

Sygn. akt: KIO 988/10

WYROK

z dnia 9 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 24 maja 2010 r. wniesionego przez **Zdzisława Kożę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę strzemion dwujarzmowych wzmocnionych w ilości 450 000 szt. do łączenia elementów odrzwi obudowy chodnikowej z kształtownika V-32/36 wykonanej ze stali o podwyższonych parametrach wytrzymałościowych prowadzonym przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. z siedzibą w Bogdance, 21-013 Puchaczów,**

przy udziale wykonawcy **HUTA ŁABĘDY S.A., 44 - 109 Gliwice, ul. Zawadzkiego 45** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie Opisu przedmiotu zamówienia - część III pkt 2 tiret 2 oraz pkt 5;

2.kosztami postępowania obciąża **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. z siedzibą w Bogdance, 21-013 Puchaczów** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiące kwotę uiszczoną z tytułu wpisu od odwołania przez **Zdzisława Kozę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. z siedzibą w Bogdance, 21-013 Puchaczów** na rzecz **Zdzisława Kozy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie.**

Przewodniczący:

.....

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

Odwołanie zostało wniesione [pismo z dnia 21 maja 2010 r.] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie" przetargu nieograniczonego na: „Dostawę strzemion dwujarzmowych wzmocnionych w ilości 450 000 szt. do łączenia elementów odrzwi obudowy chodnikowej z kształtownika V-32/36 wykonanej ze stali o podwyższonych parametrach wytrzymałościowych" przez Zakłady Metalowe „KOZAMEX" Zakład Pracy Chronionej z Lisowa [dalej Odwołujący] wobec czynności zaniechania i modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu - Lubelski Węgiel „Bogdanka" S.A. Bogdanka z Puchaczowa naruszenie:

- 1) art. 186 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. nr 223, poz.1655 ze zm., dalej ustawa PZP] w związku z brakiem czynności modyfikacji treści siwz w zakresie uznanego na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2010 r. zarzutu co do wadliwego określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia;
- 2) art. 29 ust. 1-3 i art. 30 ust. 1 i ust. 5 ustawy PZP poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób niejednoznaczny, braku konsekwencji co do określenia równoważności materiału z jakiego mają zostać wykonane strzemiona, braku podania wymogów (danych) co do żądań wskazanych w siwz w zakresie nakrętek i śrub, informacji dotyczących przeprowadzanych badań oraz odnośnie wymogów dotyczących korozji, co wskazuje na naruszenie ww. przepisów a dodatkowo na czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem Zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez żądanie dostarczenia strzemion i wszelkich dokumentów dla wyrobów oferowanych jedynie przez Hutę Łabędy, w sytuacji, gdy Odwołujący w chwili obecnej realizuje dostawy stanowiące przedmiot zamówienia,
- 3) art. 25 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 138 c ust. 1 pkt. 2) ustawy PZP poprzez żądanie dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania i nie mających żadnego wpływu na potwierdzenie jakości oferowanych produktów i oceny ich spełniania, poprzez wskazanie dokumentów lub wymogów które może spełnić jedynie Huta Łabędy.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, żądając nakazania:

- 1) wykonania orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.04.2010 r. sygn. akt. KIO 475/10 w zakresie warunków dotyczących posiadanego doświadczenia i zmianę warunków udziału w postępowaniu, w taki sposób aby wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu mieli obowiązek spełnienia jednakowych warunków a nie odnoszenie ich do wartości oferty netto;
- 2) dokonania modyfikacji treści siwz w zakresie części III Opis przedmiotu zamówienia poprzez zmianę lub wykreślenie wymagań wskazanych w pkt. 2 tiret 1, tiret 2, tiret 4, pkt.3 lit. d), pkt. 4 oraz pkt. 5 zgodnie z żądaniami wskazanymi w uzasadnieniu.

W uzasadnieniu odwołania podał, że Zamawiający w dniu 13.05.2010 r. dokonał modyfikacji treści siwz w zakresie części III Opis przedmiotu zamówienia w stosunku do pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia, co jest przez Odwołującego kwestionowane, albowiem:

1. w pkt. 2 tiret 1 Zamawiający wskazuje, że „Jarzmo górne i dolne musi być wykonane w gatunku stali S480W wg PN-H-84042:2009 lub innej równoważnej”. Zdaniem Odwołującego stal S480W wykonana według podanej w siwz normy jest stalą produkowaną przez Hutę Łabędy, bezpośredniego konkurenta w postępowaniach na asortyment stanowiący niniejszy przedmiot zamówienia. Zakup tej stali jest utrudniany przez Hutę Łabędy, pomimo wysyłania pism Odwołujący nigdy nie uzyskał żadnej odpowiedzi o możliwości zakupu stali, czy jakiegokolwiek oferty cenowej. Zamawiający jedynie stwarzając pozory braku naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy wskazał, że dopuszcza „inną, równoważną stal”, nie podając żadnych danych w odniesieniu do owej równoważności. Dla oceny równoważności produktów nie wystarczy, zdaniem Odwołującego, samo użycie dopuszczenia ofert równoważnych. Konieczne jest użycie sformułowań uściślających i podanie wymogów, parametrów odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że brak podania jakichkolwiek informacji odnoszących się do równoważności ofert w zakresie przedmiotu zamówienia w naszym przekonaniu determinuje pogląd, że w zakresie materiału z jakiego mają być wykonane strzemiona można zastosować inną stal aniżeli stal produkowaną przez Hutę Łabędy. Zamawiający musi określić parametry równoważności stali uznawanej jako równoważna, w przeciwnym razie narusza art. 29 ust. 3 ustawy.
2. w pkt. 2 tiret. 2, [z niewiadomych powodów zmienionego w stosunku do pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia] Zamawiający za pomocą innych zapisów próbuje ograniczyć dostęp Odwołującemu do rynku, wskazuje bowiem, że

„strzemie dwujarzmowe składające się z jarzma dolnego i górnego ma być łączone przy pomocy dwóch śrub specjalnych M24 i nakrętek wykonanych zgodnie z własnymi rysunkami wykonawczymi oraz PN-EN 20898-2:1998, PN-ISO 898-2:1998, PN-EN ISO 898-1 w klasie wykonania odpowiedniej do zapewnienia właściwej pracy obudowy chodnikowej z kształtownika V-32/36 (wg normy PN-89/H-84023/05/Az2), wykonanego ze stali zgodnie z Normą PN-H-84042;2009 w gatunku S480W. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wskazał gatunek stali produkowany przez jednego wykonawcę, w poprzedniej specyfikacji była podana klasa własności mechanicznych śruby - 8.8, nakrętki - 8. Wskazał także, że w przywołanej w tym punkcie normie brak jest informacji, co do klasy śrub i nakrętek, a więc siwz jest nieprecyzyjna bowiem stawia się wymóg co do „klasy wykonania odpowiedniej”, a nie definiuje się tej odpowiedniości klasy. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o wykreślenie tej modyfikacji i pozostawienie pierwotnego brzmienia siwz w zakresie wymogów co do łączenia strzemienia za pomocą śrub i nakrętek.

3. brzmienie pkt. 2 tiret 4 opisu przedmiotu zamówienia stanowi potwierdzenie pozorności dopuszczenia oferty równoważnej i dowód na naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy. W tym przypadku jest Zamawiający wskazał, że: „strzemiona górne i dolne muszą być poddane badaniom na złączach prostych zgodnie z normą PN-87/G-15000/11 i uzyskać pozytywną ocenę w odniesieniu do obudowy chodnikowej z kształtownika Y-32/36. wykonanego ze stali zgodnie z Normą PN-H-84042:2009 w gatunku S480W. Zdaniem Odwołującego obudowy chodnikowe z kształtownika V-32/36 wykonane ze stali w gatunku S480W produkuje tylko Huta Łabędy, więc inny wykonawca nie jest w stanie kupić prostek z obudowy w celu przeprowadzenia badań. Zatem jest to ograniczenie konkurencji, bowiem Zamawiający ma świadomość, że takie badania może sobie zrobić tylko Huta Łabędy. Tak więc skoro dopuścił możliwość wykonania strzemion ze stali równoważnej to powinien dopuścić możliwość przebadania strzemion na prostkach ze stali równoważnej. Dalej wskazuje, że wymóg ten pojawił się dopiero na etapie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia i niniejszej modyfikacji, a nie od samego początku sporządzenia siwz tj. od dnia 13.03.2010 r.

Podkreśla, że Zamawiający ma świadomość, że czas wykonania badań, tym bardziej w powiązaniu z brzmieniem pkt. 3 lit. d) to około 3 miesiące, skoro badania mają odnosić się również do kwestii odporności na korozję, a z przywołanych w siwz norm wynika, że należy to wykonywać na powierzchniach leżakowanych i lekko skorodowanych. Tak więc wymóg ten jest wymogiem

absolutnie zbędnym do przeprowadzenia postępowania, a ponadto dodatkowo wskazującym na preferowanie jednego wykonawcy, czyli Huty Łabędy. W związku z powyższym wniósł o wykreślenie wymogu od słów : "w odniesieniu do obudowy chodnikowej z kształtownika V-32/36, wykonanego ze stali zgodnie z Normą PN-H-84042:2009 w gatunku S480W i przywrócenie pierwotnego brzmienia siwz w tym zakresie.

4. W pkt. 3 lit. d) Zamawiający żąda dostarczenia „Wyników badań strzemion oraz elementów składowych, wykonanych w procesie certyfikacji lub oceny zgodności z normami PN-87/G-15000/10 i PN-87/G-15000/11. W przypadku materiału równoważnego w stosunku do S480W oferent musi wykazać równoważność posługując się mierzalnymi maksymalnymi parametrami wytrzymałościowymi wyrobu finalnego oraz podwyższoną odpornością na korozję." Takie sformułowanie, zdaniem Odwołującego, jest niewystarczające i poprzez to narusza brzmienie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp, bowiem Zamawiający wymaga „wykazania równoważności posługując się mierzalnymi parametrami wytrzymałościowymi wyrobu finalnego oraz podwyższonej odporności na korozję nie podając tych parametrów ani żadnych jakie posiada wyrób finalny wykonany ze stali S480W, a więc brak jest jakichkolwiek danych z jakimi Odwołujący może porównać czy wykazać równoważność stali. Zdaniem Odwołującego, jest to kolejny dowód na fakt, że Zamawiający zamierza kupić strzemiona wykonane jedynie ze stali Huty Łabędy a dopuszczenie równoważności jest tylko pozorne. Dodatkowo, podnosi argument czasu wykonania takich badań, który wynosi ok. 3 miesiące, bowiem do badania należy dostarczyć materiał leżakowany i lekko skorodowany, w związku z czym w Naszym przekonaniu wymóg ten pojawił się dopiero w tym momencie aby uniemożliwić złożenie oferty Odwołującemu, bowiem takie badania na dzień dzisiejszy posiada Huta Łabędy i żaden inny dostawca strzemion na rynku. W związku z powyższym Wykonawca stwierdza, że wymóg ten jest nieuzasadniony z punktu widzenia niezbędności do wykonania przedmiotu zamówienia i wnosi o jego wykreślenie i pozostawienie pierwotnego brzmienia pkt. 3 lit. d) opisu przedmiotu zamówienia.
5. Kolejny zarzut dotyczy brzmienia zmodyfikowanego pkt. 4 opisu przedmiotu zamówienia, w którym zamawiający żąda dostarczenia „Badań porównawczych odporności na korozję elementów strzemion dwujarzmowych (jarzma dolnego i górnego) może wykonać wykorzystując przykładowo normę PN-78/H-04608 lub PN-EN ISO 10289;2002. Metody badań korozyjnych powłok metalowych i innych

powłok nieorganicznych na podłożach metalowych - Ocena próbek i wyrobów gotowych poddanych badaniom korozyjnym. Metodologia badań odporności na korozję jest opisana w następujących PN: • PN-76/H-04601 Korozja metali. Badania laboratoryjne odporności w cieczach i roztworach w temperaturze pokojowej, PN-76/H-04602 Korozja metali. Badania laboratoryjne odporności w cieczach i roztworach w temperaturze podwyższonej, PN-76/H-04603 Korozja metali. Badania laboratoryjne w obojętnej mgłę solnej, PN-76/H-04604 Korozja metali. Badania laboratoryjne w warunkach okresowo zmiennych. Wykonawca stwierdził, że w kilkunastoletniej praktyce dostarczania strzemion również do Kopalni Bogdanka nie były wymagane tego typu dokumenty, i nie uległy zmianie żadne uwarunkowania geologiczne kopalni. Ponadto wskazał, że o zbędności tego dokumentu świadczy treść przywołanych PN-87/G-15000/10 i PN-87/G-15000/11 dotyczących wykonania strzemion, które nie zobowiązują producentów do wykonywania dodatkowych badań dotyczących odporności na korozję. Zdaniem Odwołującego przywołane normy odnoszące się do metodologii badań na korozję w każdej z tych norm wskazują na inne wartości, zatem Zamawiający ma obowiązek określić jakie, konkretnie wartości musi posiadać stal, którą uzna za stal o podwyższonej odporności na korozję, tym bardziej że również w tym zakresie rzekomo dopuszcza stosowanie norm równoważnych. Zamawiający nie określając żadnych parametrów, pozostawia tym samym sobie dowolność oceny ofert w tym zakresie, i to ma wskazywać na fakt, że żądany dokument nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania czy dokonania oceny oferty. Wpisanie tego wymogu powoduje jedynie w przekonaniu Odwołującego pozostawienie możliwości subiektywnej oceny złożonych ofert, lub/i może wskazywać na czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem po złożeniu ofert okaże się że jeden z wykonawców właśnie takie badania posiada. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o doprecyzowanie wymogów w zakresie wartości jakie musi posiadać stal, która zdaniem Zamawiającego jest stalą o podwyższonej odporności na korozję lub wykreślenie żądania tych badań jako zbędnych.

6. W pkt. 5 „Deklaracja zgodności Wykonawcy (lub inny załączony dokument) musi zawierać oświadczenie, że oferowane strzemiona zapewniają wskaźnik nośności odrzwi określony przez producenta elementów odrzwi obudowy, który to wskaźnik przyjmowany jest przez Zamawiającego przy projektowaniu obudowy wyrobisk górniczych pod ziemią. Dla potwierdzenia oświadczenia należy załączyć wyniki badań stanowiskowych odrzwi wykonanych z kształtownika V-32 lub V-36

stosowanych przez Zamawiającego lub innych odrzwi wykonanych według PN-93/G-15000/03. przeprowadzonych przez specjalistyczną jednostkę certyfikującą lub badawczą, badanych zgodnie z normą PN-92/G-15000/05. Zdaniem Odwoływającego, brzmienie tego postanowienia potwierdza zarzuty w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, bowiem Zamawiający nie podaje jaki jest wskaźnik nośności odrzwi określony przez producenta elementów odrzwi obudowy, który to wskaźnik przyjmowany jest przez Zamawiającego przy projektowaniu obudowy wyrobisk górniczych pod ziemią. Po drugie z treści siwz nie wynika jakie odrzwia stosuje Zamawiający oraz gdzie mamy je zakupić w celu przeprowadzenia badań. Z tego co wiadomo Zamawiający stosuje odrzwia produkcji Huta Łąbedy, a więc konkurencyjnego wykonawcy. Ponadto istnieje kilka wskaźników nośności. W związku z tym Zamawiający winien podać konkretną wartość o który wskaźnik ma na myśli. Wniósł ponadto o wykreślenie tego wymogu.

7. Zamawiający nie wykonał wyroku KIO i nie dokonał zmiany treści siwz w zakresie uznanego na rozprawie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia. W związku z czym wnosimy o dokonanie modyfikacji w tym zakresie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca – Huta Łąbedy S.A. z Gliwic, stwierdzając, że jest bezzasadne. Odnosząc się do zarzutów w zakresie pkt 2 tire 1 i tire 4 oświadczył przede wszystkim, że Huta Łąbedy S.A. nie jest producentem stali w gatunku S480W wg. PN-H-84042, ponieważ nie posiada własnej stalowni. Podał także, że w bieżącym roku stal w gatunku S480W wg. PN-H-84042 kupował od ERROSTAL, ARCELOR MITTAL WARSZA WA oraz CMC ZAWIERCIE, a w ubiegłym roku również z CELSA OSTROWIEC. Stwierdził również, że każda walcownia, która produkuje kształtownik typu V lub kształtownik typu J (w Polsce 3 walcownie, w Europie kilka) oraz każda walcownia, która produkuje pręty płaskie na jarzma górne (w Polsce 3 walcownie, w Europie kilka), zakupując takie kęsiska może wyprodukować zarówno kształtowniki jak i pręty płaskie w określonym gatunku. Zakup uwarunkowany jest złożeniem zamówienia w odpowiednim okresie i zależy od możliwości finansowych kupującego. Zaznaczył także, że przytoczone zarzuty są bezpodstawne i są wynikiem ograniczonej wiedzy Odwoływającego, a raczej jej brakiem w zakresie stosowania Polskich Norm Stali do obróbki cieplnej. Polska Norma PN-H-84042:2009 - Stale mikrostopowe na kształtowniki i akcesoria górnicze określa gatunek S480W jako

stal mikrostopową o podwyższonej trwałości eksploatacyjnej, przeznaczoną na kształtowniki i akcesoria górnicze, w szczególności na elementy stalowych obudów chodnikowych w zasolonych kopalniach węgla kamiennego. W odniesieniu do argumentacji Odwołującego do pkt 2 tire 4 Przystępujący stwierdził, że HUTA ŁABĘDY S.A. właśnie od Arcelor Mittal kupuje stal w gatunku S480W. Jako potwierdzenie w załączeniu przedstawił zapytanie ofertowe wraz z odpowiedzią jakiej udzielił firmie KOZAMEX.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując niniejsze odwołanie miała na względzie argumentację z odwołania i z przystąpienia do postępowania odwoławczego, oraz treść powiadomienia z dnia 13 maja 2010 r. [nr HPU/DS251/4850//2010] o modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także stanowiska stron i przystępującego do odwołania, złożone w toku rozprawy.

Przedmiotem odwołania są postanowienia części I – rozdział V pkt 1.3 [Warunki wymagane od Wykonawców] oraz postanowienia części III [Opis przedmiotu zamówienia] pkt 2 tire 1, 2 i 4 oraz pkt 3 lit.d, pkt 4 oraz pkt 5.

Mając na względzie ustalenia faktyczne oraz podstawy prawne zarzutów podnoszonych w odwołaniu KIO stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Za zasadny Izba uznała zarzut, w zakresie pkt 2 tiret 2, co do braku oznaczenia klasy własności mechanicznych śrub i nakrętek używanych w strzemionach dwujarzmowych wzmocnionych. Zdaniem Izby, posłużenie się w tym przypadku tylko określeniem „klasy wykonania odpowiedniej” bez zdefiniowania odpowiedniości tej klasy jest nieprecyzyjne. Z tych też względów Izba uznała, że także wobec argumentacji Zamawiającego, iż celem modyfikacji tego postanowienia specyfikacji było nieograniczenie konkurencyjności co do wymogu łączenia strzemienia za pomocą śrub i nakrętek dla tych wykonawców, którzy stosują wyższą klasę wykonania gwintu śruby oraz nakrętki, to z tego też względu to postanowienie [tiret2] powinno być uzupełnione poprzez podanie minimalnych klas własności mechanicznej dla śruby – min.8,8, a dla nakrętki – min.8.

Za zasadny Izba uznała także zarzut dotyczący pkt 5 specyfikacji. W tym przypadku Zamawiający nie podał w opisie jaki jest wskaźnik nośności odrzwi

określony przez producenta elementów odrzwi obudowy, który to wskaźnik przyjmowany jest przez Zamawiającego przy projektowaniu obudowy wyrobisk górniczych pod ziemią. Także z treści siwz (z innych postanowień) nie wynika jakie odrzwia stosuje Zamawiający. Nie jest zatem możliwe spełnienie warunku przez potencjalnego wykonawcę, co do złożenia Deklaracji i tym samym także w zakresie załączenia wyników badań stanowiskowych odrzwi wykonanych z kształtownika V-32 lub V-36 stosowanych przez Zamawiającego lub innych odrzwi wykonanych według PN-93/G-15000/03 przeprowadzonych przez specjalistyczną jednostkę certyfikującą lub badawczą, badanych zgodnie z normą PN-92/G-15000/05.

Z tych też względów KIO uznała, że to postanowienie specyfikacji, jako naruszające art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz celem umożliwienia wykonawcom złożenia wymaganej Deklaracji powinno być zmodyfikowane poprzez podanie wskaźnika (wskaźników) nośności odrzwi - określonego przez producenta elementów odrzwi obudowy - który to wskaźnik przyjmowany jest przez Zamawiającego przy projektowaniu obudowy wyrobisk górniczych pod ziemią i które to odrzwia są przez Zamawiającego stosowane, bądź udostępnienie powoływanej przez Zamawiającego instrukcji. Zgodnie z argumentacją podnoszoną przez Odwołującego, nie kwestionowaną przez Zamawiającego, odrzwia nie są produktem powszechnie dostępnym, a zatem treść specyfikacji powinna także być uzupełniona o warunki udostępnienia odrzwi wykonawcy zainteresowanemu złożeniem oferty, o ile dysponowanie tymi odrzwiami jest niezbędne do przeprowadzenia wymaganych w tym punkcie badań bądź alternatywnie - wskazanie, gdzie mogą zostać pozyskane przez zainteresowanych wykonawców na tych samych warunkach, w celu umożliwienia wykonawcom przeprowadzenia badań określonych w tym punkcie. Zamawiający może oczywiście od wymogu przedkładania badań odstąpić, zastrzegając, że takie badania z pierwszą i następnymi dostawami muszą zostać przedłożone.

Pozostałe zarzuty Izba uznała za niezasadne z następujących powodów.

Zarzut dotyczący części I – rozdział V pkt 1.3 Izba uznała, iż nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem z powiadomienia z dnia 13 maja 2010 r. bezspornie wynika, że Zamawiający zmodyfikował wymaganie zgodnie z żądaniem Odwołującego. Wskaźnik bowiem 50 % zastąpił kwotą 8.000.000 zł, która to kwota jest proporcjonalna do przedmiotu zamówienia, tak jak wymaga tego przepis art. 22

ust.4 ustawy PZP. Według danych z wniosku o wszczęcie udzielenia zamówienia z 27.01.2010r. wartość szacunkowa zamówienia została określona na kwotę 15.840.882 zł. Informacja o dokonanej zmianie została zamieszczona przez Zamawiającego – jak wykazał w toku rozprawy – na jego stronie internetowej w dniu 13 maja 2010 r. i przekazana w tym dniu do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE. Dokonanie tej zmiany automatycznie modyfikuje postanowienia tych załączników, której ta zmiana dotyczy.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego rozdziału III specyfikacji w zakresie pkt 2 tire 1 - Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie podał żadnych danych w odniesieniu do dopuszczonej równoważności, wskazując jednocześnie, że podana stal S480W jest stalą produkowaną przez Huta Łąbędy – konkurencyjnego w niniejszym postępowaniu wykonawcę.

W tym przypadku Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem miała na uwadze pełne brzmienie tego punktu. Zgodnie z tym punktem jarzma górne i dolne składają się na strzemie będące przedmiotem (elementem) zamówienia, które to strzemie stosowane będzie do łączenia elementów obudowy chodnikowej z kształtownika V-32/36 (wg normy PN-H-93441-3) oraz musi być wykonane ze stali zgodnie z Normą PN-H-84042-2009 w gatunku S480W lub „innej równoważnej”. Zatem ustalonym parametrem w tym przypadku jest norma PN-H-84042:2009, a zatem każda stal odpowiadająca tej normie w zakresie wymagań, zarówno chemicznych jak i mechanicznych, także ustalonych normą, jest stalą równoważną w rozumieniu postanowień tej części specyfikacji. Tak jak stwierdził Zamawiający dotychczasowe dostawy ze stali G480V, dokonywane przez Odwołującego, dotyczą tych samych elementów jak w opisie przedmiotu zamówienia.

W przypadku zarzutu dotyczącego postanowienia pkt 2 tire 4 – Odwołujący stwierdził, że obudowy chodnikowe z kształtownika V-32/36 wykonane ze stali w gatunku S480W produkuje tylko Huta Łąbędy, więc inny wykonawcy nie jest w stanie kupić prostek z obudowy w celu przeprowadzenia badań. Zatem jest to ograniczenie konkurencji, bowiem Zamawiający ma świadomość, że takie badania może zrobić tylko Huta Łąbędy. Jednocześnie podał, że czas wykonania badań, tym bardziej w powiązaniu z brzmieniem pkt. 3 lit. d) to około 3 miesiące, skoro badania mają odnosić się również do kwestii odporności na korozję, a z przywołanych w siwz

norm wynika, że należy to wykonywać na powierzchniach leżakowanych i lekko skorodowanych. Zdaniem Odwołującego wymóg ten jest wymogiem absolutnie zbędnym do przeprowadzenia postępowania, a ponadto dodatkowo wskazującym na preferowanie jednego wykonawcy, czyli Huty Łąbedy.

W tym przypadku Izba, oddalając ten zarzut miała na względzie oświadczenie Huty Łąbedy – Przystępującego do niniejszego postępowania [pismo z dnia 25.05.10, znak: PTZ/36/2010]. W tym oświadczeniu wykonawca stwierdził, że przede wszystkim nie jest jedynym producentem stali w gatunku S480W, wskazując jednocześnie, że sam jest nabywcą tej stali. Podał jednocześnie, że taką stal nabywa m.in. w firmie ARCELOR MITTAL, Warszawa. Z kolei zarzut dotyczący czasookresu prowadzenia wymaganych badań przewidzianych i dopuszczonych normami nie może stanowić uzasadnionej argumentacji do ich kwestionowania jako zbędnego wymagania dla tego postępowania.

W przypadku zarzutu dotyczącego postanowienia pkt 3 lit d oraz pkt 4 specyfikacji Odwołujący stwierdził, że sformułowanie tych postanowień jest niewystarczające i narusza art. 29 ust.1 i 2 ustawy PZP. W zakresie pkt 4 stwierdził także, że każda podanych przez Zamawiającego norm wskazuje na inne wartości. Stwierdził także, że jest to wymaganie nowe i taki dokument przez Zamawiającego w dotychczas prowadzonych postępowaniach nie był wymagany.

Zdaniem Izby podnoszone zarzuty nie są zasadne. Rozstrzygając o powyższych zarzutach, KIO w pierwszej kolejności zauważa, że Ogłoszenie o zamówieniu jest zaproszeniem skierowanym do pewnego kręgu wykonawców. Tym samym nie do każdego wykonawcy prowadzącego jakąkolwiek działalność gospodarczą, ale zajmującego się profesjonalnie – w ramach swojej działalności - realizacją - tak jak w tym przypadku – dostawą strzemion dwujarzmowych dla potrzeb kopalni. Podobnie, brak kwestionowanych wymagań w dotychczas prowadzonych postępowaniach o zamówieniach publicznych nie może stanowić podstawy dla wnoszenia zarzutu ze wskazaniem na art. 29 ustawy PZP, stanowiący o wymaganiach w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, czy też na art. 25 ust.1 ustawy PZP, stanowiący o ograniczeniach co do żądanych dokumentów, tylko do tych, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

W tym konkretnym przypadku, zarówno co do pkt 3 lit.d jak i pkt 4 specyfikacji, wskazywane przez Zamawiającego normy oraz definiowane wymagania w zakresie

równoważności, poprzez odniesienie do maksymalnych parametrów wytrzymałościowych wyrobu finalnego oraz podwyższonej odporności na korozję, zdaniem Izby są dostateczne i nie pozostają w sprzeczności – ze wskazywanym przez Odwołującego - z art. 29 ust.1 i 2 ustawy PZP. Także żądanie dokumentu, dotychczas nie wymaganego przez Zamawiającego w postępowaniach w zakresie tego przedmiotu zamówienia nie może być kwalifikowane jako naruszenia art. 25 ust.1 ustawy PZP. Izba zwraca bowiem uwagę, iż tak jak oświadczył Zamawiający w toku rozprawy, w jednostce [kopalni] został uruchomiony inny sposób wydobywania węgla - metodą strugową – i tym samym zmienił się sposób wykonywania chodnika. Wzrosły wymagania, co do obudów i stąd dodatkowe wymagania co do badań w tym zakresie należy uznać za uprawnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy i ograniczając kwotę wskazaną przez Odwołującego do wysokości 3 600,00 zł, zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....