Sygn. akt: KIO 2358/21

WYROK

z dnia 16 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę Horyzont sp. j. A. B. w Mikołowie

w postępowaniu prowadzonym przez Polska Grupa Górnicza S.A. w Katowicach

przy udziale wykonawcy PPHU Witmet sp. z o.o. w Witkowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Horyzont sp. j. A. B. w Mikołowie i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Horyzont sp. j. A. B. w Mikołowie tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od wykonawcy Horyzont sp. j. A. B. w Mikołowie na rzecz Polska Grupa Górnicza S.A. w Katowicach kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2358/21

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

Zamawiający, Polska Grupa Górnicza S.A. w Katowicach, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z

2021 r. poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej „ustawą Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa łączników do wzmacniania obudowy chodnikowej dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. w ramach składów konsygnacyjnych - nr grupy 288-13”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 lipca 2021 r. nr 2021/S 137-365647.

W dniu 6 sierpnia 2021 r. wykonawca Horyzont sp. j. A. B. w Mikołowie, zwany dalej „odwołującym", wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 135 ustawy Pzp przez jego błędną wykładnię, w wyniku czego odpowiedzi na pytania zamawiającego nie sposób uznać za wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2) art. 135 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, jednoznaczny i jednocześnie odstąpienie od udzielenia odpowiedzi w sposób umożliwiający sprecyzowanie przedmioty zamówienia;

3) art. 135 ustawy Pzp w zw. z art. 105 ustawy Pzp przez udzielenie odpowiedzi za pomocą odniesienia się do certyfikatu, w sytuacji gdy certyfikat nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia, a jego celem jest potwierdzenie zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, ewentualnie

2) ponownego udzielenia wyjaśnień odwołującemu, ewentualnie/i

3) zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie wobec wyjaśnień Zamawiającego udzielonych dnia 29 lipca 2021 r. dotyczących treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że opis treści specyfikacji warunków zamówienia jest tak niedokładny i nieprecyzyjny, iż problemem jest odczytanie jakie są wymagania zamawiającego, a w konsekwencji sporządzenie oferty spełniającej te wymagania. Odwołujący wskazał, że w wyniku tego pismem z dnia 28 lipca 2021r. złożył szereg zapytań, które miały umożliwić odczytanie intencji zamawiającego, a tym samym sporządzenie oferty spełniającej wymagania zamawiającego. Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 29 lipca 2021r. zamawiający odniósł się do jego zapytań, jednakże stanowiska zamawiającego w żaden sposób nie można uznać za wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sytuacji gdy odpowiedź brzmiała: „oferowane wyroby muszą być wykonane zgodnie z dokumentacją techniczną stanowiącą podstawę wydawania certyfikatu, o którym mowa w pkt. 2 części C, Załącznika 1 do SIWZ, fakt ten musi być potwierdzony w deklaracji zgodności, o której mowa w pkt. b) części E, Załącznika nr 1 do SIWZ". Zdaniem odwołującego tego typu odpowiedzi nie sposób uznać za wyjaśnienie treści SWIZ. Odwołujący wskazał, że brzmienie opisu przedmiotu zamówienia jak i aktualnie udzielone wyjaśnienia nie pozwalają na sporządzenie oferty spełniającej wymagania zamawiającego, albowiem nie sposób ustalić jakie w rzeczywistości one są, co wprost utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący argumentował, że wątpliwości do stosowania uczciwej konkurencji powstają w szczególności, kiedy zapozna się z parametrami techniczno- użytkowymi w innych postępowaniach zamawiającego, albowiem wskazane tam wymagania są dokładne i szczegółowo opisują przedmiot zamówienia. Wskazał, że w postępowaniu dotyczącym tożsamego przedmiotu zamówienia w roku uprzednim, zamawiający dokładnie określił przedmiot zamówienia, różnice zostały przytoczone w tabeli zawartej w odwołaniu. Odwołujący wskazał, że praktyką u zamawiającego jest stosowanie dokładnych opisów przedmiotu zamówienia, a nie poprzestanie na odwołaniu się do certyfikatów. Bacząc na fakt, że odwołujący oraz inni wykonawcy zadawali pytania w zakresie sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia, zasadnym jest uznanie, że opis zamówienia wskazany przez zamawiającego nie wyczerpuje normy art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, czyli nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, dostatecznie dokładny i zrozumiały. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia powołuje się na certyfikat, jednakże certyfikat nie jest narzędziem umożliwiającym określenie wymagań technicznych danego przedmiotu. Zapis art. 105 ust. 1

ustawy Pzp, wskazuje że w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Zdaniem odwołującego, Zamawiający nie może żądać aby przedmiot zamówienia odpowiadał certyfikatowi, w sytuacji gdy celem certyfikatu jest potwierdzenie cech określonych w opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie, ewentualnie oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca PPHU Witmet sp. z o.o. w Witkowicach. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania, informację z otwarcia ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła oddalić wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania w całości jako spóźnionego na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp.

Izba podzieliła generalnie stanowisko zamawiającego, że zgodnie z art. 135 ust. 1 Pzp wyjaśnieniu podlega treść SWZ, czyli treść istniejąca. Jeżeli czegoś w SIWZ nie ma, a wykonawca wnosi o uzupełnienie treści SIWZ, to takie „pytanie" nie dotyczy wyjaśnienia treści SIWZ, ale stanowi wniosek o jej uzupełnienie. W takiej sytuacji jeśli odwołanie wobec brakującej treści SIWZ jest wnoszone w terminie liczonym od dnia udzielenia odpowiedzi na pytanie, w której zamawiający odmawia uzupełnienia treści SWZ, to takie odwołanie powinno zostać uznane za spóźnione. Izba stwierdziła, że spośród pytań zadanych przez odwołującego w dniu 29 lipca 2021 r. rzeczywiście niektóre miały charakter wniosków o uzupełnienie SWZ (o czym będzie mowa dalej) i w tym zakresie odwołanie wobec brakującej treści SWZ powinno być wniesione w terminie liczonym od daty publikacji SWZ, a nie od daty nieuwzględnienia przez zamawiającego wniosku o uzupełnienie SWZ. Przykładem takiego wniosku było choćby pytanie nr 11 o treści: Jakie powinny być min. parametry mechaniczne materiału nakrętek złącza kątowo - stropnicowego?

Jednakże równocześnie dostrzeżenia wymagało, że spośród pytań złożonych przez odwołującego nie wszystkie stanowiły wnioski o uzupełnienie treści SWZ. Przykładowo za takie nie mogły być uznane wnioski:

a) nr 1 - Ze względu na niejednoznaczność słowa przekątna, proszę o wyjaśnienie, pod jakim kątem będą krzyżowały się kształtowniki obudowy i podciągu?

b) nr 12 - Czy w miejscach, w których będzie zastosowany przedmiot zamówienia występuje środowisko korozyjne, jeśli tak to jakie?

Zdaniem Izby, powyższe wnioski zmierzały do uszczegółowienia istniejącej już treści SWZ i w konsekwencji stanowiły dopuszczalne, w świetle art. 135 Pzp, wnioski o wyjaśnienie SWZ, a nie wnioski o uzupełnienie SWZ. Wobec powyższego, wniosek zamawiającego o odrzucenie w całości odwołania jako spóźnionego podlegał oddaleniu.

Izba oddaliła również wniosek zamawiającego o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Stosownie do powołanego przepisu, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Zdaniem Izby dalsze postępowanie nie jest zbędne. Rzeczywiście odwołanie dotyczyło

zaniechania czynności udzielenia odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ. Faktem jest też, że przed wyrokowaniem w sprawie upłynął termin składania ofert, a 6 wykonawców, w tym odwołujący złożyło oferty. Powyższe nie oznaczało jednak, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne z tego powodu. Jak słusznie wskazał odwołujący, nie można bowiem wykluczyć sytuacji, że gdyby odpowiedzi zostały udzielone, to odwołujący lub inny wykonawca mogliby złożyć oferty o innej treści niż złożone, co mogłoby mieć wpływ na krąg wykonawców oraz wynik postępowania. Ponadto odwołujący w treści odwołania domagał się nakazania zamawiającemu nie tylko udzielenia odpowiedzi na pytania, ale również ewentualnie unieważnienia postępowania z powodu obarczenia go nieusuwalną na obecnym etapie wadą, jaką byłoby nieudzielenie przez zamawiającego odpowiedzi przed upływem terminu składania ofert pomimo ustawowego obowiązku. Powyższe oznaczało, że postępowanie odwoławcze nie jest zbędne. Wobec powyższego wniosek zamawiającego podlegał oddaleniu.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący, wbrew stanowisku zamawiającego przedstawionym na posiedzeniu, wykazał przesłanki do wniesienia odwołania wynikające z art. 505 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Zamawiający swą argumentację o braku spełniania przesłanek z art. 505 ustawy Pzp wywodził z faktu, że odwołujący, mimo nieuzyskania oczekiwanych przez siebie odpowiedzi, był w stanie złożyć ofertę. Zdaniem Izby, sam fakt złożenia oferty odwołującego nie przekreśla jego interesu w uzyskaniu danego zamówienia i nie oznacza, że nie może on ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tak jak to wyjaśniono już wcześniej, nie można bowiem wykluczyć sytuacji, że gdyby odpowiedzi zostały udzielone, to odwołujący mógłby złożyć ofertę o innej treści niż obecna, konkurować z mniejszą liczbą wykonawców, czy też w inny sposób zwiększyć swe szanse na uzyskanie zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 135 ustawy Pzp:

1. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

2. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert w przypadku, o którym mowa w art. 138 ust. 2 pkt 2, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio 14 albo 7 dni przed upływem terminu składania ofert.

5. W przypadku gdy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ nie wpłynął w terminie, o którym mowa w ust. 2, zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień SWZ oraz obowiązku przedłużenia terminu składania ofert.

Ustalono, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lipca 2021 r. nr 2021/ S 137-365647. W dniu 19 lipca 2020 r. na stronie internetowej zamawiającego została zamieszczona specyfikacja warunków zamówienia (SWZ).

Ustalono także, że w części III SWZ zamawiający wskazał, że:

3. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wymagania prawne i parametry techniczno-użytkowe określono w Załączniku Nr 1 do niniejszej SWZ.

4. W celu potwierdzenia, że oferowane świadczenie jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego wymagane jest złożenie wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych.

W załączniku nr 1 do SWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) w części A zamawiający wskazał, że Przedmiotem zamówienia jest dostawa łączników do wzmocnienia

obudowy chodnikowej dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. w ramach składów konsygnacyjnych - (grupa asortymentowa 288-13) w szacunkowej ilości i rodzaju szczegółowo określonej w Formularzu Ofertowym, który stanowi załącznik nr 2 do SWZ.

W załączniku nr 1 do SWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia winien być wykonany zgodnie z Dokumentacją Techniczno - Ruchową oraz rysunkiem technicznym, zgodnymi z uzyskanym certyfikatem.

W części C załącznika nr 1 do SWZ (Przedmiotowe środki dowodowe wymagane w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego - do złożenia wraz z ofertą) zamawiający wymienił:

2. Aktualny(e) dobrowolny(e) certyfikat(y) uprawniający(e) do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa B, wydany(e) przez niezależną, uprawnioną jednostkę certyfikującą wyroby potwierdzający(e), że dokładnie oznaczone produkty będące przedmiotem zamówienia spełniają wymagania bezpieczeństwa uwzględniające postanowienia Ustawy Prawo geologiczne i górnicze oraz wymagania zawarte w aktach wykonawczych wydanych z delegacji tej ustawy, obowiązującej w dniu wydania certyfikatu.

W części E załącznika nr 1 do SWZ (Dokumenty wymagane do każdej dostawy do składu konsygnacyjnego lub magazynu własnego Oddziału Polskiej Grupy Górniczej S.A. objętego umową w formie papierowej) zamawiający wymienił:

b) Deklaracja zgodności wyrobu, według normy PN-EN ISO/IEC 17050-1:2010 „Ocena zgodności. Deklaracja zgodności składana przez dostawcę. Część 1: Wymagania ogólne".

Ustalono również, że termin składania ofert wyznaczono na 2 sierpnia 2021 r. (część XII SWZ).

Izba ustaliła także, że w dniu 29 lipca 2021 r. odwołujący złożył do zamawiającego wniosek o wyjaśnienie treści SWZ o treści:

Pytanie 1: Zamawiający opisując przedmiot zamówienia Część II Wymagania szczegółowe dla zadań 2-15: w punkcie 6 opisał: „Kołnierze jarzma winny być przesunięte względem siebie tak, że wykonane otwory na śruby umożliwiałyby zabudowę śrub po przekątnej krzyżujących się kształtowników (obudowy i podciągu)". Ze względu na niejednoznaczność słowa przekątna, proszę o wyjaśnienie, pod jakim kątem będą krzyżowały się kształtowniki obudowy i podciągu?

Pytanie 2: Jaka powinna być odległość osi śruby hakowej od krzyżujących się kształtowników?

Pytanie 3: W punkcie 9 Zamawiający opisał: „Wytrzymałość złącza kątowego winna wynosić

minimum 100 kN" - jaką wytrzymałość Zamawiający miał na myśli (na rozciąganie, na ściskanie, na skręcanie, na zginanie)?

Pytanie 4: Z jakiego badania lub obliczeń i jego wyniku ma ta „wytrzymałość" wynikać i podlegać ocenie?

Pytanie 5: W punkcie 10 Zamawiający opisał: „Nakrętki śrub powinny być wykonane zgodnie z certyfikatem i posiadaną dokumentacją techniczną." - z jakim certyfikatem powinny być wykonane nakrętki?

Pytanie 6: Czy Zamawiającemu jest obojętne jaka będzie wielkość nakrętek, skoro nie określa typu nakrętki, klasy i wysokość itd.?

Pytanie 7: W nawiązaniu do powyższego pytania, czy Zamawiający odrzuci ofertę zawierającą łączniki z nakrętkami kwadratowymi, wykonanymi wg własnej dokumentacji spełniającej wszystkie pozostałe wymagania SIWZ? Jest to nakrętka najtańsza jednak zakręcanie odbywa się za pomocą klucza płaskiego.

Pytanie 8: Czy gwint Tr16x4 wg PN ISO 2902:1996 zastosowany w śrubach hakowych i kabłąkowych będzie odpowiadał warunkom stosowania w podziemnych wyrobiskach

zakładów górniczych Zamawiającego? Spełnia on wszystkie pozostałe wymagania SIWZ.

Pytanie 9: Zamawiający opisując przedmiot zamówienia Część II Wymagania szczegółowe dla zadania 16: „7. Jarzma kute złączy powinny być wykonane jako odkuwki zgodnie z dokumentacją konstrukcyjną producenta stali o parametrach mechanicznych: Rm min.= 490 MPa, Re min.= 355 MPa, A5 min.=18%, KCU2A min.=30J/cm^2. 8. Śruby hakowe do złączy powinny być wykonane ze stali o następujących parametrach mechanicznych: Rm min.= 600 MPa, Re min.= 355 MPa, A5 min.=18%, KCU2A min.=30J/cm2." określił parametry materiału, dlaczego nie zostały one określone dla zadań 2-15?

Pytanie 10: Jaka jest intencja Zamawiającego narzucając parametry mechaniczne materiału śruby hakowej i jarzma kutego, skoro nie podaje się ich wymiarów geometrycznych?

Pytanie 11: Jakie powinny być min parametry mechaniczne materiału nakrętek złącza kątowo - stropnicowego?

Pytanie 12: Czy w miejscach, w których będzie zastosowany przedmiot zamówienia występuje środowisko korozyjne, jeśli tak to jakie? Wyjaśnienie to jest niezbędne aby dochować należytej staranności w zakresie zaoferowania materiału łączników, uwzględniającego ubytek masy/przekroju bez utraty parametrów użytkowych w okresie gwarancji w środowisku korozyjnym.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wniosek zamawiający udzielił 29 lipca 2021 r. odpowiedzi: Oferowane wyroby muszą być wykonane zgodnie z dokumentacją techniczną stanowiącą podstawę wydania certyfikatu o którym mowa w pkt 2, części C, załącznika nr 1 do SWZ, fakt ten musi być potwierdzony w deklaracji zgodności, o której mowa w pkt b części E, załącznika nr 1 do SWZ.

Chybione okazały się zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Izba stwierdziła, że w analizowanej sprawie termin składania ofert został przez zamawiającego skrócony zgodnie z art. 138 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Postępowanie zostało bowiem wszczęte w dniu 19 lipca 2021 r., zaś termin składania ofert został wyznaczony na dzień 2 sierpnia 2021 r. W tej sytuacji zamawiający, zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy Pzp, miał obowiązek udzielenia odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ, złożone nie później niż na 7 dni przed upływem terminu składania ofert. Ponieważ termin składania ofert wyznaczono na 2 sierpnia 2021 r., to zamawiający miał obowiązek udzielenia odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ, jeśli ten trafiłby do niego nie później niż w dniu 26 lipca 2021 r. Na uwagę zasługiwał fakt, że odwołujący złożył do zamawiającego wnioski o wyjaśnienie treści SWZ dopiero w dniu 29 lipca 2021 r. W tej sytuacji znajdował zastosowanie przepis art. 135 ust. 5 Pzp, który stanowi, że W przypadku gdy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ nie wpłynął w terminie, o którym mowa w ust. 2, zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień SWZ oraz obowiązku przedłużenia terminu składania ofert.

Z przepisu tego jasno wynikało, że w przypadku złożenia wniosku po terminie zamawiający nie ma w ogóle obowiązku reagowania na niego i udzielenia jakiejkolwiek odpowiedzi.

Błędne jest stanowisko odwołującego, przedstawione w piśmie z dnia 14 września 2021 r., zgodnie z którym jeśli zamawiający, pomimo złożenia wniosku po terminie, decyduje się na udzielenie odpowiedzi, to musi odpowiedzieć wyczerpująco i jednoznacznie na wszystkie postawione pytania. Skoro zamawiający zgodnie z prawem może w ogóle nie udzielić jakiekolwiek odpowiedzi, to na zasadzie wnioskowania z większego na mniejsze, ad maiori ad minus, ma także prawo udzielić odpowiedzi niepełnej, nieodnoszącej się do całości pytania. Przypomnienia wymaga również, że zgodnie z art. 513 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wobec zaniechania czynności w postępowaniu, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp. Skoro zamawiający nie miał obowiązku wykonania czynności odpowiedzi na spóźniony wniosek o wyjaśnienie SWZ, to wobec takiego zaniechania zamawiającego nie można było wnieść skutecznego odwołania.

Zdaniem Izby z sytuacją nieudzielenia pełnej odpowiedzi na pytania mieliśmy do czynienia w analizowanej sprawie. Odwołujący 29 lipca 2021 r. zadał zamawiającemu następujące pytania:

Pytanie 1: Zamawiający opisując przedmiot zamówienia Część II Wymagania szczegółowe dla zadań 2-15: w punkcie 6 opisał: „Kołnierze jarzma winny być przesunięte względem siebie tak, że wykonane otwory na śruby umożliwiałyby zabudowę śrub po przekątnej krzyżujących się kształtowników (obudowy i podciągu)". Ze względu na niejednoznaczność słowa przekątna, proszę o wyjaśnienie, pod jakim kątem będą krzyżowały się kształtowniki obudowy i podciągu?

Pytanie 2: Jaka powinna być odległość osi śruby hakowej od krzyżujących się kształtowników?

Pytanie 3: W punkcie 9 Zamawiający opisał: „Wytrzymałość złącza kątowego winna wynosić minimum 100 kN" - jaką wytrzymałość Zamawiający miał na myśli (na rozciąganie, na ściskanie, na skręcanie, na zginanie)?

Pytanie 4: Z jakiego badania lub obliczeń i jego wyniku ma ta „wytrzymałość" wynikać i podlegać ocenie?

Pytanie 5: W punkcie 10 Zamawiający opisał: „Nakrętki śrub powinny być wykonane zgodnie z certyfikatem i posiadaną dokumentacją techniczną." - z jakim certyfikatem powinny być wykonane nakrętki?

Pytanie 6: Czy Zamawiającemu jest obojętne jaka będzie wielkość nakrętek, skoro nie określa typu nakrętki, klasy i wysokość itd.?

Pytanie 7: W nawiązaniu do powyższego pytania, czy Zamawiający odrzuci ofertę zawierającą łączniki z nakrętkami kwadratowymi, wykonanymi wg własnej dokumentacji spełniającej wszystkie pozostałe wymagania SIWZ? Jest to nakrętka najtańsza jednak zakręcanie odbywa się za pomocą klucza płaskiego.

Pytanie 8: Czy gwint Tr16x4 wg PN ISO 2902:1996 zastosowany w śrubach hakowych i kabłąkowych będzie odpowiadał warunkom stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych Zamawiającego? Spełnia on wszystkie pozostałe wymagania SIWZ.
Pytanie 9: Zamawiający opisując przedmiot zamówienia Część II Wymagania szczegółowe dla zadania 16: „7. Jarzma kute złączy powinny być wykonane jako odkuwki zgodnie z dokumentacją konstrukcyjną producenta stali o parametrach mechanicznych: Rm min.= 490 MPa, Re min.= 355 MPa, A5 min.=18%, KCU2A min.=30J/cm^2. 8. Śruby hakowe do złączy powinny być wykonane ze stali o następujących parametrach mechanicznych: Rm min.= 600 MPa, Re min.= 355 MPa, A5 min.=18%, KCU2A min.=30J/cm2." określił parametry materiału, dlaczego nie zostały one określone dla zadań 2-15?

Pytanie 10: Jaka jest intencja Zamawiającego narzucając parametry mechaniczne materiału śruby hakowej i jarzma kutego, skoro nie podaje się ich wymiarów geometrycznych?

Pytanie 11: Jakie powinny być min parametry mechaniczne materiału nakrętek złącza kątowo - stropnicowego?

Pytanie 12: Czy w miejscach, w których będzie zastosowany przedmiot zamówienia występuje środowisko korozyjne, jeśli tak to jakie? Wyjaśnienie to jest niezbędne aby dochować należytej staranności w zakresie zaoferowania materiału łączników, uwzględniającego ubytek masy/przekroju bez utraty parametrów użytkowych w okresie gwarancji w środowisku korozyjnym.

W reakcji na ww. wnioski zamawiający poprzestał jedynie na odpowiedzi, iż

oferowane wyroby muszą być wykonane zgodnie z dokumentacją techniczną stanowiącą podstawę wydania certyfikatu o którym mowa w pkt 2, części C, załącznika nr 1 do SWZ, fakt ten musi być potwierdzony w deklaracji zgodności, o której mowa w pkt b części E, załącznika nr 1 do SWZ. Zdaniem Izby przytoczona odpowiedź z pewnością nie odnosiła się do wszystkich przywołanych wniosków. Przykładowo odpowiedź nie stanowiła reakcji na:

a) pytanie nr 12 o treści: Czy w miejscach, w których będzie zastosowany przedmiot

zamówienia występuje środowisko korozyjne, jeśli tak to jakie;

b) pytanie nr 3 o treści: „Wytrzymałość złącza kątowego winna wynosić minimum 100 kN" - jaką wytrzymałość Zamawiający miał na myśli (na rozciąganie, na ściskanie, na skręcanie, na zginanie)?

Jednakże, jak wskazano wcześniej, opisane zachowanie zamawiającego odpowiadało prawu. Zamawiający zgodnie z wyraźną dyspozycją art. 135 ust. 5 ustawy Pzp miał prawo w ogóle nie reagować na spóźnione wnioski odwołującego o wyjaśnienie treści SWZ. Wobec powyższego odwołanie musiało podlegać oddaleniu.

Niezależnie od powyższego należało przyznać rację zamawiającemu, że niektóre pytania odwołującego w ogóle nie stanowiły wniosków o wyjaśnienie treści SWZ. W konsekwencji nawet gdyby takie wnioski wpłynęły do zamawiającego w terminie, o którym mowa w art. 135 ust. 2 Pzp, to zamawiający nie musiałby w ogóle na nie reagować. Przykładowo jedynie należało wskazać na następujące pytania:

a) pytanie 6: Czy Zamawiającemu jest obojętne jaka będzie wielkość nakrętek, skoro nie określa typu nakrętki, klasy i wysokość itd.?

b) pytanie 10: Jaka jest intencja Zamawiającego narzucając parametry mechaniczne materiału śruby hakowej i jarzma kutego, skoro nie podaje się ich wymiarów

geometrycznych?

Zdaniem Izby powyższe wnioski odwołującego stanowiły de facto pytania o intencje zamawiającego. Z żadnego przepisu ustawy Pzp nie wynika jednak, aby zamawiający musiał tłumaczyć wykonawcom motywy swoich działań.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje

postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza

uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza,

że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....