Sygn. akt: KIO 2619/12

WYROK
z dnia 13 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 listopada 2012 r. przez **Hosch Techniki Transportowe Polska Sp. z o.o., 51-126 Wrocław, ul. Kamieńskiego 201-219** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S. A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**

przy udziale **MAS Sp. z o.o., 40-599 Katowice, ul. śeliwna 38** zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża **Hosch Techniki Transportowe Polska Sp. z o.o., 51-126 Wrocław, ul. Kamieńskiego 201-219** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Hosch Techniki Transportowe Polska Sp. z o.o., 51-126 Wrocław, ul. Kamieńskiego 201-219** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 **Katowicach.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 2619/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S. A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę *zgarniaczy i skrobaczy taśm przenośnikowych oraz części zamiennych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S. A. w 2013 roku".*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 18 września 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 września 2012 r. pod numerem 2011/S 183-301307.

Wykonawca Hosch Techniki Transportowe Polska Sp. z o.o., 51-126 Wrocław, ul. Kamieńskiego 201-219 (zwani dalej: „Odwołującym") w dniu 29 listopada 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwana również: „SIWZ").

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących

przepisów:
1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2) art. 22 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez nieodpowiednie określenie sposobu oceny spełnienia warunków przez wykonawców w zakresie wykazania wysokiej skuteczności oczyszczania taśm przenośnikowych z przyklejonego do ich powierzchni nosiwa (zadania 1-15),
3) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję,
4) art. 30 ust. 1 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie opisania przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, pomimo niezapewnienia dokładnego opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań.

3

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ") w zakresie załącznika nr 1 poprzez: 1) sprecyzowanie nazewnictwa urządzeń będących przedmiotem zamówienia (zadania nr 1-15), tj. skrobaków i zgarniaczy, i wyjaśnienie czy według Zamawiającego urządzenia te są tożsame, a jeśli nie, to na czym polega różnica w tych urządzeniach; 2) sprecyzowanie zasad podziału na skrobaki wstępne i dokładne (zadania 1-6), i wyjaśnienie jakimi cechami konstrukcji budowy/technicznymi i skuteczności oczyszczania taśmy (cechami indywidualizującymi/wyróżniającymi) urządzenia te – z rozbiciem na skrobaki wstępne i dokładne — powinny się charakteryzować np. jedna listwa, niezależne segmenty czyszczące, dwurzędowe ustawienia segmentowe etc;
3) określenie w zakresie zadań 1-15 trwałości podzespołów podlegających zużyciu eksploatacyjnemu (oczekiwanej liczby roboczogodzin do zużycia i konieczności wymiany) skrobaków wstępnych i dokładnych; oraz odpowiedniej zmiany treści Załącznika nr 1 oraz Załącznika nr 2a 1 poprzez odpowiednie określenie dokumentów potwierdzających zgodność cech (warunków techniczno-użytkowych) oferowanych przedmiotów zamówienia z warunkami stawianymi przez Zamawiającego,
4) powtórzenie czynności ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z wykorzystaniem zmienionej treści SIWZ,
5) orzeczenie o zwrocie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko w odwołaniu, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący oświadczył, że od wielu lat dostarcza systemy do czyszczenia taśm przenośnikowych, które cechują nowoczesne rozwiązania technologicznie. Warunki określone przez Zamawiającego ograniczają możliwość jego udziału w przedmiotowym postępowaniu i możliwość uzyskania zamówienia na warunkach konkurencyjnych, co wynika zwłaszcza z braku odpowiedniego określenia przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Z treści ogłoszenia oraz zmodyfikowanego SIWZ wynika, że przedmiotem zamówienia jest m.in. dostawa „zgarniaczy i skrobaczy taśm przenośnikowych" dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w roku 2013. Według Odwołującego Zamawiający nie zdefiniował użytych przez siebie pojęć „zgarniacz" ani „skrobacz", jak również nie wyjaśnił, czym w jego ocenie różnią się te pojęcia.

4

W niniejszym postępowaniu postanowienia SIWZ stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez Hosch Techniki Transportowe Polska Sp. z o.o., 51-126 Wrocław, ul. Kamieńskiego 201-219.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca MAS Sp. z o.o., 40-599 Katowice, ul. śeliwna 38.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia oraz wyjaśnienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.
Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 3 grudnia 2012 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2012 r.) wykonawcy MAS Sp. z o.o., 40-599 Katowice, ul. śeliwna 38 (zwany dalej: „Przystępującym *Mas”).*

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa zgarniaczy i skrobaczy taśm przenośnikowych oraz części zamiennych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S. A. w 2013 roku.
Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia Załącznik nr 1 (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała przykładowo następujące postanowienia:

Załącznik nr 1: np. dla zadania nr 1
- skrobak wstępny podtaśmowy do taśmy o szerokości 800 MM,
- skrobak dokładny podtaśmowy do taśmy o szerokości 800 MM.

Zamawiający dokonywał modyfikacji SIWZ, w tym również w dniu 6 grudnia 2012 r. przykładowo w następujący sposób:

Załącznik nr 1 np. dla zadania nr 1
- urządzenie (podtaśmowe) do czyszczenia taśmy przenośnikowej o szerokości 800 MM,
- urządzenie (podtaśmowe) do czyszczenia taśmy przenośnikowej o szerokości 1000 MM,

Zmiany SIWZ dokonane w zadaniu nr 1 zostały analogicznie wprowadzone w innych częściach/zadaniach.

Odwołujący żądał sprecyzowania nazewnictwa urządzeń będących przedmiotem zamówienia (zadania nr 1-15), tj. np. skrobaków i zgarniaczy, i wyjaśnienie czy według Zamawiającego urządzenia te są tożsame.

Mając powyższe na względzie Izba zważyła, co następuje:

Przechodząc do podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 29 ust. 1, 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba podziela podnoszone w piśmiennictwie i orzecznictwie stanowisko, że opis przedmiotu zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego,

który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Z drugiej strony Zamawiający nie ma obowiązku nabycia dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Oznacza to jedynie, iż Zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Istotną czynnością Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla

Zamawiającego kluczowe znaczenie. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15 października 2007 r., V Gaz 90/07, „uprawnieniem *zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...)".* Jednocześnie jednak zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo *zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy".* Ponadto dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, (…) jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję.

Izba wzięła pod uwagę, iż w praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Należy pamiętać, że zamówienie nie musi być w równym stopniu "wygodne" wszystkim wykonawcom i dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju czy przebiegu działalności (podobnie wyrok KIO 24 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 54/12, wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1122/10).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego, że dopuszczenie rozwiązań tańszych i o niższym standardzie jest uprawnieniem w świetle przepisów ustawy Pzp, a zastosowanie cech opisu proponowanych przez Odwołującego może prowadzić do ograniczenia konkurencyjności postępowania. Zamawiający dodał również, iż nie można jednoznacznie stwierdzić, że urządzenie droższe będzie tańsze w eksploatacji, gdyż powyższe zależy od wielu czynników specyficznych dla danego zastosowania.

Owszem, Zamawiający związany jest treścią art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, jednakże należy pamiętać, że dokonuje on opisu przedmiotu zamówienia stosownie do swoich potrzeb. Nie można zatem narzucić Zamawiającemu, dokonania opisu przedmiotu zamówienia

powołując się jedynie na inne analogiczne postępowania. Biorąc pod uwagę argument, że Zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia stosownie do swoich potrzeb, zatem nie można do opisu przedmiotu zamówienia podchodzić wyłącznie w sposób zautomatyzowany, szablonowy, gdyż każde postępowanie (w tym także opis przedmiotu zamówienia) ma charakter wyjątkowy i zindywidualizowany.

Izba oceniając twierdzenia stron stwierdziła, że Odwołujący – co należy potraktować jako dodatkowy argument – nie sprecyzował w sposób szczegółowy żądań, opierając się na ogólnych stwierdzeniach, że w opisie powinny znaleźć się m. in.: cechy budowy np. jednosegmentowość czy wielosegmentowość, elastyczne zamontowanie podzespołów czyszczących, jedno – wielorzędowość, materiał stanowiący krawędź czyszczącą.

Należy pamiętać, że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Ponadto fakt, iż Odwołujący może jedynie zaproponować przedmiot zamówienia o wyższych parametrach, niż wymagany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie może z góry wskazywać na naruszenie art. 29 ust. 1, 2 ustawy Pzp, art. 30 ust. 1 i 6 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo dokumenty złożone na rozprawie, tj. m. in. dokumentacje techniczne urządzeń zostały złożone w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zatem nie odnoszą się one do niniejszego postępowania, dlatego też przedłożona dokumentacja pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

W konsekwencji powyższych rozważań Izba nie znalazła podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia dyspozycji art. 30 ust. 1 i 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 22 ust. 3 i 4 ustawy Pzp Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 6 grudnia 2012 r. dokonał zmiany SIWZ w ten sposób, że wykreślił pkt 4 ppkt C, t.j. wymagań dotyczących posiadania referencji co najmniej trzech użytkowników potwierdzających wysoką skuteczność urządzenia do oczyszczania taśm przenośnikowych. Wymóg ten po dokonanej modyfikacji został przez Zamawiającego wykreślony, co potwierdził również Odwołujący.

Izba popierając stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1529/12, 1535/12, 1546/12 uznała, że modyfikacja SIWZ dokonana przez zamawiającego w dniu 6 grudnia 2012r. nie może być – wbrew twierdzeniom Odwołującego - przez Izbę pominięta przy orzekaniu, gdyż stanowi dowód na to, że w części dotyczącej wymogu wykazania się referencjami pierwotna treść SIWZ wymagała wprowadzenia zmian, a zatem nie był wolna od nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, co sam Zamawiający potwierdził zmieniając jej treść. Modyfikacja ta może mieć także wpływ na ocenę podstaw uwzględnienia lub oddalenia odwołania, gdyż wydając wyrok Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 ustawy Pzp) i bada czy stwierdzone przez Izbę naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). W ocenie Izby pojęcie stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odnosi się do kwestii zawisłości sporu przed Izbą. Z chwilą wniesienia odwołania stan rzeczy odnosi się do czynności lub zaniechania Zamawiającego, które jest podstawą odwołania, zatem ocenie Izby podlega właśnie ta czynność lub zaniechanie Zamawiającego. Jednakże stan rzeczy nie jest niezmienny w toku procedowania przed Izbą może on ulec zmianie w skutek czynności procesowych lub faktycznych stron powodujących zmianę zakresu zawisłości sporu. Do czynności procesowych można zaliczyć cofnięcie odwołania, cofnięcie zarzutu, uznanie zarzutów odwołania, wniesienie sprzeciwu, natomiast do okoliczności faktycznych takie zdarzenia, które zachodzą w toku postępowania odwoławczego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a które mają wpływ na istnienie sporu pomiędzy stronami. Do takich okoliczności faktycznych, które mogą mieć wpływ na zakres zawisłości sporu w postępowaniu odwoławczym. Tym samym Izba z urzędu musi brać pod uwagę okoliczności,

które następują w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które mogą mieć wpływ na istnienie sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Ustawodawca nie zdecydował się na zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do

czasu rozpoznania odwołania przez Izbę czy sąd okręgowy, stąd czynności dokonane w toku postępowania odwoławczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania oraz podlegają ocenie Izby przy wyrokowaniu z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Z tego powodu Izba ma legitymację prawną do oceny czynności Zamawiającego dokonanych w trakcie trwania postępowania odwoławczego, przy czym ta ocena powinna być ograniczona jedynie do tego, czy w skutek sytuacji zaistniałej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spór pomiędzy stronami nadal istnieje, czy też nie i czy w przypadku stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poprzez zaskarżoną czynność lub zaniechanie ma ono w aktualnym na datę wyrokowania stanie faktycznym wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Tym samym Izba uznała, że modyfikacja SIWZ z dnia 6 grudnia 2012r. w zakresie dokonującym zmian w treści SIWZ (wykreślenie wymagań dotyczących referencji) stanowi dowód na to, że Zamawiający uważał, że postanowienia pierwotnego SIWZ w części są nieprawidłowe w świetle obowiązujących przepisów ustawy i dokonał ich zmiany w celu usunięcia tej wadliwości. Z tych względów Izba uznała, że na moment orzekania stan naruszenia w części dotyczący wymaganych referencji został usunięty i w niniejszym stanie faktycznym powyższe nie ma wpływu na wynik postępowania.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 7, 22 ust. 3 i 4. 29 ust. 1 i 2, art. 30 ust. 1 i 6 ustawy Pzp podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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:

……..