Sygn. akt: KIO 1315/21

WYROK

z dnia 27 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2021 r. przez wykonawcę MAS sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Wsparcia Produkcji z siedzibą w Jastrzębiu Zdrój

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę MAS sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MAS sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy MAS sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie na rzecz Zamawiającego: Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Wsparcia Produkcji z siedzibą w Jastrzębiu Zdrój kwotę 4 050 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. 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 1315/21

Zamawiający: Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Wsparcia Produkcji z siedzibą w Jastrzębiu Zdrój wszczął postepowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy do kopalń JSW S.A. worków do transportu materiałów sypkich, rękawów do wykładki mechanicznej, pojemników do budowy pasów podpornościowo - izolacyjnych, pojemników tkaninowych, tkaniny podsadzkowej polipropylenowej, tkaniny jutowej i folii

wentylacyjnej z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej pod numerem: 2021/S 042-105935 w dniu 2 marca 2021 r., a następnie sprostowane ogłoszeniem numer 2021/S 079-204259 z dnia 23 kwietnia 2021r.

Nie zgadzając się ze zmienionymi postanowieniami ogłoszenia i SIWZ Odwołujący: MAS sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie w dniu 4 maja 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu niezgodność z przepisami ustawy: Ogłoszenie o zmianie treści SWZ z dnia 23.04.2021 i treść -załącznika nr 1 - pkt.13.3 z dnia 23.04.2021 r.: „Jeżeli treść dokumentów wskazanych w pkt 13.1 bądź 13.2. Specyfikacji technicznej nie określa metod badawczych lub norm, wg których przeprowadzono badania potwierdzające spełnienie wymagań przewidzianych w § 28 ust. 2 Wykonawca na wezwania Zamawiającego, skierowane w trakcie realizacji zamówień, przedstawi dokument opisujący metodyki badawcze lub wskazujący normy wg których zostały przeprowadzone badania. Niedopełnienie przez Wykonawcę powyższego obowiązku będzie nienależytym wykonaniem umowy stanowiącym podstawę do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego.”.

Przedstawiając zwięzłe zarzuty odwołania wskazał na obrazę art.107 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub nPZP w zw. z art. 16 pkt.1 i 2 oraz art.17ust.2 i 18 ust.1 nPZP poprzez zmianę treści pkt. 13.2 SWZ, a tym samym nieproporcjonalne do celu żądania przedmiotowych dokumentów dowodowych w rozumieniu art. 104-107 nPZP, i z naruszeniem zasady równości udziału w postępowaniu uznanie przez Zamawiającego, że przedmiotowe środki dowodowe winny być złożone nie wraz z ofertą ze skutkiem przeniesienia czynność badania i oceny ofert poza sferę postępowania o udzielenie zamówienia, wbrew w zasadom zasadzie jawności i proporcjonalności.

Zwrócił uwagę, że w tej sytuacji również, w której § 28 ust.2 Rozp. Min. Energii stawia

zamawiającemu obowiązek weryfikacji właściwości przedmiotu zamówienia, zanim dojdzie do wyboru oferty najkorzystniejszej to odstępstwo od weryfikacji stanowi odstępstwo od zasady wyboru oferty najkorzystniejszej, która może nastąpić tylko po eliminacji ofert, które nie spełniają warunków SWZ pod względem przedmiotowym i winny ulec odrzuceniu przed zawarciem umowy.

Zauważył, że w tej sytuacji również zastrzeżenie, że Zamawiający będzie mógł odstąpić od umowy na etapie jej realizacji, w sytuacji gdy wcześniej nie wykonał ciążącego na nim obowiązku z art. 107 nPZP jest bezskuteczne, gdyż tylko na etapie badania i oceny ofert może dojść do jej odrzucenia, a taki skutek miałoby oświadczenie Zamawiającego o odstąpieniu od umowy.

Wnosił o unieważnienie czynności ogłoszenia o zmianie SWZ z dnia 23.04.2021 r. w zakresie pkt. 13.2 zał.nr 1 do SWZ i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności ogłoszenia zmiany SWZ z uwzględnieniem zmiany postanowień pkt. 13.2 zał. nr 1 do SWZ zgodnie z art.107 nPZP.

Odwołujący stwierdził, że jest uczestnikiem rynku dostaw w przedmiocie objętym zamówieniem, oferującym wyroby z tkaniny polipropylenowej spełniające warunki stawiane przez zamawiającego.

Zaznaczył przy tym, że w sytuacji, gdy zgodnie z nPZP skutkiem braku właściwości przedmiotu zamówienia lub przedmiotowych środków dowodowych pozwalających na zweryfikowanie ich istnienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia winno być uznanie oferty za nie spełniającą wymogów zamawiającego jej odrzucenia, interes prawny odwołującego może doznać uszczerbku w sytuacji, gdy dojdzie do oceny ofert bez zachowania transparentnych warunków takiej oceny.

Argumentował, że będzie to miało miejsce wówczas gdy zamawiający przyjmie, iż oferta kwalifikuje się do dalszego udziału w postępowaniu, a dopiero w toku realizacji zamówienia będzie badał: czy, oraz przy pomocy, których to metod badawczych czy norm należy zweryfikować treść oferty (ocenić spełnienie warunków przedmiotowych)weryfikując zgodność treści przedstawionych przez wykonawcę dokumentów przedmiotowych pod kątem oceny czy wymagania niepalności, antyelektrostatyczności lub nietoksyczności zostały spełnione i to w sytuacji, gdy Zamawiający wcześniej (oceniając treść dokumentów wskazanych w pkt. 13.2) uznał, że dokumenty złożone przez wykonawcę zgodnie z pkt. 13.2 Zał.nr do SWZ jednoznacznie stwierdzają, iż przedmiot opisany w dokumencie z pkt. 13.1 SWZ jest bezpieczny do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w zakresie w/w wymagań anty-toksyczności, anty-palności i anty-elektrostatyczności - w rozumieniu par. 13.2 Rozp. Min. Energiz dnia 23.11.2016r.

Wskazał, że Zamawiający przewidział zgodnie z art. 107 nPZP, że Wykonawca winien przedłożyć wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe określone w pkt. 13.1 i 13.2 Zał. nr 1 do SWZ. Pkt. 13.Wykaz dokumentów składanych wraz z ofertą Dokument wydany przez niezależną jednostkę prowadzącą badania i ocenę przedmiotu zamówienia bądź tkaniny z której został wykonany (w przypadku wyrobów z folią uszczelniającą również dokument dotyczący folii) potwierdzający spełnienie wymagań przewidzianych w § 28 ust. 2 rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych tj. potwierdzający możliwość bezpiecznego stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w zakresie wymagań przedstawionych w ww. przepisie.

Zwrócił również uwagę, że w przypadku zadania 5 ww. dokument wymagany jest dla gotowego wyrobu (kompletny przedmiot zamówienia), gdzie Zamawiający postawił wymóg, aby dokument z pkt. 13.1 odwoływał się do treści par.28 Rozp. Min. Energii, gdyż „W przypadku, gdy dokument opisany w punkcie 13.1. nie odwołuje się do treści § 28 ust. 2 rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych, wykonawca dodatkowo przedstawi dokument wydany przez niezależną jednostkę prowadzącą badania i ocenę lub przez organ nadzoru górniczego wskazany w art. 164 ust. 1 ustawy Prawo geologiczne i górnicze - stwierdzający jednoznacznie, iż przedmiot opisany w dokumencie, o którym mowa w punkcie 13.1. spełnia wymagania przewidziane w ww. przepisie.

Według Odwołującego - z dalszej części pkt. 13.3 zał. nr 1 wynika sprzeczność z pkt.

13.

Po pierwsze zamawiający stawia wymóg dodatkowy dla dokumentów, które mają jednoznacznie potwierdzać spełnienie warunków przedmiotowych i warunków treści dokumentów weryfikujących to spełnienie poprzez wskazanie powinności określenia metod badawczych lub norm przy pomocy jednostki, która wystawiła dokument dokonała weryfikacji spełnienia warunków w zakresie par.28 ust.2 Rozp. Min. Energii słowami: „Jeżeli treść dokumentów wskazanych w pkt 13.1 bądź 13.2.Specyfikacji technicznej nie określa metod badawczych lub norm wg których przeprowadzono badania potwierdzające spełnienie wymagań przewidzianych w § 28 ust. 2 Wykonawca na wezwanie Zamawiającego, skierowane w trakcie realizacji zamówień, przedstawi dokument opisujący metodyki badawcze lub wskazujący normy, wg których zostały przeprowadzone badania.

Po drugie Zamawiający przenosi badanie przedmiotowego środka dowodowego na

etap po zawarciu umowy, a więc na fazę już po zakończeniu postępowania. Oznacza to - zdaniem Odwołującego, iż faza oceny czy dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej i w ogóle czy oferta spełniała warunki postawione w sposób wyżej przedstawiony- następować będzie dopiero w części niejawnej i to bez zachowania warunków przewidzianych nPZP.

Wskazał, że według Zamawiającego niedopełnienie przez Wykonawcę powyższego obowiązku (przedłożenia dokumentów) będzie nienależytym wykonaniem umowy stanowiącym podstawę do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego.

Dla Odwołującego oznacza to, że zamawiający uzna, iż przedmiot zamówienia ma wady, a ich ewentualne istnienie mógł zweryfikować na etapie oceny ofert.

Wywodził, że odstąpienie będzie więc prawnie bezskuteczne, ale też nie będzie podstaw do unieważnienia umowy. W konsekwencji Zamawiający będzie związany ofertą która nie jest najkorzystniejsza, gdyż może nie spełniać stawianych przez siebie warunków istotnych z punktu widzenia bezpieczeństwa tylko dlatego, że z przyczyn sobie wiadomych zdecydował w SIWZ, że badania dokumentów treści lub niejednoznacznie spełniających (albo nie spełniających) warunków SWZ, a pośrednio oceny oferowanego przedmiotu zamówienia dokona dopiero na etapie wykonywania zawartej umowy, bez udziału innych uczestników postępowania.

Zauważył przy tym, że Odwołujący próbował ukierunkować działanie Zamawiającego do stanu zgodnego z prawem zadając pytania na które nie uzyskał odpowiedzi: Skoro §28 ust.2 Rozp. Min. Energii nie definiuje pojęć użytych w tym przepisie, a - jak pokazuje praktyka lat minionych - oferowane wyroby z tkaniny polipropylenowej przez niektórych wykonawców nie mają cech wyrobu jednorodnego do którego oceny właściwości nie można stosować jednolitej normy kryterialnej, niezrozumiałym jest - dlaczego Zamawiający nie wskazuje normatywnych kryteriów badawczych i norm przy zastosowaniu, których uzna, iż zostały spełnione określone warunki stawiane tym niejednorodnym wyrobom.

Odwołując się do zasad opisanych w pkt. 2, a zwłaszcza art. 107 nPZP nie jest jasne dla Odwołującego dlaczego Zamawiający nie żąda przedstawienia sprawozdań z badań do wymaganych w pkt. 13.1 lub 13.2 dokumentów, które miałyby potwierdzać spełnienie warunków w § 28 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych tj. potwierdzających możliwość bezpiecznego stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w zakresie wymagań przedstawionych w ww. przepisie w sytuacji, gdy ocena spełnienia lub nie wymagań z zakresu § 28 ust.2 Rozporządzenia zależy od oceny sposobu przeprowadzenia badań (zgodności z normą lub - w przypadku jej braku- z Warunkami ustalonymi na podstawie norm weryfikacji właściwości przedmiotu zamówienia Powołał się na pytanie 4. Dlaczego Zamawiający nie zażąda, aby dokumenty wskazane w pkt 13.1 bądź 13.2. SWZ określały metody badawcze i normy, wg których przeprowadzono badania lub aby zostały dołączone dokumenty/sprawozdania z metod badawczych lub norm potwierdzające spełnienie przez oferowane wyroby wymagań przewidzianych w § 28 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Energii. Jest to tym bardziej niezrozumiałe, iż wszystkie znane nam dokumenty wskazane w pkt 13.1 bądź 13.2. podawały przynajmniej normy kryterialne, a najczęściej i badawcze służące do potwierdzenia, że oferowany wyrób jest antyelektrostatyczny i trudnopalny. Jeżeli zatem nowo wydane dokumenty wskazane w pkt 13.1 bądź 13.2 SWZ nie zawierałby metod badawczych lub norm, a poprzedzające je dokumenty dotyczące tego samego wyrobu, które utraciłyby ważność, takie metody badawcze lub normy zawierały, to istniałoby uzasadnione podejrzenie, że któryś z tych parametrów może być nie spełniony. W takich razie niezbędne wydaje się ujawnienie przez oferującego metod badawczych i norm wg których przeprowadzono badania potwierdzające spełnienie wymagań przewidzianych w przedmiotowym § 28 ust. 2. Rozp. Min. Energii.

Pismem z dnia 24 maja 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ wraz ze zmianami, złożonego odwołania, odpowiedzi Zamawiającego na powyższe odwołanie z dnia 24 maja 2021 r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu/rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy w zakresie zarzutów odwołania, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 17 ust.2, art.18 ust.1 oraz art.107 w związku z art.16 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do opisania przedmiotu zamówienia w sposób objęty zaskarżonym odwołaniem.

Na wstępie wymaga wskazania, że pełnomocnik Odwołującego na rozprawie oświadczył, że przy zwięzłym przedstawieniu zarzutów zaistniała omyłka pisarska w treści pkt 13.2 SIWZ, bowiem powinno być 13.3.

Wobec tego w pierwszej kolejności Izba ustaliła w zakresie objętym zarzutami odwołania, że Zamawiający w dniu 23 kwietnia 2021 r. dokonał zmiany pkt 13.3. Specyfikacji Technicznej - załącznik nr 1 do SWZ, gdzie postanowił, że jeżeli treść dokumentów wskazanych w pkt 13.1 bądź 13.2. Specyfikacji technicznej nie określa metod badawczych lub norm wg których przeprowadzono badania potwierdzające spełnienie wymagań przewidzianych w § 28 ust. 2 Wykonawca na wezwania Zamawiającego, skierowane w trakcie realizacji zamówień, przedstawi dokument opisujący metodyki badawcze lub wskazujący normy wg których zostały przeprowadzone badania. Niedopełnienie przez Wykonawcę powyższego obowiązku będzie nienależytym wykonaniem umowy stanowiącym podstawę do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego.

Następnie, Izba stwierdziła, że Zamawiający w dniu 12 maja 2021 r. zmodyfikował kolejny raz pkt 13.3. Specyfikacji Technicznej - załącznika nr 1 do SWZ w następującym brzmieniu: Jeżeli treść dokumentów wskazanych w pkt 13.1 bądź 13.2. Specyfikacji technicznej nie określa metod badawczych lub norm wg których przeprowadzono badania potwierdzające spełnienie wymagań przewidzianych w § 28 ust. 2 wykonawca na wezwania zamawiającego, skierowane w trakcie realizacji zamówień, przedstawi dokument jednostki wymienionej w punkcie 13.1. opisujący metodyki badawcze lub wskazujący normy wg których zostały przeprowadzone badania umożliwiające wydanie dokumentów opisanych w punkcie 13.1. i 13.2. Specyfikacji. Niedopełnienie przez wykonawcę powyższego obowiązku będzie nienależytym wykonaniem umowy stanowiącym podstawę do odstąpienia od umowy przez zamawiającego.

Jednocześnie, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 10.1.6. SWZ opisał podmiotowe środki dowodowe, stanowiąc, że w oparciu o przepis art. 126 ust. 2 PZP zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą następujących podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w punkcie 7.1. SWZ: podmiotowych środków dowodowych wskazanych w treści Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik Nr 1 do SWZ.

Dokonując oceny powyższych postanowień SWZ Izba doszła do wniosku, że Zamawiający dokumentowi wydawanemu przez niezależną jednostkę prowadzącą badania i ocenę przedmiotu zamówienia bądź tkaniny z której został wykonany (vide: pkt 13.3. Specyfikacji Technicznej - załącznik nr 1 do SIWZ) nadał znaczenie podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej.

Natomiast, Izba nie stwierdziła w treści SWZ, iżby Zamawiający przewidział na jej gruncie zastosowanie przedmiotowych środku dowodowe w zakresie objętym zarzutami odwołania.

Wymaga wskazania, że stosownie do przepisu art. 107 ust. 1 ustawy Pzp, na którego obrazę Odwołujący się powołał, jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.

Jeżeli zatem Zamawiający takiego żądania złożenia przedmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentu wydawanego przez niezależną jednostkę prowadzącą badania i ocenę przedmiotu zamówienia bądź tkaniny z której został wykonany nie określającego metody badawczej lub norm wg których przeprowadzono badania nie przewidział w samej SWZ przy składaniu oferty, to nie znajduje uzasadnienia przypisanie mu odpowiedzialności za naruszenie przepisu art.107 ust.1 ustawy Pzp, który odnosi się jedynie do przedmiotowych środków dowodowych, a nie podmiotowych środków dowodowych.

Należy również podkreślić, że tych podmiotowych środków dowodowych Odwołujący nie zaskarżył odwołaniem, a w szczególności powołanego wyżej postanowienia pkt 10.1.6. SWZ.

W myśl przepisu art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Wobec powyższego, Izba uznała postanowienie określone w pkt 13.3. Specyfikacji Technicznej - załącznik nr 1 do SWZ za prawnie dopuszczalne, jako że według powyższego odesłania z pkt 10.1.6. SWZ postanowienie to dotyczyło podmiotowego, a nie przedmiotowego środka dowodowego, a Odwołujący zaskarżył jedynie naruszenie przez

Zamawiającego przepisu art.107 ust.1 ustawy Pzp, który odnosi się do tego drugiego środka, a zatem w konsekwencji należało uznać ten zarzut odwołania za bezzasadny.

Ostatecznie, Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z tego powodu, że Odwołujący miał możliwość zapoznania się z treścią ogłoszenia i SWZ, a także nie potwierdził się zarzut naruszenia zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności.

W przekonaniu Izby, proponowane przez Odwołującego wymaganie przedstawienia przez wykonawców dokumentu opisującego metodyki badawcze lub wskazującego normy wg których zostały przeprowadzone badania miałoby charakter bardziej restrykcyjny i mogłoby zostać potraktowane przez innych wykonawców za nadmierne.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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

Przewodniczący:.....