Sygn. akt: KIO/UZP 1222/08

WYROK
z dnia 17 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Lubomira Matczuk – Mazuś

Stanisław Sadowy

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zdzisława Kozę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,** protestu z dnia 6 października 2008 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Zdzisława Kozę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów** i nakazuje:
   1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zdzisława Kozę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów;**
   2) dokonać wpłaty kwoty **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych) przez **Zdzisława Kozę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej, ul.**

Częstochowska 19, 42-714 Lisów na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
   3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
   4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zdzisława Kozy, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę strzemion do łączenia elementów obudowy chodnikowej wykonanej z kształtownika typu V do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2009 roku", którego dotyczy odwołanie wniesione przez Zdzisława Kozę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej z siedzibą w Lisowie, zwanego dalej „Odwołującym", zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 23 września 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 184 - 244300). Postępowanie to jako zamówienie sektorowe prowadzi Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach, zwana dalej: „Zamawiającym", na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą".

Wobec treści ogłoszenia oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia (dalej: „SIWZ") Odwołujący w piśmie z dnia 6 października 2008 r. złożył protest (z tą samą datą pismo złożone u Zamawiającego), w którym wskazał na naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, poprzez przygotowanie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, ze względu na:

- opisanie przedmiotu zamówienia w treści ogłoszenia i SIWZ w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- żądanie od wykonawców złożenia wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania,

co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 25 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), a także art. 29 ust. 1 i 2 ustawy.

Wskazując na powyższe naruszenia Odwołujący w proteście wniósł o dokonanie modyfikacji treści SIWZ z uwzględnieniem zastrzeżeń zawartych w proteście.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł następującą argumentację:

1. Zakwestionował postanowienia SIWZ (pkt III ppkt 2, 3, 4, 5), na podstawie których Zamawiający zastrzegł minimalną, gwarantowaną realizację umowy na poziomie 70% wartości umowy w okresie jej obowiązywania, a w związku z tym, że jest uprawniony do zaniechania złożenia zamówienia na towar o wartości nie większej niż 30%, a ponadto Zamawiający zastrzegł sobie również prawo zaniechania złożenia zamówienia na towar o wartości większej niż 30% wartości umowy z tytułu działania siły wyższej. Odwołujący podniósł, że działanie siły wyższej może mieć charakter przejściowy i krótkotrwały i nie może wpływać na realizację zamówienia na przestrzeni całego okresu jej obowiązywania. Wskazał, że Zamawiający w zapisach SIWZ nie podał, jaka będzie częstotliwość składania zamówień lub też, jaki będzie ramowy harmonogram realizacji dostaw, co w skrajnej sytuacji może doprowadzić do skumulowania konieczności realizacji całego zamówienia na jeden tydzień obowiązywania umowy, bowiem wymagany przez Zamawiającego termin realizacji dostaw - od przekazania zamówienia - wynosi 7 dni. Podniósł również, że ograniczenie ilościowe spowoduje u Odwołującego dezorganizację produkcji i zgodził się, że tę wartość graniczną – odstępstwa od zamówienia - można ustalić co najwyżej na poziomie 10% wartości umowy, biorąc pod uwagę możliwość nieprzewidzianych zdarzeń. Tym samym w ocenie Odwołującego – Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny. Dodatkowo Odwołujący wskazał na § 2 pkt 5 istotnych postanowień umowy, gdzie Zamawiający określił, że wartość umowy wyznaczy suma zamówień wystawionych przez poszczególne Centra Wydobywcze/Specjalistyczne Jednostki Organizacyjne Zamawiającego, co może doprowadzić do sytuacji, że wskazane jednostki nie złożą zamówień nawet na deklarowane 70% wartości. Wykonawca – zgodnie z kolei z § 1 pkt 3 – 5 istotnych postanowień umowy – nie będzie mógł dochodzić od Zamawiającego roszczeń, jeżeli suma zamówień będzie niższa od wartości umowy.
2. Odwołujący wskazał na kary umowne przewidziane w istotnych postanowieniach umowy – są to kary skierowane jedynie w kierunku wykonawcy (jak w § 9), bądź kary symboliczne, które zobowiązuje się zapłacić Zamawiający w wysokości każdorazowo 10% wartości towaru w niezrealizowanym zamówieniu, gdy wykonawca odstąpi od

realizacji zamówienia z powodów zależnych od Zamawiającego. Zamawiający nie przewidział kar umownych z tytułu odstąpienia przez Zamawiającego od realizacji umowy. Tym samym w ocenie Odwołującego doszło do uciążliwego ukształtowania warunków umowy i w związku z tym wniósł on o doprecyzowanie kar umownych poprzez objęcie karami umownymi w wysokości 10% wartości nieodebranych przez Zamawiającego dostaw.
3. W SIWZ Zamawiający żąda dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia

postępowania. Zamawiający zażądał bowiem dołączenia do oferty „wyników *badań obudowy kształtownika typu V o podwyższonej wytrzymałości z oferowanymi strzemionami zgodnie z PN – 92/g – 15000/05 opracowanych przez jednostki upoważnione do przeprowadzania badań i oceny wyrobów – dla zadań 4, 5 i 6",* natomiast przedmiotem zamówienia są strzemiona do łączenia elementów obudowy chodnikowej wykonanej z kształtownika typu V. Tak więc wskazana w wymaganym dokumencie norma nie odnosi się do strzemion, które są przedmiotem zamówienia, tylko do obudów. Poza tym Zamawiający żądał tego dokumentu tylko w odniesieniu do strzemion o podwyższonej wytrzymałości (zadania 4, 5 i 6), a nie żądał go w odniesieniu do strzemion dwujarzmowych (zadania 1, 2 i 3). Powyższe wskazuje na konkretnego, preferowanego przez Zamawiającego wykonawcę, tj. Hutę Łabędy, która jest w posiadaniu takich dokumentów badań w odniesieniu do strzemion o podwyższonej wytrzymałości, bowiem jako producent zarówno obudów, jak i strzemion przebadała własne produkty w ramach badania obudów. Odwołujący wskazał, że badania te – o ile nie są sfinansowane przez producenta obudów – są badaniami bardzo kosztownymi.

4. Zamawiający co do strzemion o podwyższonych parametrach technicznych - zadania 7, 8 i 9 - doprecyzował w SIWZ, z jakiego materiału mają być wykonane jarzma górne (kabłąki), poprzez podanie parametrów wytrzymałościowych pręta stalowego, przy czym nie określił parametrów w odniesieniu do jarzma dolnego (zał. nr 1 pkt 3.3 SIWZ). Tymczasem dla strzemion o podwyższonych parametrach mechanicznych – zadania nr 4, 5 i 6 – nie podał, z jakiego materiału winny być one wykonane. Odwołujący tłumaczy to tym, że istniej na rynku producent, który na jarzma dolne używa materiału (żeliwa), który nie osiąga parametrów, jakie założono dla jarzma górnego (kabłąka), a te strzemiona wykonanej z niejednolitego materiału są znacznie tańsze. Odwołujący w związku z tym wniósł o wykreślnie jednolicie dla wszystkich rodzajów strzemion żądań odnośnie parametrów stali, z jakiej mają być wykonane strzemiona lub ich elementy i podanie wymaganych parametrów wytrzymałościowych strzemion. Istotnym bowiem – w ocenie Odwołującego – jest to, aby strzemiona posiadały odpowiednie parametry wytrzymałościowe, bez względu na rodzaj tworzywa, z którego są wykonane.

Z podobnych względów Odwołujący podniósł bezzasadność wprowadzenia wymagań, co do szerokości płaskownika, z którego ma być wykonane jarzmo górne.

5. Odwołujący wskazał na bezprawne żądanie Zamawiającego określone w pkt XVI.3) SIWZ dołączenia do oferty „certyfikatu *… że dokładnie oznaczone produkty będące przedmiotem zamówienia spełniają wymagania bezpieczeństwa uwzględniające postanowienia ustawy z dnia 04 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze"* oraz wymagania zawarte w aktach wykonawczych wydanych na podstawie delegacji z tej ustawy. Odwołujący kwestionuje tutaj brak możliwości uwzględnienia przez Zamawiającego certyfikatu wystawionego w innym kraju Unii Europejskiej, poza Polską, gdzie - co do zasady potwierdza się zgodność z prawem danego kraju, oraz odpowiednim prawem unijnym.

Zamawiający odnosząc się do podniesionych w proteście zarzutów w piśmie z dnia 14 października 2008 r. protest oddalił jako bezzasadny (doręczenie pisma Odwołującemu w dacie 16 października 2008 r.). W szczegółowej argumentacji odnoszącej się do zarzutów zawartych w proteście Zamawiający wskazał, że:

1. W zakresie postanowień pkt III ppkt 2, 3, 4, 5 SIWZ, na podstawie których Zamawiający zastrzegł minimalną, gwarantowaną realizację umowy na poziomie 70% wartości umowy – Zamawiający wskazał, że miał podstawy do takiego zastrzeżenia ponieważ działalność kopalń w zakresie drążenia wyrobisk korytarzowych jest działalnością związaną z dużym ryzykiem, dlatego też dokładne określenie ilości i rodzaju materiałów niezbędnych przy realizacji niniejszego zamówienia jest możliwe. Zamawiający wskazał, że na podstawie swojej wieloletniej praktyki termin realizacji zamówienia określony na 7 dni jest terminem niezmiernie rzadko stosowanym i dotyczy sytuacji awaryjnym w praktyce jednostki składające zamówienia na strzemiona czynią to w ostatniej dekadzie danego miesiąca na cały następny miesiąc z określeniem dostaw w poszczególnych miesiącach i jest to termin około 20 dni kalendarzowych. Nie jest zatem możliwe skumulowanie dostaw z całego zamówienia na jeden miesiąc. Podniósł,

że Odwołującemu sytuacja ta jest znana bowiem jest od wielu lat producentem przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreślił, że w SIWZ zagwarantował realizację zamówienia na poziomie 70% stąd też nie będzie on mógł arbitralnie decydować o zakresie świadczenia i zarzut Odwołującego w tym zakresie jest nieprawdziwy. Ponadto podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia w kwestionowanym zakresie nie narusza zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji bowiem określone warunki realizacji zamówienia są identyczne dla wszystkich wykonawców.

2. W zakresie braku określenia częstotliwości składnia zamówień i określenia harmonogramu dostaw Zamawiający wskazał, że zapisy SIWZ w tym zakresie są –

w jego ocenie – wyczerpujące. Jednocześnie też Zamawiający zawarł zapis w rozstrzygnięciu protestu: *„…biorąc pod uwagę zastrzeżenia Wykonawcy w zakresie terminu wykonania zamówienia Zamawiający dokona odpowiedniej modyfikacji SIWZ wprowadzając zapis określający zakres procentowy zamówień wystawianych w skali jednego miesiąca w stosunku do potrzeb rocznych”.*

3. W zakresie zapisów dotyczących kar umownych – Zamawiający wskazał, na zapis § 9 ust. 2 istotnych warunków umowy i zapis o tym, że niezależnie od wprost przewidzianych kar umownych, strony mogą dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych do wysokości faktycznie poniesionych strat. Przywołany zapis powoduje, że kary umowne są równie surowe tak dla Zamawiającego, jak i wykonawcy.
4. W zakresie wymogu przedłożenia certyfikatu uwzględniającego postanowienia ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze – Zamawiający wskazał na zapisy art. 111 ust. 1 przywołanej ustawy, który stawia określone wymogi, co do stosowanych w zakładach górniczych wyrobów, (spełniają wymagania dotyczące oceny zgodności oraz są dopuszczone do stosowania w zakładach górniczych w drodze decyzji przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego), stąd też wymóg żądania takiego certyfikatu jest uzasadniony. Ocena zgodności dla wyrobów odbywa się zgodnie zobowiązującymi przepisami na podstawie ustawy o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2004 r. Nr 204, poz. 2087 ze zm.). Zamawiający przywołał również przepisy ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (Dz. U. z 2003 r. Nr 229, poz. 2275 ze zm.) Na podstawie tych przepisów Zamawiający wymaga od producenta oceny wyrobu dokonanego przez niezależną jednostkę badawczą i przedstawienia certyfikatu wyrobu, potwierdzającego spełnianie przez wyrób wymagań Zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa wydanego przez niezależną jednostkę certyfikującą w ramach procesu dobrowolnej certyfikacji. Co do argumentacji Odwołującego o nieuznawaniu certyfikatów wydanych w innych krajach UE, Zamawiający wskazał, że określenie, czy ewentualnie takie dokumenty spełniają oczekiwania Zamawiającego będzie możliwe dopiero na etapie oceny złożonej oferty.
5. W zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z art. 30 ust. 1, 2 i 3 ustawy – Zamawiający wskazał, że opisu tego powinien dokonać zgodnie z normami zharmonizowanymi, a w sytuacjach gdy tych norm nie ma w oparciu o Polskie Normy, co uczynił, wskazując normy: PN-87/G-15000.10 i PN-91/G-15000.11 i PN – 92/G-15000/05. Wskazał, że w pewnych zapisach określił dodatkowe wymagania odnośnie żądanych wyrobów, wynikające z zasad dobrej praktyki inżynierskiej obowiązujących u Zamawiającego oraz z przepisu art. 6 ust. 3 ustawy o ogólnym bezpieczeństwie produktów. Wskazał, że zamawiane strzemienia są tylko elementem konstrukcji, gdzie podstawowym elementem jest obudowa stąd też

odesłanie w zakresie opisu przedmiotu do innych norm, w tym norm dotyczących obudów. Zamawiający uzasadniał podanie w zadaniach nr 4, 5 i 6 obejmujących dostawę strzemion dwujarzmowych o podwyższonych parametrach stali, z jakiej mają być wykonane strzemiona lub ich elementy tym, iż jest to związane z przeznaczeniem tych strzemion. Służą one bowiem do łączenia łuków obudowy chodnikowej o podwyższonych parametrach mechanicznych. Wyroby te są przeznaczone do zabezpieczania wyrobisk szczególnie narażonych na ciśnienie górotworu i oddziaływania agresywnych wód dołowych, stąd też muszą się one charakteryzować

wyższą wytrzymałością, ale także znacznie wyższą odpornością na korozję od stali zwykłej. Określone parametry stali w znacznym stopniu eliminują zjawisko korozji i zwiększają żywotność strzemion oraz zapewniają bezpieczeństwo konstrukcji. Uwzględniając podaną argumentację Zamawiający podniósł, że zarzuty podniesione w tym zakresie przez Odwołującego w proteście są nieuzasadnione. Opis przedmiotu zamówienia we wskazanym zakresie nie służy utrudnieniu uczciwej konkurencji lecz zapewnieniu dostawy przedmiotu zamówienia o wymaganych przez Zamawiającego parametrach techniczno użytkowych, w tym zapewnieniu dostawy wyrobu bezpiecznego. Podkreślił, że podanie paramentów wymiarowych nie ma na celu utrudnianie uczciwej konkurencji strzemion, ponieważ strzemiona o tych parametrach produkowane są przez wszystkich funkcjonujących na rynku wykonawców. Wymogi te są podyktowane z jednej strony zapewnieniem Zamawiającemu wyrobu bezpiecznego, a z drugiej strony mają na celu umożliwienie wykonawcom składania ofert na warunkach równych pod względem technicznym i użytkowym.

6. Zamawiający podniósł, iż niezrozumiały jest dla niego zarzut naruszenia art. 38 ust. 5 ustawy, ponieważ modyfikacje jakich dokonał Zamawiający dotyczyły jedynie terminów składania ofert oraz otwarcia ofert.

Z tą argumentacją Zamawiającego Odwołujący nie zgodził się, składając w piśmie z dnia 21 października 2008 r. (ta sama data nadania w urzędzie pocztowym operatora publicznego) odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia odwołania w dacie jego złożenia została przekazana Zamawiającemu. W treści odwołania Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację oraz żądania zawarte w proteście, wnosząc jednocześnie o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie rachunków przedłożonych na rozprawie. Odwołujący potrzymał również zarzut dotyczący braku określenia przez Zamawiającego harmonogramu realizacji dostaw, pomimo deklaracji Zamawiającego modyfikacji SIWZ w tym zakresie

w treści rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący podniósł jednak, że Zamawiający formalnie cały protest oddalił, stąd też podtrzymuje również ten zarzut.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu przedmiotowego odwołania. Odwołujący kwestionując zapisy postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, które – w jego ocenie - naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, wykazuje uszczerbek w swoim interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpatrzenia odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów skład orzekający Izby ustalił, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Co do pierwszego z podnoszonych w odwołaniu zarzutu, dotyczącego nieprecyzyjnego i niejasnego opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenia minimalnej, gwarantowanej wartości realizowanych dostaw na poziomie 70% wartości, skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający w SIWZ w pkt III ppkt 2 wskazał, że szczegółowy zakres zamówienia określił w załączniku nr 1 do SIWZ, gdzie podane są szacunkowe ilości strzemion będących przedmiotem zamówienia. Jednocześnie Zamawiający w pkt III ppkt 3 SIWZ oświadczył, że minimalna gwarantowana realizacja umowy wyniesie nie mniej niż 70% wartości umowy w okresie jej obowiązywania, zastrzegając w ppkt 4, że bez narażania się na jakąkolwiek odpowiedzialność uprawniony jest on bez podawania przyczyn do zaniechania złożenia zamówienia na towar o wartości nie większej niż 30% wartości umowy. W ppkt 5 określił dodatkowo, że w przypadku zaistnienia okoliczności o charakterze siły wyższej, opisanych

w § 10 istotnych postanowień umowy (załącznik nr 5 do SIWZ), nie poniesie

odpowiedzialności z tytułu zaniechania złożenia zamówienia na towar o wartości większej niż 30% wartości umowy. Powyższe postanowienia znalazły swoje odzwierciedlenie w zapisach istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy, stanowiące załącznik nr 5 do SIWZ. Dodatkowo w postanowieniach tych Zamawiający określił, że wartość umowy wyznaczy suma zamówień wystawionych przez poszczególne jednostki organizacyjne Zamawiającego.

Kwestionowane zapisy SIWZ w ocenie Odwołującego czynią opis przedmiotu zamówienia niewyczerpujący i niejednoznaczny, który utrudnia uczciwą konkurencję.

W ocenie składu orzekającego Izby nie można uznać, aby zarzut ten znalazł potwierdzenie w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, tj. przede wszystkim zapisów SIWZ. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dyspozycja wskazanego przepisu w niniejszym postępowaniu została wypełniona. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie szacunkowej ilości zamawianych strzemion. Jednocześnie też, mając na względzie z jednej strony pewną nieprzewidywalność w zakresie składanych zamówień z uwagi na warunki kopalniane, w których realizowane jest niniejsze zamówienie, a z drugiej strony uwzględniając możliwości wykonawców w zakresie złożenia i wyceny oferty w niniejszym postępowaniu Zamawiający ograniczył w sposób konkretny zakres realizacji zamówienia – tj. do 70% wartości umowy. Powyższe równoznaczne jest z tym, że w zakresie 30% wartości zamówienia Zamawiający bez jakichkolwiek roszczeń ze strony wybranego do realizacji zamówienia wykonawcy będzie mógł zrezygnować z tej wartości zamówienia. Wykonawcy konstruując swoją ofertę w niniejszym postępowaniu – wszyscy na równych zasadach – świadomi tej okoliczności powinni ją wziąć pod uwagę przede wszystkim w zakresie wyceny oferty. Sam Odwołujący zresztą nie kwestionuje w ogóle ewentualności odstąpienia od zakupu przedmiotu zamówienia o określonej wartości, wskazując na dopuszczalną granicę 10%. W ocenie składu orzekającego Izby skoro Odwołujący będzie w stanie oszacować swoją ofertę z uwzględnieniem możliwości ewentualnej 10% utraty wartości zamówienia z całości, będzie to również mógł uczynić w odniesieniu do 30% wartości zamówienia. Warunki realizacji zamówienia, co do jego zakresu, czy wartości są zatem jasne i precyzyjne na etapie sporządzania przez wykonawców swoich ofert i jako takie powinny być wzięte przez nich pod uwagę.

W ocenie składu orzekającego Izby brak jest podstaw do twierdzenia, że Zamawiający ograniczy jeszcze bardziej zakres zamówienia, mając na względzie postanowienie § 2 ust. 5 istotnych postanowień umowy (załącznik nr 5 do SIWZ), w sytuacji gdy jego jednostki organizacyjne złożą zamówienia na mniejszą wartość niż wyznaczone

70%. Przywołany zapis stanowi jedynie o tym jaka będzie końcowa wartość zamówienia. Powyższe nie zwalnia jednak Zamawiającego z obowiązku złożenia zamówienia na wartość 70%, wobec złożonego w tym zakresie oświadczenia w treści SIWZ oraz istotnych postanowień umowy. Oznacza to, że jeśli Zamawiający ograniczy zamówienie poniżej wartości 70% wykonawcy, który będzie realizował to zamówienie na rzecz Zamawiającego będzie przysługiwało roszczenie. Skład orzekający Izby zwraca uwagę, że wartość umowy, do której odnosi się graniczna wartość minimalnych zakupów Zamawiającego (70%), została określona w § 2 ust. 1 istotnych postanowień umowy i jest wartość określona przez wykonawcę w ofercie, a więc odnosząca się do całości przedmiotu zamówienia (100%).

Jedynie w wyjątkowych sytuacjach, również szczegółowo opisanych przez Zamawiającego w SIWZ (działanie siły wyższej - § 10 istotnych postanowień umowy) Zamawiający będzie mógł odstąpić od realizacji zamówienia na poziomie niższym niż 70% bez ponoszenia odpowiedzialności z tego tytułu. Tego rodzaju postanowienie SIWZ również w sposób jasny i precyzyjny określają zasady na jakich zamówienie będzie realizowane, a uwzględnienie w warunkach realizacji zamówienia działania siły wyższej nie może stanowić podstawy do stawiania Zamawiającemu zarzutów, tym bardziej, że Zamawiający

dokładnie określił te warunki w postanowieniach umowy.

Co do uwag Odwołującego związanych z określeniem terminu realizacji dostaw skład orzekający Izby uznał, że zapis pkt IX ppkt 2 SIWZ („Wymagany *termin realizacji dostaw – do 7 dni od daty przekazania zamówienia")* nie oznacza, że realizacja całości dostaw objętych przedmiotem zamówienia może być skumulowana w jednym momencie, co będzie uciążliwe dla wykonawcy oraz, że Zamawiający będzie mógł żądać od wykonawcy realizacji zamówienia nawet w ciągu jednego dnia.

Skład orzekający Izby przychylił się do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie, który wyjaśnił, że we wskazanym pkt SIWZ określił on termin realizacji dostaw jako wymagany do 7 dni, co oznacza, że wykonawcy na etapie składania ofert będą mogli swobodnie w wyznaczonych granicach 7 dni określić możliwy dla siebie termin w przygotowanym przez Zamawiającego wzorze formularza ofertowego, który uwzględnia taką możliwość. Jeżeli dany wykonawca określi ten termin jako np. 3 dni, zobowiąże się samodzielnie do realizacji dostaw w tym terminie, jeśli zaś wskaże termin 7-dniowy jego oferta również będzie ważna i termin realizacji dostaw w tym zakresie wyznaczy granica 7 dni.

Uwzględniając uwagi Odwołującego, co do możliwości skumulowania zamówienia w jednym momencie, Zamawiający zmodyfikował SIWZ w tym zakresie, tworząc harmonogram przewidywanych dostaw. O niniejszej modyfikacji SIWZ Zamawiający informował Odwołującego w rozstrzygnięciu protestu, a na rozprawie potwierdził, że wskazanej modyfikacji SIWZ już dokonał i poinformował o niej Odwołującego, a ten jej nie

zakwestionował i na rozprawie nie zaprzeczył tym okolicznościom. Uwzględniając powyższe, kwestionowanie przez Odwołującego braku precyzyjności SIWZ w tym zakresie, wobec modyfikacji SIWZ przez Zamawiającego, skład orzekający Izby uznał za bezpodstawne.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby stwierdził, że w zakresie przywołanego zarzutu nie potwierdziły się okoliczności braku opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący i z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, co kwestionował Odwołujący.

Odnosząc się do drugiego zarzutu – określenia przez Zamawiającego kar umownych w nierówny sposób - skład orzekający Izby ustalił, że zapisy o karach umownych Zamawiający umieścił w § 9 istotnych postanowień umownych. W świetle tych postanowień wykonawca ma zapłacić na rzecz Zamawiającego trzy rodzaje kar umownych:

- 10 % wartości brutto niezrealizowanej części umowy z powodu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;
- 10% wartości brutto towaru określonego każdorazowo w niezrealizowanym zamówieniu z powodu odstąpienia od zamówienia z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;
- 0,1% wartości brutto towaru określonego każdorazowo w zamówieniu nie wydanego w terminie za każdy dzień zwłoki.

Zamawiający przewidział też kary umowne od Zamawiającego na rzecz wykonawcy, w sytuacji gdy wykonawca odstąpi od zamówienia z powodu okoliczności, za które odpowiada Zamawiający w wysokości 10% wartości brutto towaru określonego każdorazowo w niezrealizowanym zamówieniu.

Niezależnie od powyższego Zamawiający przewidział również wzajemnie dla obu stron umowy możliwość dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych do wysokości faktycznie poniesionych strat.

Uwzględniając przywołane postanowienia SIWZ skład orzekający Izby nie dopatrzył się naruszenia przepisów ustawy we wskazanym zakresie, zatem – w jego ocenie - nie doszło do uciążliwego ukształtowania warunków umowy, na co powoływał się Odwołujący.

Zamawiający, działając na podstawie art. 483 § 1 Kc, określił bowiem kary umowne w zakresie naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania w odniesieniu do świadczenia niepieniężnego. W przypadku zaś nienależytego wykonania lub niewykonania w ogóle świadczeń pieniężnych (nieterminowa zapłata wynagrodzenia,

bądź brak zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy w ogóle) wykonawcy od Zamawiającego będą przysługiwały odsetki ustawowe, zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami. Dodatkowo wykonawca na podstawie obwiązujących przepisów prawa będzie miał prawo odstąpienia od umowy w sytuacjach opisanych w art. 481 Kc, czy art. 493 Kc. Ponadto na podstawie art. 471 Kc wykonawcy przysługuje również roszczenie odszkodowawcze.. Zamawiający nie wykluczył bowiem w postanowieniach SIWZ i stanowiących jej załącznik istotnych postanowieniach umowy możliwości skorzystania przez wykonawcę z tych uprawnień. Zamawiający wprost również przewidział możliwość dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych Kc, tak więc wykonawca realizujący umowę będzie miał w tym zakresie takie prawo również w zakresie niedotrzymania przez Zamawiającego postanowień SIWZ, dotyczących wymagalnej minimalnej granicy realizacji zakupów przez Zamawiającego. Powyższe gwarantują tak zapisy postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i przepis art. 471 Kc. Nie można również uznać za symboliczne – jak to określił Odwołujący – kar przewidzianych wprost w SIWZ na rzecz wykonawcy w wysokości 10% wartości towaru w niezrealizowanym zamówieniu, gdy wykonawca odstąpi od jego realizacji z powodów zależnych od Zamawiającego. Jest to realna kara przewidziana do zapłaty przez Zamawiającego na rzecz wykonawcy, gdy ten będzie zmuszony odstąpić od wykonania zamówienia z powodów leżących wprost po stronie Zamawiającego (np. właściwa jednostka Zamawiającego złoży zamówienie, a następnie się z jego realizacji wycofa).

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby nie dopatrzył się tutaj nierównego ukształtowania stosunku zobowiązaniowego. Dodatkowo należy zauważyć, że Odwołujący nie wskazał w tym zakresie, jakie konkretnie przepisy ustawy (Prawo zamówień publicznych) miałyby być naruszone przez działanie Zamawiającego. Nie została w tym zakresie naruszona zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy, bowiem przywołane warunki są identyczne dla wszystkich ubiegających się o niniejsze zamówienie i w żaden sposób nie dyskryminują żadnego z wykonawców.

Odnosząc się do kolejnego z podniesionych w odwołaniu zarzutów – żądania dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania – skład orzekający Izby uznał ten zarzut za bezpodstawny.

Zamawiający w pkt XVI ppkt 6 SIWZ zażądał dołączenia do oferty „wyników *badań obudowy kształtownika typu V o podwyższonej wytrzymałości z oferowanymi strzemionami zgodnie z PN – 92/g – 15000/05 opracowanych przez jednostki upoważnione do*

przeprowadzania badań i oceny wyrobów – dla zadań 4, 5 i 6”. Odwołujący powołuje się, że przedmiotem zamówienia są strzemiona, natomiast wskazana w wymaganym dokumencie norma odnosi się do obudów, a nie do strzemion. Odwołujący zasugerował również, że żądanie takich badań w odniesieniu wyłącznie do strzemion o podwyższonej wytrzymałości stanowi o preferencyjnym traktowaniu Huty Łabędy, która jako producent obudów do tych strzemion jest w posiadaniu własnych wyników takich badań.

Uwzględniając postanowienia SIWZ i stanowisko Odwołującego w tym przedmiocie skład orzekający uznał, że Odwołujący nie wykazał, że wskazane żądanie pozbawia tego wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia. Dostęp do tych badań nie jest bowiem w żaden formalny sposób ograniczony dla wykonawców funkcjonujących na danym rynku. Inną kwestią natomiast jest ewentualny koszt uzyskania takich badań, powyższe jest problemem wykonawców, którzy uwzględniając warunki konkurencyjności, chcą ubiegać się o zamówienie na danym rynku dostaw, powinni pozyskać takie badania. Bez wątpienia bowiem zamawiane przez Zamawiającego strzemiona nie są wyrobem samodzielnie funkcjonalnym. Strzemiona w górnictwie wykorzystywane są bowiem wraz z obudowami do łączenia elementów obudowy chodnikowej. Wraz z obudową tworzą pewną całość wykorzystywaną w szczególnych warunkach kopalnianych. Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że choć Zamawiający - aby dopuścić większą konkurencyjność na rynku dostaw obudów i strzemion - prowadzi odrębnie postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego na tego rodzaju dostawy, wyroby te dla celów użytkowych są ze sobą nieodłącznie związane. Tym samym, biorąc również pod uwagę treść przepisu art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy, który ma zastosowanie do zamówień sektorowych i daje w takich postępowaniach możliwość Zamawiającemu żądania także innych dokumentów niż określone w przepisach przywołanego wcześniej rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, Zamawiający miał prawo żądać przywołanych badań, stawiając w tym zakresie bardziej ostre wymagania niż wynika to z norm, odnoszących się do zamawianych strzemion. Zamawiający w dostateczny sposób wykazał bowiem, że powyższe uzasadnione jest celem, dla którego postawił taki dodatkowy obostrzony wymóg, a zarazem żądanie w tym zakresie dodatkowego dokumentu – powyższe uzasadnione jest względami bezpieczeństwa, a w tym zakresie, jeśli chodzi o bezpieczeństwo i życie ludzi pracujących w kopalniach, Zamawiający nie może pozwolić sobie na swobodę działania.

Tym samym skład orzekający nie dopatrzył się w tym zakresie naruszenia przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy oraz rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Co do zarzutu doprecyzowania przez Zamawiającego w SIWZ wymogów dotyczących strzemion o podwyższonych parametrach technicznych (zadania 7, 8 i 9) w zakresie

materiału, z jakiego mają być wykonane jarzma górne (kabłąki), poprzez podanie parametrów wytrzymałościowych pręta stalowego oraz podanie takich wymogów w zakresie strzemion o podwyższonych parametrach technicznych ujętych w zadaniach nr 4, 5 i 6, skład orzekający Izby nie uwzględnił również tego zarzutu.

Zamawiający przywołane wymogi opisał w pkt 3.2 (zadania nr 4, 5 i 6) oraz pkt 3.3 (zadania nr 7, 8 i 9) załącznika nr 1 do SIWZ. Odwołujący wskazuje, że poprzez określenie wymogów wytrzymałościowych, co do stali, z której mają być wykonane strzemiona o podwyższonych parametrach technicznych wyłącznie w zakresie wykonania jarzma górnego w zakresie zadań 7, 8 i 9 wskazuje na to, że Zamawiający preferuje konkretnego wykonawcę, który nie produkuje takich strzemion. Odwołujący tłumaczy to także tym, że strzemiona wykonane z niejednolitego materiału są znacznie tańsze i dlatego też wnioskował o wykreślenie jednolicie dla wszystkich rodzajów strzemion żądań odnośnie parametrów stali, z jakiej mają być wykonane strzemiona lub ich elementy i podanie wymaganych parametrów wytrzymałościowych samych strzemion. Istotnym bowiem – w ocenie Odwołującego – jest to, aby strzemiona posiadały odpowiednie parametry wytrzymałościowe, bez względu na rodzaj tworzywa, z którego są wykonane.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił wskazanej argumentacji Odwołującego i przychylił się w tym zakresie do stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu oraz na rozprawie, które w żaden sposób nie zostało obalone przez Odwołującego. Zamawiający bowiem, mając na względzie przeznaczenie danego rodzaju strzemion, określił dla nich konkretne wymogi dotyczące wytrzymałości, a także ich żywotności. Podkreślił, że parametr wytrzymałości strzemion ma znaczenie dla nowego wyrobu, tymczasem strzemiona określone w zadaniach nr 4, 5 i 6 są wykorzystywane w trudnych warunkach kopalnianych, gdzie poddawane są niekorzystnym oddziaływaniom środowiska w tym także korozji, a wskutek takiego działania (korozyjnego) wytrzymałość samych strzemion też podlega osłabieniu. Z tego też względu tak istotne jest, aby strzemiona opisane w zadaniach 4, 5 i 6 wykonane były w całości z określonego materiału (stali), bowiem służą one do łączenia łuków obudowy chodnikowej o podwyższonych parametrach mechanicznych i ich przeznaczenie związane jest z zabezpieczeniem wyrobisk szczególnie narażonych na działanie wysokiego ciśnienia górotworu, czy oddziaływanie wód dołowych. Muszą one więc charakteryzować się znacznie wyższą wytrzymałością, jak również wyższą odpornością na korozję od stali zwykłej. Stal, na którą wskazał Zamawiający, określając wymogi dla strzemion opisanych w zadaniach nr 4, 5 i 6, w znacznym stopniu eliminuje zjawisko korozji oraz zwiększa żywotność strzemion, jak również zapewnia większe bezpieczeństwo konstrukcji. Zamawiający więc uzasadnił swoje wymogi w tym zakresie potrzebami związanymi z zastosowaniem zamawianych strzemion. Odwołujący natomiast w żaden

sposób nie obalił tej argumentacji, wskazując w zasadzie tylko, że oferowany przez niego produkt nie spełnia tych wymagań. Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający poprzez taki opis przedmiotu zamówienia w sposób bezpośredni preferuje jednego wykonawcę, nie dopuszczając jednocześnie do zamówienia innych wykonawców. Nie można zatem mówić tutaj o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, czy równego traktowania wykonawców, a opis przedmiotu zamówienia wskazuje jedynie na uzasadnione potrzeby i wymagania Zamawiającego w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu bezprawnego żądania przez Zamawiającego dołączenia do oferty określonego certyfikatu potwierdzającego spełnianie przez oferowane produkty wymogów bezpieczeństwa, wynikających z przepisów ustawy Prawo geologiczne i górnicze, skład orzekający Izby uznał ten zarzut za bezzasadny.

Kwestionowany wymóg Zamawiający opisał w pkt XVI ppkt 3) SIWZ. Z wymogu tego wynika, że wykonawcy mają obowiązek dołączyć do oferty certyfikat wydany przez jednostkę upoważnioną do certyfikacji przedmiotu zamówienia, który będzie potwierdzał, że produkty będące przedmiotem zamówienia spełniają wymagania bezpieczeństwa, uwzględniające postanowienia przywołanej ustawy Prawo geologiczne i górnicze oraz wymagania zawarte w aktach wykonawczych wydanych na podstawie delegacji z tej ustawy. Odwołujący kwestionował w tym zakresie brak możliwości uwzględnienia przez Zamawiającego certyfikatu wystawionego w innym kraju Unii Europejskiej, poza Polską.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do tego zarzutu, stwierdził, że przywołany zapis SIWZ nie ogranicza Odwołującemu, jak i każdemu innemu wykonawcy, możliwości złożenia certyfikatu przez jednostkę certyfikującą mającą siedzibę poza terytorium Polski. Przywołany zapis SIWZ stanowi bowiem o certyfikacie wystawionym przez jednostkę upoważnioną do certyfikowania przedmiotu zamówienia. W tym zakresie będą miały zastosowanie przepisy ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. t.j. z 2004 r. Nr 204, poz. 2087 ze zm.). Zatem certyfikat każdej jednostki upoważnionej do certyfikowania na podstawie przepisów tej ustawy będzie ważny dla Zamawiającego. Istotnym jest, aby ów certyfikat potwierdzał spełnianie wymogów bezpieczeństwa wyrobu, w sposób generalny określonych w przepisach ustawy Prawo geologiczne i górnicze. Powyższe nie oznacza, że ów certyfikat winien być wydany na podstawie przepisów konkretnie tej ustawy, czy też w jego treści winno znajdować się odesłanie do przepisów tej ustawy, ważne jest tylko, aby certyfikat potwierdził spełnianie wymogów bezpieczeństwa w zakresie oferowanego wyrobu.

Obszar, związany z zamawianym w niniejszym postępowaniu wyrobem nie należy do obszaru prawa zharmonizowanego, dlatego też Zamawiający nie opierał się w tym zakresie na normach unijnych, bo nie miał do tego uprawnienia. Jedynym aktem, do którego mógł się odwoływać w zakresie określenia wymogów bezpieczeństwa oferowanego wyrobu są wymogi określone właśnie w prawie polskim, tj. w przywołanej ustawie Prawo geologiczne i górnicze.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby nie dopatrzył się naruszenia przywołanych przez Odwołującego przepisów związanych z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz żądania dokumentów, które są Zamawiającemu zbędne.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też skład orzekający Izby uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

Przewodniczący:
……
Członkowie:
……
……