

**Sygn. akt: KIO 474/10**

**WYROK**  
**z dnia 13 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska**

**Anna Packo**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Rybnicka Fabryka Maszyn „RYFAMA” S.A., 44-200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 39** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30.**

przy udziale **Zakład Maszyn Górniczych „GLINIK” Sp. z o.o., 38-320 Gorlice, ul. Michalusa 1** oraz **PATENTUS S.A., 43-200 Pszczyna, ul. Górnośląska 11** zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Rybnicka Fabryka Maszyn „RYFAMA” S.A., 44-200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 39**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wniesiony przez

**Rybnicka Fabryka Maszyn „RYFAMA” S.A., 44-200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 39** w poczet kosztów postępowania,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Rybnicka Fabryka Maszyn „RYFAMA” S.A., 44-200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 39** na rzecz **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed KIO.
3. Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 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:**

.....

.....

**U z a s a d n i e**  
**wyroku z dnia 13 kwietnia 2010 r.**

Odwołujący – Rybnicka Fabryka Maszyn „RYFAMA” S.A. w Rybniku złożył odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na „Leasing finansowy wraz z dostawą nowego przenośnika zgrzeblowego ścianowego, nowego przenośnika zgrzeblowego podścianowego wraz z nową kruszarką oraz dostawą urządzenia do przekładki przenośnika podścianowego dla KW S.A. Oddział KWK Ziemowit”.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie

art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc poprzez takie ukształtowanie treści i celu umowy, które sprzeciwia się właściwościom tej umowy i zasadom współżycia społecznego, a polegające na takim ukształtowaniu przedmiotu zamówienia, który uzależnia dostawę przenośnika zgrzeblowego ścianowego od dostarczenia Zamawiającemu nieodpłatnie dokumentacji remontowej, która nie jest niezbędna do realizacji dostawy i wymusza na wykonawcy ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa;

art. 29 ust. 2 ustawy w zw. z art. 11 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wymuszający konieczność udostępnienia Zamawiającemu, istotnej części dokumentacji technologicznej producenta, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa i pozostającej pod ochroną prawa wraz z licencją na udostępnianie tej dokumentacji osobom trzecim;

art. 7 ustawy poprzez określenie warunków udziału w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez zawężenie kręgu Wykonawców spełniających wskazane wymagania do producentów przedmiotu zamówienia, gdyż jedynie producenci mogą udzielić autoryzacji do wykonywania remontów pogwarancyjnych;

art. 32 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 1 i 13 ustawy poprzez ustalenie szacunkowej wartości zamówienia z pominięciem wartości dokumentacji objętej przedmiotem zamówienia i pominięciem, że dokumentacja remontowa przedstawia wartość majątkową, która to wartość winna mieć odzwierciedlenie w treści formularza ofertowego.

Wskazując zarzuty Odwołujący w niósł o zmianę treści SIWZ poprzez wykreślenie kwestionowanych zapisów tj.:

- pkt III ppkt 1 SIWZ w części zawierającej zapis: (W ramach zamówienia w zakresie zadania nr 1 Wykonawca dostarczy także 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 traty gwarancji, a także licencję na korzystanie z przekazanej dokumentacji remontowej oraz dokonywanie na jej podstawie czynności remontowych. W przypadku, gdy Wykonawca nie jest producentem maszyny/urządzenia przedstawi Zamawiającemu dodatkowo zgodę producenta oferowanej maszyny/urządzenia na udzielenie licencji w powyższym zakresie.)
- pkt I a oraz b załącznika nr 1 do SIWZ „Szczegółowy zakres oraz wymagania prawne i techniczno – użytkowe przedmiotu zamówienia”;
- pkt V Wymagane dokumenty ppkt 11 i 12 załącznika nr 1 do SIWZ;
- pkt 8 i 9 załącznika nr 3 do SIWZ „Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych” – Wymagana gwarancja na przedmiot zamówienia, warunki serwisowe i inne, Przenośnik zgrzeblowy ścianowy str. 44, 45;
- § 8 ust. 1 k i l załącznika nr 5a do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”.

Ewentualnie wniósł o unieważnienie postępowania.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że w opisie przedmiotu zamówienia określono, iż wraz z dostawą przenośnika zgrzeblowego ścianowego (zadanie nr 1) Wykonawcy są zobowiązani do dostarczenia dokumentacji umożliwiającej przeprowadzanie remontów po okresie gwarancyjnym wraz z licencją na udostępnianie dokumentacji osobom trzecim. Wskazał na ustawową definicję leasingu (art. 709<sup>1</sup> kc) i zauważył, że celem umowy leasingu jest udostępnienie korzystającemu rzeczy do używania i pobierania z niej pożytków za zapłatą wynagrodzenia, a wydanie przedmiotu leasingu, nie jest warunkowane udostępnieniem Zamawiającemu dokumentacji remontowej, która stanowi część dokumentacji technologiczno – konstrukcyjnej. Dokumentacja nie jest zatem potrzebna do realizacji umowy i pozostaje bez związku z umową leasingu. Zamawiający zamierza wykorzystać dokumentację do dokonywania remontów po przejściu na niego własności przenośnika i po wykonaniu zobowiązań wynikających z umowy leasingu. Oczekuje przy tym wydania dokumentacji nieodpłatnie, mimo, że przedstawia ona istotną wartość majątkową wynikającą z zawartości intelektualnej objętą ochroną prawa autorskiego i prawa własności przemysłowej. Z treści formularza cenowego Odwołujący wnioskuję, że kalkulacja ceny pomija wartość zamówienia na udzielenie licencji stwierdzając, że licencja nie jest

przedmiotem leasingu, a zapłata rat leasingowych nie może zawierać w sobie opłaty licencyjnej.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że wątpliwie uzasadniona przez Zamawiającego potrzeba posiadania dokumentacji technologicznej producenta jest odrębnym przedmiotem zamówienia i winna być uzyskana w ramach odrębnego zamówienia, natomiast Zamawiający w tym postępowaniu pomija wartość dokumentacji oczekując uzyskania jej nieodpłatnie. Odwołujący wskazuje, że będąc producentem maszyn i urządzeń górniczych posiada możliwości dostarczenia przenośników zgrzebłowych, co stanowi przedmiot jego działalności, natomiast udzielanie licencji na korzystanie z dokumentacji technologicznej przedsiębiorstwa leży poza zakresem jego działania, i z tego powodu jej przekazanie może być działaniem na szkodę spółki. Wskazał również, że także Wykonawca będący producentem przenośników zgrzebłowych, wcale nie musi posiadać prawa do udzielenia licencji, co oznacza, że tak skonstruowane zapisy SIWZ ograniczają jego prawo do udziału w postępowaniu. Podniósł również, że producent wprowadzający urządzenia do obrotu wcale nie musi posiadać dokumentacji remontowej i potencjału do wykonywania remontu oferowanych przenośników. Oznacza to, w ocenie Odwołującego, przekroczenie postanowieniami SIWZ granic swobody umów.

Uzasadniając naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy wskazał, że opis przedmiotu zamówienia wymusza konieczność udostępnienia Zamawiającemu istotnej części dokumentacji technologicznej producenta, która stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zauważył, że dokumentacja techniczna i technologiczna przenośników zawiera dane, co do których podjęto starania zmierzające do zachowania ich poufności (tajemnica przedsiębiorstwa). Natomiast udzielenie licencji w sposób wymagany przez Zamawiającego spowoduje podanie tych danych do wiadomości publicznej i pozbawi je przymiotu tajemnicy i należytej ochrony. W tym zakresie wskazał, że zakres danych zawartych w określonej przez Zamawiającego dokumentacji remontowej przenośnika wykracza poza dane niezbędne do jego remontu i zawiera informacje konstrukcyjne i technologiczne dotyczące przenośników zgrzebłowych w ogóle. Dodał, że wskazana dokumentacja, jako zawierająca informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, służy wyłącznie do produkcji oferowanych urządzeń i nie może być przedmiotem obrotu, stanowiłoby to bowiem wyzbycie się technologii stanowiącej fundament działalności przedsiębiorstwa.

W konkluzji stwierdził, że Zamawiający przewiduje zapłatę jedynie rat kapitałowych i odsetkowych stanowiący wynagrodzenie za korzystanie z przedmiotu umowy leasingu, a jednocześnie oczekuje nieodpłatnego udzielenia licencji na korzystanie z dokumentacji remontowej.

Przystępujący do postępowania Zakład Maszyn Górniczych „GLINIK” sp. z o.o. w Gorlicach po stronie Odwołującego, a także PATENTUS S.A. w Pszczynie w pisemnych stanowiskach zażądali uwzględnienia odwołania oraz podnoszonych w nim zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu sprawy na rozprawie z udziałem stron ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający uznaje, że w postępowaniu, którego przedmiot zamówienia określony jest jako leasing finansowy wraz z dostawą urządzeń dopuszczalne jest ujęcie w opisie przedmiotu zamówienia nie tylko dostaw rzeczy, lecz również praw, których nabycie ma gospodarcze znaczenie dla Zamawiającego, a pozostających w związku z nabyciem rzeczy. Należy zauważyć, że umowa leasingu, jakkolwiek jest umową nazwaną w przepisach kodeksu cywilnego może być zawierana łącznie z dodatkowymi stosunkami prawnymi. Okoliczność ta wynika z faktu, że przepisy art. 709<sup>1</sup> i następne kodeksu cywilnego mają charakter norm dyspozytywnych, a strony mają prawo kształtować treść zawieranej umowy. Również Odwołujący przyznał taką możliwość wskazując jednakże na odrębność stosunków prawnych regulujących nabywanie rzeczy i praw. Należy jednak wskazać na odrębność regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego w zakresie definiowania pojęcia „dostawa”. Pojęcie to, zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy Pzp oznacza nabywanie rzeczy, praw i innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Oznacza to, na gruncie przedstawionej ustawowej definicji, że Zamawiający miał prawne uzasadnienie dla ujęcia w opisie zamawianej dostawy również praw niematerialnych w postaci wartości intelektualnych zawartych w żądanej dokumentacji technicznej urządzeń oraz prawa wynikającego z licencji na korzystanie z dokumentacji remontowej. W tym świetle Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż Zamawiający zmierza do zwarcia umowy z naruszeniem właściwości umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego. Z tych samych względów nie stwierdzono, by opis przedmiotu zamówienia uwzględniający zarówno leasing urządzenia z dostawą, jak i dostarczenie dokumentacji naruszał przepis art. 29 ust. 2 ustawy w związku z przepisami ustawy z 6 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosnie zarzutu błędnego ustalenia szacunkowej wartości zamówienia z pominięciem wartości dokumentacji objętej przedmiotem zamówienia, która to wartość przedstawia wartość majątkową, a nie znajduje odzwierciedlenia w treści formularza ofertowego, należy zauważyć, że istotnie Zamawiający w formularzu ofertowym nie wyodrębnił osobnej rubryki, w której miałby być wskazany składnik ceny stanowiący ekwiwalent żądanej dokumentacji. Z faktu tego nie można jednak wywodzić tezy o naruszeniu przepisów ustawy oraz wymuszaniu nieodpłatnych świadczeń. Należy zauważyć, że we wskazanym formularzu

ofertowym wykonawcy deklarują, stosownie do pkt 4, iż cena ofertowa zawiera wszystkie koszty związane z przedmiotem zamówienia, a niesporne jest, że w skład przedmiotu wchodzi również kwestionowane świadczenia niematerialne.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby uznaje, że Zamawiający formułując specyfikację istotnych warunków zamówienia w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego, nie naruszył przepisów ustawy.

Z tego względu, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....