

**WYROK**  
**z dnia 25 lutego 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska**  
**Izabela Kuciak**

**Protokolant: Renata Łuba**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23.02.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Nowosądecką Fabrykę Urządzeń Górniczych „NOWOMAG” S.A., 33-330 Nowy Sącz, ul. Jana Pawła II 27** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia **22 grudnia 2009 r.**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Nowosądecką Fabrykę Urządzeń Górniczych „NOWOMAG” S.A., 33-330 Nowy Sącz, ul. Jana Pawła II 27 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Nowosądecką Fabrykę Urządzeń Górniczych „NOWOMAG” S.A., 33-330 Nowy Sącz, ul. Jana Pawła II 27;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez Nowosądecką Fabrykę Urządzeń Górniczych „NOWOMAG” S.A., 33-330 Nowy Sącz, ul. Jana Pawła II 27 na rzecz**

**Kompani Węglowej S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Nowosądecką Fabrykę Urządzeń Górniczych „NOWOMAG” S.A., 33-330 Nowy Sącz, ul. Jana Pawła II 27;**

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Kompanię Węglową S.A., w trybie przetargu nieograniczonego na *„Leasing finansowy wraz z dostawą nowego przenośnika zgrzeblowego ścianowego oraz dostawa nowego elektrycznego wyłącznika wieloodpływowego dla KW S.A. Oddział KWK „Sośnica-Makoszowy” (nr postępowania 070901011/01)*, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 grudnia 2010 r., 2009/S 237-340106, wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w dniu 23 grudnia 2009r. protest do zamawiającego wniósł wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia – Nowosądecka Fabryka Urządzeń Górniczych „NOWOMAG” S.A. (odwołujący). Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 31 grudnia 2009 r. w części uwzględniając podniesione zarzuty. Od takiego rozstrzygnięcia odwołujący wniósł w dniu 11 stycznia 2010 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu.

Podniesione w proteście zarzuty dotyczyły postanowienia siwz: pkt XVI ust. 5 d), tj. żądania od wykonawców składających oferty w zakresie zadania nr 1 zobowiązania do dostarczenia wraz z przedmiotem zamówienia dokumentacji remontowej umożliwiającej przeprowadzenie remontu wraz ze zgodą producenta oferowanego przenośnika na wykonanie remontu po okresie gwarancyjnym. Wskazany zapis, zdaniem odwołującego narusza art. 7, art. 8 ust. 3, art. 22 ust 2, art. 29 ust 1 i 2 ustawy PrZamPubl, oraz art. 29 ustawy w zw. z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 41 ust 2 i nast. Ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Wykonawca podnosił, iż dokumentacja remontowa umożliwiająca przeprowadzenie remontu za zgodą producenta oferowanego przenośnika na wykonanie remontu po okresie gwarancyjnym nie jest niezbędną do wykonania przedmiotu umowy, a tym bardziej nie świadczy o posiadanych przez wykonawcę uprawnieniach do wykonania określonej działalności lub czynności oraz nie świadczy o posiadanej przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczeniu czy też dysponowaniu potencjałem technicznym i

osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Żądanie łącznie z dokumentacją remontową zgody producenta na wykonanie remontów pogwarancyjnych wykracza poza zakres przedmiotu zamówienia, przez co naruszona zostaje zasada uczciwej konkurencji. Ponieważ zgoda producenta (autoryzacja) wystawiana jest na konkretny podmiot, brak jego wskazania na obecnym etapie postępowania uniemożliwia jej uzyskanie. Wykonawca uznał za dopuszczalne samo żądanie przedstawienia samej dokumentacji, jednak w takiej sytuacji wskazywał na konieczność określenia w umowie pól eksploatacji, na jakich zamawiający miałby z niej korzystać, który to obowiązek wynika z art. 41 ust. 1 pkt 2 ustawy o prawie autorskim. Zamawiający nie będzie mógł przekazać dokumentacji podmiotom trzecim, które po okresie gwarancyjnym będą wykonywać remont dostarczonych urządzeń, co stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji polegający na przekazaniu, ujawnieniu lub wykorzystaniu cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Dodatkowo wskazał na możliwość utraty ważności Deklaracji Zgodności WE, w sytuacji gdy remont maszyny dokonany byłby przez podmiot nie będący jej producentem, ponieważ producent który wystawił Deklarację Zgodności WE nie będzie posiadał możliwości oceny zgodności i kontroli wewnętrznej w trakcie trwania remontu. Wskazane okoliczności, zdaniem wykonawcy przesądzają o braku zasadności żądania przedmiotowej dokumentacji, które dodatkowo zwiększa koszty po stronie zamawiającego. Wymaganie zgody producentów urządzeń ogranicza krąg wykonawców jedynie do producentów urządzeń będących przedmiotem zamówienia.

Zamawiający rozstrzygając protest uznał, iż użyte pojęcie „dokumentacja remontowa umożliwiająca wykonanie remontów”, jest pojęciem zbyt ogólnym, wymagającym jej dookreślenia, do którego się zobowiązał poprzez określenie minimalnego zakresu informacji, jakie winny być zawarte w dokumentacji remontowej, umożliwiającej zamawiającemu samodzielny lub zlecony sposób wykonania remontu po upływie gwarancji. Zamawiający uwzględnił również protest w zakresie dotyczącym praw autorskich, jednocześnie wskazując, iż wymaga w ramach przedmiotowego zamówienia i ceny, udzielenia licencji na nieodpłatne korzystanie z dokumentacji remontowej przez zamawiającego samodzielnie lub podmiotu trzeciego na potrzeby wykonywania remontów przez wynajętego wykonawcę. Zamawiający zapowiedział wprowadzenie odpowiednich zapisów w siwz.

W odwołaniu wykonawca podtrzymał zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PrZamPubl, poprzez nieprecyzyjne określenie przedmiotu, art. 7 i 22 ustawy PrZamPubl, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez zawężenie kręgu wykonawców do producentów przedmiotu zamówienia oraz art. 8 ust. 3 ustawy w zw. z art. 29 ustawy w zw. z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez założenie, że remonty pogwarancyjne mogą być wykonywane przez podmiot trzeci. Odwołujący wniósł o dokonanie zmian w treści

siwz poprzez wykreślenie zakwestionowanego zapisu ewentualnie wykreślenie zapisu dotyczącego wyrażenia zgody In blanco na wykonywanie remontów pogwarancyjnych.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Kwestionowany przez odwołującego zapis specyfikacji uległ na skutek modyfikacji siwz z dnia 01.02.2010 r. zmianie. Zamawiający zgodnie z rozstrzygnięciem protestu doprecyzował pojęcie dokumentacji remontowej, jak również dookreślił pola eksploatacji licencji, a także jego adresata. Zmiany te zostały dokonane po wniesieniu odwołania przez odwołującego. W postępowaniu zamawiający dokonał otwarcia ofert, w tym również oferty odwołującego się.

Izba uznała, iż modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonana została zgodnie z rozstrzygnięciem protestu przez zamawiającego w zakresie uwzględnionych zarzutów. Ponieważ zarzuty protestu oraz odwołania dotyczyły postanowienia specyfikacji dotyczącego żądania przedłożenia wraz z ofertą dokumentacji remontowej wraz ze zgodą producenta (pkt XVI.5.d), rozstrzygając odwołanie Izba miała również na uwadze jego brzmienie po modyfikacji siwz. Zamawiający wymagał dla zadania 1 od wykonawców oświadczenia o dostarczeniu wraz z przedmiotem zamówienia między innymi dokumentacji remontowej oferowanego przenośnika, umożliwiającą dokonanie jego remontu wraz ze zgodą producenta oferowanego przenośnika na wykonanie remontu po okresie gwarancyjnym (pierwotny zapis siwz.). Po modyfikacji z dnia 01.02.2010 r., zamawiający dokonał jego zmiany, nadając mu brzmienie: „dokumentację remontową oferowanego przenośnika, umożliwiającą dokonanie jego remontu przez Zamawiającego w zakładach własnych lub podmiotach zależnych (na podstawie art. 136 ustawy Pzp) po upływie gwarancji lub w przypadku utraty gwarancji zawierającą elementy jak opisano w pkt V.11 załącznika nr 1 do SIWZ (dotyczy zadania nr 1). Samo żądanie przedłożenia dokumentacji remontowej nie uległo zmianie. Izba uznała, iż żądanie to nie narusza wskazanych przez odwołującego przepisów art. 29 ust 1 i 2, art. 7 i 22 ustawy PrZamPubl. Żądanie złożenia oświadczenia w przedmiocie dotyczącym dokumentacji remontowej nie oznacza, iż zamawiający w sposób nieprecyzyjny opisał przedmiot zamówienia, który znajduje się w załączniku nr 1 do siwz. Odwołujący nie kwestionował samego opisu dotyczącego zamawianego urządzenia. Nie budziło wątpliwości Izby, iż od początku zamawiający oczekiwał dostarczenia wraz z przedmiotem zamówienia również dokumentacji remontowej. Dokonanie zmiany redakcyjnej siwz w załączniku nr 1 nie zmienia zakresu świadczenia wykonawcy, który od początku obejmował dostawę urządzenia wraz z dokumentacją remontową (zadanie 1). Taki zakres dostawy, Izba uznała za dopuszczalny i

uzasadniony potrzebami zamawiającego. Posiadanie dokumentacji remontowej umożliwi zamawiającemu dokonywanie remontów urządzenia po upływie okresu gwarancyjnego. Zamawiający w ten sposób zabezpiecza swoje interesy, stwarzając możliwość samodzielnego przeprowadzania remontów, lub ich dokonywania przez inne podmioty, nie koniecznie autoryzowane przez producenta urządzenia. Koszt dostarczanej dokumentacji remontowej zawiera się w cenie oferty, co nie budziło niczyich wątpliwości. Izba nie znalazła podstaw dla przyjęcia twierdzeń odwołującego, iż żądanie dostarczenia dokumentacji remontowej ogranicza konkurencję na rynku dostawców urządzeń górniczych. Podnoszona przez odwołującego argumentacja dotycząca zwiększenia kosztów po stronie wykonawcy, może być oceniana wyłącznie jako okoliczność dotycząca indywidualnej sytuacji podmiotu gospodarczego, nie mająca znaczenia dla oceny czynności zamawiającego. Izba nie przychyliła się do stanowiska odwołującego, jakoby brak wskazania w przepisach 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 oraz z 2006 r. Nr 124, poz. 863) dokumentacji remontowej, oznaczał, iż zamawiający nie może żądać jej przekazania. Odwołujący nie wskazał na przepisy zakazujące zamawiającemu objęcie dostawą urządzenia również dokumentacji jego dotyczącej.

Żądanie złożenia oświadczenia o dostarczeniu dokumentacji wraz z przedmiotem zamówienia nie można również oceniać, jako oświadczenia mającego potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, naruszającego art. 22 ustawy PrZamPubl. Potwierdza ono realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a nie zdolność podmiotową wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia. Ewentualne wątpliwości wykonawców co do zakresu informacji, jakie winna zawierać dokumentacja remontowa, powinny zostać rozwiane, gdyż zamawiający zapowiedział doprecyzowanie postanowień siwz w tym zakresie, co uczynił w modyfikacji z dnia 01.02.2010 w dodanym punkcie 11 do załącznika nr 1.

Izba oddaliła również zarzut czynu nieuczciwej konkurencji polegającej na udostępnianiu przez zamawiającego podmiotom nieuprawnionym dokumentacji remontowej stanowiącej tajemnicę przedsiębiorcy. Soko zamawiający dokonał zmiany postanowień specyfikacji w zakresie dotyczącym udzielanej licencji, poprzez wykreślenie pierwotnego zapisu o żądanej zgodzie producenta oferowanego przenośnika na wykonanie remontu po okresie gwarancyjnym, dalsze rozstrzygnięcie w tej materii stało się bezprzedmiotowe.

Należy zauważyć, iż zapis siwz w brzmieniu analogicznym jak w przedmiotowej sprawie był przedmiotem rozpoznania przez KIO w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP 1500/08 oraz Sąd Okręgowy w Katowicach (wyrok z 09.04.2009 r. sygn. akt XIX Ga 82/09).

Zarówno KIO, jak i SO potwierdziły możliwość żądania od wykonawców dokumentacji remontowej zamawianego urządzenia wraz ze zgodą producenta.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.). Na podstawie § 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami zamawiającego stanowiącymi koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie przedłożonego na rozprawie rachunku), Izba obciążyła odwołującego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:**

.....

.....