

**WYROK**

**z dnia 1 kwietnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Członkowie:** **Luiza Łamejko**

**Jolanta Markowska**

**Protokolant:** **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo - Usługowe „ATUT” Sp. z o.o., 40-467 Katowice, ul. Sosnowa 25**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**, protestu z dnia **25 lutego 2009 r.**

**orzeka:**

**1) oddala odwołanie,**

**2) kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo - Usługowe „ATUT” Sp. z o.o., 40-467 Katowice, ul. Sosnowa 25**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe „ATUT” Sp. z o.o., 40-467 Katowice, ul. Sosnowa 25**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo - Usługowe „ATUT” Sp. z o.o., 40-467 Katowice, ul. Sosnowa 25.**

### **Uzasadnienie**

Odwołujący - **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo - Usługowe „ATUT” Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach** wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, w którym zarzucił Zamawiającemu - **Kompanii Węglowej S.A. z siedzibą w Katowicach**, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z póź. zm.), zwanej w skrócie Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 i 30, poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę równości oraz uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez zaniechanie zobowiązania producenta przedmiotu zamówienia do przypisania SIL (Safety Integrity Level) dla obwodów bezpieczeństwa urządzeń sterowniczych i umożliwienie udziału w postępowaniu dostawców urządzeń nie spełniających dyrektywy maszynowej nr 98/37/WE;
- 2) art. 29 ust. 2 poprzez utrudnienie uczciwej konkurencji oraz opisanie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej w skrócie SIWZ, przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny wyrób konkretnego wykonawcy - w pkt 61, 62, 63, 65, 66, 69, 70, 71, 72, 73, 74 załącznika nr 2a do SIWZ, a szczególności w pkt 65 dotyczącym "systemu sygnalizacji i blokad dla całej długości przonośnika UGS-99/1", podczas, gdy UGS-99/1 jest symbolem urządzenia produkowanego wyłącznie przez ELEKTROMETAL S.A., który również przystępuje do postępowania, a także poprzez przywołanie dokumentacji nr EP.007.10.08-DS, która dotyczy bezpośrednio i wyłącznie wyrobu tego wykonawcy.;
- 3) art. 29 ust. 3 poprzez użycie w SIWZ sformułowania "lub równoważny", nie podając równocześnie parametrów technicznych i wymogów jakościowych dotyczących ofert równoważnych, przez co brak jest możliwości oceny równoważności ofert.

Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia dotychczasowych czynności w zakresie wskazanym w odwołaniu;

2) usunięcia postanowień z treści SIWZ dotyczących wyrobu firmy ELEKTROMETAL S.A. wraz z potwierdzającą specyfikację dokumentacją o cechach EP-007.10.08-DS, która wyklucza określenie o równoważności, czyniąc je fikcyjnym;

3) usunięcia wszystkich postanowień dotyczących wymogów prawnych, różnych w różnych miejscach SIWZ, zastępując je jednolitym dla całego SIWZ określeniem, podkreślając, że -

wyrób powinien spełniać zasadnicze wymagania dyrektyw nowego podejścia, to znaczy, wymagań zawartych w przepisach:

a) rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 20 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn i elementów bezpieczeństwa (Dz.U. Nr 259, poz. 2170), wdrażających postanowienia dyrektywy 98/371WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. w sprawie zbliżenia prawa Państw Członkowskich, dotyczącego maszyn lub nową dyrektywą maszynową 2006/42/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 maja 2008 r. (Dz.U. Nr 199, poz. 1228 z dnia 21.10.2008);

b) rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem (Dz.U. Nr 263, poz. 2203), wdrażających postanowienia dyrektywy 94/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 marca 1994 r. w sprawie zbliżenia ustaw do prawodawstw Państw Członkowskich dotyczących urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem;

c) rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 sierpnia 2007 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla sprzętu elektrycznego (Dz.U. Nr 155, poz. 1089), dokonujących transpozycji dyrektywy 2006/951WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do sprzętu elektrycznego przewidzianego do stosowania w określonych granicach napięcia;

d) ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o kompatybilności elektromagnetycznej wdrażającej postanowienia dyrektywy 2004/108/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 2004 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do kompatybilności elektromagnetycznej;

e) rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz.U. Nr 99 poz.1003);

4) zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa prawnego według norm przepisanych i zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że odwołanie dotyczy postępowania, którego przedmiotem jest "Dostawa fabrycznie nowego przenośnika zgrzeblowego ścianowego dla KW S.A. Oddział KWK Bielszowice", nr ewidencyjny sprawy: 330802478/03. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 17.02.2009 r.

Odwołujący złożył protest, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy, w szczególności jej art. 7, 29 i 30.

Zamawiający oddalił protest w zasadniczym zakresie, uwzględnił jednak drobne zarzuty wskazane w proteście.

Przyczyną wniesienia protestu i odwołania jest naruszenie zasady wolnej konkurencji, czyli oprotestowane postanowienia SIWZ umożliwiają zakup urządzeń, które nie spełniają zasadniczych wymagań dyrektywy maszynowej w zakresie bezpieczeństwa obwodów sterowania. Wyrób Odwołującego spełnia wymagania dyrektyw i posiada znak CE, konkuruje z wyrobami nie spełniającymi tych wymagań.

Taką sytuację umożliwia niestaranne i błędne sformułowanie SIWZ. Natomiast wskazanie producenta i typu wyrobu oraz „umocowanie go dokumentacją” narusza Pzp we wskazanym w odwołaniu zakresie.

Zdaniem Odwołującego, protest został oddalony na podstawie niezgodnych z prawem argumentów, zawartych w uzasadnieniu rozstrzygnięcia.

Interesem prawnym Odwołującego, jako strony postępowania, jest udział w czynnościach na równych prawach, czego Zamawiający nie zapewnił przez:

- 1) przywołanie wyrobu firmy ELEKTROMETAL S.A. przy pomocy dokładnej specyfikacji i uniemożliwienie zastosowania rozwiązania równoważnego przez przywołanie dokumentacji nr EP-007.10.08-DS,
- 2) zaniechanie zobowiązania producenta maszyny do przypisania SIL do wyrobu, co powoduje niemożliwość określenia SIL dla obwodów bezpieczeństwa urządzeń sterowniczych.

Odwołujący zamierzał przystąpić do postępowania w charakterze współwykonawcy w systemie konsorcjum. Jednak treść SIWZ uniemożliwiła mu złożenie oferty, bowiem zarówno Odwołujący, który miał dostarczyć część przedmiotu zamówienia, jak i pozostali uczestnicy konsorcjum, nie mogli złożyć wspólnej oferty z przyczyn opisanych w odwołaniu. Poprzez wskazanie konkretnego produktu w

przedmiocie zamówienia i równocześnie uczynienie fikcyjnym określenia o równoważności ofert, uniemożliwiono uczciwą konkurencję i równość podmiotów startujących w postępowaniu.

Poprzez dopuszczenie produktu nie spełniającego wymagań dyrektyw wymienionych w odwołaniu, dokonano naruszenia ustawy i stworzono możliwość dostawy produktu, który nie spełnia zasadniczych wymagań i nie może być faktycznie używany. Te okoliczności powodują, że przygotowanie postępowania, a w szczególności SIWZ, zostało dotknięte istotnymi wadami prawnymi i naruszeniem Pzp, co skutkuje postawieniem przez Odwołującego zarzutu braku legalności postępowania i planowanego udzielenia zamówienia.

Interes prawny Odwołującego wyraża się w legalności planowanego udzielenia zamówienia i uniemożliwieniu mu złożenia oferty. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, odnosi się do kwestii interesu prawnego w sposób jednoznaczny, min. w wyrokach z dnia 21.05.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 432/08 i Zespołu Arbitrów z dnia 17.10.2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1227/07, także postanowienie KIO z dnia 3.07.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 159/08.

W tym stanie rzeczy interes prawny Odwołującego został wykazany należycie, z uwagi na naruszenie Pzp i uniemożliwienie mu uczciwej konkurencji.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie odwołania od oddalenia protestu, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego.

Na stronie 5 protestu, jako wymaganie dla wyrobu, wskazano dyrektywę 98/37WE oraz dyrektywę 94/9WE. Pominęto dyrektywy - 2004/108/WE i 2006/95/WE.

Odwołujący zadał pytanie, czy pominięcie wymienionych dyrektyw było zamierzone, w razie potwierdzenia, wniósł o podanie uzasadnienia, jeśli zaś pominięcie wymienionych dyrektyw było zamierzone, wniósł o uzupełnienie treści SIWZ w zakresie wskazanych wymagań.

Odwołujący uzasadnił swoje stanowisko twierdzeniem.

1. Zgodnie z wyrażonym w rozstrzygnięciu protestu stanowiskiem, nie należy pomijać dyrektyw: o kompatybilności elektromagnetycznej 2004/108/WE i w sprawie zasadniczych wymagań dla sprzętu elektrycznego 2006/95. Nie można tych dyrektyw przywołać cytowaniem § 610 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bhp, prowadzenia ruchu "...", gdyż w § 2 rozporządzenia określono, że treść tego aktu odnosi się tylko do ruchu i pracy w zakładzie górniczym (nie odnosi się do przedmiotu zamówienia). Skoro Zamawiający zgadza się z przywołaniem dyrektyw, to Odwołujący stwierdził, że należy je przywołać bezpośrednio, a nie za pośrednictwem przepisów nie dotyczących produkcji urządzeń. Odwołujący stwierdził więc, że zgodnie również ze stanowiskiem Zamawiającego, należało przywołać wymienione w proteście cztery dyrektywy bezpośrednio. Przywołanie dwóch dyrektyw z jednoczesnym pominięciem żądania przypisania SIL do maszyny przez producenta - stwarza wrażenie, że Zamawiający oczekuje spełnienia dyrektywy maszynowej (98/37/WE) przez maszynę oraz spełnienia dyrektywy ATEX (94/9/WE) przez część elektryczną. W związku z powyższym oddalenie protestu Odwołujący uznał za bezzasadne, bo jest on zgodny ze stanowiskiem Zamawiającego, (ale nie postanowieniami SIWZ). Zamawiający nie przywołując wyraźnie dyrektyw i nie żądając przypisania SIL, naruszył wskazany przepis art. 7 Pzp.

2. Odpowiedź na drugie zapytanie Odwołującego.

„2. Ustęp 61,62,63,65,66,69,70,71,72,73,74 opisuje konkretny wyrób i podaje pełną

specyfikację tego wyrobu. Znajdujące się pod pozycją wyjaśnienie słowa równoważne jest zaprzeczeniem możliwości zastosowania innego wyrobu, gdyż przywołuje wcześniej sporządzoną dokumentację, której w SIWZ się nie udostępnia, jest to tylko informacja o jej istnieniu.

Art. 30 ustawy Prawo zamówień publicznych w ustępach od 1 do 7 definiuje sposób opisu przedmiotu zamówienia. Opisanie przedmiotu zamówienia przez specyfikację i użycie nazw wyrobu określonego producenta jest dodatkowo doprecyzowane przywołaniem dokumentacji, której nie należało wykonywać przed rozstrzygnięciem przetargu. Uważamy, że w sposób powyżej opisany zasady podane przez ustawę zostały naruszone w sposób rażący. Wnosimy o usunięcie kwestionowanych zapisów i zastąpienie ich zgodnymi z ustawą. Niniejszy wniosek jest protestem w trybie art. 180 ustawy - Prawo zamówień publicznych."

Uzasadnienie Odwołującego w przedmiocie oddalenia w tym zakresie protestu.

Odwołujący wskazał, że zamawiany przez Zamawiającego zestaw sterowniczy, musi być zgodny z dokumentacją będącą załącznikiem do SIWZ, steruje kompleksem ścianowym. Odwołujący zwrócił uwagę, że dopuszczony w kopalni KWK Bielszowice system nie posiada certyfikatu bezpieczeństwa dla elementów obwodów bezpieczeństwa. Stało się tak, bo w trakcie zakupu Zamawiający nie zażądał, aby system spełniał ten wymóg. Wydanie decyzji WUG wymaga spełnienia warunków zawartych w załączniku nr 2, ust. 3.4.12 do 3.4.19 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych. Żaden z tych warunków nie zawiera określenia o weryfikacji z zasadniczymi wymaganiami i dyrektywami nowego podejścia - cztery tu wymienione dyrektywy to ustawy - akty prawne wyższego rzędu - ich wymóg należało spełnić przed złożeniem wniosku o dopuszczenie WUG. W przeciwnym wypadku wyrób mimo posiadania dopuszczenia, nie może być używany (art. 217 Kodeksu pracy), jako niezgodny z zasadniczymi wymaganiami.

Wyrób nie został zweryfikowany z dyrektywą maszynową - rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 20 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn i elementów bezpieczeństwa (Dz.U. Nr 259, poz. 2170).

Odwołujący stwierdził na podstawie dowodów, że wyrób nie jest zgodny z dyrektywą maszynową i nie powinien być dopuszczony przez producenta do obrotu. Nie powinien również być znakowany znakiem CE, którym jest oznaczony. Nie może być używany ze względu na naruszenie art. 217 Kodeksu pracy. Zwrócił uwagę, że dostarczony w trybie obecnego postępowania musi spełnić dyrektywę EMC o numerze 2004/108/WE (ze względu na termin dostawy).

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcie kwestionowanych określeń i zastąpienie ich zgodnymi z ustawą.

Kwestia oznaczenia równoważności przedmiotu zamówienia była niejednokrotnie przedmiotem postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Ukształtowana linia orzecznicza jest jednoznaczna - samo użycie sformułowania "lub równoważny" nie jest

wystarczające dla zapewnienia uczciwej konkurencji. Konieczne jest precyzyjne określenie cech i parametrów, które spełniać ma równoważny przedmiot zamówienia.

Między innymi, w wyroku z dnia 13.06.2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1665/06) zostało to potwierdzone. Również w innych wyrokach wyraźnie wskazano na potrzebę precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia w przypadku dopuszczenia ofert równoważnych, np. z dnia 9.04.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 268/08, z dnia 2.04.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 236/08, z dnia 12.06.2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-2872/06 i z dnia 7.06.2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0 1600/06.

W przedmiotowej sprawie bezspornym jest, że Zamawiający nie dopełnił tego warunku poprzestając jedynie na użyciu sformułowania "lub równoważny" i nie wskazując kryteriów oceny równoważności. Ponadto, mimo użycia sformułowania "lub równoważny", de facto brak jest możliwości złożenia oferty na równoważny produkt, skoro w dalszej części SIWZ Zamawiający wskazuje konkretny produkt.

W związku z powyższym oddalenie protestu, w ocenie Odwołującego, jest bezzasadne, bowiem Zamawiający dopuszcza w ten sposób do postępowania wyrób uprzywilejowany przez opis zawarty w dokumentacji i specyfikacji, a ponadto produkt nie spełniający wymogów dyrektyw przywołanych w odwołaniu.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na niektóre zadane pytania i oddalił protest w tej części, w której uznał pismo Odwołującego za protest.

Wskazał w uzasadnieniu, że:

1. SIWZ nie pomija wymagań dyrektyw 2004/108/WE oraz 2006/95/WE, ponieważ: na stronie 5 SIWZ Zamawiający jako wymaganie dla wyrobu podał rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych, wraz z późniejszymi zmianami. W § 610 ust. 1 rozporządzenia określono: "W wyrobiskach zagrożonych wybuchem instaluje się maszyny i urządzenia budowy przeciwybuchowej spełniające zasadnicze wymagania określone w przepisach dotyczących wyrobów podlegających ocenie zgodności".

Zarzut celowego zaniechania spełnienia zawartych w dyrektywach zasadniczych wymagań, jest w tym przypadku bezzasadny.

2. Zamawiający wyjaśnił, iż liczba mnoga jest użyta prawidłowo, ponieważ pod deklaracjami zgodności WE należy rozumieć deklarację zgodności WE na cały przenośnik zgrzebłowy w zakresie spełnienia wymagań zasadniczych, określonych w przepisach dotyczących wyrobów podlegających ocenie zgodności oraz deklarację zgodności WE, (które Wykonawca może poprzeć Certyfikatami badań typu WE wydanymi przez jednostki notyfikowane) dla urządzeń (podzespołów), które ze względu na zdolność spowodowania wybuchu posiadają odrębną budowę przeciwybuchową. Grupy tych urządzeń (podzespołów) szczegółowo opisuje dyrektywa 94/9/WE.

3. Zamawiający, w zakresie ust. 1, zmodyfikował treść SIWZ załącznika nr 2a i usunął pkt 59.

W zakresie ust. 2 dotyczącego pkt 61, 62,63,65,66,69, 70, 71, 72, 73, 74 opisujących konkretny wyrób i podających pełną specyfikację tego wyrobu oraz zamieszczenia określenia „równoważny”, Zamawiający podał, że stosowany w KWK Bielszowice zintegrowany system sterowania kompleksów wydobywczych i przodkowych został dopuszczony decyzją Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych. Zgodnie z pkt 3.4.12 rozporządzenia "Zintegrowane systemy sterowania kompleksów wydobywczych i przodkowych powinny być tak wykonane, aby po właściwym ich zainstalowaniu i użytkowaniu, zgodnie z przeznaczeniem nie zagrażały bezpieczeństwu ludzi i środowiska".

Biorąc pod uwagę, że przywołany zintegrowany system sterowania kompleksów wydobywczych i przodkowych nie obejmuje sterowania tylko jednej maszyny, bezzasadne jest dostosowywanie całego kompleksu wydobywczego do wyposażenia przenośnika. Z kolei 5-cio letni okres trwania dopuszczenia do stosowania systemu w KWK Bielszowice nie wskazuje na to, że należało go zaprojektować po rozstrzygnięciu przetargu na zakup przenośnika. Tym bardziej, że w procesie projektowania, atestacji oraz dopuszczania systemu bierze się pod uwagę specyfikę konkretnej kopalni celem zapewnienia bezpieczeństwa jej załodze, zapobiegając tym samym chaotycznemu wprowadzaniu nie współpracujących ze sobą poszczególnych maszyn.

Zamawiający w pkt XXVI SIWZ wymienił osoby udzielające informacji dotyczących przedmiotu zamówienia ze strony Zamawiającego i każdemu z zainteresowanych Wykonawców, Zamawiający udostępnił wszelkie informacje, w tym również dokumentację zintegrowanego systemu sterowania kompleksów wydobywczych i przodkowych.

4. Wymóg dostosowania wyposażenia maszyny do posiadanego przez kopalnię i dopuszczonego przez Prezesa WUG zintegrowanego systemu sterowania kompleksów wydobywczych daje zamawiającemu gwarancję, że zakupiona maszyna będzie spełniać wymagania w zakresie odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa w tym m.in. wspomnianych obwodów sterowania.

**Krajowa Izba Odwoławcza w wyniku przeprowadzanego postępowania dowodowego w czasie rozprawy, w szczególności na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania udostępnionej przez Zamawiającego oraz wyjaśnień Odwołującego i Zamawiającego, ustaliła następujący stan faktyczny oraz zważyła, co następuje.**

I. W kwestii przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę ELEKTROMETAL S.A. z siedzibą w Cieszynie, po stronie Zamawiającego.

Ogłoszenie o zamówieniu - Zamówienia sektorowe, Dostawy, zamieszczone zostało w Dz.Urz. UE nr 2009 / S 32 - 047302 w dniu 17.02.2009 r.

SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego także w dniu 17.02.2009 r.



Pismo Odwołującego z dnia 25.02.2009 r., oznaczone jako wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, ale również jako protest w rozumieniu art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych, zostało wniesione do Zamawiającego w dniu 25.02.2009 r.

Zamawiający pismem z dnia 2.03.2009 r. ZZ/ZZT/2281/AA/2009, zamieszczonym na stronie internetowej w dniu 3.03.2009 r., na podstawie art. 181 ust. 3 Pzp, zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wniesieniu w dniu 25.02.2009 r. protestu przez wykonawcę PPHU ATUT Sp. z o.o., 40-467 Katowice, ul. Sosnowa 25, o treści i zarzutach jak w załączeniu do powiadomienia oraz wezwał wykonawców na podstawie art. 181 ust. 4 ustawy, do udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Rozstrzygnięcie protestu dokonane zostało przez Zamawiającego pismem z dnia 3.03.2009 r. Z/ZZ/ZZT/2313/AA/2009, zamieszczonym na stronie internetowej w dniu 4.03.2009 r.

Wykonawca ELEKTROMETAL S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, pismem z dnia 5 marca 2009 r., wniesionym do Zamawiającego w tym samym dniu.

Skład orzekający stwierdził, że wykonawca ELEKTROMETAL S.A., mimo, że zgłaszając przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, zachował termin 3 dni od dnia otrzymania zawiadomienia Zamawiającego (art. 181 ust. 4 pkt 1 Pzp), nie zachował jednak terminu określonego w art. 181 ust. 4 pkt 2 w zw. z art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp, tj. 14 dniowego terminu od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, zważywszy, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp i protest dotyczy postanowień SIWZ.

W tej sytuacji, wykonawca ELEKTROMETAL S.A. nie stał się uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i nie mógł z tego powodu uzyskać statusu uczestnika postępowania odwoławczego, w rozumieniu przepisu art. 184 ust. 4 Pzp.

Termin przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, mógł być zachowany tylko w przypadku zgłoszenia przystąpienia najpóźniej w dniu 3.03.2009 r., tj w ostatnim dniu 14 dniowego terminu od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego.

Faktu niezachowania terminu nie może usprawiedliwić okoliczność, iż Zamawiający nie dochował wymogu niezwłocznego zamieszczenia kopii protestu na swojej stronie internetowej, na której była udostępniana SIWZ, wraz z wezwaniem wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (protest wniesiono w dniu 25.02.2009 r., a kopię protestu wraz z wezwaniem do udziału, zamieszczono na stronie internetowej w dniu 3.03.2009 r. a więc w ostatnim dniu 14 dniowego terminu, zarówno na wniesienie protestu, jak i przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku już wniesionego protestu).

Zatem, skład orzekający KIO, mając na uwadze, że wykonawca ELEKTROMETAL S.A. nie mógł uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym w charakterze Przystępującego po stronie Zamawiającego, pominął przy ocenie dowodów oraz przy wydawaniu wyroku w przedmiotowej sprawie, stanowisko tego wykonawcy wyrażające się w złożonym wyjaśnieniu w toku rozprawy o treści „Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania i przychyła się do stanowiska Zamawiającego. Swoje stanowisko w sprawie, przedstawia w formie pisemnej (pismo z dnia 26 marca 2009 r. wraz z 9 załącznikami składa do akt sprawy). Kserokopie pisma przekazuje Odwołującemu i Zamawiającemu.” Pominięta została też treść wskazanego pisma.

II. W przedmiocie interesu prawnego Odwołującego, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, który stanowi przesłankę materialnoprawną skutecznego wniesienia środków ochrony prawnej, w tym przypadku odwołania.

Skład orzekający Izby stwierdził, że mimo, iż jest to postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, a więc w procedurze w pełni otwartej, co w zasadzie oznacza, że każdy potencjalny wykonawca może legitymować się posiadaniem przedmiotowego interesu prawnego, Odwołujący nie wykazał legitymowania się posiadaniem interesu prawnego w wąskim jego rozumieniu, adekwatnym do postanowienia zawartego w art. 179 ust. 1 Pzp, bowiem nie przedstawił równoczesnego występowania przesłanek, o których stanowi wskazany przepis. Po pierwsze, naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy, po drugie, doznanie lub możliwość doznania przez Odwołującego uszczerbku i po trzecie, wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy pierwszą i drugą przesłanką.

Odwołujący w toku rozprawy stwierdził, że celem jego odwołania jest osiągnięcie wymogu na Zamawiającym, by ten żądał od wykonawców przypisania parametrów SIL dla obwodów bezpieczeństwa urządzeń sterowniczych, tj. stworzenia bezpieczeństwa urządzeń, czyli zagwarantowania działania urządzeń obwodów bezpieczeństwa przed negatywnym oddziaływaniem urządzenia na życie, zdrowie i mienie osób, a także życie i zdrowie zwierząt.

W ocenie KIO, celem Odwołującego nie jest więc uzyskanie zamówienia w prowadzonym postępowaniu.

Ustalenie to zostało potwierdzone dalszą wypowiedzią Odwołującego, że nie jest w stanie, obojętnie na treść SIWZ, zaferować w prowadzonym postępowaniu kompletnego przenośnika zgrzeblowego ścianowego, który jest przedmiotem postępowania o zamówienie. Odwołujący podał, że żadna z 6 firm, tzn. 4 firmy, które złożyły oferty w dniu 13 marca 2009 r. oraz firma Odwołującego i ELEKTROMETAL S.A., nie produkuje przenośnika samodzielnie. Odwołujący nie otrzymał też propozycji złożenia wspólnej oferty z innymi wykonawcami.

Legitymowanie się posiadaniem interesu prawnego, w szerokim znaczeniu tego zdefiniowania, ma oparcie w linii orzeczniczej, chociażby przedstawionej w wyroku KIO z dnia 3 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 82/09 i 85/09. W wyroku tym KIO orzekła, że „wykładnia art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp nie

może pozostawać w sprzeczności z przepisem art. 1 ust. 3 zdanie 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane”. Stosownie do tego przepisu Państwa Członkowskie zapewniają, by procedury odwoławcze dostępne były każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. „Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy dotyczy przede wszystkim niezadowolonych przedsiębiorców, którzy uczestniczyli w przetargu prowadzonym z naruszeniem norm prawnych i nie wygrali kontraktu lub, którzy nie zostali dopuszczeni do uczestnictwa w przetargu w wyniku niezgodnego z prawem działania zamawiającego...” (Aleksandra Sołtyśńska, Europejskie Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz Zakamycze, 2006 str. 774).

Na podstawie powyższego, KIO stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w prowadzonym postępowaniu, co jest nieodłączną przesłanką środków ochrony prawnej, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, jak i szerszym rozumieniu, wynikającym ze wskazanej dyrektywy.

Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego w taki sposób, że ma to wpływ na możliwość złożenia przez Odwołującego oferty.

Zamawiający nie utracił możliwości złożenia oferty poprzez opisanie postanowień SIWZ, w szczególności załącznika nr 2a – istotne wymagania i parametry techniczne, lecz przez fakt, że nie jest producentem przenośnika zgrzeblowego, jako kompletnego urządzenia, a jedynie produkuje pewne jego części składowe. Warunkiem złożenia oferty jest więc zakup brakujących elementów u innych producentów, bądź dostawców lub złożenie oferty wspólnie z innym producentem lub dostawcą, co wynika z faktu złożenia 4 ofert, w tym 3 ofert samodzielnie przez poszczególnych wykonawców i 1 oferty łącznie, przez tzw. konsorcjum.

Istnienie interesu mogłoby polegać na wykazaniu niemożności złożenia oferty w wyniku naruszenia przepisów ustawy, polegającego na wskazaniu parametrów technicznych przenośnika zgrzeblowego pochodzącego od jednego wykonawcy, bez dopuszczenia równoważnych rozwiązań technologicznych lub braku jakiegokolwiek uzasadnienia w czynnościach Zamawiającego.

### III. Zarzuty merytoryczne odwołania.

KIO uznała, że Odwołujący nie udowodnił zarzutów merytorycznych wskazanych w odwołaniu, gdyż nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego podanych przepisów art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3 i art. 30 Pzp.

Zważywszy na treść art. 191 ust. 1a Pzp, nawet stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, nie stanowi przesłanki uwzględnienia odwołania, jeżeli naruszenie przepisów ustawy nie miało lub nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę przywołaną wyżej wypowiedź Odwołującego, że nie jest w stanie, obojętnie na treść SIWZ, zaoferować przedmiotu zamówienia i nie miał możliwości złożenia oferty wspólnie z innym wykonawcą, chociażby poprzez fakt nie otrzymania propozycji innego lub innych wykonawców w tym przedmiocie, w ocenie KIO, brak jest podstaw uwzględnienia odwołania.

1. Zarzut dotyczący wskazania na str. 5 SIWZ tylko 2 dyrektyw – 98/37/WE i 94/9/WE oraz pominięcie dyrektyw 2004/108/WE o kompatybilności elektromagnetycznej i 2006/95/WE w sprawie zasadniczych wymagań dla sprzętu elektrycznego, a także pominięcie żądania przypisania przez producenta SIL maszynie, nie oznacza, w ocenie KIO, że z treści SIWZ nie wynikają właściwe wymagania stosowne do przedmiotu zamówienia.

Przywołanie dyrektywy maszynowej - 98/37/WE, wskazanej w pkt 24 przypisów do ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz.U. z 2004 r. Nr 204, poz. 2087 z późn. zm.), potwierdzających, iż ustawa dokonała w zakresie swoich regulacji wdrożenia wymienionych dyrektyw Wspólnot Europejskich, oznacza zobowiązanie wykonawcy do dostarczenia produktu, który posiada deklarację zgodności (w zakresie mechanicznym i elektrycznym). Dyrektywa 94/9/WE odnosi się do wymagań wynikających z załącznika nr 5 do rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169 z późn. zm.) pt. Zwalczanie zagrożeń, które określają, iż kopalnia jest zobowiązana do przechowywania dokumentacji urządzeń (ppkt 2 zaświadczenia lub deklaracji zgodności WE). W rozumieniu wskazanego załącznika, urządzeniem są poszczególne elementy przenośnika (lub podzespoły) zawarte w odrębnej osłonie przeciwybuchowej. Zamawiający oczekiwał dostarczenia jednej deklaracji maszynowej na całość urządzenia i poszczególnych deklaracji wymaganych załącznikiem nr 5, czyli na poszczególne urządzenia, które są zawarte w odrębnych osłonach przeciwybuchowych. Złożonym wyjaśnieniem, Zamawiający uzasadnił zamieszczone w SIWZ żądanie deklaracji zgodności, gdzie użyto liczby mnogiej, co zostało oznaczone jako pkt 1 i pkt 2 zarzutów protestu. Zamawiający wyjaśnił, że nie przywołał w treści SIWZ dyrektyw 2004/108/WE oraz 2006/95/WE, gdyż deklaracja zgodności, w myśl załącznika nr 5 dyrektywy maszynowej 98/37/WE, jest procedurą za pomocą, której wykonawca oświadcza, że maszyna spełnia zasadnicze wymagania. Powyższe oznacza, że przywołanie dyrektywy maszynowej 98/37/WE wskazywało, iż nie zachodziła potrzeba przywołania pozostałych dwóch dyrektyw. Odpowiedzialnym za zastosowanie dyrektywy przy produkcji danego produktu, jest producent.

„Zgodnie z wymaganiami dyrektywy maszynowej producent maszyny lub jego upoważniony przedstawiciel musi przeprowadzić analizę ryzyka maszyny oraz eliminować zagrożenia celem zmniejszenia ryzyka związanego z tymi zagrożeniami. Szczególnie istotne z tego powodu są układy sterowania maszyn”, ... „ Poziom nienaruszalności bezpieczeństwa SIL 4 występuje tylko w normie PN-EN 61508. Norma PN-EN 13849 wprowadziła określenie poziomu nienaruszalności bezpieczeństwa jako: Performance level PL „a” do „e”. Norma zharmonizowana PN-EN 954-1 wprowadziła określenie kategorii przy klasyfikacji poziomu nienaruszalności bezpieczeństwa”, źródło –

Bezpieczne systemy sterowania maszyn w rozumieniu dyrektywy, miesięcznik „Wspólne sprawy”, luty 2009).

Zdaniem KIO, podkreślenia wymaga fakt, że przepisy art. 29 i 30 Pzp nie zawierają wymogu, by przy opisie przedmiotu zamówienia wskazywać, cytować lub przywoływać nazwy, tytuły czy fragmenty tekstów jakichkolwiek norm, czy dyrektyw. Przedmiot zamówienia ma być opisany w sposób określony w podanych przepisach Pzp, w szczególności w art. 29, za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem norm, o których stanowi art. 30 ust. 1-3 Pzp.

2. Zarzut opisanie w pkt 61, 62, 63, 65, 66, 69, 70, 71, 72, 73, 74 załącznika 2a do SIWZ pt. Wykaz spełnienia istotnych dla zamawiającego wymagań i parametrów technicznych, konkretnego wyrobu i podania pełnej specyfikacji tego wyrobu, co wskazuje na konkretnego wykonawcę – ELEKTROMETAL S.A. z siedzibą w Cieszynie oraz dopuszczenie rozwiązań równoważnych opisywanym, poprzez wskazanie dokumentacji zintegrowanego systemu sterowania i sygnalizacji, stanowiącej załącznik do decyzji Prezesa WUG i będącej w posiadaniu kopalni, nie potwierdził się. Zamawiający podał, że jeżeli wykonawca zaoferuje równoważne urządzenia musi podać w ofercie ich typ i producenta, w tabeli stanowiącej załącznik nr 2a (opis zawarty pod treścią pkt 78 załącznika nr 2a).

KIO uznała, że Zamawiający nie naruszył podanych przepisów prawnych przez przytoczony opis zawarty w SIWZ.

Przepisy art. 111 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U. z 2005 r. Nr 228, poz. 1947 z późn. zm.) stanowią, że w zakładach górniczych stosuje się wyroby:

- 1) spełniające wymagania dotyczące oceny zgodności, określone w odrębnych przepisach;
- 2) dopuszczone do stosowania w zakładach górniczych, w drodze decyzji, przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego, określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8.

Decyzję o dopuszczeniu wyrobu do stosowania w zakładach górniczych..., wydaje Prezes Wyższego Urzędu Górniczego po ustaleniu, że wyrób spełnia wymagania techniczne.

Prezes Wyższego Urzędu Górniczego decyzją z dnia 13 listopada 2008 r. L.dz. GEM /4742/0066/08/16297/BL/HJ dopuścił zintegrowany system sterowania kompleksu wydobywczego, według dokumentacji nr EP-007.10.08-DS do stosowania w Kopalni Węglowej S.A. Oddział Kopalnia Węgla Kamiennego „Bielszowice” w Rudzie Śląskiej oraz ustalił zakres i warunki stosowania wyrobu, nadając znak dopuszczenia GX – 102 / 08.

W przedmiotowej dokumentacji technicznej, w części – dokumentacja techniczno-ruchowa, na str. min.18 i 23 – wskazano wykonawcę ELEKTROMETAL S.A., wskazano również Odwołującego i w innych częściach dokumentacji, kilku innych jeszcze wykonawców.

W toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że pkt 65, 66, 69, 74 w załączniku nr 2a, wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie wskazują na produkt ELEKTROMETAL S.A., wskazują na produkt tego wykonawcy jedynie w pkt 65, 66, zaś opis zawarty w pkt 70 i 71 wskazuje na produkt Odwołującego. Stwierdził, że wyłącznie Odwołujący jest producentem urządzeń wskazanych w pkt 70 i 71. Podał, iż elementy wskazane w pkt 69, 72, 73, 74 zostały szczegółowo opisane w zakresie istotnych

parametrów równoważności w „dokumentacji technicznej zintegrowanego systemu sterowania kompleksu wydobywczego”, chodzi o stronę 18/98 i stronę 23/98 dokumentacji.

Zamawiający potwierdził, że decyzja Prezesa WUG, którą wskazano pod pkt 78 załącznika nr 2a, jest decyzją z dnia 13 listopada 2008 r. Podał, że w załączniku nr 1 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz. U. Nr 99 poz. 1003 z późn. zm.) zawarto wykaz wyrobów i w pkt 3.4 wykazu podano zintegrowane systemy sterowania kompleksu wydobywczego, jako wyrób, którego stosowanie w zakładzie górniczym wymaga ze względu na zapewnienie systemu bezpieczeństwa (...), wydania dopuszczenia. Ujęcie systemu sterowania kompleksu wydobywczego jest spełnieniem potwierdzenia nadrzędności wobec wymagań zawartych w dyrektywie.

Stwierdził również, że w pkt 65 załącznika nr 2a zawarto opis urządzeń, tj. systemu sygnalizacyjnego oraz przenośnika, ale w dokumentacji zintegrowanego systemu, strony 18–20, zawarto pięć typów urządzeń systemów, które są równoważne wobec określenia zawartego w pkt 65. Pozostałe opisy są równoważne i zostało to odzwierciedlone w złożonych w dniu 13 marca 2009 r. ofertach, w ten sposób, że wykonawcy przedstawili produkty producentów, którzy je produkują, np. Gwarant Grupa Kapitałowa S.A., przedstawił urządzenie opisane w pkt 67-69, którego producentem jest Odwołujący. Zakład Maszyn Górniczych „GLINIK” Sp. z o.o., który jest producentem całego przenośnika, nie wykonuje systemu sygnalizacji i blokad. Z czterech wykonawców, którzy złożyli oferty, żaden nie jest producentem systemu sygnalizacji i blokad, co oznacza, że system ten nabędą od producenta, który go produkuje.

Odwołujący potwierdził, że pkt 62 i 63 podanego załącznika nie wskazują wyrobu ELEKTROMETAL S.A. W pkt 65 - system sygnalizacji i blokad ..., poprzez określenie UGS-99/1 wskazano wyrób ELEKTROMETAL S.A. Odwołującemu nie są znani inni producenci, którzy produkują systemy o takim określeniu, jaki podano w pkt 65. Również w pkt 66 - urządzenie kontroli obwodów UK0-95/1, opis wskazuje na wyrób ELEKTROMETAL S.A.

Skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający opisał w pkt 65 i 66 załącznika nr 2a parametry wskazujące na wykonawcę ELEKTROMETAL S.A., jednakże zgodnie z treścią art. 29 ust. 3 Pzp, zamieścił wyrazy „lub równoważny”, „lub równoważne”.

Przepisy Pzp nie stanowią, że zamawiający, który dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, ma opisać granice równoważności. Obowiązkiem tym ustawodawca obciążył wykonawcę, stanowiąc w art. 30 ust. 5 Pzp, że wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane, spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

W doktrynie i orzecznictwie prezentowane są stanowiska, że jednak Zamawiający, mając na celu konieczność uzyskania porównywalności ofert, powinien podać, jakie rozwiązania uzna za równoważne.

W ocenie KIO, wskazanie dokumentacji technicznej zintegrowanego systemu sterowania kompleksu wydobywczego, w świetle przepisu art. 111 ust. 1 pkt 2 Prawa geologicznego i górniczego, spełnia ten wymóg.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący zaniechania wykazania się przez Zamawiającego oceną ryzyka związanego z pracą zamawianej maszyny lub żądania dokonania takiej oceny przez dostawcę, gdyż zgodnie z cytowanym wyżej opracowaniem zamieszczonym w miesięczniku „Wspólne sprawy”, którego współautorem jest prezes zarządu odwołującej się Spółki, analizę ryzyka maszyny musi przeprowadzić producent lub jego upoważniony przedstawiciel, co wynika z dyrektywy maszynowej 98/37/WE.

Oceniając materiał dowodowy przedstawiony wyżej, KIO stwierdziła, że brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania, zatem na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzekła jak w sentencji, oddalając rozpoznane odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655 z późn. zm.) 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:**

.....

.....