

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Aneta Mlącka

Andrzej Niwicki

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 01.04.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Rybnicką Fabrykę Maszyn „RYFAMA” Spółka Akcyjna, 44-200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 39** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową Spółka Akcyjna, 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 16 lutego 2010 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Rybnicką Fabrykę Maszyn „RYFAMA” Spółka Akcyjna, 44-200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 39 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 **Rybnicką Fabrykę Maszyn „RYFAMA” Spółka Akcyjna, 44-200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 39;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Rybnicką Fabrykę Maszyn „RYFAMA” Spółka Akcyjna, 44-200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 39** na rzecz **Kompanię Węglową Spółka**

Akcyjna, 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione 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 **Rybnicką Fabrykę Maszyn „RYFAMA” Spółka Akcyjna, 44-200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 39;**

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego sektorowego – Kompanię Węglową S.A. w trybie przetargu nieograniczonego na *„remont przekładni przęsośników zgrzebłowych dla Oddziałów Kompani Węglowej S.A. w 2010 roku (postępowanie prowadzone w celu zawarcia umowy ramowej z wykonawcami wyłonionymi w niniejszym postępowaniu, nr sprawy 330901386/01)”*, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2009 r., S 167-241462, wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze ofert w zadaniach 5-8 oraz zaniechaniu wykluczenia wykonawców z postępowania, w dniu 16 lutego 2010r. protest do zamawiającego wniósł wykonawca Rybnicka Fabryka Maszyn „RYFAMA” S.A. (odwołujący). Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 25 lutego 2010 r. oddalając go, doręczając pismo odwołującemu w dniu 26 lutego 2010 r.. Od takiego rozstrzygnięcia odwołujący wniósł w dniu 8 marca 2010 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu.

O czynnościach zamawiającego odwołujący powziął wiedzę ze strony internetowej, na której w dniu 8 lutego 2010 r. zamawiający zamieścił informację o wynikach postępowania oraz z zawiadomienia przekazanego przez zamawiającego faksem w tym samym dniu.

W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzuty zgłoszone w proteście naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PrZamPubl, do których doszło na skutek wyboru w zadaniach 5-8 ofert wykonawców: GLIMAG Sp. z o.o., MARAT Rybnik Sp. z o.o., ARTECH Chwołak Piotr, REMONTEX R. Śliwa, K. Śliwa Spółka Jawna, podlegających wykluczeniu ewentualnie ich oferty odrzuceniu oraz na skutek zaniechania wykluczenia z postępowania w częściach 6 i 7 wykonawcy Starmet Spółka z o.o. Wniósł o unieważnienie czynności wyboru ofert w zakresie zadań 5-8, wykluczenie wykonawców ewentualnie o odrzuceniu tych ofert.

W stosunku do wykonawców, których oferty zostały wskazane w zadaniach 5-8, odwołujący powoływał się na okoliczność, która winna prowadzić do ich wykluczenia z

postępowania, z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, dotyczących złożonych oświadczeń o treści stanowiącej załącznik nr 7b do siwz, a w przyszłości oświadczenia o treści stanowiącej załącznik 8b do siwz. Złożenie wskazanych powyżej oświadczeń stanowić ma również o naruszeniu art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji, gdyby okazało się, że wykonawcy zapoznali się z DTR/Instrukcją użytkowania remontowanych urządzeń, co winno prowadzić do odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PrZamPubl.

W stosunku do oferty Starmet Sp. z o.o., złożonej na zadania 6 i 7, odwołujący odwoływał się również do złożonych oświadczeń o treści stanowiącej załącznik nr 7b do siwz, a w przyszłości oświadczeń o treści stanowiącej załącznik 8b do siwz, które zawierać mają nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Wykonawcy w celu potwierdzenia prawidłowego wykonania remontu przekładni mieli złożyć własną deklarację, że „remont wykonany został zgodnie z dobrą praktyką inżynierską oraz wskazaniami określonymi w DTR/instrukcji użytkowania...”, stanowiącą załącznik nr 7b i 8b do siwz. Ponieważ odwołujący posiada wyłączne prawo do korzystania z wszelkiej dokumentacji związanej z eksploatacją przekładni do przenośników zgrzeblowych, których remontu dotyczy przedmiotowe postępowanie, a zamawiający, któremu została przekazana DTR/Instrukcja użytkowania przekładni nie mógł jej udostępnić osobom trzecim, to zdaniem odwołującego wykonawcy nie mogli zapoznać się z DTR, co potwierdzili w treści oświadczeń. Składając oświadczenia nie posiadali wiedzy o tym co dokument ten zawiera, co wskazuje na nieprawdziwą treść oświadczenia mającego istotne znaczenie dla prowadzonego postępowania. Odwołujący z ostrożności podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PrZamPubl opierając go na treści oświadczeń stanowiących załącznik nr 7b do siwz, a w przyszłości załącznik 8b do siwz. Gdyby wykonawcy zapoznali się z DTR/Instrukcją użytkowania remontowanych urządzeń bez zgody właściciela, to zdaniem odwołującego, prowadziłyby to do naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, poprzez pozyskanie informacji, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności z naruszeniem art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W odwołaniu dodatkowo podkreślił konieczność posiadania przez wykonawcę przeprowadzającego remont oceny zdolności do wykonania remontów wydaną przez jednostkę notyfikowaną, jak również przeprowadzenia tego remontu zgodnie z DTR w sposób gwarantujący bezpieczną eksploatację wyremontowanej przekładni, który nie spowoduje wytworzenia nowego urządzenia.

Zamawiający oddalając protest wskazał na błędne przywołanie podstawy prawnej zarzutu w brzmieniu obecnie obowiązującej ustawy, tj. art. 24 ust. 2 pkt 3, w odniesieniu do postępowania prowadzonego na zasadach dotychczas obowiązujących (ogłoszonego w dniu

1 września 2009 r.). Odwołujący powinien sformułować zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PrZamPubl. Niezależnie od powyższego, zamawiający uznał, iż odwołujący nie wykazał niebudzących wątpliwości okoliczności, iż wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje, które mają wpływ na wynik postępowania. Z faktu, iż odwołujący jest producentem przekładni do przenośników zgrzeblowych oraz jego twierdzeń o przysługiwaniu mu wyłącznych praw do dokumentacji, zdaniem zamawiającego nie wynika, że wykonawcy świadomie w sposób bezsporny i ewidentny podali nieprawdziwe informacje, a także, że ich zamiarem było posłużenie się informacją nieprawdziwą w celu wywarcia wpływu na wynik postępowania. Zamawiający odwołał się do treści warunku udziału w postępowaniu – posiadania uprawnień do wykonania remontów w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia, na którego potwierdzenie wykonawcy nie będący producentami przenośników mieli przedłożyć ocenę zdolności do wykonywania remontu, wydaną przez akredytowaną jednostkę certyfikującą w obszarze oceny dobrowolnej. Przedłożone w ofertach oceny uprawniały wykonawców do złożenia oświadczeń zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik Nr 7b i 8b do siwz. Zamawiający nie uznał się władnym oceniana postępowania prowadzonego przez akredytowane jednostki certyfikujące/notyfikujące, żądając dokumentów w oparciu o które te jednostki wydały ocenę zdolności do wykonywania remontów w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia. Zamawiający uznał, iż odwołujący w celu ochrony swoich praw winien dochodzić roszczeń od wykonawcy na drodze postępowania sądowego, a nie w drodze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych. Z tych względów zamawiający stwierdził, iż brak jest przesłanek do wykluczenia wykonawców wskazanych przez odwołującego.

Zamawiający oddalając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy uznał, iż odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby uprawdopodobnić, że złożenie ofert przez wymienionych wykonawców stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający mając na względzie dążenie do zapewnienia szerokiej konkurencji nie dyskryminował żadnego z wykonawców, którzy złożyli oferty na zadania nr 5-8.

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

W toku posiedzenia Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 5 ustawy PrZamPubl w związku z okolicznościami na, jakie wskazywał odwołujący w postępowaniu odwoławczym zakończonym postanowieniem KIO sygn. akt KIO/UZP 1574/09 z dnia 1 grudnia 2009 r. Odwołanie w sprawie, którego zapadło postanowienie Izby, dotyczyło treści specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, w tym wymaganego oświadczenia o treści wskazanej w załączniku nr 7b i 8b, co jednak zdaniem składu orzekającego nie wypełnia przesłanki do odrzucenia odwołania wniesionego na czynność oceny ofert. Odrzucając odwołanie Izba nie rozstrzygała o okoliczności złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. W związku z powyższym Izba uznała, iż odwołanie dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców, ewentualnie odrzucenia ofert, było wniesione skutecznie i podlegało rozpoznaniu.

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl wyrażający się w dążeniu do zapewnienia zawarcia umów ramowych wyłącznie z wykonawcami spełniającymi warunki udziału w postępowaniu, których oferty są zgodne z treścią siwz. W interesie każdego wykonawcy będącego uczestnikiem postępowania jest, aby zamawiający prowadził postępowanie w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Określenie grona wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowy ramowe będzie decydujące dla ustalenia podmiotów, którym zamawiający będzie udzielał zamówień.

W zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba uznała, iż na skutek wyboru ofert w zadania 5-8 nie doszło do naruszenia przepisów ustawy i na tej podstawie Izba oddaliła odwołanie.

Podanie podstawy prawnej zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wskazanych w treści odwołania, oparte na okoliczności podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, obowiązującej po wejściu w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. wprowadzającej zmiany w ustawie PrZamPubl, nie stanowiło przeszkody dla merytorycznego rozpoznania odwołania w tym zakresie. Odwołujący winien stosować przepisy obowiązujące do dnia wejścia w życie ustawy zmieniającej, co nastąpiło 22.12.2009 r. i jako podstawę prawną zarzutu wskazać na przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PrZamPubl.

Zarzut ten był tożsamy w stosunku do wszystkich wykonawców wskazanych w treści odwołania i opierał się na takiej samej podstawie faktycznej, dotyczącej złożonych oświadczeń o treści stanowiącej załącznik nr 7b do siwz, a w przyszłości oświadczeń o treści stanowiącej załącznik nr 8b do siwz.

W ocenie składu orzekającego Izby, treść przywołanych oświadczeń nie dotyczyła potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a ich złożenie było wymagane w celu potwierdzenia wykonania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymaganiem zamawiającego dokonania naprawy w sposób określony w dokumentacji techniczno-ruchowej w rozumieniu przepisu § 3 pkt 1 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.). Oświadczenia te były wymagane od wykonawców nie będących producentem przekładni przenośnika zgrzeblowego i nie posiadających autoryzacji producenta, których zdolność do wykonania remontu była potwierdzana oceną dokonaną przez akredytowaną jednostkę certyfikującą/notyfikującą w obszarze oceny dobrowolnej.

W ocenie KIO, wykonawcy składający oświadczenie o treści zgodnej z załącznikiem nr 7b i 8b do siwz nie podali informacji nieprawdziwej, mającej wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Izba uznała twierdzenia odwołującego za gołosłowne i nie znajdujące potwierdzenia w stanie faktycznym i prawnym sprawy ustalonym w toku rozprawy. Odwołujący wywodził nieprawdziwość informacji zawartej w oświadczeniach z okoliczności konieczności wykonania remontu przekładni ze wskazaniami określonymi w Dokumentacji Techniczno Ruchowej, stanowiącej jego własność, w oparciu o którą urządzenie jest eksploatowane i zostało wprowadzone do obrotu. Wprawdzie w treści oświadczeń wykonawcy odwoływali się do DTR/ instrukcji użytkownika, to jednak zdaniem Izby nie oznacza to, iż wykonawcy złożyli nieprawdziwe oświadczenia o wykonaniu remontu przekładni zgodnie z wymaganiami określonymi w DTR/ instrukcji użytkownika. Jak potwierdził sam odwołujący DTR, stanowiąca jego własność nie zawiera wskazań dotyczących remontu przekładni, jedynie wytyczne dotyczące eksploatacji, instalowania i użytkowania urządzenia. Na tej podstawie Izba uznała, iż DTR o której mowa w oświadczeniu nie musiała dotyczyć dokumentacji techniczno-ruchowej opracowanej na etapie wprowadzenia wyrobu do obrotu. Na konieczność prowadzenia remontu urządzeń w oparciu o dokumentację techniczno-ruchową producenta nie wskazuje również treść rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy (...), powoływanego przez obie strony. Mowa jest w nim jedynie o dokumentacji techniczno-ruchowej, które to określenie zastąpiło wcześniejsze odwołanie się w § 428 do dokumentacji techniczno-ruchowej producenta. W oparciu o treść rozporządzenia dokonywana jest ocena zdolności do wykonywania remontów maszyn i urządzeń, co do których wymaga się spełnienia zapisów mających zastosowanie dla urządzeń budowy przeciwwybuchowej. Ocena ta dokonywana jest przez jednostkę akredytowaną w oparciu o dokumentację własną remontującego. Wskazuje to na dopuszczalność prowadzenia remontów nie tylko przez samych producentów lub ich autoryzowanych przedstawicieli, ale także przez podmioty, które uzyskały pozytywną ocenę zdolności zakładu remontowego. Izba nie przychyliła się do stanowiska odwołującego, w którym wskazywał na możliwość wykonania remontu w oparciu o DTR, która nie była podstawą wprowadzenia urządzenia do obrotu z tym zastrzeżeniem, iż w takim przypadku wyremontowane urządzenie wymagałoby jego wprowadzenia do obrotu, jako nowego urządzenia. Zgodnie z wytycznymi Zakładu

Badań Atestacyjnych Centrum Mechanizacji Górnictwa KOMAG w sprawie remontów maszyn i urządzeń ze szczególnym uwzględnieniem urządzeń budowy przeciwwybuchowej, dopiero remont modernizacyjny traktowany jest jako produkcja nowego wyrobu, co nie jest przedmiotem zamówienia. Na tej podstawie nie znalazło uzasadnienie twierdzenie odwołującego o nieprawdziwości oświadczenia wykonawców, którzy potwierdzali, iż „remont (...) nie spowoduje wytworzenia nowego urządzenia – w związku z tym nie będzie wymagane dokonanie ponownego wprowadzenia wyrobów do obrotu, zgodnie z obowiązującym stanem prawnym”.

Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PrZamPubl, za nieudowodniony przez odwołującego. Odwołujący jedynie domniemywał możliwości zaistnienia w przyszłości sytuacji, w której miałyby dojść do naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wskazanych wykonawców. Sytuacja taka pozostaje poza zakresem kognicji Izby, która nie może orzekać co do zdarzeń przyszłych, do jakich może dojść poza procedurą postępowania przetargowego. W przypadku naruszenia tajemnicy przedsiębiorcy, będzie mógł on dochodzić swoich roszczeń przed sądem powszechnym. Ustawa Prawo Zamówień Publicznych nie wprowadza środków prawnych do dochodzenia roszczeń związanych z ochroną tajemnicy przedsiębiorcy. Tym samym, zarówno protest jak i odwołanie nie mogło prowadzić do odrzucenia oferty w oparciu o stwierdzenie odwołującego nie mające oparcia w rzeczywistym stanie. Samo złożenie ofert przez wykonawców nie będących producentem urządzenia, jak również autoryzowanym jego przedstawicielem, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Możliwość uczestniczenia w postępowaniu innych podmiotów, poza producentem oraz jego przedstawicielami, stanowi o rozszerzeniu konkurencji poprzez dopuszczenie większego grona podmiotów, jakie mogą złożyć ofertę w postępowaniu. Zatem, sam fakt złożenie oferty nie jest wystarczający dla ustalenia okoliczności, na którą wskazywał odwołujący.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i orzekła 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 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:

.....

.....