

Sygn. akt: KIO/UZP 1410/08

WYROK
z dnia 19 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**

Członkowie: **Emil Kuriata**
 Luiza Łamejko

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / w dniach* 16 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Produkcyjny Armatury Hydraulicznej „Zawhyd”, ul. Siemińska 50, 42-503 Będzin** od rozstrzygnięcia przez **Kompania Węglowa S.A. ul. Powstańców 30, 30-039 Katowice** protestu / protestów* z dnia **21 listopada 2008 r.**

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 30-039 Katowice i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczonego przez **Zakład Produkcyjny Armatury Hydraulicznej „Zawhyd”, ul. Siemińska 50, 42-503 Będzin**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 30-039 Katowice** na rzecz **Zakład Produkcyjny Armatury Hydraulicznej „Zawhyd”, ul. Siemińska 50, 42-503 Będzin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 936 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakład Produkcyjny Armatury Hydraulicznej „Zawhyd” ul. Siemińska 50, 42-503 Będzin.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa zespołów i elementów hydrauliki sterowniczej do sekcji obudów zmechanizowanych do Oddziałów Kompanii Węglowej w 2009 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w dniu 8 listopada 2008 r., pod nr 2008/S 218-291079.

Pismem z dnia 21 listopada 2008 r. Odwołujący się wniósł protest wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia (SIWZ), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), dalej ustawa Pzp: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 25 ust. 1 i 2 oraz § 3 Rozporządzenia 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 z późn. zm.), dalej Rozporządzenie w sprawie dokumentów.

Przejawem wyżej wymienionych naruszeń są postanowienia Sekcji VI pkt 3 ppkt 5 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt XVI SIWZ, zgodnie z którymi, Zamawiający powołując się

na konieczność potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w Załączniku nr 1 do SIWZ, wymaga dołączenia do oferty m.in. „dla zadań 1-45, jednego z niżej wymienionych dokumentów pozwalających stwierdzić, że stosowanie oferowanych produktów jest zgodne z Dokumentacją Techniczno-Ruchową urzędnika (Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 09.06. 2006 r., Dz.U. nr 124, poz. 863 § 428):

- załącznik nr 7 do SIWZ – oświadczenie producenta obudowy zmechanizowanej,
- aktualny aneks do DTR obudowy zmechanizowanej lub
- wyciąg z DTR obudowy zmechanizowanej”.

Odwołujący się wyjaśnia, że zespoły i elementy hydrauliki sterowniczej do obudów górniczych to: elementy systemu zabezpieczeń przeznaczone do pracy pod ziemią w zakładach górniczych, elementy urządzeń i systemów wysokociśnieniowych, elementy urządzeń pracujących w warunkach zagrożenia wybuchem, a więc te, o których dopuszczeniu do użytkowania decydują podmioty określone w systemie oceny zgodności w rozumieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie zgodności (Dz. U. z 2002 r., Nr 166, poz. 1360 z późn. zm.) w zakresie wymagań zasadniczych, szczególnych ocenianych w systemie tworzonym na podstawie przepisów art. 111 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 1994 r., nr 27, poz. 96 z późn. zm.). Zaś do dokumentacji, o której mowa w kwestionowanych postanowieniach, nie stosuje się przepisów o dozorcze technicznym, bowiem jej pojęcie zostało zdefiniowane w przepisach określających zasadnicze wymagania dla wyrobów podlegających ocenie zgodności. Zdaniem Odwołującego się, kryteria oceny zgodności wyrobu nie mogą odbiegać od tych, jakie są stosowane do oceny urządzeń i zespołów. Zatem ocena zgodności może nastąpić na podstawie tych dokumentów, które służą do oceny zgodności urządzeń i tylko w aspekcie tych kryteriów, z którymi zgodność sprawdza się przy użyciu tych dokumentów.

Jednocześnie z przepisów wynika, że dopuszczenie określonego wyrobu do stosowania wymaga odpowiedniej procedury sprawdzającej, którą może przeprowadzić jednostka upoważniona, niezależna od wnioskodawcy, kryteria sprawdzenia są określone, podmiot występujący z wnioskiem o dopuszczenie nie jest uprawniony do samodzielnej oceny zgodności z kryteriami wyznaczonymi do oceny tej zgodności, podmiotem uprawnionym do wystąpienia z wnioskiem jest m.in. producent. Zaś zasadnicze wymagania określają normy zharmonizowane PN-EN 1804-1:2002(U) i PN-EN 1804-2(U). Określona procedura zgodności może przewidzieć wydanie deklaracji zgodności – art. 8 ust. 1 ustawy o systemie zgodności.

Wskazane kryteria zgodności, jak również procedury, nie przewidują sporządzenia dokumentów, o których mowa w kwestionowanych postanowieniach, a więc wyniki jakichkolwiek sprawdzeń nie mogą być uznawane za dokumentację techniczno-ruchową w

rozumieniu prawa. Podmioty upoważnione w ramach danych procedur do oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami nie są upoważnione do badania oceny zgodności wyrobów.

Okoliczność, kto może dokonać oceny zgodności przedmiotu zamówienia i na podstawie jakich kryteriów wynika z § 431 Rozporządzenia z dnia 28 czerwca 2002r., zgodnie z którym oddanie do ruchu maszyn, urządzeń i instalacji oraz dokonanie w nich zmian po zabudowie wymaga zezwolenia kierownika ruchu zakładu górniczego lub osoby przez niego upoważnionej. Przedmiotowe zezwolenie wydaje się na podstawie dokumentacji technicznej lub dokumentacji wprowadzonych zmian oraz protokołu odbioru technicznego. Zaś zgodnie z § 30 ust. 1 Rozporządzenia oddanie do ruchu podstawowych obiektów, maszyn i urządzeń zakładu górniczego wymaga uzyskania zezwolenia wydanego przez właściwy organ nadzoru górniczego. Przedmiotowe zezwolenie wydaje się na wniosek kierownika ruchu zakładu górniczego na podstawie przedłożonej dokumentacji technicznej i protokołu odbioru technicznego (informacja, że planowany do oddania do ruchu obiekt, maszyna lub urządzenie wykonane zostały zgodnie z dokumentacją techniczną, a wyniki wykonanych pomiarów i prób zgodne są z wymaganiami określonymi w odrębnych przepisach i Polskich Normach). Przedmiotowe zezwolenie wydaje się po uzyskaniu zezwoleń i decyzji wymaganych na podstawie odrębnych przepisów oraz potwierdzeniu, że dany obiekt, maszyna i urządzenie spełnia wymagania określone w przepisach dotyczących bezpieczeństwa i higieny pracy oraz bezpieczeństwa pożarowego. Taka procedura jest jednak wymagana tylko wówczas, gdy dojdzie do istotnych zmian konstrukcyjnych lub zmian warunków eksploatacji w rozumieniu § 32 Rozporządzenia. Tymczasem z treści wzoru Załącznika nr 7 nie wynika, iż Zamawiający zamierza uzyskać informację, czy zastosowanie zaoferowanych elementów lub zespołów doprowadzi do zasadniczej zmiany konstrukcyjnej, zatem sporne wymaganie nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Stanowisko powyższe potwierdza również fakt, że w wielu postępowaniach, Zamawiający spornego wymogu nie stawiał.

Ponadto Odwołujący się zwraca uwagę, że niejednokrotnie producent obudowy żąda zapłaty znacznych sum pieniężnych za wydanie przedmiotowego dokumentu lub odmawia jego wydania. Tak się dzieje, gdyż niejednokrotnie sam producent, jego upoważniony przedstawiciel albo jednostka zależna lub powiązana jest również uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tych okolicznościach Odwołujący się stwierdza, że producent obudowy nie jest uprawniony do oceny zgodności wyrobu z dokumentacją techniczno-ruchową na podstawie § 428 powołanego Rozporządzenia, a żądany dokument nie mieści się w dyspozycji § 3 Rozporządzenia o dokumentach.

Zamawiający winien natomiast honorować inne dokumenty potwierdzające odpowiednio stosowanie przez wykonawców równoważnych środków zapewnienia jakości i

stosowanie równoważnych środków zarządzania środowiskiem, jakie oferuje Zamawiającemu dla wykazania, iż nie zachodzą okoliczności wskazujące na zasadniczą zmianę konstrukcji skutkującą koniecznością zmiany dokumentacji techniczno-ruchowej.

W związku z powyższym, Odwołujący się wniósł o zmodyfikowanie spornego postanowienia w taki sposób, iż dostarczone dokumenty oceny zgodności przedmiotu oferty z przedmiotem zamówienia pochodzić będą od ustawowo upoważnionych podmiotów, przewidzianych w przepisach tworzących system zgodności.

Stosownie do Ogłoszenia o zamówieniu warunkiem udziału w postępowaniu jest wniesienie wadium (Sekcja III pkt 1). Analiza poszczególnych kwot wadialnych (Sekcja III pkt 1.8, pkt X pppkt 4, pkt XIX SIWZ) prowadzi do wniosku, iż: oznaczenie liczbowe różni się od oznaczeń słownych, oznaczenia słowne przekraczają wartości liczbowe, oznaczenia liczbowe przekraczają sumę wartości wadialnej wskazaną dla całości zamówienia, oznaczenie sumy wadialnej nie pozostaje w żadnej relacji do wartości progowych części zamówienia.

Stosownie do przepisu art. 70 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej kc., wadium (jeżeli nic innego nie wynika z warunków przetargu) jest elementem zabezpieczenia dla zamawiającego i wstępnym warunkiem dopuszczenia do udziału w przetargu. Zatem, jeżeli wpłata wadium jest warunkiem udziału w postępowaniu, a kwota wadium nie została oznaczona, to nie jest możliwe złożenie oferty.

Zgodnie z pkt XVII SIWZ, Zamawiający może dokonać zmiany warunków określonych w SIWZ, ale zmiana jednak nie może dotyczyć warunków udziału w postępowaniu, a do takich zalicza się warunek wpłaty wadium. Ponadto, warunki udziału określone w SIWZ nie mogą odbiegać od warunków wskazanych w ogłoszeniu, a do tego zmierzałaby modyfikacja SIWZ. W tych okolicznościach konieczne jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Pismami z dnia 24 listopada zgłosiły przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku protestu: Tiefenbach-Polska Sp. z o.o. oraz „Tech-Pol” B. Pyszny, Ł. Szczyrba sp.j.

Pismem z dnia 27 listopada 2008 r. Zamawiający poinformował o rozstrzygnięciu protestu. Zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący oznaczenia sum wadium i zobowiązał się do dokonania stosownej modyfikacji SIWZ (przedstawiając jej treść), w pozostałym zakresie protest oddalił. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że brak podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Ponadto zamawiający wyjaśnia, że postawił wymóg, iż oferowane produkty muszą być zgodne z DTR urządzenia. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający żąda

dostarczenia dokumentów w postaci oświadczenia producenta obudowy zmechanizowanej albo aktualnego aneksu do DTR albo wyciągu z DTR. Zamawiający określając katalog dokumentów wymaganych w postępowaniu oparł się na powszechnie obowiązujących przepisach prawa, a w szczególności na § 428 Rozporządzenia. Zgodnie z powołanym przepisem maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje i naprawia w sposób określony w DTR. Każda obudowa posiada odrębny dokument DTR, niezależnie czy dopuszczona jest do stosowania na podstawie decyzji Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego, czy w wyniku procedury oceny zgodności. Z analizy dokumentów DTR urządzenia wynika, że wszelkie naprawy i remonty odtworzeniowe obudowy w aspektach wymiany lub regeneracji elementów lub jego podzespołów, wymagają pisemnej akceptacji producenta, co do zgodności zastosowanych podzespołów lub elementów dokumentacją techniczną, będącą podstawą uzyskanego dopuszczenia. Zamawiający dokonując napraw obudów zmechanizowanych z zastosowaniem elementów niezgodnych z wykazem części zamiennych zawartych w DTR/Instrukcjach użytkowania, narusza postanowienia dokumentów, które były podstawą wprowadzenia obudów zmechanizowanych do użytkowania, tj. certyfikat badania typu WE – deklaracji zgodności producenta, dopuszczenia Prezesa WUG. Producent nie ponosi wówczas odpowiedzialności i wyróbi traci prawo do stosowania.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł w dniu 1 grudnia 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Ponadto wniósł o:

- 1) wezwanie na rozprawę Łukasza S., celem przesłuchania w charakterze świadka na okoliczność akceptacji przez Zamawiającego zróżnicowanych dokumentów potwierdzających zgodność przedmiotu ofert z warunkami określonymi w SIWZ i ogłoszeniach, pomimo tożsamości przedmiotu zamówień
- 2) wezwanie na rozprawę prezesa Zarządu Fabryki Zmechanizowanych Obudów Ścianowych Fazos, celem przesłuchania w charakterze świadka, na okoliczność, czy elementy lub ich zespoły stanowiące przedmiot zamówienia są elementami konstrukcyjnymi (w rozumieniu przepisów Rozporządzenia Ministra Gospodarki powołanego w SIWZ) obudów górniczych wskazanych w zamówieniu oraz na okoliczność przedmiotu i zakresu udziału w rynku uczestników Grupy Famur S.A. i zakresu oferowania przez nich własnych produktów do Zamawiającego oraz zależności i powiązań kapitałowych i osobowych pomiędzy Fabryką Zmechanizowanych Obudów Ścianowych Fazos S.A. a Famur S.A., Nowomag S.A., Pioma S.A., Pioma Industry S.A., Georyt Centrum Produkcyjne Sp.z o.o., DAMS Hydraulik GmbH i warunków stawianych zamawiającym ubiegającym się o uzyskanie

zgody na zastosowanie w urządzeniach oferowanych przez te pomioty do KWSA i podstaw ich żądania

- 3) wezwanie na rozprawę, celem przesłuchania, przedstawiciela Odwołującego się, na okoliczność, jak w pkt. 3 oraz warunków ograniczających konkurencję stosowanych przez producentów przy wykorzystaniu dyspozycji Zamawiającego o przedłożeniu dokumentów w rodzaju określonym w pkt. XVI ppkt. 5 SIWZ i VI ppkt. 3 Ogłoszenia w niniejszej sprawie
- 4) dopuszczenie na rozprawie dowodu z dokumentów: kopii SIWZ w innych postępowaniach organizowanych przez zamawiającego, na okoliczność powtarzalności i modyfikacji żądań Zamawiającego w zakresie zmienności dokumentacji Zamawiającego w przedmiocie podstaw uznania zgodności dostaw z warunkami określonymi w Zamówieniu, a więc i zmienności "potrzeb" Zamawiającego w tożsamyh sytuacjach, kopii pism i "decyzji" producentów na okoliczność prób eliminacji konkurencji przez producentów lub ich przedstawicieli czy grupy powiązane i dowolności w ocenie i sposobie akceptacji wniosków o wyrażenie zgody oraz oczekiwania korzyści materialnych z tym związanych
- 5) dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność rodzaju urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia i ich zastosowania w podziemnych zakładach górniczych oraz na okoliczność stwierdzenia, czy elementy lub ich zespoły stanowiące przedmiot zamówienia są elementami konstrukcyjnymi (w rozumieniu przepisów Rozporządzenia Ministra Gospodarki powołanego w SIWZ) obudów górniczych wskazanych w zamówieniu, których zmiana spowoduje zmianę konstrukcji w rozumieniu tych przepisów
- 6) wydruku strony www.famur.com.pl z dnia 28.11.2008 r. Grupy Famur S.A. na okoliczność zależności tych podmiotów;

W uzasadnieniu Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający dokonał jedynie korekty zapisów odnoszących się do sum wadialnych, odmawiając powtórzenia czynności począwszy od ogłoszenia nie określając przyczyn odmowy powtórzenia tych czynności.

W kwestii zarzutu braku podstaw żądania wskazanych w proteście dokumentów Zamawiający powołał się jedynie na sporządzone przez producentów obudów górniczych zapisy Dokumentacji Techniczno-Ruchowej urządzeń, uznając je za tożsame z pojęciem dokumentacji technicznej w rozumieniu Rozporządzenia oraz przyjmując zapisy dokumentacji za prawnie wiążące zamawiającego, bez względu na to, czy wykonawca legitymuje się takimi samymi jak producent "dopuszczeniami", czy innymi dokumentami niezależnej jednostki notyfikowanej, stwierdzającymi możliwość zastosowania danego elementu, czy zespołu w konkretnej obudowie i nie stwierdzających wpływu na stosowanie

urządzeń z tymi elementami w warunkach określonych Rozporządzeniami wydanymi na podstawie ustawy o systemie zgodności wyrobów i na podstawie Dyrektyw „nowego podejścia” .

Zamawiający nie dokonał szczegółowej analizy przesłanek, którymi kierował się rozstrzygając protest. Odwołującemu wiadomym jest, iż Zamawiający w innej sprawie przed KIO powołał się na te same okoliczności. Nie są to jednak stany tożsame. Analiza przypadku wyklucza możliwość stwierdzenia zarówno tożsamości zarzutów w rozpoznawanych sprawach, jak i tożsamości dowodów i okoliczności na podstawie, których KIO mogła dokonać ustaleń w przedmiocie oceny zasadności podstaw wniesionego odwołania.

Odwołujący się ponownie podkreśla, że oświadczenie producenta powinno być wydane w przedmiocie ewentualnych zmian konstrukcyjnych w urządzeniu.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający w Sekcji VI pkt 3 ppkt 5 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt XVI ppkt 5 SIWZ postanowił, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do SIWZ, Zamawiający wymaga dołączenia do oferty:

- 1) wykazu parametrów techniczno-użytkowych zgodnie z załącznikiem nr 2a do SIWZ,
- 2) deklaracji zgodności – oświadczenie producenta lub upoważnionego przedstawiciela, że oferowany wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń,
- 3) opinii (certyfikatu) uprawnionej jednostki badawczej, dotyczącej możliwości stosowania oferowanych produktów w podziemnych zakładach górniczych (...),
- 4) dla zadania nr 5 poz. 1, zadania nr 17 poz. 7 oraz zadania nr 38 poz. 6, 7 – dokumentacji technicznej,
- 5) dla zadania nr 1-45, jednego z niżej wymienionych dokumentów pozwalających stwierdzić, że stosowanie oferowanych produktów jest zgodne z Dokumentacją Techniczno-Ruchową urządzenia (§ 428 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 9 czerwca 2006 r.):
 - załącznik nr 7 do SIWZ – oświadczenie producenta obudowy zmechanizowanej lub
 - aktualny aneks do DTR obudowy zmechanizowanej lub
 - wyciąg z DTR obudowy zmechanizowanej;

W tych okolicznościach Odwołujący się podnosi, iż żądanie Zamawiającego sformułowane w ppkt 5, narusza w szczególności przepis art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, bowiem wymagane dokumenty lub oświadczenia nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający jako podstawę prawną swojego żądania wskazał przepis § 428 Rozporządzenia z dnia 28 czerwca 2002 r.. Tymczasem z jego treści wynika, że maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje i naprawia w sposób określony w dokumentacji techniczno-ruchowej. Przedmiotowy przepis odsyła więc do dokumentacji techniczno-ruchowej urządzenia tylko w takim zakresie, który normuje postępowanie osoby dokonującej m.in. naprawy urządzenia, ale w aspekcie zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, bowiem taki jest cel regulacji zawartych w przedmiotowym Rozporządzeniu. Zatem, powoływany przepis nie nakłada na Zamawiającego obowiązku żądania dokumentów lub oświadczeń, które potwierdzają, że stosowanie produktów, będących przedmiotem zamówienia jest zgodne z dokumentacją techniczno-ruchową danego urządzenia. Skoro zatem przedmiotowy przepis prawa nie daje Zamawiającemu takiego uprawnienia, to konieczne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy podstawę tę stanowi przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się, przepis § 3 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów daje Zamawiającemu możliwość żądania dokumentów, o którym mowa w Sekcji III pkt 3 ppkt 5 Ogłoszenia o zamówieniu i pkt XVI ppkt 5 SIWZ. Należy zwrócić bowiem uwagę, że katalog dokumentów, których może żądać Zamawiający nie został przez ustawodawcę zamknięty. W powołanym § 3 zostały wymienione jedynie przykłady, na co wskazuje posłużenie się przez ustawodawcę wyrażeniem „w szczególności”. Zatem stwierdzić należy, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 25 ust. 2 ustawy Pzp.

Kolejną kwestią wymagającą rozważenia, jest niezbędność spornych oświadczeń lub dokumentów do przeprowadzenia niniejszego postępowania. Za pomocą żądanych dokumentów lub oświadczeń Zamawiający oczekuje potwierdzenia, że stosowanie oferowanych produktów jest zgodne z dokumentacją techniczno-ruchową. Zamawiający chce mieć zatem pewność, że wyrób spełnia wymagania konieczne do eksploatacji, które określone są w dokumentacji techniczno-ruchowej. Na potwierdzenie tego faktu wykonawcy są zobowiązani złożyć oświadczenie producenta lub aneks do DTR lub wyciąg z DTR. Katalog wymienionych dokumentów wskazuje, że możliwość zastosowania konkretnego wyrobu do określonego typu obudowy wynika wprost z dokumentu DTR albo też konieczne jest oświadczenie producenta, że możliwe jest jego stosowanie. Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że odwoływanie się do dokumentu DTR, którego autorem jest producent urządzenia (podobnie jak aneksu) albo do oświadczenia producenta obudowy powoduje, że wykonawcom spoza grona producentów obudów ogranicza się dostęp do zamówienia.

Sytuacja powyższa nie jest niczym uzasadniona, a przynajmniej Zamawiający takiej okoliczności nie wskazał. Natomiast pojawia się niebezpieczeństwo, że to producenci obudów będą regulować rynek wyrobów części do obudów i w konsekwencji będą wpływać na krąg podmiotów, które będą uczestniczyć w zamówieniu. Producent bowiem będzie mógł w sposób dowolny decydować, który wyrób umieścić w DTR, a skoro sam jest również producentem poszczególnych wyrobów do obudowy, może nie być zainteresowany, ze względu na swój interes ekonomiczny, dopuszczeniem innych podmiotów na rynek. Stąd też należy stwierdzić, że katalog spornych dokumentów stanowi przejaw naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Sam Zamawiający zdaje się powyższą okoliczność potwierdzać, skoro dokonana w dniu 2 grudnia 2008 r. modyfikacja SIWZ, rozszerzyła możliwość dostarczenia dokumentów również tych, nie pochodzących od producenta obudowy.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że żądane oświadczenia lub dokumenty nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Służyć mają bowiem one wykazaniu, że zapewnią eksploatację urządzenia w sposób wynikający z dokumentacji techniczno-ruchowej obudowy, na co wskazuje treść załącznika nr 7 do SIWZ i pośrednio treść DTR, skoro wyroby zostałyby wymienione w jej treści. Brak takiej potrzeby wynika bezpośrednio z treści SIWZ. Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że w pkt 6 załącznika nr 1 do SIWZ, Zamawiający określił dla każdego wyrobu parametry techniczno-użytkowe oraz zastrzegł, że zastosowanie oferowanych zespołów i elementów hydrauliki sterowniczej nie może naruszać wymagań koniecznych do eksploatacji urządzenia zgodnie z dokumentacją techniczno-ruchową, powyższe każdy z wykonawców zobowiązany jest potwierdzić w załączniku nr 2a, którego obowiązek dołączenia do oferty wynika z pkt XVI pkt 1 SIWZ. Zatem należy uznać, że przedmiot oświadczenia wynikający z załącznika nr 2a do SIWZ jest tożsamy z tym, który wynika z załącznika nr 7 do SIWZ, jak i z DTR, inny jest zaś podmiot składający oświadczenie. Utrzymywanie powyższego stanu nie jest uzasadnione, zatem wystarczające w tym względzie jest oświadczenie wykonawcy. Wykonawca poprzez złożone oświadczenie bierze odpowiedzialność, iż użycie przedmiotowego wyrobu nie zakłóci eksploatacji obudowy zgodnie z DTR urządzenia m.in. przez zagwarantowanie parametrów techniczno-użytkowych wyrobu.

Ponadto, Zamawiający może mieć pewność, że oprócz wymagań, jakie wynikają z dokumentacji techniczno-ruchowej w zakresie eksploatacji, wykonawca zapewni zgodność wyrobu z zasadniczymi wymaganiami w rozumieniu ustawy o systemie zgodności, co ma obowiązek potwierdzić w deklaracji zgodności (pkt XVI ppkt 2 SIWZ) oraz możliwość stosowania oferowanych wyrobów w podziemnych zakładach górniczych, która będzie z kolei wynikała z opinii (certyfikatu) uprawnionej jednostki badawczej (pkt XVI ppkt 3 SIWZ). Wobec powyższych gwarancji wykonawcy, realizacja dyspozycji przepisu § 428

Rozporządzenia z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy (...) nie jest zagrożona.

Na uwagę zasługuje również okoliczność, że jeden z producentów obudów stosuje materiały wyprodukowane nie tylko samodzielnie, ale posiłkuje się w tym względzie podwykonawcami, jak i fakt, że niektóre wyroby, będące przedmiotem zamówienia, Kompania Węglowa S.A. nabywała od wykonawców, których wyroby nie są wpisane do DTR, ani też nie posiadały stosownego oświadczenia producenta. Okoliczność powyższą potwierdzają złożone przez Odwołującego się na rozprawie dowody, tj. umowa z dnia 11 października 2005 r. oraz umowa z dnia 1 sierpnia 2008 r. Ponadto z treści pisma z dnia 28 listopada 2008 r. wynika możliwość zastosowania do obudów zmechanizowanych innych elementów hydrauliki sterowniczej, niż te, które są ujęte w DTR, czy też które zaakceptował producent, jednakże odpowiedzialność za ewentualne szkody oraz niewłaściwe działanie obudowy ponosi użytkownik, ale to jest już odrębna kwestia. Przedmiotową odpowiedzialność Zamawiający bowiem może przenieść na dostawcę wyrobu.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust. 2 ustawy Pzp. Przedmiotowy przepis dotyczy bowiem warunków udziału w postępowaniu, zaś kwestionowane postanowienia nie odnoszą się do tychże warunków. Zamawiający wyraźnie wskazał, że żądane sporne oświadczenia lub dokumenty służą potwierdzeniu, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, a nie warunki. W tych okolicznościach brak podstawy do stwierdzenia podniesionego naruszenia.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1 a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 38 ust. 4 i 4a ustawy Pzp. Na podstawie przepisu art. 188 ust. 6 ustawy Pzp, Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z zeznań świadków oraz opinii biegłego, wnioskowanych przez Odwołującego się, bowiem fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami, powołanymi w treści wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 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 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3 600,00 zł.

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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*