Sygn. akt KIO 2537/24

WYROK

Warszawa, dnia 14 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Maksym Smorczewski

Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2024 r. przez wykonawcę Minostar Mining Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chełmie Śląskim w postępowaniu prowadzonym przez Jastrzębska Spółka Węglowa spółka akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju

orzeka:

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia art. 16 w związku z art. 99 ust. 4 i 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie postanowienia punktu IV podpunkt 9) lit. b) załącznika nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia oraz oświadczenia o odbyciu wizji lokalnej, stanowiącego załącznik nr 1 do Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia,

2.oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Minostar Mining Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chełmie Śląskim i:

3.1.zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Minostar Mining Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chełmie Śląskim tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.617 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez Minostar Mining Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chełmie Śląskim tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków oraz kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Jastrzębska Spółka Węglowa spółka akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2.zasądza od Minostar Mining Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chełmie Śląskim na rzecz Jastrzębska Spółka Węglowa spółka akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdrojukwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……..……

Sygn. akt: KIO 2537/24

UZASADNIENIE

W dniu 19 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcyMinostar Mining Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chełmie Śląskim(dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi o tytule „Modernizacja kombajnu chodnikowego typu R-2000 o nr fabr. 14/18 dla JSW S.A. KWK "Budryk"” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Jastrzębska Spółka Węglowa spółka akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju(dalej jako „Zamawiający”) wobec postanowień dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

„-Art. 99 ust. 1, 4 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, ostateczne sformułowanie Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, skutkujący uprzywilejowaniem w postępowaniu producenta przedmiotowego kombajnu chodnikowego, co powoduje, że zastosowanie rozwiązań równoważnych stanowi wyłącznie teoretyczną możliwość.

-Art. 16 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 i 5 Pzp poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, a także nie zapewniający równego traktowania wykonawców, postawienie zarówno nieadekwatnych warunków udziału w postępowaniu jak i nieadekwatnie opisanie przedmiotu zamówienia zawierające postanowienia ze sobą sprzeczne oraz z przepisami bezwzględnie obowiązującymi.”.

Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Odwołującego na posiedzeniu:

-zarzut naruszenia „Art. 99 ust. 1, 4 ustawy Pzp” dotyczy postanowień punkt 5.1 specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) oraz § 2 ust. 1 załącznika nr 5 do SWZ,

-zarzut naruszenia „Art. 16 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 i 5 Pzp” dotyczy postanowień punkt I ppkt 3,

punkt II ppkt 4 i 5, punkt III ppkt 2 lit i), ppkt 3 lit. d), ppkt 4 lit. d), ppkt 8 lit. e) oraz punkt IV ppkt 9 lit. b) załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja Techniczna.

Odwołujący wniósł o „nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SWZ w sposób opisany:

5. Termin i sposób wykonania zamówienia 5.1. Wykonanie modernizacji oraz zwrot urządzenia do zamawiającego nastąpi do 18 miesięcy od daty przekazania urządzenia wykonawcy.

Załącznik nr 5 do SWZ. Umowa. § 2. Ust 1. Wykonanie modernizacji oraz zwrot urządzenia Zamawiającemu nastąpi do 18 miesięcy od daty przekazania urządzenia Wykonawcy.

Załącznik nr 1 do SWZ. Specyfikacja Techniczna. I. Przedmiot zamówienia. Zakres rzeczowy zamówienia obejmuje: 3. Dostarczenie wraz z przedmiotem zamówienia wszystkich wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, ponadto zakres modernizacji może polegać na wprowadzeniu nowego urządzenia na rynek lub być prototypem maszyny.

Zmiana treści Załącznika nr 1 do Specyfikacji technicznej. Wzór oświadczenia o odbyciu wizji lokalnej poprzez wykreślenie: Niniejszym oświadczamy, iż odbyliśmy wizję lokalną, przewidzianą w Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik nr 1 do SWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 50/P/24. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z przedmiotem zamówienia w zakładzie Zamawiającego ~~oraz zakresem prac wchodzących w skład przedmiotu zamówienia.~~

~~We wskazanym powyżej zakresie nie wnosimy żadnych zastrzeżeń. Ustalenia poczynione w trakcie wizji lokalnej zostały uwzględnione przy sporządzeniu oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 50/P/24.~~

Załącznik nr 1 do SWZ. Specyfikacja Techniczna. II. Opis przedmiotu zamówienia. 4. Modernizację obrotnicy – polegającą na zastąpieniu łożyska ślizgowego łożyskiem tocznym lub równoważnym.

5. Modernizację ramy głównej z wózkami gąsienicowymi – przystosowanie ramy do zabudowy obrotnicy z zastosowaniem łożyska tocznego lub równoważnego.

Załącznik nr 1 do SWZ. Specyfikacja Techniczna. III. Szczegółowy zakres prac prowadzonych w trakcie modernizacji obejmuje:

W ramach modernizacji we wskazanych poniżej elementach kombajnu należy wykonać w szczególności następujące czynności:

2. Modernizację układu hydraulicznego:

wykreślenie w części punktu 2 i) tj.:

i) ~~demontaż pompy wody zabudowanej na kombajnie~~. Zmodernizowany kombajn przystosowany będzie do zasilania wody z zewnętrznego agregatu wodnego,

3. Modernizację i remont obrotnicy:

d) wykonanie modernizacji do zastosowania łożyska tocznego lub innego równoważnego,

4. Modernizację i remont ramy oraz wózków gąsienicowych kombajnu:

d) modernizacja polegająca na przystosowaniu posadowienia pod łożysko toczne lub inne równoważne oraz nową zmodernizowaną obrotnicę,

8. Modernizację układu zraszania instalacji chłodząco – zraszającej:

e) zastosowanie skutecznego systemu zraszania zanożowego (sektorowego) zasilanego pompą do podnoszenia ciśnienia wody wyposażoną w filtry wodne zabudowane na ramie pompy oraz zestaw transportowy jezdny o odpowiedniej nośności do podwieszenia na trasie kolejki podwieszanej lub inne rozwiązanie równoważne,

Załącznik nr 1 do SWZ. Specyfikacja Techniczna. IV. Wymagania prawne. Przedmiot zamówienia winien spełniać wymagania:

9) Polskich Norm:

b) PN-G-50006:1997 Ochrona pracy w górnictwie. Urządzenia automatyki i telekomunikacji górniczej. Wymagania i badania.”.

Ponadto Odwołujący wniósł o „zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego „zwrotu kosztów postępowania według przedstawionej” faktury.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 lipca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 408905-2024.

Punkt 5.1 SWZ miał treść „Wykonanie modernizacji oraz zwrot urządzenia do zamawiającego nastąpi do 6 miesięcy od daty przekazania urządzenia wykonawcy.”.

Załącznik nr 1 do SWZ miał treść „Specyfikacja Techniczna (…) I. Przedmiot zamówienia. Zakres rzeczowy

zamówienia obejmuje: (…) 3. Dostarczenie wraz z przedmiotem zamówienia wszystkich wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, ponadto zakres modernizacji nie może polegać na wprowadzeniu nowego urządzenia na rynek lub być prototypem maszyny. (…) II. Opis przedmiotu zamówienia. Modernizacja kombajnu chodnikowego typu R-2000 obejmuje m. in: (…) 4. Modernizację obrotnicy – polegającą na zastąpieniu łożyska ślizgowego łożyskiem tocznym. 5. Modernizację ramy głównej z wózkami gąsienicowymi – przystosowanie ramy do zabudowy obrotnicy z zastosowaniem łożyska tocznego. (…) III. Szczegółowy zakres prac prowadzonych w trakcie modernizacji obejmuje: W ramach modernizacji we wskazanych poniżej elementach kombajnu należy wykonać w szczególności następujące czynności: (…) 2. Modernizację układu hydraulicznego: (…) i) demontaż pompy wody zabudowanej na kombajnie. Zmodernizowany kombajn przystosowany będzie do zasilania wody z zewnętrznego agregatu wodnego (…) 3. Modernizację i remont obrotnicy: (…) d) wykonanie modernizacji do zastosowania łożyska tocznego (…) 4. Modernizację i remont ramy oraz wózków gąsienicowych kombajnu: (…) d) modernizacja polegająca na przystosowaniu posadowienia pod łożysko toczne oraz nową zmodernizowaną obrotnicę (…) 8. Modernizację układu zraszania instalacji chłodząco – zraszającej: (…) e) zastosowanie skutecznego systemu zraszania zanożowego (sektorowego) zasilanego pompą do podnoszenia ciśnienia wody wyposażoną w filtry wodne zabudowane na ramie pompy oraz zestaw transportowy jezdny o odpowiedniej nośności do podwieszenia na trasie kolejki podwieszanej (…) IV. Wymagania prawne. Przedmiot zamówienia winien spełniać wymagania: (…) 9. Polskich Norm: (…) b) PN-G-5000:61997 Ochrona pracy w górnictwie. Urządzenia automatyki i telekomunikacji górniczej. Wymagania i badania. (…)".

Załącznik nr 1 do Specyfikacji technicznej miał treść „(…) Niniejszym oświadczamy, iż odbyliśmy wizję lokalną, przewidzianą w Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik nr 1 do SWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 50/P/24. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z przedmiotem zamówienia w zakładzie Zamawiającego oraz zakresem prac wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. We wskazanym powyżej zakresie nie wnosimy żadnych zastrzeżeń. Ustalenia poczynione w trakcie wizji lokalnej zostały uwzględnione przy sporządzeniu oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 50/P/24.".

Załącznik nr 5 do SWZ miał treść „Umowa (…). § 2 1. Wykonanie modernizacji oraz zwrot urządzenia Zamawiającemu nastąpi do 6 miesięcy od daty przekazania urządzenia wykonawcy. (…)".

Pismem datowanym na 9 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował, że „(…) zmianie ulega treść SWZ w następujący sposób: • Specyfikacja techniczna Zapis dotychczasowy pkt I ppkt 3: (…) Zapis po zmianach pkt I ppkt 3: 3. Dostarczenie wraz z przedmiotem zamówienia wszystkich wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, ponadto modernizacja nie może skutkować wprowadzeniem na rynek prototypu maszyny. (…) Zapis dotychczasowy pkt IV ppkt 9 lit. b): (…) Zapis po zmianach pkt IV ppkt 9 lit. b): b) PN-G-50006:1997 Ochrona pracy w górnictwie. Urządzenia automatyki i telekomunikacji górniczej. Wymagania i badania. • Oświadczenie o odbyciu wizji lokalnej Zapis dotychczasowy: (…) Zapis po zmianach: Niniejszym oświadczamy, iż odbyliśmy wizję lokalną, przewidzianą w Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik nr 1 do SWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 50/P/24. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z przedmiotem modernizacji w zakładzie Zamawiającego.".

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania oraz załączonym do odpowiedzi na odwołanie piśmie Zamawiającego datowanym na 9 sierpnia 2024 r.

Izba pominęła pozostałe dokumenty złożone do akt postępowania odwoławczego mając na uwadze art. 531 Pzp, zgodnie z którym „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie". Nie sposób było uznać za dowody mogące służyć ustaleniu faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie dokumentów, które mogłyby służyć wykazaniu faktów wykraczających poza przedstawione w odwołaniu okoliczności faktyczne uzasadniające jego wniesienie, stanowiące podstawę zawartych w odwołaniu zarzutów.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „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", Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

W punkcie 1. wyroku Izba na podstawie art. 568 pkt 2) Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia art. 16 w związku z art. 99 ust. 4 i Pzp w zakresie postanowienia punktu IV ppkt 9 lit. b) załącznika nr 1 do SWZ oraz oświadczenia o odbyciu wizji lokalnej, stanowiącego załącznik nr 1 do Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ.

Zgodnie z art. 568 pkt 2) Pzp, „Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne".

Stosownie zaś do art. 552 ust. 1 Pzp „wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego". Oznacza to, że przy wydawaniu orzeczenia Izba zobowiązana jest uwzględniać ustalony

w toku postępowania odwoławczego stan faktyczny istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Nie ulega przy tym wątpliwości, że ów stan faktyczny obejmuje treść dokumentów zamówienia.

Należy stwierdzić, że wskutek zmiany treści dokumentów zamówienia, o których Zamawiający poinformował pismem datowanym na 9 sierpnia 2024 r., treść dokumentów zamówienia w zakresie postanowienia punkt IV ppkt 9 lit. b) załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja Techniczna oraz oświadczenia o odbyciu wizji lokalnej, stanowiącego załącznik nr 1 do Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ, w chwili zamknięcia rozprawy jest inna niż treść, wobec której Odwołujący wniósł odwołanie (i jaką postanowienie to miało w dniu jego wniesienia). W tym stanie rzeczy dokonując oceny zgodności z prawem postanowienia dokumentu zamówienia, którego treść jest inna niż w chwili zamknięcia rozprawy, Izba musiałaby nie wziąć pod uwagę ustalonego w toku postępowania odwoławczego stanu faktycznego), co stałoby w sprzeczności z ww. przepisem.

Wskutek powyższej zmiany dokumenty zamówienia w zakresie postanowienia punkt IV ppkt 9 lit. b) załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja Techniczna oraz oświadczenia o odbyciu wizji lokalnej, stanowiącego załącznik nr 1 do Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ, uzyskały przy tym treść taką, jaką miałaby mieć w wyniku nakazania Zamawiającemu zmiany treści dokumentów zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, a Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2) Pzp w ww. zakresie – uzasadnia przyjęcie, że w tym zakresie nie ma już sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego.

Z tych powodów Izba stwierdziła, że zbędne jest dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów naruszenia art. 16 w związku z art. 99 ust. 4 i Pzp w zakresie postanowienia punktu IV ppkt 9 lit. b) załącznika nr 1 do SWZ oraz oświadczenia o odbyciu wizji lokalnej, stanowiącego załącznik nr 1 do Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ.

Izba uznała, że w pozostałym zakresie odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 555 Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", a „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy" (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r., wydanego w postępowaniu o sygn. akt KIO 124/22). Przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie danego przepisu Pzp nie może ograniczać się do przedstawienia twierdzeń co do faktów oraz wskazania przepisu Pzp, który został naruszony zdaniem wykonawcy wnoszącego odwołanie; niezbędne jest wskazanie, na czym polega naruszenie danego przepisu Pzp w określonym stanie faktycznym – odniesienie normy wynikającej z tego przepisu do stanu faktycznego. Ponadto konieczne jest zauważenie, że w przypadku wniesienia odwołanie na treść dokumentów zamówienia, Izba dokonuje ich oceny wyłącznie w zakresie ich zgodności z przepisami Pzp, nie jest zaś rolą Izby badanie, dlaczego brak jest w nich określonych postanowień czy racjonalności zamawiającego w zakresie ich formułowania.

W konsekwencji Izba rozpoznawała odwołanie w granicach przedstawionych w odwołaniu zarzutów okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 Pzp oraz art. 16 pkt 1) – 3) w związku z art. 99 ust. 4 i 5 Pzp.

Nie był uzasadniony zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 Pzp „poprzez wyznaczenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, ostateczne sformułowanie Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, skutkujący uprzywilejowaniem w postępowaniu producenta przedmiotowego kombajnu chodnikowego, co powoduje, że zastosowanie rozwiązań równoważnych stanowi wyłącznie teoretyczną możliwość".

Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, „przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty". Art. 99 ust. 4 Pzp stanowi, iż „przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów".

Zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym na posiedzeniu, zarzut ten był zarzutem wobec postanowień punkt 5.1 SWZ oraz § 2 ust. 1 załącznika nr 5 do SWZ.

Niewątpliwe jest, że w postanowieniach tych określono wyłącznie termin wykonania modernizacji oraz zwrotu urządzenia do Zamawiającego (Zamawiającego). Żadne z nich nie określa zaś, jakie rozwiązania należy zastosować wykonując przedmiot zamówienia. W konsekwencji nie może powodować, że „zastosowanie rozwiązań równoważnych stanowi wyłącznie teoretyczną możliwość".

Brak było podstaw do stwierdzenia, że postanowienia te naruszają art. 99 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie wskazał w odwołaniu, dlaczego termin wykonania modernizacji oraz zwrotu urządzenia do Zamawiającego (Zamawiającego) został

w tych postanowieniach określony niezgodnie z tym przepisem – czy przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny, czy przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób wyczerpujący czy przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Nie może ulegać wątpliwości, że zawarte jest w nim twierdzenie, iż „termin przewidziany przez Zamawiającego dla przedmiotowego zamówienia jest nierealny, niemożliwy do dotrzymania" oraz opis czynności, jakie wykonawca zobowiązany będzie wykonać w celu wykonania zamówienia, lecz brak w nim wskazania, dlaczego „„termin przewidziany przez Zamawiającego dla przedmiotowego zamówienia jest nierealny, niemożliwy do dotrzymania" ani jaki termin wykonania modernizacji oraz zwrotu urządzenia do Zamawiającego (Zamawiającego) jest zdaniem Odwołującego realny, jak również wyjaśnienia, dlaczego określenie tego terminu na „do 6 miesięcy od daty przekazania urządzenia wykonawcy" jest niezgodne z powołanym w odwołaniu przepisem art. 99 ust. 1 Pzp, w przeciwieństwie do terminu na „do 18 miesięcy od daty przekazania urządzenia wykonawcy", do czego zmierzały żądania Odwołującego w zakresie „modyfikacji" postanowień punkt 5.1 SWZ oraz § 2 ust. 1 załącznika nr 5 do SWZ.

Okoliczności przedstawione w odwołaniu nie uzasadniają także stwierdzenia naruszenia art. 99 ust. 4 Pzp. Nie wskazano w nim, dlaczego postanowienia te utrudniają uczciwą konkurencję, mogąc doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, przy czym oczywiste jest, że w postanowieniach tych nie wskazano znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę.

W odwołaniu nie tylko nie podano, dlaczego postanowienia te mogą doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, ale nawet nie ma w nim twierdzenia, że postanowienia te mogą doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Wobec powyższego brak było podstaw do uznania przez Izbę, że w zakresie postanowień punkt 5.1 SWZ oraz § 2 ust. 1 załącznika nr 5 do SWZ dokumenty zamówienia są niezgodne z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp.

Nie był również uzasadniony zarzut naruszenia „art. 16 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp" w związku z art. 99 ust. 4 i 5 Pzp „poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, a także nie zapewniający równego traktowania wykonawców, postawienie zarówno nieadekwatnych warunków udziału w postępowaniu jak i nieadekwatnie opisanie przedmiotu zamówienia zawierające postanowienia ze sobą sprzeczne oraz z przepisami bezwzględnie obowiązującymi.".

Należy wskazać, że mając na uwadze, iż art. 16 Pzp nie jest przepisem podzielonym na ustępy, natomiast są w nim wyszczególnione punkty, Izba przyjęła, że w odwołaniu zarzucono naruszenie art. 16 pkt 1) – 3) Pzp.

Zważywszy na oświadczenie złożone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz zmianę treści SWZ dokonaną pismem datowanym na 9 sierpnia 2024 r., Izba rozpoznawała ten zarzut w zakresie postanowień punkt I ppkt 3 (w zakresie w jakim dotyczyło ono „wprowadzenia na rynek prototypu maszyny") punkt II ppkt 4 i 5, punkt III ppkt 2 lit i), ppkt 3 lit. d), ppkt 4 lit. d) oraz ppkt 8 lit. e) załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja Techniczna.

Zgodnie z art. 16 Pzp „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny". Przepis art. 99 ust. 4 Pzp przytoczono powyżej, zaś stosownie do art. 99 ust. 5 Pzp „przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy ,,lub równoważny"".

Nie ulega wątpliwości, że w żadnym z ww. postanowień nie określono warunków udziału w Postępowaniu, zatem nie mogły one naruszać art. 16 pkt 1) - 3) w związku z art. 99 ust. 4 i 5 Pzp przez „postawienie nieadekwatnych warunków udziału w postępowaniu".

Konieczne jest stwierdzenie, że w zakresie, w jakim Odwołujący zakwestionował zgodność z art. 16 pkt 1) - 3) w związku z art. 99 ust. 4 i 5 Pzp postanowień punkt I ppkt 3, punkt II ppkt 4 i 5, punkt III ppkt 2 lit i), ppkt 3 lit. d), ppkt 4 lit. d) oraz ppkt 8 lit. e) załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja Techniczna, w odwołaniu nie przedstawiono okoliczności prawnych wskazujących na naruszenie ww. przepisów, w szczególności nie wskazano dlaczego poszczególne z tych postanowień:

-naruszają wynikający z art. 16 pkt 1) - 3) Pzp obowiązek przygotowania i przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny,

-zostały sformułowane niezgodnie z art. 99 ust. 4 Pzp – dlaczego przedmiot zamówienia został zdaniem Odwołującego został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, ani dlaczego mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub

wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów,

-zostały sformułowane niezgodnie z art. 99 ust. 5 Pzp – czy przedmiot zamówienia został opisany przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, dlaczego opis ten charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, czy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób.

Konieczne jest dodatkowo zauważenia, że w zakresie, w jakim zarzut ten dotyczył postanowienia punkt I ppkt 3 załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja Techniczna (w ramach którego sporny był fragment dotyczący „wprowadzenia na rynek prototypu maszyny") przedstawiając w odwołaniu okoliczności faktyczne uzasadniające jego wniesienie Odwołujący ani razu nie użył wyrazu „prototyp".

W zakresie postanowień punkt II ppkt 4 i 5 oraz ppkt 3 lit. d), ppkt 4 lit. d) załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja Techniczna, dotyczących zastosowania łożyska tocznego, wymaga ponadto wskazania, że okoliczność, iż modernizacja obrotnicy może polegać na zastąpieniu łożyska ślizgowego łożyskiem innym niż toczne, nie oznacza, że Zamawiający naruszył którykolwiek z przepisów Pzp, z którego wynika obowiązek opisania przedmiotu zamówienia (czy szerzej - przygotowania i przeprowadzenia Postępowania) w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Za postanowienie dokumentów zamówienia, które utrudnia konkurencję, może być uznane takie postanowienie, które powoduje, że złożenie przez wykonawcę oferty, którą może on realnie rywalizować z innymi wykonawcami, jest niemożliwe bądź utrudnione. W odwołaniu nie wskazano zaś, aby postanowienia te choćby utrudniały Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty w Postępowaniu.

W zakresie postanowienia punkt III ppkt 2 lit. i) załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja Techniczna, w zakresie którego w odwołaniu kwestionowano zgodność z art. 16 pkt 1) - 3) w związku z art. 99 ust. 4 i 5 Pzp tego, że w ramach modernizacji należy wykonać demontaż pompy wody zabudowanej na kombajnie, konieczne jest stwierdzenie, że Odwołujący ograniczył się do kwestionowania zasadności wykonania przedmiotowej czynności, nie wskazując jakichkolwiek okoliczności celem wykazania, że obowiązek jej wykonania utrudnia konkurencję.

Podobnie w zakresie postanowienia punkt III ppkt 8 lit. e) załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja Techniczna wymaga zauważenia, że w odwołaniu wyłącznie podważano zasadność zastosowania rozwiązania, o którym mowa w tym postanowieniu, nie podnosząc, że prowadzi ono do ograniczenia konkurencji.

W odwołaniu nie wskazano również, pomiędzy którymi z ww. postanowień a postanowieniami dokumentów zamówienia lub przepisami bezwzględnie obowiązującym zdaniem Odwołującego zachodzi sprzeczność oraz dlaczego sprzeczność ta oznacza ich niezgodność z art. 16 pkt 1) - 3) w związku z art. 99 ust. 4 i 5 Pzp. Nie sposób więc było uznać, że Zamawiający naruszył te przepisy przez „opisanie przedmiotu zamówienia zawierające postanowienia ze sobą sprzeczne oraz z przepisami bezwzględnie obowiązującymi".

Wobec nie przedstawienia w odwołaniu okoliczności wskazujących na naruszenie art. 16 pkt 1) - 3) w związku z art. 99 ust. 4 i 5 Pzp brak było podstaw do uznania, że naruszenie któregokolwiek z tych przepisów zostało wykazane, a w konsekwencji stwierdzenia, że Zamawiający je naruszył.

W tym stanie rzeczy w zakresie, w jakim postępowanie odwoławcze nie zostało umorzone, Izba w punkcie 2. wyroku oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 3. wyroku na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2), § 8 ust. 2 pkt 1) oraz § 9 ust. 3 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego".

Art. 575 Pzp stanowi, że „strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku".

Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych.

Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego, d) inne uzasadnione wydatki, w

tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego". § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego (…) Zgodnie z § 9 ust. 3 pkt 2) ww. rozporządzenia „w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w części, zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy, jeżeli odwołanie w pozostałej części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało przez Izbę odrzucone albo oddalone w całości - do ponoszenia i rozliczania kosztów stosuje się odpowiednio § 8 ust. 1 albo ust. 2 pkt 1".

Zgodnie z § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczonej przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury i potwierdzenia przelewu, koszty postępowania odwoławczego Odwołującego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 złotych.

Stosownie do § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono zatem wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w wysokości 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Zamawiający na rozprawie był reprezentowany przez trzech pełnomocników. Jak wynika ze złożonych na rozprawie faktury i potwierdzenia zlecenia płatniczego, na koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego składają się: wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych oraz wydatki na opłatę skarbową od pełnomocnictw w wysokości 51 złotych. Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, z którego wynika, że w aspekcie ponoszenia kosztów postępowania za uzasadnione uznawać należy reprezentowanie przez jednego pełnomocnika, Izba nie uznała wydatku na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa przez drugiego i trzeciego pełnomocnika za uzasadniony koszt Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia jednego pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Zważywszy, że wszystkie zarzuty, w zakresie których postępowanie odwoławcze nie zostało umorzone, nie zostały uznane za uzasadnione, w wyniku czego odwołanie zostało oddalone, zdaniem Izby do rozstrzygnięcia o kosztach postępowania zgodnie z § 9 ust. 3 pkt 2) ww. rozporządzenia należało zastosować § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia, wobec czego stosownie do tego przepisu kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.617 złotych.

Przewodniczący:……