muszą być z kształtownika i materiału zgodnie z normami PN-89-H-93441- 3: 2004 i PN-H-84042:2009 lub równoważnymi spełniającymi punkt 4 wymagań ogólnych.
2. Poszczególne typoszeregi odrzwi wyszczególnione w tabeli zawierać muszą co najmniej te same wielkości odrzwi (najczęściej wielkości od 7 do 13), o tych samych ilościach elementów i wymiarach elementów (długość i promień gięcia), oraz z nie większą dopuszczalną tolerancją wymiarową niż w załączonych dokumentacjach odrzwi obecnie stosowanych.
3. Wskaźniki nośności odrzwi wykonanych według dokumentacji równoważnych będą nie mniejsze niż te wskaźniki dla odpowiadające im typoszeregiem i wielkością odrzwia wykonane według dokumentacji wyszczególnionych w tabeli.
4. Do łączenia elementów odrzwi przewidziane zostaną do zastosowania strzemiiona dwujarzmowe wzmocnione, analogiczne jak w odrzwiach dotychczas stosowanych. Dokumentację strzemiion obecnie stosowanych dla celów informacyjnych dołączono do niniejszego Opisu przedmiotu zamówienia.
5. Zakres zastosowania i warunki stosowania odrzwi równoważnych określone w dokumentacji Wykonawcy (dokumentacja rysunkowa, Instrukcja stosowania producenta, Certyfikat) nie

będą wprowadzać dodatkowych wymagań i ograniczeń w ich zastosowaniu w stosunku do wymagań i ograniczeń istniejących w odniesieniu do odrzwi dotychczas stosowanych.

6. Odrzvia wykonane według dokumentacji równoważnej muszą zapewnić pełną kompatybilność z elementami pomocniczymi (strzemioma do łączenia elementów odrzwi, rozpory międzyodrzwiowe, stopy podporowe) stosowanymi obecnie, a także w zakresie możliwości łączenia elementów dotychczasowych i równoważnych w jednych odrzwiach.

Ponadto siwz uzupełniono o rysunki wykonawcze i instrukcje opisujące odrzvia obecnie stosowane i zamawiane przez zamawiającego.

### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać i przytoczyć treść następujących przepisów:

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W myśl art. 25 ust. 1 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W tym zgodnie z pkt 1 powołanego przepisu dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Ponadto zgodnie z ust. 2. ww. przepisu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Natomiast ust. 3 stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny"

Przepisy art. 30 ustawy stanowią:

1. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.
2. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy uwzględnia się w kolejności:
  - 1) europejskie aprobaty techniczne;
  - 2) wspólne specyfikacje techniczne;
  - 3) normy międzynarodowe;
  - 4) inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne.
3. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy oraz aprobat, specyfikacji, norm i systemów, o których mowa w ust. 2, uwzględnia się w kolejności:
  - 1) Polskie Normy;
  - 2) polskie aprobaty techniczne;
  - 3) polskie specyfikacje techniczne.
4. Opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.
5. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.
6. Zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów ust. 1-3, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Wymagania te mogą obejmować opis oddziaływania na środowisko.

Zgodnie z art. 36 ust. 4 Pzp zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Ust. 5 powołanego przepisu stanowi, iż wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

Przepis art. 83 ust. 2 Pzp stanowi, iż zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny.

Zgodnie z art 5 Kodeksu cywilnego nie można ze swojego prawa czynić użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uznawane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Przystępując do rozpatrywania zarzutów odwołania podnoszących naruszenie zasad konkurencji wyrażonych w art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy przez wskazane w odwołaniu postanowienie siwz, Izba generalnie wskazuje na podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów.

Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić.

Jak wskazuje ww. przepis kodeksu cywilnego zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. W szczególności ograniczeniom takim podlegały będą zamówienia publiczne regulowane w przepisach Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji Kodeksu cywilnego, jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp).

Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, warunkach jego realizacji, etc..) oraz o sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (kryteriach oceny ofert).

Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach siwz (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana w przepisach jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej

ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry. Oznacza to, iż istnieją niewątpliwie przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają i takie, przy których naruszenia konkurencji nie występują, ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia, postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług obywatycznych się bez stawiania jakichkolwiek warunków udziału w postępowaniu oraz bez innych kryteriów oceny ofert niż cena, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności np. nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze.

Ograniczenia konkurencji mają przeważnie charakter graniczny, np. przez określenie warunków udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia wprost uniemożliwiający niektórym wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu. Mogą mieć również charakter względny i pośredni. Za ograniczenie tego typu należy uznać sytuację, w której niektórzy wykonawcy, co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle specyfiki opisu przedmiotu zamówienia czy ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców.

Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem stopnia ograniczenia możliwości uzyskania zamówienia dla zidentyfikowanego kręgu wykonawców obecnych na rynku, co bezpośrednio ma się przekładać na nieuzasadnione preferowanie i ułatwianie przez zamawiającego innym podmiotom uzyskania zamówienia (uczciwa konkurencja).

Jako podstawowe kryterium i punkt odniesienia przy ocenie powyższego można wskazać identyfikację i określenie kręgu podmiotów, które dane postanowienia siwz

preferują/dyskryminują oraz skonfrontowanie powyższego i odniesienie do uzasadnionych i obiektywnych potrzeb zamawiającego, które w skrajnych wypadkach mogą prowadzić nawet do konieczności zupełnego wyeliminowania konkurencji w danym zamówieniu (np. udzielenia zamówienia z wolnej ręki). *A contrario* uznać należy, iż nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio, (poza przewidzianymi w przepisach ustawy) w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie ww. zasad ustawy. Konsekwentnie: dopuszczalny stopień ograniczenia dostępu do zamówienia i preferowania jednych wykonawców kosztem innych rósł będzie wraz ze wzrostem znaczenia i wagi potrzeb zamawiającego, które tego typu ograniczenia będą dyktować i uzasadniać. I na odwrót: im mniejszy faktyczny stopień ograniczenia konkurencji przy danym zamówieniu, tym proporcjonalnie mniejsze mogą być potrzeby zamawiającego uzasadniające takie ograniczenie. W interpretacji Izby (interpretacji zasady ogólnej wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp), jakiegokolwiek ograniczenie konkurencji musi się więc opierać się na realnych i proporcjonalnych powodach, które stopień tego ograniczenia będą sankcjonować i uzasadniać.

Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w siwz, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań siwz, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia odnoszących się do konkretnych postanowień siwz, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ponadto również zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu

wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić, w szczególności pozwolą ocenić stopień ograniczenia konkurencji i zakwalifikować go jako stopień niedopuszczalny.

Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Przy czym, w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, a wystarczające jest udowodnienie możliwości takiego naruszenia, a więc jego prawdopodobieństwa. Powyższe osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak brak obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

W szczególności, w ocenie Izby dla wykazania powyższego nie jest wystarczające samo podniesienie, iż produkt oferowany przez odwołującego (lub zakład hutniczy, z którym kooperuje) nie spełnia wymagań siwz. Fakt, że na rynku występują wykonawcy nie produkujący danego przedmiotu zamówienia lub dla których jego realizacja jest utrudniona czy nie opłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Dla oceny powyższego, jak już wskazano, niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt rynku, którego zamówienie dotyczy oraz skutki ograniczenia konkurencji dla ilości potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, i z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.

Tymczasem w niniejszy postępowaniu nie budzi wątpliwości Izby istnienie uzasadnionych potrzeb zamawiającego związanych z zakupem określonego typu, rodzaju czy kształtu odrzwi obudów górniczych. Niezaprzeczone, a przede wszystkim wiarygodne pozostają twierdzenia zamawiającego, iż zamawiane przezeń obudowy są tzw. obudowami specjalnymi zaprojektowanymi dla jego kopalni, nie objętymi pełną normalizacją. Fakt użytkowania i stosowania przezeń obecnie określonych obudów w pełni uzasadnia

konieczność wymagania pełnej kompatybilności obudów nowozamawianych. Zamawiający może oczekiwać i wymagać pełnej możliwości łączenia odzyskiwanych elementów obudów posiadanych i montażu ich wraz z nowymi obudowami. Właśnie zgodnie z powyższymi względami zamawiający opisał własny przedmiot zamówienia.

Uwzględniając powyższe, odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania Izba wskazuje, iż wbrew interpretacji odwołującego, przedmiotem niniejszego zamówienia nie są odrzwia obudowy górniczej zaprojektowane przez Główny Instytut Górnictwa (opisane przez sporządzoną przez Instytut dokumentację projektową załączoną do siwz), ale ogólnie odrzwia obudowy, choć w przeważającej mierze takie same, to jednak mogące różnić się w zakresie wskazań i parametrów (pod warunkiem zachowania parametrów minimalnych wymaganych przez zamawiającego). W świetle przedstawionych dowodów (pismo zamawiającego z dnia 31.03.2011 r. oraz odpowiedź Głównego Instytutu Górnictwa z dnia 07.04.2011 r. skierowane do zamawiającego, przedłożone na rozprawie) GIG nie objął ochroną patentową, nie zarejestrował wzoru przemysłowego, czy też nie przedsięwziął innych kroków zmierzających do zapobieżenia kopiowania i wykorzystywania przez innych projektantów rozwiązań stosowanych w obudowach zamawianych, wskazanych w ustawie z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117) w stosunku do zamawianych w niniejszym postępowaniu obudów górniczych. Ochronie podlegać jedynie może dokumentacja projektowa dotycząca odrzwi na podstawie przepisów ustawy z dnia z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90 poz. 631 ze zm.) – dokumentacja taka może zostać zakwalifikowana jako utwór w rozumieniu ww. ustawy, do której prawa majątkowe, jak można przyjąć na podstawie uwzględnionego dowodu - pisma GIG z dnia 22 grudnia 2010 r. załączonego do odwołania – sędowano jedynie na Hutę Łabędy. Jakkolwiek posługiwanie się dokumentacją projektową bez zgody podmiotu posiadającego do niej prawa wyłączne w świetle przepisów ww. ustawy nie jest możliwe, to jednak nic nie stoi na przeszkodzie aby wykonawca zaprojektował własne odrzwia obudowy odpowiadające kształtem i rozmiarami urządzeniom, których dokumentację techniczną załączono do siwz, posiadające własne szczegółowe rozwiązania i parametry (z zachowaniem parametrów minimalnych wymaganych przez zamawiającego i innych wymagań równoważności). Tak więc przedmiotem zamówienia jest wykonanie i dostarczenie odrzwi obudowy niekoniecznie wykonanych według dokumentacji GIG. Tym samym twierdzenie o tym jakoby zamawiający narzucał jakiegokolwiek podwykonawcę zamówienia jest nieuzasadnione.

Odnosnie zarzutów odwołującego w zakresie podnoszonego braku ustanowienia kryteriów równoważności i braku wszelkich danych niezbędnych do zaprojektowania równoważnej obudowy, Izba wskazuje, iż zarzuty takie byłyby zasadne wobec niezmodyfikowanego



brzmienia siwz. Tymczasem zamawiający w modyfikacji siwz z dnia 11.04.2011 r. ustanowił kryteria równoważności i minimalne wymagania względem obudów oraz podał dodatkowe dane na temat ich kształtu i funkcjonowania (projekty wykonawcze, instrukcje).

W związku z powyższym, ze względu na dyspozycję art. 192 ust. 2 Pzp, który stanowi, iż Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, potwierdzenie tego typu naruszenia przepisów nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. W związku z dokonaną modyfikacją siwz stan naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy został wyeliminowany i nie wywiera już skutków prawnych.

Również naruszenie norm wynikających z art. 29 ust. 3 Pzp należy w ustalonych okolicznościach uznać za niewywierające wpływu na wynik postępowania i nie wpływające na przekreślenie zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy. Za naruszenie sformułowanego w art. 29 ust. 3 Pzp zakazu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przy pomocy patentów, znaków towarowych czy pochodzenia, należy uznać określenie cech przedmiotu zamówienia i jego parametrów przez odesłanie do konkretnego produktu. Jednakże w okolicznościach danej sprawy było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i korespondowało z uzasadnionymi i obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Przede wszystkim jednak powyższe nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w związku z formalnym charakterem naruszenia powołanego przepisu – dopuszczenie rozwiązań równoważnych w stosunku do produktu opisanego przy pomocy załączonej do siwz dokumentacji projektowej oraz brak ochrony patentowej tego typu rozwiązań umożliwia wszystkim wykonawcom udział w postępowaniu i wykonanie przedmiotowego zamówienia. Nie narusza także uczciwej konkurencji w znaczeniu proporcji pomiędzy uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a stopniem preferencji dla jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminacji drugich. Oczywistym w tym przypadku jest, iż wykonawcy posiadający już w swojej ofercie odrzwi spełniające wymagania zamawiającego będą w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do wykonawców dopiero przystępujących do ich zaprojektowania. Jednakże wykonawcy tacy nie są formalnie wyeliminowani z udziału w postępowaniu czy pozbawieni możliwości wykonania zamówienia, a „nierówność” tego typu mieści się granicach zasad uczciwej konkurencji, których rozumienie i stosowanie zostało opisane powyżej. Dodać przy tym można, iż nawet opisanie przez zamawiającego zgodnego z jego potrzebami przedmiotu zamówienia bez odwoływania się do dokumentacji technicznej konkretnego produktu, np. przez przeniesienie danych (wymiarów, rysunków, parametrów...) z dokumentacji bezpośrednio do siwz, nie zmieniłoby sytuacji wykonawców w ramach niniejszego postępowania. W dalszym ciągu wykonawcy zobowiązani byłiby do zaprojektowania i wykonania odrzwi kompatybilnych/równoważnych do obecnie stosowanych, a obecny wykonawca odrzwi i posiadacz autorskich praw

majątkowych do ich dokumentacji dysponowałby gotowym, tzn. zaprojektowanym, produktem spełniającym wymagania zamawiającego.

W dalszej kolejności Izba wskazuje, iż zamawiający zgodnie z art. 30 ustawy opisał części zamówienia objęte normami (profile V), których dotyczą cytowane w odwołaniu fragmenty „Warunków ogólnych” w cz. III siwz, tym samym powoływanie tych fragmentów jako uzasadnienie zarzutów dotyczących innych części siwz jest nieuprawnione.

Następnie odnośnie żądania certyfikatu dla całości drzwi obudowy (wraz ze strzemionami) Izba wskazuje, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, formalnie żądanie tego typu dokumentów jest dopuszczalne. Certyfikat jakości czy bezpieczeństwa jest tzw. dokumentem przedmiotowym, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, potwierdzającym cechy oferowanego przedmiotu zamówienia. W świetle § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz.U. Nr 226, poz. 1817 ze zm.) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, katalog tego typu dokumentów jest otwarty.

Ponadto żądanie przedłożenia określonego certyfikatu wcale nie jest li tylko żądaniem zbędnego dokumentu, ale *de facto* sprowadza się do żądania przez zamawiającego dostarczenia produktu, który przeszedł stosowane badania w trakcie procesu certyfikacji. W świetle przywoływanych wyżej zasad ogólnych zamawiający zawsze uprawniony będzie do zakupu towarów i usług o podwyższonym standardzie i jakości, czy po prostu towarów, które przeszły określone testy i badania. Jedynym ograniczeniem dla tego typu podmiotowego uprawnienia zamawiającego będą zasady konkurencji wyrażone w ustawie lub klauzule generalne Kodeksu cywilnego czego w tym przypadku nie wykazano. Z pewnością tego typu ograniczenia nie stanowi wygoda wykonawcy lub fakt, iż certyfikacja nie jest w tym zakresie obligatoryjna w świetle obowiązujących przepisów. W przypadku gdy uzyskanie certyfikatu na drzwi wraz z wymaganymi strzemionami jest możliwe (okoliczności, że jest inaczej odwołujący nie podnosił), a zamawiający wyraził w siwz życzenie zamówienia drzwi przebadanych w takim zakresie, wyborem wykonawcy pozostaje spełnienie wymagań zamawiającego lub rezygnacja z ubiegania się o zamówienie.

Za nieuzasadnione uznano również zarzuty nadużycia prawa podmiotowego i w ten sposób naruszenia art. 83 ust. 2 Pzp przez brak podziału zamówienia na części. Zgodnie z brzmieniem ww. przepisu zamawiający może przedmiot zamówienia podzielić na części jeżeli jest podzielny. *A contrario* więc zamawiający może również zamówienia nie dzielić na części nawet jeżeli jest podzielne.

Upewnienie zamawiającego sformułowane w przepisach ustawy może zostać ograniczone tylko w wypadku wyraźnego naruszenia zasad ogólnych ustawy lub powołanych klauzul generalnych wyrażonych w art. 5 Kc, np. gdy brak podziału na części zamówienia, które jest podzielne, prowadzi do sytuacji, w których konkurencja zostaje ograniczona czy wręcz wyeliminowana, a zamawiający nie kierował się przy tym ważnymi względami gospodarczymi. W ten sposób należałoby ocenić przypadek,

gdy część zamówienia ze względu na ochronę praw wyłącznych może zostać udzielona lub faktycznie wykonana tylko przez jednego wykonawcę, a druga część zamówienia mogłaby zostać wykonana z zachowaniem konkurencji – przy czym rozdzielenie obu części zamówienia do odrębnych postępowań byłoby możliwe.

Tymczasem wobec nie podzielenia zarzutów odwołującego w przedmiocie możliwości wykonania obudów w poz. 1-4 tabeli w Części III siwz tylko przez jednego wykonawcę (GIG lub Hutę Łabędy), uzasadnienie dla konieczności wydzielenia poz. 5 tabeli do oddzielnego zamówienia nie istnieje. Ponadto sprzeciwiają się temu istotne względy związane z określeniem sposobu zaspakajania potrzeb zamawiającego na konkretne typy obudów. Za wiarygodne uznano w tym zakresie wyjaśnienia zamawiającego, iż nie jest w stanie określić, których obudów i ile w danym momencie będzie potrzebował, co może prowadzić nawet do braku zamówienia i odebrania w trakcie realizacji umowy, któregoś z wyspecyfikowanych typoszeregów. Jak wynika z przytoczonych w ustaleniach Izby postanowień „Warunków ogólnych” cz. III siwz tolerancja wielkości faktycznych dostaw dla całego zamówienia czyli wszystkich, wycenianych tak samo typoszeregów drzwi obudów to aż 60%. Natomiast dla poszczególnych typów faktyczna wielkość zamówienia może być nawet mniejsza. Opisanie odrębnego przedmiotu zamówienia i określenia wartości zobowiązania dla poszczególnych typoszeregów byłoby więc niemożliwe. Natomiast przy połączeniu poszczególnych typoszeregów do jednego zamówienia, biorąc pod uwagę taką samą cenę za tonę, poszczególne rodzaje obudów mogą być dostarczane według potrzeb i razem składają się na ogólną wartość i zakres zamówienia.

Zgodnie z powoływanym wyżej art 353<sup>1</sup> Kc strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają może do tego typu stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia (np. kosztów szybkiego transportu: lotniczego, kolejowego – tak aby zmieścić się w terminach dostawy żądanych przez zamawiającego). Sam fakt, iż jeden z wykonawców chciałby sprowadzać przedmiot dostawy z Turcji lub innego odległego kraju, i z tego powodu nie odpowiadają mu przyjęte przez zamawiającego terminy

dostawy nie jest sam w sobie okolicznością wystarczającą do uznania, że sposób realizacji zamówienia przyjęty przez zamawiającego narusza zasady uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując niniejszą sprawę nie wzięła pod uwagę innych dowodów przedłożonych przez uczestników postępowania oprócz wymienionych wyżej, uznając je za zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na marginesie Izba wskazuje, iż nie widzi możliwości narzucania zamawiającemu, co dokładnie ma zamawiać (w jaki sposób ma być wykonywana jego umowa) bez konkretnych i pewnych podstaw prawnych w tym zakresie. Izba może więc wskazać, iż konkretne postanowienia siwz naruszają dane przepisy prawa, jednakże nie może ich zmieniać przez określanie za zamawiającego innych terminów dostaw, odmiennych warunków wykonania zamówienia czy wręcz decydowania co zamawiający ma zamówić w zamian produktu, którego opis okazałby się niezgodny z przepisami ustawy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....