

WYROK

z dnia 31 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Stanisław Sadowy

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Fabrykę Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A.

ul. Hutnicza 5-9, 42-600 Tarnowskie Góry

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Kompanię Węglową S.A.

ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

protestu z dnia 23 lutego 2009 r.

przy udziale **HYDROTECH S.A. ul. Poligonowa 21, 44-251 Rybnik**

zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Fabrykę Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A. ul. Hutnicza 5-9, 42-600 Tarnowskie Góry i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Fabrykę Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A. ul. Hutnicza 5-9, 42-600 Tarnowskie Góry,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Fabryki Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A. ul. Hutnicza 5-9, 42-600 Tarnowskie Góry**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę wszelkich części zamiennych do obudów ścianowych produkcji Tagor dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2009 roku (nr sprawy 330804375/01)*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 grudnia 2008 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2008/S 245-326723. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

23 lutego 2009 r. Hydrotech S.A. złożyła protest na treść wstępnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którą otrzymała od Zamawiającego 13 lutego 2009 r. zarzucając Zamawiającemu, iż w rozdziale III pkt V specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuścił możliwość złożenia ofert obejmujących certyfikowane części zamienne, substytucyjne w stosunku do oryginalnych wskazując, iż są to części zamienne wykonane przez podmiot inny niż producent maszyny/urządzenia, wg rysunku oraz dokumentacji własnej tego podmiotu, poddane ocenie zgodności ich właściwości z dokumentacją techniczną oraz wymaganiami

stosownych norm i przepisów potwierdzonej certyfikatem. Certyfikat zaś musi określać zakres zastosowania części zamiennej w maszynie/urządzeniu, którego przedmiot zamówienia dotyczy. W związku z tym wymaganiem Zamawiający zażądał przedstawienia wraz z ofertą wstępną:

1. oświadczenia wykonawcy, iż oferowane substytucyjne certyfikowane części zamienne są fabrycznie nowe, a możliwość ich stosowania w obudowach ścianowych produkowanych przez TAGOR potwierdzają załączone certyfikaty jednostki certyfikującej/notyfikowanej,
2. certyfikatu zgodności właściwości oferowanych części zamiennych substytucyjnych z wymaganiami stosownych norm i przepisów, wydanego (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez akredytowaną jednostkę certyfikującą/notyfikowaną wskazującego na możliwość ich stosowania w obudowach ścianowych konkretnego typu (produkcji TAGOR).

Zdaniem protestującego wymóg wskazania w certyfikatach lub opiniach wydanych przez jednostki certyfikujące/notyfikowane dotyczących części zamiennych substytucyjnych typu obudowy zmechanizowanej jest nieuprawniony i nie znajduje podstaw prawnych, a w praktyce jest wręcz niemożliwy do wykonania, a więc uniemożliwi mu, jak i innym producentom części substytucyjnych, złożenie oferty, a tym samym w sposób nieuzasadniony wzmocni w postępowaniu pozycję producenta części oryginalnych. Protestujący zanegował też konieczność złożenia certyfikatów, ze względu na wysoki koszt jego uzyskania, już na etapie oferty wstępnej.

25 lutego 2009 r. Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, a 27 lutego 2009 r. do postępowania przystąpiła, po stronie Zamawiającego, Fabryka Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A.

4 marca 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest częściowo go uwzględniając, o czym powiadomił wykonawców 5 marca 2009 r.

12 marca 2009 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 16 marca 2009 r.) odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w zakresie jego uwzględnionej części tj. wymaganych certyfikatów

zgodności dla części substytucyjnych i zapowiedzianej modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Odwołującego w wyniku dokonanej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia naruszony zostanie art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż przedmiot zamówienia nie będzie uwzględniał wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Wskutek powyższego interes prawny Odwołującego może doznać uszczerbku w związku z ograniczeniem możliwości uzyskania zamówienia, ze względu na wystąpienie wady postępowania i konieczność jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia przedkłada się wprost na możliwości uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na uwzględnieniu protestu.

Protestujący zarzucił, iż postanowienia pkt. V i XI.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia naruszają m.in. art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak oprotestowane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dotyczą warunków udziału w postępowaniu, lecz służą potwierdzeniu, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w związku z czym zarzut ten jest zarzutem bezzasadnym.

Nie można także zgodzić się również z twierdzeniem, iż postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące:

1. posiadania wymaganych certyfikatów określających zakres zastosowania części zamiennych w maszynie/urządzeniu, którego przedmiot zamówienia dotyczy (pkt V specyfikacji istotnych warunków zamówienia) oraz
2. obowiązku złożenia przez producenta substytucyjnych części zamiennych wyprodukowanych wg własnej dokumentacji:
 - a) oświadczenia, że oferowane substytucyjne części zamienne są fabrycznie nowe, a możliwość ich zastosowania w obudowach ścianowych produkcji Tagor potwierdzają załączone certyfikaty,
 - b) certyfikatu zgodności właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i przepisów, wydane przez

akredytowane jednostki certyfikujące/jednostki notyfikowane, wskazujące możliwość ich stosowania w obudowach ścianowych produkcji Tagor,

naruszały zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający słusznie wymagał posiadania certyfikatu potwierdzającego, iż części zamiennie oferowane przez wykonawców będących producentami substytucyjnych części zamiennych mogą być stosowane w konkretnych obudowach ścianowych produkcji Tagor. Wszystkie obudowy zmechanizowane stosowane przez Zamawiającego zostały wykonane na podstawie dokumentacji producenta w tym m.in. Odwołującego i posiadają obowiązkowy certyfikat wydany przez jednostkę notyfikowaną, na podstawie którego producent wystawia deklarację zgodności dla tej obudowy. Na wszystkie stosowane części zamiennie Odwołujący posiada także stosowne certyfikaty wydane przez jednostki notyfikowane. W związku z powyższym prawo zastosowania także substytucyjnych części zamiennych w konkretnej obudowie zmechanizowanej powinno być uwarunkowane posiadaniem stosownego certyfikatu, potwierdzającego nie tylko, iż taka część została wykonana zgodnie z obowiązującymi przepisami, lecz także, że może być zastosowana w konkretnych typach obudów. Producent części zamiennych „substytucyjnych” wytwarza je w oparciu o własną dokumentację i nie są mu znane założenia konstrukcyjno-technologiczne producenta obudowy. Proces konstruowania obudowy jest procesem złożonym i składa się z szeregu działań zakończonych uzyskaniem certyfikatu zgodności dla całego urządzenia, potwierdzającego, iż urządzenie jest zgodne z normą EN 1804 i zapewnia wysokie bezpieczeństwo dla osób korzystających z obudowy i urządzeń z obudową współpracujących. Jednak brak przedmiotowego certyfikatu dla części zamiennych nie pozwala na zapewnienie, iż obudowa zmechanizowana, w której zastosowano substytucyjne części, będzie posiadała te same właściwości co wyrób pierwotny, bowiem zastosowanie części substytucyjnych może powodować zmiany cech obudowy – walorów użytkowych i wytrzymałościowych.

Zgodnie z § 117 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 20 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn i elementów bezpieczeństwa (Dz.U. Nr 259, poz. 2170) producent powinien przeprowadzić odpowiednie badania i próby elementów składowych, osprzętu lub gotowych maszyn, do których stosuje się procedurę, o której mowa w § 116 ust. 1 (tj. deklarowanie zgodności WE), aby stwierdzić, że ich konstrukcja albo wykonanie zezwalają na bezpieczny montaż i oddanie maszyny do eksploatacji. W związku z powyższym także producent „substytucyjnych” części zamiennych powinien przeprowadzić badania i próby części pod kątem zastosowania w obudowach konkretnego typu, aby stwierdzić, że ich konstrukcja albo wykonanie zezwalają na bezpieczny montaż i zastosowanie, a obudowa zmechanizowana, w której zostanie zastosowana substytucyjna część nie utraci swoich właściwości technicznych i bezpieczeństwa.

Także § 428 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 z późn. zm.) stwierdza, iż *maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje i naprawia w sposób określony w dokumentacji techniczno – ruchowej*, co ma zagwarantować odpowiedni poziom bezpieczeństwa i z którego to wynika, że części zamienne należy stosować na warunkach i w sposób określony w dokumentacji techniczno – ruchowej obudowy zmechanizowanej.

Ze względu na bezpieczeństwo pracy w podziemnych wyrobiskach górniczych podmiot produkujący części zamienne i równocześnie nieposiadający autoryzacji producenta części oryginalnych powinien posiadać certyfikat wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą/jednostkę notyfikowaną dla konkretnej części zamiennej, z którego będzie wynikało, iż może być zastosowana w konkretnym typie obudowy zmechanizowanej.

Dokonanie przez Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny spowoduje, że złożone oferty nie będą porównywalne – Odwołujący dostarczy części zamienne gwarantujące, iż obudowa naprawiona w oparciu o nie będzie posiadała wszystkie cechy techniczne odpowiadające wyrobowi pierwotnemu, zaś pozostali wykonawcy dostarczą części, o których nie będzie

wiadomo, czy mogą zostać wykorzystane w konkretnym typie obudowy zmechanizowanej oraz nie gwarantujące, iż urządzenie powstałe w wyniku ich zastosowania będzie odpowiadało cechom technicznym wyrobu pierwotnego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści wstępnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego interes prawny w uzyskaniu zamówienia dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy natomiast w niniejszej sprawie bezsporne jest, iż pozostawienie treści wstępnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pierwotnym brzmieniu wyraźnie zwiększa prawdopodobieństwo uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Przedstawione przez Strony podczas rozprawy dokumenty nie istotnego mają znaczenia dla postępowania odwoławczego, gdyż nie odnoszą się do kwestii prawnej związanej z niniejszym odwołaniem, tj. czy Zamawiający mógł dokonać kwestionowanej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W spornym dokumencie (certyfikacie ze wskazaniem typu urządzenia, tj. nazwy producenta i modelu obudowy) Odwołujący upatruje gwarancji jakości części zamiennych nie będących oryginalnymi częściami produkowanymi przez producenta obudów – ich pełnej kompatybilności z obudowami ścianowymi – czym jest zainteresowany nie tylko jako konkurent Przystępującego w niniejszym postępowaniu, ale także jako producent

obudów. Dążenie to jest zrozumiałe z ekonomicznego punktu widzenia Odwołującego. Jednak należy zauważyć, iż określenie dokumentów wymaganych od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest prawem podmiotowym Zamawiającego, więc, póki tego prawa nie nadużywa (nie narusza art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), nie ma podstaw do narzucania mu dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań przez niego określonych, które dodatkowo, są mu niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający powinien tak prowadzić postępowanie, aby zachować pomiędzy wykonawcami uczciwą konkurencję. Zamawiający ma także prawo i obowiązek, by dbać o własne interesy ekonomiczne poprzez zapewnienie sobie jak największej liczby akceptowalnych ofert. W odniesieniu zaś do jakości części zamiennych substytucyjnych i zapewnienia bezpieczeństwa ich stosowania – są to kwestie, które Zamawiający będzie miał sposobność omówić podczas negocjacji z wykonawcami.

Jakkolwiek przeprowadzenie badania przez jednostkę notyfikowaną/certyfikującą na zlecenie producenta części zamiennych substytucyjnych nie jest niemożliwe, jasne jest także, iż jest kosztowne i czasochłonne i w praktyce spowoduje znaczne ograniczenie złożonych w niniejszym postępowaniu ofert. Skoro więc jeszcze przed składaniem ofert wstępnych Zamawiający otrzymał informację, iż postawione żądanie dostarczenia certyfikatu odnoszącego się do danego typu obudowy (TAGOR) spowoduje niemożność złożenia ofert przez innych wykonawców niż producent obudowy, miał prawo zmodyfikować swoje wymagania w celu zwiększenia konkurencyjności. Takie działanie trudno uznać za naruszające przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, które to naruszenie jest wskazane w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) 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:

.....

.....