

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 1 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Barbara Bettman

**Członkowie:** Dagmara Gałczewska-Romek

Magdalena Grabarczyk

**Protokolant:** Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 1 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Rybnicką Fabrykę Maszyn "RYFAMA" Spółka Akcyjna ul. Bolesława Chrobrego 39, 44 - 200 Rybnik** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową Spółkę Akcyjną ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice** protestu z dnia 2 października 2009 r.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Rybnicką Fabrykę Maszyn "RYFAMA" Spółkę Akcyjną ul. Bolesława Chrobrego 39, 44 - 200 Rybnik** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczonego przez **Rybnicką Fabrykę Maszyn "RYFAMA" Spółka Akcyjna ul. Bolesława Chrobrego 39, 44-200 Rybnik,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Rybnicką Fabrykę Maszyn "RYFAMA" Spółkę Akcyjną ul. Bolesława Chrobrego 39, 44-200 Rybnik**, na rzecz **Kompanii Węglowej Spółki Akcyjnej ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Rybnickiej Fabryki Maszyn "RYFAMA" Spółkę Akcyjną ul. Bolesława Chrobrego 39, 44 - 200 Rybnik**.

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

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o zawarcie umowy ramowej na remont podzespołów przenośników zgrzeblowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 roku, podzielonym na 10 części (Dz. Urz. UE 2009/S 167 - 241458 z 1.09.2009 r.), w dniu 2 października 2009 r. został złożony protest, a następnie odwołanie (w zakresie części zamówienia od 3 do 10) przez Rybnicką Fabrykę Maszyn "RYFAMA" S.A.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Kompanii Węglowej S.A. w Katowicach naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655, Dz. U. z 2008 r. Nr 171 poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742), dalej ustawy Pzp, tj:

1) przepisu art. 180 ust. 3 pkt. 2 oraz ust. 7 ustawy, przez ich zastosowanie i odrzucenie protestu wykonawcy, jako wniesionego po terminie oraz naruszenie art. 180 ust. 2 cytowanej ustawy przez jego nie zastosowanie;

2) przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, przez uniemożliwienie wykonawcy skopiowania na własny koszt Dokumentacji Techniczno - Ruchowej (DTR-ek) dla zadań 3 -10;

3) art. 7 ust. 1 ustawy, przez pozbawienie wykonawcy możliwości ubiegania się o zamówienie na wykonanie zadań 3 - 10, co stanowi uchybienie zasadzie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

3) art. 38 ust. 4 ustawy, przez niedokonanie zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obejmujących punkty: XV ust. 1 lit. b), XV ust. 2 lit. a) SIWZ oraz załącznika nr 4 § 4 ust. 10 (istotnych postanowień umowy ramowej), pomimo zaistnienia

uzasadnionego przypadku dla wprowadzenia modyfikacji, gdyż wykonawcy nie są w stanie złożyć żądanych oświadczeń wymienionych w punktach XV ust. 1 lit. b) oraz XV ust. 2 lit. a) SIWZ, o czym zamawiający powziął wiadomość w oparciu o zapytania odwołującego z dnia 22 września 2009 roku i w efekcie zaistniała sytuacja konieczności wykluczenia z postępowania wszystkich wykonawców, którzy złożą oświadczenia zgodne z treścią SIWZ, a które to oświadczenia będą zawierały nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy).

Odwołujący powołał się na doznany uszczerbek interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia oraz wniósł o:

1. o dokonanie zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z treścią pytań wykonawcy nr: 7,8,9,10 i 20 w piśmie z dnia 22 września 2009 r., złożonym 23 września 2009 r.,

2. ewentualnie o unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów protestu odwołujący podał, że występował do zamawiającego z zapytaniami odnoszącymi się do postanowień SIWZ, w którym to piśmie postulował wprowadzenie określonych zmian, gdyż zdaniem odwołującego ustalone warunki prowadziły do ograniczania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dniu 25 września 2009 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ, jak i udzielił odpowiedzi odmownej na żądanie odwołującego udostępnienia mu Dokumentacji Techniczno Ruchowej (instrukcji użytkownika) dla zadań od 3 do 10, która to dokumentacja (przy niezmienionych zapisach SIWZ), zdaniem odwołującego stanowi warunek konieczny prawidłowego sporządzenia oferty w przedmiotowym postępowaniu i warunkuje prawdziwość oświadczeń, dotyczących zgodności wyremontowanych podzespołów przenośników zgrzeblowych z DTR (instrukcją użytkownika). Zamawiający w swojej odpowiedzi (w zakresie pytań nr 7-10) podtrzymał zapisy SIWZ i jednocześnie poinformował wykonawców, iż nie jest upoważniony do rozpowszechniania Dokumentacji Techniczno - Ruchowej (instrukcji użytkownika) dla zadań od 3 do 10, a zatem nie może ich wydać. Odwołujący zaznaczał, iż zamawiający wymaga aby remonty podzespołów poszczególnych przenośników zgrzeblowych wykonane zostały zgodnie z DTR (instrukcjami użytkownika), będącymi w jego posiadaniu. Natomiast jako wykonawca nie będący producentem przenośników wymienionych w zadaniach od 3 do 10, nie posiada DTR (instrukcji użytkownika) dla tych urządzeń. Formułując wymóg wykonania remontu zgodnie z określoną dokumentacją producenta i nie udostępniając jednocześnie tej dokumentacji wykonawcom - nie będącym producentem danego urządzenia, zamawiający tym samym ogranicza krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia wyłącznie do producentów urządzeń, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców, a ponadto

stoi w sprzeczności z dalszymi postanowieniami SIWZ, dopuszczającymi zastosowanie do remontów części zamiennych substytucyjnych z oryginalnymi.

Zamawiający wbrew zgłaszanym wnioskowi o zmianę postanowień SIWZ, pozostawił zapisy nakazujące złożenie oświadczeń, że wyremontowany podzespół odpowiadać będzie DTR (instrukcji użytkowania), a sam remont zostanie dokonany zgodnie ze wskazaniami DTR (instrukcji użytkowania). Odwołujący zwracał uwagę, że informacje dotyczące wykonywania remontów podzespołów przenośników zgrzeblowych zawarte są wyłącznie w dokumentacji konstrukcyjno – technologicznej producenta danej maszyny. Pomimo powyższych uwarunkowań, zamawiający wymaga złożenia deklaracji o treści wskazanej w pkt XV ust. 1 lit. b) i w punkcie XV ust. 2 lit. a) SIWZ, przez co może dojść do złożenia nieprawdziwych oświadczeń, które stanowiąc będą podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zdaniem odwołującego, identycznie wygląda sytuacja w zakresie dopuszczenia wykonywania remontów z zastosowaniem części substytucyjnych z oryginalnymi o tych samych parametrach technicznych. Wykonawca, który nie jest producentem, bez dostępu do dokumentacji konstrukcyjno – technologicznej, nie jest w stanie stwierdzić i poświadczyć, iż oferowane przez niego części zamienne są częściami substytucyjnymi z oryginalnymi i o tych samych parametrach technicznych. Na marginesie odwołujący zwrócił uwagę, że część substytucyjna nie może mieć „tych samych parametrów,” a jedynie może mieć „takie same parametry.” Z tych względów odwołujący wnosił o modyfikację SIWZ, gdyż zastosowanie części substytucyjnych uniemożliwiać będzie złożenie prawdziwych zapewnień, co do poziomu bezpieczeństwa urządzeń po ich remoncie.

Zamawiający nie zamieścił w SIWZ wymogu dołączenia do oferty odpowiednich certyfikatów dla części zamiennych, a zatem dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców nie dysponujących odpowiednią wiedzą i doświadczeniem. Wykonawca remontu wystawia odpowiednie dokumenty, kwalifikując wyremontowane urządzenie jako zdatne do dalszej pracy i posiadające odpowiednie parametry bezpieczeństwa w rozumieniu odnośnych przepisów prawa geologicznego i górniczego na warunkach pierwotnie określonych w deklaracji zgodności i w DTR (instrukcji użytkowania). Zamawiający żąda natomiast złożenia przez wykonawcę deklaracji, że nie doszło do wytworzenia wskutek remontu nowej maszyny, w związku z czym nie będzie konieczne ponowne wprowadzenie jej do obrotu.

Zdaniem odwołującego, zamawiający w § 4 ust. 10 wzoru umowy ramowej, żąda nieekwiwalentnych świadczeń – przewidując wynagrodzenie do 10% wartości brutto zamówienia wykonawczego i ograniczając prawo wykonawcy do zwrotu udokumentowanych kosztów w sytuacji stwierdzenia, że prowadzenie remontu w zakresie rozszerzonym jest nieopłacalne. Ograniczenie to prowadzi do pokrzywdzenia wykonawcy, gdyż same koszty transportu urządzenia mogą być wyższe niż 10 % wartości zamówienia.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 2 października 2009 r. do postępowania wywołanego protestem przystąpił w dniu 5 października 2009 r. wykonawca Nowosądecka Fabryka Urządzeń Górniczych Nowomag S.A., który poparł stanowisko odwołującego, stwierdzając, że jest jedynym podmiotem mogącym zrealizować zamówienie zgodnie z przepisami prawa.

Pismem z dnia 9 października 2009 r., doręczonym 12 października 2009 r. zamawiający odrzucił protest, jako wniesiony z uchybieniem terminu.

W uzasadnieniu tej decyzji podał, iż sformułowane przez odwołującego żądanie w zakresie dokonania wskazanych w proteście zmian SIWZ oraz podane uzasadnienie dla postulowanych czynności, a także treść przytoczonych przepisów prawa, których naruszenie przez zamawiającego zarzuca wykonawca, świadczą o tym, iż protest dotyczy treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wobec powyższego w związku z opublikowaniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2009 r. ogłoszenia o zamówieniu i udostępnieniem tego samego dnia SIWZ na stronie internetowej, z dniem 15 września 2009 r., upłynął termin, określony w przepisie art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, na skuteczne wniesienie protestu na treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie określił ani nie skonkretyzował czynności, którą kwestionował protestem, ograniczając się do lakonicznego stwierdzenia, że powziął wiadomość o naruszeniu przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych przez zamawiającego wskutek uzyskania informacji będących odpowiedzią na zadane zapytania do postanowień SIWZ. Odwołujący pominął fakt, że na jego pytania zostały udzielone wyjaśnienia, w których zamawiający wyraźnie podtrzymał kwestionowane postanowienia SIWZ, jak też udzielił informacji, że nie jest uprawniony do rozpowszechnienia dokumentacji techniczno - ruchowych, instrukcji użytkowania, oraz doprecyzował pojęcie "udokumentowanych poniesionych dotychczas kosztów" w zakresie remontu rozszerzonego. W opinii zamawiającego wyjaśnienia nie zmieniły treści kwestionowanych w proteście postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie została też dokonana wykładnia tych postanowień, z której wynikały by negatywne konsekwencje dla wykonawcy. Zdaniem zamawiającego, udzielone wyjaśnienia nie miały wpływu na możliwość złożenia przez wykonawców prawidłowo sporządzonej oferty. Wszystkie kwestie poruszane w proteście były znane z momentem udostępnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

Zarzut uniemożliwienia wykonawcy skopiowania na własny koszt wskazanych w pytaniu dokumentacji techniczno - ruchowych został postawiony jako naruszenie przepisu art. 7 w związku z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający zaznaczył, iż warunki udziału w

postępowaniu zostały podane zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jaki w treści specyfikacji, a w tym zakresie nie miała miejsca modyfikacja postanowień SIWZ. Oznacza to, iż podniesienie zarzutu co do określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencją, powinno nastąpić w terminie 14 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej. Dokonanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w uzasadnionych przypadkach w wyniku analizy pytań ze strony wykonawców jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego, a zatem za bezprzedmiotowe uznał zamawiający wskazanie na naruszenie przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Za zupełnie bezpodstawne uznał zamawiający zarzuty protestu, w kontekście potencjalnej możliwości powstania sytuacji wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt, 2 ustawy Pzp, tj. za złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Nie do zaakceptowania zdaniem zamawiającego jest pogląd, aby wykonawca przez zapytanie o wyjaśnienie treści SIWZ kwestionował poszczególne jej postanowienia z żądaniem ich zmian. Stosownie do treści przepisu art. 38 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie specyfikacji jedynie w celu doprecyzowania jej zapisów dla jasności i jednoznaczności zawartych wymagań. Natomiast wniesiony protest, oparty na treści zapytań złożonych do zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, zmierza do zaskarżenia treści konkretnie wskazanych postanowień SIWZ. Zauważył również, że odwołujący w sposób nieuprawniony wykorzystuje wymienioną wyżej regulację do przywrócenia terminu do wniesienia protestu na wymagania zawarte w SIWZ.

W odwołaniu wniesionym w dniu 21 października 2009 r. z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia protestu;
2. nakazanie wydania odwołującemu Dokumentacji Techniczno - Ruchowej (instrukcji obsługi) dla zadań od 3 do 10;
3. ewentualnie nakazanie zmian w SIWZ, zgodnie treścią pytań odwołującego 7-10 i 20;
4. ewentualnie nakazanie unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący ponowił argumentację protestu. Odnosząc się do jego odrzucenia, stwierdził, iż rozstrzygnięcie jest wadliwe narusza przepisy i nie może się ostać. W opinii odwołującego bezzasadnie zamawiający odrzucił protest, uznając go za wniesiony po terminie, albowiem protest został wniesiony w terminie 10 dni od dnia, w którym wykonawca powziął wiadomość o odmowie wydania Dokumentacji Techniczno - Ruchowej (instrukcji użytkownika) dla zadań od 3 do 10, przy jednoczesnej odmowie dokonania niezbędnych zmian w SIWZ. Wbrew odmiennym wywodom zamawiającego, żądanie

wydania Dokumentacji Techniczno - Ruchowej (instrukcji użytkowania) dla zadań od 3 do 10 nie stanowiło żądania zmiany SIWZ i warunków udziału w postępowaniu, a jedynie przekazanie informacji niezbędnych do prawidłowego sporządzenia deklaracji i oświadczeń załączonych do oferty. Skoro więc zamawiający wymagał aby remonty przekładni przenośników zgrzeblowych wykonane zostały zgodnie z DTR (instrukcjami użytkowania) (pkt. XV ust. 2 lit. a) SIWZ str. 7), winien uczynić zadość żądaniu wykonawcy i udostępnić wskazaną dokumentację lub alternatywnie, jeżeli nie jest uprawniony do jej rozpowszechniania - zmodyfikować SIWZ w tym zakresie, i to nie tylko dlatego, że wykonawca o to wnosił ale z uwagi na fakt, że niepodobna złożyć deklaracji o wykonaniu remontu zgodnie z DTR-ką bez wiedzy co dokument ten zawiera.

Stąd odwołujący wywiódł wniosek, iż protest we wskazanym powyżej zakresie nie dotyczył treści SIWZ lub warunków udziału w postępowaniu a jedynie czynności zamawiającego wyrażającej się w zaniechaniu wydania dokumentacji i informacji niezbędnych do sporządzenia oferty, a zatem został on wniesiony z zachowaniem terminu określonego w art. 180 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podtrzymał uzasadnienie zarzutu naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, przez uniemożliwienie wykonawcy skopiowania na własny koszt DTR-ek dla zadań od 3-10 (pkt. III ust. 1 SIWZ, str.1) i tym samym pozbawienie wykonawcy możliwości ubiegania się o zamówienie na wykonanie tych zadań. Nie zgodził się twierdzeniami, że zastosowanie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego, w sytuacji gdy z posiadanych przez zamawiającego informacji wynika konieczność dokonania zmian w treści SIWZ. Określenie "może" zamieszczone w hipotezie art. 38 ust. 4 Pzp oznacza bowiem kompetencję do dokonania zmian w SIWZ w uzasadnionych przypadkach, nie zaś arbitralne uprawnienie do ignorowania istotnych z punktu widzenia prawidłowości procedowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego okoliczności, mających decydujące znaczenie dla możliwości udziału w postępowaniu, a nawet odpowiedzialności prawno karnej. Wskazał, iż zgodnie z brzmieniem art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, z faktu, iż "w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia" wynika obowiązek dokonania tych zmian, jeżeli taki uzasadniony przypadek zaistniał. Przywołany przepis stanowi bowiem wyłącznie normę kompetencyjną do dokonania zmian w przypadku wystąpienia uzasadnionego przypadku. Nie oznacza jednak, możliwości zaniechania dokonywania zmian, wbrew zaistniałej konieczności i godnym ochrony interesom wykonawców. Dalej odwołujący wywodził, że posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia, albowiem jako producent przenośników zgrzeblowych (wykazanych w

zadaniach 1,2) jest jedynym podmiotem mogącym sprostać przedmiotowi zamówienia, w zakresie wymaganym obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający formułując postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wyżej określony, z jednej strony dopuszcza do wykonania zamówienia wykonawców nie posiadających odpowiedniej dokumentacji, wiedzy i doświadczenia do jego wykonania, a drugiej strony ogranicza przez odpowiednie zapisy SIWZ, udział w postępowaniu w niektórych zadaniach wyłącznie wykonawców będących producentami wskazanych urządzeń.

Pismem z dnia 28 października 2009 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca - Nowosądecka Fabryka Urządzeń Górniczych Nowomag SA, który powołał się na interes prawny w uzyskaniu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu dopuściła dowody z protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pytań wykonawców i udzielonych odpowiedzi, pism stron złożonych w postępowaniu protestacyjno odwoławczym.

Nadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron przedstawione do protokołu posiedzenia. Izba nie dopuściła Nowosądeckiej Fabryki Urządzeń „NOWOMAG” do postępowania odwoławczego, gdyż nie został przedstawiony dowód przekazania stronom kopii przystąpienia do odwołania przed otwarciem posiedzenia Izby, czego wymaga art. 184 ust. 4 Pzp.

Strony zgodnie stwierdziły, że termin składania ofert został wyznaczony na 15 grudnia 2009r.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przedmiotowe zamówienie obejmuje 10 części. Odwołujący kwestionuje czynności zamawiającego w odniesieniu do części od 3 do 10 dotyczącej remontu podzespołów przenośników zgrzeblowych produkcji firm: Patentus S.A., Niwka, Bucyrus Polska Sp. z o. o., Azis, Sigma, Nowomag S.A., DBT. Producentem przenośników zgrzeblowych w części 1 i 2 zamówienia jest odwołujący – Rybnicka Fabryka Maszyn RYFAMA S.A. Przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy ramowej na remonty przenośników zgrzeblowych w 2010 roku. Zamówienie realizacyjne zostanie udzielone wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa ramowa po złożeniu oferty wykonawczej i wyborze tej oferty. Kryterium oceny stanowi w 100% cena oferty. Punkt II ppkt 8 SIWZ przewiduje, że w zaproszeniu do składania ofert zamawiający określi warunki oraz szczegółowy zakres ilościowy i rzeczowy zamówienia wykonawczego, zgodnie z ustaleniami umowy ramowej.

Wymagania techniczno użytkowe określa załącznik nr 1 do SIWZ.



Zamawiający w punkcie X ppkt 2 SIWZ dopuszczał do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania remontów urządzeń - jak przedmiot zamówienia.

W punkcie XII ppkt 2 SIWZ wymagał złożenia oświadczeń przez wykonawców poświadczających okoliczności: czy wykonawca jest producentem urządzenia, autoryzowanym przedstawicielem producenta, upoważnionym przedstawicielem lub zakładem nie posiadającym autoryzacji ani upoważnienia producenta, wykonującym remonty na podstawie oceny zdolności zakładu remontowego, wydanej przez akredytowaną jednostkę certyfikującą w obszarze oceny dobrowolnej.

W punkcie XV ppkt 2 SIWZ, zamawiający wymagał, aby w przypadku gdy remont będzie wykonywany przez wykonawcę posiadającego ocenę zdolności do wykonywania prac remontowych została złożona deklaracja wystawiona przez wykonawcę (wzór 7b) do SIWZ , poświadczająca:

a) że remont podzespołów przenośników będzie wykonywany zgodnie z wskazaniami DTR (instrukcji użytkowania) z zastosowaniem oryginalnych części zamiennych lub certyfikowanych części zamiennych - substytucyjnych z oryginalnymi, o tych samych parametrach technicznych, spełniających wymagania aktualnych norm, posiadających certyfikaty zgodności wydane przez jednostki akredytowane,

b) że remont będzie gwarantował bezpieczną eksploatację i nie spowoduje wytworzenia nowego urządzenia - w związku z czym nie będzie wymagane wprowadzenie nowego urządzenia do obrotu zgodnie z aktualnym stanem prawnym.

W tabeli zawierającej podział zamówienia na części zamawiający zawarł informacje: nazwa remontowanego elementu, podał numer rysunku /dokumentacji/. Zamówienie zostało podzielone na części w zależności od producentów urządzeń. Zamawiający określił zakres remontu podstawowego. W punkcie IV zał. nr 1 do SIWZ podał, że zakres remontu poszerzonego będzie określony odrębnie przez eksperta zamawiającego. Po wykonaniu remontu zgodnie z ppkt 3 pkt IV załącznika nr 1 do SIWZ wykonawca miał przedłożyć deklarację zgodną z załącznikiem nr 8b do SIWZ. W ofercie cenowej należało podać nazwę remontowanego elementu wraz z numerem rysunku lub dokumentacji.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2009 r.

Producenci przenośników w zakresie części 7,8,9, 10 zamówienia, tj. firmy: Glinik Sp. z o. o., Azis Mining Service Sp. z o. o. , Nowosadecka Fabryka Urządzeń Górniczych Nowomag S.A. oraz Patenus S.A. oświadczyły w pismach na zapytanie odwołującego, że nie udostępniają dokumentacji konstrukcyjno - technologicznej, natomiast dokumentacja DTR nie zawiera wskazań do przeprowadzania remontów.

W odpowiedzi z dnia 23 września 2009 r. doręczonej 25 września oraz z 30 września 2009 r. zamawiający wyjaśnił, iż remont podzespołów przenośników zgrzeblowych musi być wykonany zgodnie z dobrą praktyką inżynierską wskazaniami określonymi w DTR (instrukcji użytkowania) z zastosowaniem oryginalnych części lub certyfikowanych części substytucyjnych z oryginalnymi o tych samych parametrach technicznych, spełniających wymagania aktualnych norm i przepisów, posiadających certyfikaty zgodności, potwierdzające spełnienie powyższych wymagań, wydane przez akredytowane jednostki certyfikujące.

Odwołujący zwrócił się w dniu 23 września 2009 r. o umożliwienie mu skopiowania na własny koszt DTR (instrukcji użytkowania) przenośników zgrzeblowych objętych zadaniami od 3 do 10, podając iż udostępnienie tych dokumentów jest warunkiem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający odpowiedzią w piśmie z dnia 23 września 2009 r. odmówił tym żądaniom, stwierdzając, że nie jest uprawniony do rozpowszechniania tej dokumentacji. Odmówił też wprowadzenia postulowanych zmian: wymogu wykonania remontu jedynie na podstawie dokumentacji konstrukcyjno - technologicznej, oraz dopuszczenia wyłącznie używania części oryginalnych, czym podtrzymał w całości postanowienia SIWZ. Wyjaśnił sposób rozliczania kosztów, w przypadku nieopłacalności naprawy. Rozporządzenie Ministra Gospodarki z 28.06.2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169 ze zm.) w § 3 definiuje pojęcie dokumentacji techniczno ruchowej, instrukcji wymienionych w przepisach określających zasadnicze wymagania dla wyrobów podlegających ocenie zgodności. W § 428 stanowi, że maszyny, urządzenia i instalacje (...) naprawia się w sposób określony w dokumentacji techniczno-ruchowej.

Izba zważyła co następuje.

Po przeanalizowaniu przytoczonych wyżej postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zgłoszonych przez odwołującego zarzutów oraz żądań, Izba stwierdza, iż dotyczą one postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Okoliczność bezsporną stanowi, iż specyfikacja została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dacie ukazania się ogłoszenia o zamówieniu, tj. dnia 1 września 2009 r. Stosownie do art. 180 ust. 1 Pzp na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia można wnieść protest do zamawiającego. Protest wnosi się zgodnie z ust. 3 pkt 2 art. 180 Pzp, tj. w terminie 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia, jak w niniejszym postępowaniu, jest równa lub przekracza kwoty

określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zatem ostatnim dniem na skuteczne złożenie protestu, zgodnie z ustaleniami zamawiającego, był dzień 15 września 2009 r. Izba podzieliła również stanowisko zamawiającego, że udzielone wyjaśnienia na zapytania wykonawców nie zmieniły postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w sposób jednoznaczny podtrzymał wszystkie warunki zawarte w SIWZ, kwestionowane w proteście odwołującego. Jedynie w sytuacji, gdy w wyniku wyjaśnień lub modyfikacji, dokonanych w trybie art. 38 ust. 4 Pzp, dojdzie do zmiany postanowień SIWZ, wykonawca jest uprawniony do wniesienia protestu wobec tych nowych postanowień od daty ich ogłoszenia, względnie przekazania do wiadomości w inny sposób. Jeżeli natomiast zamawiający w wyniku zapytań wykonawców podtrzymuje dotychczasową treść SIWZ, termin na zaskarżenie jej postanowień liczy się od daty publikacji na stronie internetowej - w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Izba zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, że obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób jak nakazuje art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, to jest - jednoznacznie wyczerpująco, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na złożenie oferty. Skoro odwołujący występował o udostępnienie mu do skopiowania dokumentacji techniczno ruchowej (instrukcji użytkownika) przenośników zgrzeblowych, których elementy będą stanowiły przedmiot remontu w częściach zamówienia od 3 do 10, oznacza to, iż uznawał specyfikację istotnych warunków zamówienia za niekompletną, nie pozwalającą na złożenie oferty. W takim przypadku protest również powinien zostać wniesiony w terminie określonym w cytowanym art. 180 ust. 1 i 3 pkt 2 Pzp - to jest w ciągu 14 dni od opublikowania SIWZ. Nie została wskazana żadna inna czynność zamawiającego, ani też zaniechanie dokonania prawem nakazanej czynności, której protest odwołującego by dotyczył poza postanowieniami SIWZ. Odwołujący pomija okoliczność, iż zaskarżone protestem postanowienia SIWZ były mu wiadome już od dnia ukazania się specyfikacji na stronie internetowej. Zarzut uniemożliwienia odwołującemu skopiowania na własny koszt wskazanych w pytaniu dokumentacji techniczno-ruchowych został oparty na przepisie art. 7 w związku z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, jako nierówne traktowanie wykonawców, stwarzające zróżnicowane warunki udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu zostały podane jednolicie w ogłoszeniu o zamówieniu, jaki w treści SIWZ, bez dokonywania modyfikacji w tym przedmiocie. Oznacza to, iż podniesienie zarzutu co do określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób, które mógłby utrudniać uczciwą konkurencją, powinno nastąpić w terminie 14 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej. Zatem z tej samej przyczyny zarzut należy również uznać za spóźniony. Wykonawca jest uprawniony, aby żądać modyfikacji SIWZ, ale jedynie wówczas, gdy jej postanowienia naruszają przepisy ustawy, które wykonawca przywołuje jako podstawę zarzutu. Natomiast przepis art. 38 ust. 4

ustawy Pzp stanowi zarazem normę kompetencyjną. Z samego faktu, iż zawiera on stwierdzenie, że modyfikacji SIWZ dokonuje się „w sytuacjach uzasadnionych,” wykonawca nie może wywodzić, że gdy uważa za celowe dokonanie zmian w SIWZ, a zamawiający odmawia ich dokonania, to istnieje podstawa do przypisania zamawiającemu - w dowolnym czasie, zarzutu zaniechania tej czynności. W każdym bowiem przypadku, w sytuacji korzystania przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej, należy dochować terminu ich wniesienia oraz wykazać, iż dokonana czynność lub zaniechanie czynności narusza przepisy ustawy, zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji narusza prawem chroniony interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia.

Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że odwołujący w sposób nieuprawniony stara się przekonywać, iż na udzielone odpowiedzi w odniesieniu do utrzymanych postanowień SIWZ, służył osobny termin na złożenie środków ochrony prawnej, liczony od daty ich pisemnego przekazania wykonawcy. W tym stanie rzeczy odrzucenie protestu, jako wniesionego po terminie, Izba uznała za w pełni uzasadnione treścią art. 180 ust. 7 Pzp.

Wniesienie protestu z uchybieniem terminu obligowało Izbę do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp, o czym Izba orzekła postanowieniem na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Z tytułu uzasadnionych kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, izba orzekła na rzecz zamawiającego w oparciu o złożony rachunek, kwotę 3600,00 zł. na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 ze zm.)

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*