

Sygn. akt: KIO 1413/14

WYROK
z dnia 25 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2014 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DREMEX” sp. z o.o., Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kompanię Węglową S.A. w Katowicach (40-039), ul. Powstańców 30**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DREMEX” sp. z o.o. w Rudnie Małej** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DREMEX” sp. z o.o. w Rudnie Małej** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „DREMEX” sp. z o.o. w Rudnie Małej** na rzecz zamawiającego: **Kompanii Węglowej S.A. w Katowicach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *„Dostawa elementów tras kolejek podwieszonych (zgodnie z Dokumentacją Techniczno-Ruchową Kompanii Węglowej SA. - Oddział Zakład Remontowo-Produkcyjny) dla Kompanii Węglowej SA. w 2014 roku”* zostało wszczęte przez Kompanię Węglową S.A. w Katowicach, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 108-190803) w dniu 6 czerwca 2014 r.

W dniu 11 lipca 2014 r. odwołanie wniósł wykonawca: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DREMEX” sp. z o.o. w Rudnie Małej, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), których treść została ustalona przez Zamawiającego pismem z dnia 1 lipca 2014 r. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu *„naruszenie: art. 29 ust. 1 ustawy w związku z art. 113 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. prawo geologiczne i górnicze (tj. Dz. U. z 2014 r., poz. 613 ze zm.) przez sformułowanie treści SIWZ, a konkretnie jej załącznika nr 1 o nazwie «opis przedmiotu zamówienia, wymagania prawne i wymagane parametry techniczno-użytkowe, wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego oraz dokumenty wymagane przed zawarciem umowy i przy dostawie» w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa, poprzez wprowadzenie pojęcia «wytwórcy» oraz przypisanie mu obowiązków, które godzą w istotę wydawanych przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego decyzji w sprawie dopuszczenia wyrobu do stosowania w zakładach górniczych”*.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu *„dokonania po raz kolejny modyfikacji postanowień SIWZ w zakwestionowanym (...) zakresie w sposób zgodny z przepisami obowiązującego prawa”*.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a w szczególności w art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, o co wnosił Zamawiający. Jak to ustaliła Izba, Zamawiający pismem z dnia 1 lipca 2014 r. zmienił postanowienia SIWZ. W dniu 11 lipca 2014 r. Odwołujący doręczył Prezesowi Izby odwołanie, w którym zawarł zarzuty literalnie odnoszące się do nowych, wprowadzonych powołanym pismem Zamawiającego, zapisów SIWZ. Mając to na uwadze, a także uwzględniając przepis 182 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp oraz fakt, iż ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, Izba uznała, iż brak podstaw do tego by uznać, że rozpoznawane odwołanie wniesione zostało po upływie terminu określonego w ustawie.

Na marginesie należy zauważyć, iż ustawie Pzp nie jest znana instytucja umorzenia postępowania w określonej jego części, o co postulował Zamawiający odwołując się do przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp, stąd też Izba nie uwzględniła tak sformułowanego wniosku.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, jak również dokumenty przedstawione Izbie w toku postępowania odwoławczego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt III.2 SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 1 do SIWZ. W treści powołanego załącznika do SIWZ Zamawiający pismem z dnia 1 lipca 2014 r. wprowadził szereg zmian, które miały stanowić wypełnienie żądań sformułowanych przez Odwołującego we wniesionym przez niego w dniu 18 czerwca 2014 r. odwołaniu (sprawa KIO 1263/14). Zmiany te, zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, wyjaśnić miały, że producentem wyrobów objętych przedmiotem zamówienia w świetle przepisów prawa będzie Kompania Węglowa S.A. – Zakład Remontowo-Produkcyjny w Bieruniu (ZRP), i to on będzie ponosił, jako producent odpowiedzialność za ewentualne

wady dostarczonego wyrobu. Wyjaśnił również, że jego zamiarem, co wynikać miało z treści SIWZ, jest pozyskanie wykonawcy dla wytworzenia na rzecz Zamawiającego (Producenta) elementów tras kolejek podwieszonych zgodnie z posiadanymi przez Zamawiającego dokumentami techniczno-ruchowymi oraz dopuszczeniami tychże wyrobów do zastosowania w zakładach górniczych wydanymi przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego (WUG).

Z twierdzeniami Zamawiającego nie zgadzał się Odwołujący, stąd też wniósł odwołanie wobec nowych postanowień SIWZ. Twierdził on, iż Zamawiający narzuca wykonawcy realizację obowiązków, które mogą być wykonane jedynie przez Producenta, a więc *de facto* Zamawiającego (ZRP). Zdaniem Odwołującego niezgodnym z przepisami prawa (w toku rozprawy przez Izbą Odwołujący wskazał jednoznacznie na przywoływany również w odwołaniu przepis art. 113 ust. 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2014 r. poz. 613 z późn. zm.), jako stanowiący punkt odniesienia – w związku z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp – dla stawianych przez niego zarzutów) było powierzenie wykonawcy faktycznego produkowania wyrobu, przy formalnym uznaniu za producenta Zamawiającego zgodnie z wydanymi na jego rzecz decyzjami dopuszczeniowymi Prezesa WUG. Działanie takie byłoby niedopuszczalnym „korzystaniem” z uzyskanego przez Zamawiającego dopuszczenia przez inne podmioty. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób nieuprawniony wprowadził zmianą z dnia 1 lipca 2014 r. do SIWZ pojęcie wytwórcy odwołując się przy tym do definicji zawartych w ustawie z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2010 r. Nr 138 poz. 935 z późn. zm.), podczas gdy ustawa ta „dotyczy odmiennej tematyki”. W toku rozprawy przed Izbą, Odwołujący podkreślał, iż niedopuszczalnym jest, aby Zamawiający wymagał od wykonawcy wystawienia świadectwa jakości, którego wzór stanowił załącznik nr 8 do SIWZ.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie zostało w toku postępowania odwoławczego udowodnione to, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 113

ust. 2 ustawy Prawo geologiczne i górnicze (ten jednak przepis w toku rozprawy przed Izłą Odwołujący wskazał, jako odpowiedni spośród tych, które przywołał w odwołaniu – gdzie zawarte zostało jeszcze odniesienie do art. 113 ust. 6 tej samej ustawy). Zgodnie z powołanym przepisem ustawy Pzp 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. Z kolei art. 113 ust. 2 ustawy Prawo geologiczne i górnicze stanowi, iż decyzję w sprawie dopuszczenia wyrobu do stosowania w zakładach górniczych, zwaną w tejże ustawie „*dopuszczeniem*”, wydaje Prezes Wyższego Urzędu Górniczego, jeżeli wyrób spełnia wymagania techniczne.

Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie dowiódł, aby Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, którego nie można byłoby uznać za jednoznaczny i wyczerpujący, czy też, że nie użył on dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący nie wykazał, aby posługując się przekazanymi wraz z SIWZ dokumentami niemożliwym było sporządzenie rzetelnej, uwzględniającej wszystkie istotne okoliczności, oferty, a następnie, niemożliwa była również należąca realizacja tak opisanego przedmiotu zamówienia. Twierdzenia przez niego sformułowane nie pozwalały również uznać, że sporządzonego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu zmian wprowadzonych w treści SIWZ pismem z dnia 1 lipca 2014 r., nie można uznać za opis spełniający wymogi określone w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, nawet przy posiłkowym odwołaniu się do powoływanego przez Odwołującego przepisu art. 113 ust. 2 ustawy Prawo geologiczne i górnicze. Zasadnie podnosił Zamawiający w toku rozprawy, iż przepis ten stanowi źródło uprawnienia Prezesa WUG do wydawania dopuszczeń. Nie sposób uznać, iż odnosi się on, czy jest w jakikolwiek sposób skierowany do Zamawiającego, w szczególności w zakresie, w jakim zakreślone zostały sformułowane przez Odwołującego zarzuty.

W ocenie Izby, nie zostało wykazane w toku postępowania odwoławczego, aby w świetle przepisów przez Odwołującego przywołanych (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 113 ust. 2 ustawy Prawo geologiczne i górnicze) nie było możliwe przyjęcie takiego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, jaki został opisany w SIWZ.

Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający na potrzeby prowadzonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia nie mógł w wybrany przez siebie sposób zdefiniować podmiotu, który będzie na jego rzecz wytwarzał przedmiot zamówienia – np. przez odwołanie się do pojęcia „*wytwórca*” w rozumieniu ustawy o systemie oceny

zgodności, chociażby nawet na zasadzie analogii. Jak to twierdził Odwołujący ustawa ta „dotyczy odmiennej tematyki”, tymczasem w art. 113 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo geologiczne i górnicze w ruchu zakładu górniczego stosuje się wyroby, które spełniają wymagania dotyczące oceny zgodności, określone w odrębnych przepisach. Również sama ustawa o systemie oceny zgodności, nie zawiera wyłączenia w odniesieniu do wyrobów stosowanych w ruchu zakładu górniczego, podczas gdy np. zawiera takie wyłączenia w odniesieniu do wyrobów medycznych (art. 1 ust. 2).

Nie znalazło potwierdzenia w treści SIWZ stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający wymagał od wykonawcy, aby to on wystawiał świadectwo jakości w imieniu producenta. Z argumentacji Odwołującego zaprezentowanej w toku rozprawy przed Izłą wywieść można było, iż to nałożenie tego właśnie obowiązku na wykonawcę uznał on za rozstrzygające o zasadności podniesionych przez siebie zarzutów. Co istotne, na potwierdzenie słuszności swych twierdzeń, Odwołujący przywoływał załącznik nr 8 do SIWZ, jako wzór takiego właśnie świadectwa. Tymczasem, co wykazał Zamawiający, załącznik nr 8 stanowi wzór oświadczenia wykonawcy (wytwórcy), które będzie on składał Zamawiającemu w celu potwierdzenia, że dochował on wszelkich wymogów zawartych w dokumentacji dopuszczeniowej i jako takie, wytworzone na potrzeby Zamawiającego w toku realizacji umowy, zostało ono przywołane w pkt E.a) załącznika nr 1 do SIWZ. Dokument ten należy odróżnić od świadectwa jakości wystawianego przez producenta, o którym mowa w pkt G.b) tego samego załącznika nr 1 do SIWZ. Podkreślenia wymaga, iż wyraźne wskazanie na ZRP, jako na wystawcę powołanego świadectwa, wprowadzone zostało do treści SIWZ pismem z dnia 1 lipca 2014 r. Brak zatem podstaw, by przyjąć, iż w świetle zmienionych postanowień SIWZ to na wykonawcy ciążył obowiązek wystawienia świadectwa jakości, o którym mowa w pkt G.b) załącznika nr 1 do SIWZ. Co do oświadczenia wytwórcy przywołanego w pkt E.a) załącznika nr 1 do SIWZ, to w ocenie Izby nie zostało udowodnione, aby Zamawiający nie mógł oczekiwać od wykonawcy, iż ten przedstawi mu własne oświadczenie, zgodnie z którym wykonane przez niego wyroby odpowiadają wymogom określonym w SIWZ (bo tego właśnie charakter, zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym w toku rozprawy przed Izłą, Zamawiający przypisał oświadczeniu, którego formularz zawarł w załączniku nr 8 do SIWZ). Na marginesie wskazać należy, iż w drugim z postulowanych przez siebie, możliwych jego zdaniem rozwiązań, Odwołujący wskazywał, iż to właśnie wytwórca wystawić powinien świadectwo jakości potwierdzające, że wyrób został wykonany zgodnie z dokumentacją technologiczną. Postulat ten potwierdził w toku rozprawy. Stoi to w sprzeczności z twierdzeniami, iż nie jest właściwym wymaganiem od wytwórcy, aby złożył oświadczenie sporządzone na formularzu zawartym w załączniku nr 8 do SIWZ.

Formułowane dopiero w toku rozprawy przed Izba przez Odwołującego twierdzenia o prawdopodobnym niedysponowaniu przez Zamawiającego pełnią praw autorskich do przekazywanej wykonawcom dokumentacji, czy też nieprzekazaniem wykonawcom pełnej, niezbędnej do prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia, dokumentacji, Izba uznała za nieobjęte zarzutami zawartymi w odwołaniu i spóźnione, a tym samym niepodlegającej jej kognicji.

Mając to na uwadze, Izba uznała, że nie zostało w toku postępowania odwoławczego udowodnione, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów przywołanych w odwołaniu.

Kierując się tym przekonaniem oraz działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: