

Sygn. akt: **KIO/UZP 28/07,**
KIO/UZP 100/07

WYROK
z dnia 07 stycznia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

Członkowie: **Lubomira Matczuk-Mazuś**
Grzegorz Mazurek

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* **07.01.2008r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **31.12.2007r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „CONSTAL” Zakład Pracy Chronionej Andrzej Konieczka, Zblewo, ul. Kościerska 18,**
- B. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „CONSTAL” Zakład Pracy Chronionej Andrzej Konieczka, Zblewo, ul. Kościerska 18**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** protestów:

- A Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „CONSTAL” Zakład Pracy Chronionej Andrzej Konieczka, Zblewo, ul. Kościerska 18z dnia 21.11.2007r.**
- B Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „CONSTAL” Zakład Pracy Chronionej Andrzej Konieczka, Zblewo, ul. Kościerska 18z dnia 07.12.2007r..**

przy udziale **xxx** zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz **xxx** po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołania i unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Kosztami postępowania obciąża Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2032 zł 0 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „CONSTAL” Zakład Pracy Chronionej Andrzej Konieczka, Zblewo, ul. Kościerska 18**
 - B** koszty w wysokości 2032 zł 0 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „CONSTAL” Zakład Pracy Chronionej Andrzej Konieczka, Zblewo, ul. Kościerska 18**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 0 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery tysiące złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 3832 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „CONSTAL” Zakład Pracy Chronionej Andrzej Konieczka, Zblewo, ul. Kościerska 18** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego
 - B** kwoty 3832 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** na rzecz

Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „CONSTAL” Zakład Pracy Chronionej Andrzej Konieczka, Zblewo, ul. Kościerska 18 stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
 - B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35936 zł 0 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17968 zł 0 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „CONSTAL” Zakład Pracy Chronionej Andrzej Konieczka, Zblewo, ul. Kościerska 18**
 - B** kwoty 17968 zł 0 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „CONSTAL” Zakład Pracy Chronionej Andrzej Konieczka, Zblewo, ul. Kościerska 18.**

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

W dniu 09.11.2007r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2007/S -216 - 262946 ukazało się ogłoszenie o zamówieniu Zamawiającego, którym jest Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej na *zakup do kopalń JSW S.A. siatek okładzinowych zgrzewanych łańcuchowo-węzłowych w łącznej ilości 346 000 szt. i opinki ścianowej segmentowej zgrzewnej 1500x750 mm w łącznej ilości 36 200 szt. według potrzeb zgłaszanych na 2008 rok z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, obejmujący zadania od 1 do 2.* W tym też dniu Zamawiający udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 21.11.2007r. Odwołujący złożył do Zamawiającego protest na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzucając mu, w odniesieniu do zadania 1, naruszenie:

1. **art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust 1 i 2** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. 2007 r., Nr 223, poz. 1655) - poprzez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co w konsekwencji uniemożliwi wykonawcom (w tym Protestującemu) złożenie oferty, a Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami powołanej ustawy.

Odwołujący wniósł w proteście o:

1. dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do zadania 2, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust 1 i 2** ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. 2007 r., Nr 223, poz. 1655) poprzez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co w konsekwencji uniemożliwi wykonawcom (w tym protestującemu) złożenie ofert, zaś Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami powołanej ustawy oraz poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z ww. zasadami,

oraz wniósł o:

1. unieważnienie postępowania w części – zadanie 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust.1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (w dokumencie omyłkowo padano 143 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp)

W uzasadnieniu protestu w zakresie zarzutów dotyczących zadania 1 Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wskazał w specyfikacji, jako wymagany warunek techniczno – użytkowy, zgodność oferowanego asortymentu z normą PN-G-15050:1996 lub równoważną. Jednocześnie w tym samym punkcie specyfikacji Zamawiający określił wymaganie dotyczące wytrzymałości siatki na zginanie w sposób znacznie odbiegający od treści wymaganej normy podnosząc wymaganie w tym zakresie do 10 kNm. Odwołujący podniósł w proteście, że jest to działanie Zamawiającego mające na celu naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący się wskazał również na niezgodne z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 i art. 29 ustawy Pzp) opisanie przez Zamawiającego

przedmiotu zamówienia, który określił wymaganie dotyczące konstrukcji siatki w sposób niemożliwy do spełnienia.

W odniesieniu do zadania 2 Odwołujący się podniósł w uzasadnieniu, że Zamawiający wskazał w specyfikacji, jako wymagany warunek techniczno – użytkowy, zgodność oferowanego asortymentu z normą PN-G-15050:1996 lub równoważną. Jednocześnie w tym samym punkcie specyfikacji Zamawiający określił wymaganie dotyczące wytrzymałości siatki (opinki) na zginanie w sposób znacznie odbiegający od treści wymaganej normy, tj. znacznie podwyższył wymaganie w tym zakresie (24 kNm/m). Odwołujący podniósł w proteście, że jest to działanie Zamawiającego mające na celu naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Odwołujący się wskazał również na niezgodne z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 i art. 29 ustawy Pzp) opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia, który określił wymaganie dotyczące konstrukcji opinki w sposób niemożliwy do spełnienia.

Ponadto w zakresie zadania 2 Zamawiający jako jeden z warunków udziału w postępowaniu sformułował wymaganie, aby wykonawca wykazał wykonanie w okresie ostatnich trzech lat dostaw opinki ścianowej o wartości 873 868 zł netto. W ocenie Odwołującego żądanie to jest niezgodne z przepisem § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz.65), ponieważ ustawodawca wskazał w tym przepisie, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający jest uprawniony do żądania wykazu dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. W tym przypadku Zamawiający żądał wykazu dostaw wyłącznie opinki ścianowej, która nie stanowi odrębnego rodzaju asortymentu, jest rodzajem siatki o nieco innych parametrach, a nazwa opinka ścianowa została stworzona przez Zamawiającego na potrzeby niniejszego postępowania.

W dniu 30.11.2007r. Zamawiający protest oddalił.

W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, że w zakresie zadania 1 Odwołujący żądając modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie określił na czym miałyby ta modyfikacja polegać, a ponadto, że podwyższone w stosunku do treści normy PN-G-15050:1996 wymaganie dotyczące wytrzymałości siatki na zginanie uzasadnione jest względami zapewnienia stabilizacji opinki z siatek okładzinowych i bezpieczeństwa przed wypadaniem skał do wyrobiska oraz kosztami przyszłego utrzymywania wyrobisk górniczych. Norma PN-G-15050:1996 nie zapewnia oczekiwanej przez Zamawiającego wytrzymałości siatek. Jednocześnie Zamawiający dokonał modyfikacji siwz w pkt II.2.1.5.8 (tj. w zakresie konstrukcji siatki).

W zakresie zadania 2 Zamawiający podniósł w oddaleniu protestu, że opinka ścianowa stanowiąca przedmiot zamówienia służy do zabezpieczania stropu kanału wyjazdowego do likwidacji ściany i z tego względu wymagania co do wytrzymałości na zginanie tej siatki zostało określone na poziomie co najmniej 24 kNm/m. Zamawiający wskazał, że norma określa maksymalną szerokość siatki, z tego względu Zamawiający opisał w siwz szczegółowo warunki jakie powinny być spełnione przy tego typu opince ścianowej, przy czym badania wytrzymałościowe mają być przeprowadzone zgodnie z wymogami, określonymi w normie, a zapisy siwz dotyczące konstrukcji siatek wynikają z doświadczeń praktycznych Zamawiającego.

W dniu 05.12.2007r. Odwołujący złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący ograniczył zakres odwołania - w stosunku do protestu - do zarzutów, w odniesieniu do zadania 2, tj. naruszenia przez Zamawiającego:

1. **art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust 1 i 2** ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. 2007 r., Nr 223, poz. 1655) poprzez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co w konsekwencji uniemożliwi wykonawcom (w tym Protestującemu) złożenie ofert, zaś Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami powołanej ustawy oraz poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z ww. zasadami,

oraz wniósł o:

1. unieważnienie postępowania w części – zadanie 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (w dokumencie omyłkowo padano 143 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp)

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście w zakresie objętym odwołaniem.

Ponadto w odniesieniu do argumentacji Zamawiającego, zawartej w oddaleniu protestu Odwołujący podniósł, że Zamawiający podał w siwz ten sam parametr „wytrzymałość siatek na zginanie” dla zdania 1 - w jednostkach kNm, natomiast dla zadania 2 – w kNm/m., który to parametr nie występuje w standardowych badaniach wytrzymałościowych siatek. Zgodnie z obowiązującą normą wytrzymałość siatki określa się za pomocą momentu zginającego, którego jednostką jest kNm (kiloniutonometr). Nadto Odwołujący stwierdził, iż tylko jeden wykonawca złożył ofertę w zadaniu 2, przedstawiając m.in. kopię sprawozdania, w którym Główny Instytut Górnictwa w Katowicach opisał parametr „wytrzymałość opinki na zginanie” w kNm/m, z wyjaśnieniem, iż jest to parametr określony przez zleceniodawcę.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy oraz wyjaśnień stron złożonych na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje:

W pkt II.2.2 siwz Zamawiający wskazał wymagane warunki techniczno - użytkowe opinki ścianowej segmentowej zgrzewnej stosowanej do zabezpieczenia stropów wyrobisk eksploatacyjnych. W jednym z tych wymagań określił, że opinka powinna spełniać wymagania wytrzymałościowe i materiałowe normy PN-G-15050:1996 lub równoważnej, a w innym, że wytrzymałość siatek na zginanie określona zgodnie z pkt 5.7.5 normy PN-G-15050:1996 powinna wynosić co najmniej 24 kNm/m.

Według wyjaśnień Zamawiającego spełnienie jednocześnie tych wymagań jest uzasadnione szczególnymi warunkami eksploatacji tych siatek (opinek), które służą do zabezpieczania stropów wyrobisk eksploatacyjnych (ścian, ubierek, chodników) przed opadem skał, brył węgla podczas prowadzenia procesu wydobywczego, a także podczas innych procesów technologicznych związanych ze zbrojeniem, likwidacją lub wzmacnianiem podziemnych wyrobisk górniczych. Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, iż powyższe wymagania nie pozostają ze sobą w sprzeczności. Wymagania określone normą PN-G-15050:1996 w zasadzie dotyczą siatek, a nie ściśle opinki ścianowej, która jest szczególnym rodzajem siatki, ze względu na sposób stosowania, dlatego Zamawiający wskazał tę normę jako pomocniczą, natomiast konkretne wymagania techniczne przewyższające normę opisał w treści siwz.

Izba wzięła pod uwagę, że zgodnie z brzmieniem art. 30 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie. Użyte przez ustawodawcę wyrażenie „z zachowaniem” sugeruje pomocniczy charakter tych norm. Pojęcia tego nie wolno utożsamiać z dokonywaniem opisu przedmiotu ściśle za pomocą tych norm. Przy takim bowiem założeniu należałoby uznać, iż przepisy art. 29 ust. 1 i 2 są bezprzedmiotowe i zbędne. Opisując przedmiot zamówienia z zachowaniem Polskich Norm zamawiający jest uprawniony jednocześnie do uwzględnienia swoich potrzeb w opisie przedmiotu zamówienia.

W pkt II.2.2.12.3 siwz Zamawiający określił wymaganie, zgodnie z którym „połączenie dwóch segmentów opinki musi tworzyć hakowe zakończenia nośnych prętów podłużnych skierowane w stronę wyrobiska oraz dwa pręty poprzeczne: zaczepowy i końcowy podpierający koniec haków”. W ocenie Odwołującego wymaganie to jest niemożliwe do spełnienia.

Zważywszy na brzmienie art. 29 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający jest zobowiązany do opisanie 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. Należy przy tym zauważyć, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwalać na dokładną i nie budzącą wątpliwości identyfikację przedmiotu zamówienia. Znaczenie wyrażen użytych przez ustawodawcę w tym przepisie należy wyjaśniać w kontekście danego stanu faktycznego, biorąc pod uwagę, że opis przedmiotu zamówienia adresowany jest przez zamawiającego przede wszystkim do profesjonalistów, tj. podmiotów zdolnych wykonać opisane zamówienie.

Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu złożono jedną ofertę w zadaniu 2, która spełnia wymagania Zamawiającego – jest to zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego przedstawionym na rozprawie, od dwóch lat ten sam dostawca opinek dla JSW S.A., który jest ponadto autorem rozwiązania konstrukcyjnego opinki, stosowanej przez Zamawiającego.

Podkreślenia wymaga fakt, że w ofercie Wykonawca ten przedstawił m.in. kopię sprawozdania, w którym Główny Instytut Górnictwa w Katowicach opisał parametr „wytrzymałość opinki na zginanie” w kNm/m, z wyjaśnieniem, iż jest to parametr określony przez zleceniodawcę, co świadczy o tym, iż jednostka ta nie jest standardowo stosowana do określania wytrzymałości na zginanie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp należy wziąć pod uwagę, że przepis ten zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji rozumieć należy opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie) lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów, wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego. Izba uznała, że Odwołujący wykazał w odwołaniu i na rozprawie naruszenie tego przepisu przez Zamawiającego poprzez wskazanie, że Zamawiający używając określeń „opinka” oraz jednostek kNm/m nie stosowanych standardowo w obrocie gospodarczym, ograniczył uczciwą konkurencję, tj. naruszył art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W pkt.VII.1.2 siwz Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu - posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – w przypadku składania oferty na zadanie 2 - wykonanie dostaw wyłącznie opinki ścianowej za kwotę 873 868,00 PLN netto oraz zażądał

przedstawienia wykazu tych dostaw, a zatem dostaw tożsamy z przedmiotem zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że warunek ten wynika z konieczności zapewnienia bezpieczeństwa, a zatem dostaw najwyższej jakości, a także zapewnienia niezawodności dostawców przedmiotu zamówienia.

Należy podkreślić, że zamawiający, określając warunki podmiotowe udziału w postępowaniu podlega pewnym ograniczeniom, wynikającym z regulacji ustawowych i aktów wykonawczych oraz z charakteru zamówienia, które powinny być dostosowane do wielkości i stopnia skomplikowania zamówienia oraz sytuacji na rynku.

Powołując się na wyrok ZA z dnia 30.03.2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-547/05 należy przyjąć, że zamawiający nie może określać minimalnych wymagań wykraczających ponad to, co jest konieczne do osiągnięcia celu zamawiającego, tj. należytego wykonania zamówienia publicznego.

Izba uznała, że nie ma przeszkód, aby zamawiający mógł postawić odpowiednio wysokie żądania (np. wykazanie dostaw tożsamy z przedmiotem zamówienia), dotyczące warunków udziału w postępowaniu z uwagi na specyficzne wymagania.

Jednak zgodnie z Dyrektywą 2004/18/WE zamawiający może określić „minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia publicznego”. Sformułowanie „dostaw... odpowiadających swoim rodzajem dostawom... stanowiącym przedmiot zamówienia” użyte w przepisie § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz.65), należy zatem odczytywać w świetle treści ww. Dyrektywy. Nie sposób uznać, że ustawodawca używając terminu „rodzaj” miał na myśli dokładnie ten sam produkt. Pojęcie to jest pojęciem ogólnym, nieostrym, a wobec tego, należy je interpretować zawsze w odniesieniu do konkretnej sytuacji faktycznej – konkretnego przedmiotu zamówienia oraz celu zamawiającego.

W ocenie Izby, Zamawiający określając wymaganie wykazania przez wykonawców dostaw „wyłącznie opinki” przekroczył upoważnienie wynikające z przepisu § 1 ust.2 pkt 2 cytowanego wyżej rozporządzenia, do żądania wykazania dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, zważywszy, że termin opinka nie jest terminem standardowo i powszechnie używanym w obrocie przy określaniu materiałów skonstruowanych na bazie siatki. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że wystarczającym i stosowanym powszechnie w tego typu zamówieniach jest termin siatka, który również przez Zamawiającego jest używany zamiennie, o czym świadczy np. zapis pkt II. 2. 2.9 siwz, w którym wymaganie dotyczące opinki zostało określone jako „wytrzymałość siatki na zginanie”.

Zatem postawienie przez Zamawiającego wymagania dotyczące wykazania dostaw wyłącznie opinki Izba uznała za naruszające treść art. 22 ust. 2 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 2 pkt 2 cytowanego rozporządzenia, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała, że przedmiotowe postępowanie z uwagi na wskazane powyżej naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych oraz aktu wykonawczego do ww. ustawy, przez Zamawiającego, obarczone jest wadą, o której jest mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada ta, poprzez ograniczenie fundamentalnej w Prawie zamówień publicznych, zasady zachowania uczciwej konkurencji, miała wpływ na wynik postępowania, a w tych warunkach zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zawarta umowa byłaby nieważna.

W dniu 07.12.2007r. w tym samym postępowaniu Odwołujący złożył do Zamawiającego protest zarzucając mu, w odniesieniu do zadania 1, naruszenie:

2. **art. 38 ust. 6, a w jego konsekwencji art. 7 ust. 1** ustawy z dnia 29 stycznia 2004r.

Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. 2007 r., Nr 223, poz. 1655) - poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert, a w konsekwencji uniemożliwienia wykonawcom (w tym Protestującemu) złożenie oferty na zadanie 1 i ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego,

oraz wnosząc o:

2. unieważnienie postępowania w części – zadanie 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust.1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (w dokumencie omyłkowo padano 143 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp).

W uzasadnieniu Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dniu 30 listopada 2007r., kiedy to zamieścił zmiany na stronie internetowej, tj. w ostatnim dniu roboczym przed terminem składania ofert, wyznaczonym na 3 grudnia 2007r. Zdaniem Odwołującego zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający obligatoryjnie przedłuża termin składania ofert, jeżeli w wyniku modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. W ocenie Odwołującego dokonana przez Zamawiającego modyfikacja treści specyfikacji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia bezwzględnie miała wpływ na treść oferty, a wobec tego Zamawiający był zobligowany do przedłużenia terminu składania ofert, czego nie uczynił.

W dniu 17.12.2007r. Zamawiający protest oddalił.

W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, że dokonana przez niego w dniu 30 listopada 2007r. modyfikacja siwz spowodowała zliberalizowanie warunków stawianych dostarczaniem materiałem, a wobec tego wykonawca składający ofertę, zgodnie z wcześniej określonym

wymaganiem nie był zmuszony do zmiany treści oferty, ponieważ przedmiotowy wymóg (w redakcji po modyfikacji) byłby również spełniony, gdyby wykonawca przedstawił w ofercie rozwiązanie konstrukcyjne, przekraczające wymogi stawiane przez Zamawiającego. Jeżeli zatem nie była konieczna zmiana oferty, to wobec tego nie było też konieczności przedłużenia terminu składania ofert.

W dniu 21.12.2007r. Odwołujący złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, zarzucając Zamawiającemu w zakresie zadania 1 naruszenie:

2. art. 7 ust. 1 , art. 29 ust. 1 i 2 na skutek naruszenia art. 38 ust. 6 ustawy
Prawo zamówień publicznych,

i wnosząc o:

1. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części – zadanie 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (w dokumencie omyłkowo padano 143 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp)

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście. Ponadto w polemice do argumentacji Zamawiającego zawartej w oddaleniu protestu Odwołujący podniósł, że zgodnie z wymaganiem przed modyfikacją siwz Zamawiający żądał spełnienia warunku, który był niemożliwy do spełnienia pod względem konstrukcyjnym. Dokonując modyfikacji Zamawiający całkowicie zmienił konstrukcję siatki stanowiącej przedmiot zamówienia. Podniósł również, że zmienione przez Zamawiającego wymaganie nie było wymaganiem minimalnym lecz dokładnie wskazującym ilość prętów (dwa). Ponadto wymagane przez Zamawiającego dokumenty dotyczące przedmiotu zamówienia, tj. opinia z prób ruchowych wystawiona przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego oraz oświadczenie określające wagę jednostkową przedmiotu zamówienia z podaniem wagi min.-max. wynikającej z dopuszczalnych tolerancji wymienionych w dokumentacji technicznej, bądź techniczno-ruchowej, potwierdzonej przez jednostkę naukowo-badawczą, nie mogły być pozyskane przez wykonawcę i dołączone do oferty z uwagi na zbyt krótki termin (obejmujący dni wolne od pracy) na wprowadzenie zmian w ofertach po dokonanej modyfikacji siwz.

Odwołujący podkreślił również, że w ten sposób Zamawiający pozbawił go możliwości złożenia oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec naruszenia wskazanych przepisów ustawy, w niniejszym postępowaniu nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy, co powinno skutkować unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyniku analizy dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron, złożonych na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje:

W trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom przysługuje uprawnienie do żądania wyjaśnienia przez zamawiającego treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może w każdym czasie przed upływem terminu składania ofert zmodyfikować treść siwz przekazując niezwłocznie modyfikację wykonawcom, którym przekazano siwz oraz zamieszcza na stronie internetowej, na której była udostępniona specyfikacja. Za szczególnie uzasadnione przypadki uznaje się zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem względy gospodarcze, finansowe, rynkowe itp. Modyfikacji powinny podlegać w szczególności takie zapisy siwz, które budziły uzasadnione wątpliwości wykonawców i były przedmiotem zapytań o wyjaśnienie ich treści.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący się złożył w dniu 21.11.2007r. protest, w którym m.in. zażądał modyfikacji siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla zadania 1. Po oddaleniu ww. protestu, w dniu 30.11.2007r. Zamawiający zmodyfikował jednak zapis w pkt. II.2.1.5.8 siwz poprzez wprowadzenie w miejsce zapisu „dwa pręty poprzeczne i końcowy..” sformułowania „ dwa pręty: poprzeczny i końcowy...”. Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, iż treść protestu miała wpływ na decyzję o potrzebie modyfikacji siwz.

Izba nie zgodziła się z argumentacją Zamawiającego, przedstawioną w rozstrzygnięciu protestu, przekazanego Odwołującemu w dniu 17.12.2007r. jak również w trakcie rozprawy, że wprowadzona zmiana nie zaostrzyła wymagań konstrukcyjnych siatki – faktycznie bowiem wymagania dotyczące konstrukcji siatki zostało zmienione. Ponadto zmiana ta spowodowała konieczność dokonania zmian w ofercie, zwłaszcza w zakresie wymaganych przez Zamawiającego w specyfikacji dokumentów, tj. w pkt VIII.17 siwz -opinii z prób ruchowych, świadczącej o zastosowaniu przedmiotu zamówienia w warunkach wpływu ciśnień eksploatacyjnych i pracy w podziemnych wyrobiskach chodnikowych kopalń węgla kamiennego, wystawioną przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego lub jego Zastępcę oraz w pkt. VIII.20 siwz - oświadczenia określającego wagę jednostkową przedmiotu zamówienia z podaniem wagi granicznej min.-max. wynikającej z dopuszczalnych tolerancji wymienionych w dokumentacji technicznej bądź techniczno-ruchowej – podpisane przez upoważnioną jednostkę naukowo-badawczą.

Izba nie dała wiary twierdzeniom Zamawiającego, że skoro w innym postępowaniu Odwołujący w zbliżonym terminie złożył identyczne dokumenty dotyczące innego przedmiotu zamówienia, to świadczy to o tym, iż w niniejszym postępowaniu również mógł takie dokumenty przedstawić lub złożyć ofertę szcztąkową, a następnie uzupełnić wymagane dokumenty w trybie art. 26 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia jest zobowiązany do przestrzegania zasad określonych w ustawie

Prawo zamówień publicznych, a ponadto ogólnych zasad obowiązujących w obrocie gospodarczym, które nakazują działanie rzetelne oraz zapewniające pewność obrotu.

Zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający przedłuża termin składania ofert, jeżeli w wyniku modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach.

Z treści tego przepisu wynika, że ocena czy istnieje potrzeba przedłużenia terminu do składania ofert należy do Zamawiającego. Należy jednak podkreślić, że skoro ustawodawca przewidział, że w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, termin przedłuża się o co najmniej 7 dni, to wykładnia logiczna przepisu wskazuje, iż zakres zmian w ofertach, które trzeba wprowadzić na skutek modyfikacji siwz powinien uzasadniać przedłużenie terminu składania ofert o min. 7 dni - jako czas niezbędny na wprowadzenie tych zmian.

Dokonana w dniu 30 listopada 2007r. przez Zamawiającego modyfikacja siwz spowodowała, w ocenie Izby, konieczność przedłużenia terminu składania ofert. Zmianę dotyczącą wymagania w zakresie konstrukcji siatki należy bowiem uznać za istotną, z punktu widzenia wykonawców przygotowujących oferty w niniejszym postępowaniu, ponieważ w ocenie Izby w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, wystąpiła konieczność pozyskania dokumentów, tj. opinii z prób ruchowych oraz oświadczenia określającego wagę jednostkową przedmiotu zamówienia, odnoszących się do przedmiotu zamówienia, co do którego wymagania konstrukcyjne zostały zmienione w wyniku modyfikacji siwz. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że w tej sytuacji nieprzedłużenie terminu składania ofert, biorąc pod uwagę że modyfikacja nastąpiła w ostatnim dniu roboczym przed terminem składania ofert, tj. w dniu 30.11.2007r. (piątek, ok. godz. 14:00) uniemożliwiła mu oraz mogła uniemożliwić także innym wykonawcom złożenie oferty w wymaganym terminie oraz ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego.

W orzecznictwie ZA i sądów okręgowych (wyrok SO w Zielonej Górze z dnia 07.04.2005r. sygn. akt II Ca 180/05) utrwalił się pogląd, iż zamawiającemu nie wolno dokonywać modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia na krótko przed terminem składania ofert, w sytuacji gdy następuje wprowadzenie istotnej zmiany siwz lub dokonuje się wielu zmian w specyfikacji. Z drugiej jednak strony o dokonaniu modyfikacji specyfikacji nie decyduje nazwa nadana pismu zamawiającego oraz powołana w nim podstawa prawna, ale wyłącznie merytoryczna zawartość pisma – zgodnie bowiem z art. 65 § 1 k.c. oświadczenia woli należy tłumaczyć tak, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W przedmiotowym postępowaniu należy uznać, że niewielka redakcyjna zmiana, tj. wprowadzenie dwukropka oraz zmiana liczby mnogiej wyrazu „zaczepowe” na liczbę pojedynczą „zaczepowy”, spowodowała konsekwencje dotyczące zmian konstrukcyjnych

przedmiotu zamówienia, co powinno skutkować przedłużeniem przez Zamawiającego terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Zważywszy powyższe Izba uznała, że dokonana przez Zamawiającego modyfikacja siwz wymagała wprowadzenia zmian w ofertach, które uzasadniały przedłużenie terminu składania ofert, a tym samym Zamawiający naruszył wskazany przez Odwołującego przepis art. 38 ust. 6 ustawy Prawa zamówień publicznych.

W konsekwencji zatem doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uniemożliwienie wykonawcom (w tym Odwołującemu) złożenie ofert na zadanie 1 i ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba uznała, że przedmiotowe postępowanie z uwagi na powyższe naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych przez Zamawiającego obarczone jest wadą, o której jest mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada ta, poprzez ograniczenie fundamentalnej w Prawie zamówień publicznych, zasady zachowania uczciwej konkurencji, miała wpływ na wynik postępowania, a w tych warunkach zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zawarta umowa byłaby nieważna.

Na podstawie art. 191 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp Izba nie rozpatrywała wskazanego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp jako zarzutu, który nie był podniesiony w proteście.

Biorąc za podstawę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego do kwoty 3600,00 zł określonej w § 4 ust. 1 pkt 2 b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego
W

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*