

Sygn. akt: KIO/UZP 1248/08

WYROK
z dnia 25 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Członkowie: Stanisław Sadowy

Klaudia Szczytowska – Maziarz

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Rybnicką Fabrykę Maszyn RYFAMA S.A., ul. B. Chrobrego 39, 44-200 Rybnik** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**, protestu z dnia 15 października 2008 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Rybnicką Fabrykę Maszyn RYFAMA S.A., ul. B. Chrobrego 39, 44-200 Rybnik i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Rybnicką Fabrykę Maszyn RYFAMA S.A., ul. B. Chrobrego 39, 44-200 Rybnik**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XX gr** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz **XXX**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **XXX**;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu

Zamówień Publicznych na rzecz **Rybnickiej Fabryki Maszyn RYFAMA S.A.**,
ul. B. Chrobrego 39, 44-200 Rybnik.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę zgrzebeł do przenośników do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2009 roku”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Rybnicką Fabrykę Maszyn RYFAMA S.A., z siedzibą w Rybniku, zwaną dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 1 października 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 190 - 252134). Postępowanie to, jako zamówienie sektorowe, prowadzi Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach, zwana dalej: „*Zamawiającym*”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. (Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą*”.

Wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „*SIWZ*”) *Odwołujący* w piśmie z dnia 15 października 2008 r. złożył protest (z tą samą datą pismo złożone u *Zamawiającego*), w którym wskazał na naruszenie przez *Zamawiającego* :

- 1) art. 29 ust. 1 ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, oraz poprzez nieuwzględnienie wszystkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- 2) art. 36 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy, poprzez nieokreślenie sposobu oceny spełniania wymagań technicznych (oceny przedmiotu zamówienia pod kątem możliwości jego zastosowania w konkretnym typie przenośnika zgrzeblowego wymienionego z nazwy);
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy wskutek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania.

Podnosząc wskazane zarzuty wniósł jednocześnie o modyfikację zapisów SIWZ zgodnie z treścią żądań w tym zakresie zawartych w uzasadnieniu protestu.

W uzasadnieniu protestu natomiast podniósł, że w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi określone zgrzebła i objemy do przenośników, które to typy przenośników produkowane są wyłącznie przez *Odwołującego*. Jednakże *Odwołujący* uwzględniając powyższą okoliczność zarzucił *Zamawiającemu*, że przy żadnym typie zgrzebła lub objemy

nie przywołał numeru rysunku przedmiotu zamówienia, tj. dopuścił możliwość zaoferowania zgrzebeł, czy obejm, które nie są ujęte w dokumentacji techniczno – ruchowej lub instrukcji obsługi poszczególnych przenośników produkowanych przez Odwołującego i używanych przez Zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający dopuszcza zastosowanie innego rodzaju zgrzebeł lub części zamiennych i *de facto* dokonuje modyfikacji przenośnika, a tym samym traci prawo do posługiwania się dokumentami pozwalającymi na eksploatację maszyn w podziemnych wyrobiskach górniczych, tj. dopuszczenie Prezesa WUG lub Deklaracją Zgodności WE.

Odwołujący w proteście zauważył również, że poprzez opisanie przedmiotu zamówienia wyłącznie za pomocą wymiarów gabarytowych z określeniem rozstawu nitek łańcucha umożliwia wykonawcom zaoferowanie zgrzebeł o zupełnie innej geometrii niż te, które są stosowane w typach przenośników wskazanych w SIWZ. W tym zakresie również Odwołujący podniósł brak odwołania się przez Zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia do przywołanej dokumentacji i rysunków.

Odwołujący podniósł, że zastosowanie przez Zamawiającego innych nieoryginalnych części do będących w posiadaniu Zamawiającego przenośników, będzie skutkowało utratą prawa dochodzenia roszczeń z tytułu udzielonej gwarancji.

Odwołujący w proteście podniósł, że Zamawiający nie określił z jakiego materiału powinny być wykonane zamawiane zgrzebła i obejmy, ani też nie ich podał twardości. Powyższe będzie uniemożliwiało Zamawiającemu ocenę, czy oferowane zgrzebła i obejmy zrobione są z właściwych materiałów odpowiadających dokumentacji użytkowanych przez Zamawiającego przenośników.

Powyższe niejasności i nieprecyzyjności w opisie przedmiotu zamówienia powodują - w ocenie Odwołującego – naruszenie przywołanych przepisów ustawy, a w związku z tym Odwołujący w proteście zażądał modyfikacji SIWZ poprzez:

- wskazanie konkretnych wynikających z dokumentacji techniczno – ruchowych lub instrukcji obsługi przenośników numerów rysunków, według których należy wykonać zgrzebła i obejmy;
- jednoznaczne określenie (zgodnie z dokumentacją użytkowanych przez Zamawiającego przenośników) typu (typów) trasy do jakiej będzie montowane konkretne zgrzebło lub obejma;
- określenie (zgodnie z dokumentacją użytkowanych przez Zamawiającego przenośników) rodzajów materiałów, z których należy wykonać zgrzebła i obejmy;
- określenie (zgodnie z dokumentacją użytkowanych przez Zamawiającego przenośników) wymaganej twardości poszczególnych zgrzebeł i obejm.

Odwołujący w proteście wskazywał również na konieczność żądania przez Zamawiającego dołączenia do oferty:

- pisemnego oświadczenia wykonawcy, potwierdzającego, że oferowane przez niego zgrzebła i obejm są wykonane zgodnie z aktualną dokumentacją techniczno – konstrukcyjną konkretnego przenośnika zgrzeblowego, a ich zastosowanie nie spowoduje utraty przez Zamawiającego uprawnień wynikających z gwarancji udzielonych dla przenośników;
- pisemnej zgody producenta przenośnika na zastosowanie oferowanych zgrzebeł i obejm w konkretnym typie przenośnika;
- deklaracji zgodności – oświadczenia producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela, iż oferowany wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i UE w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń oraz że spełnia wymagania bezpieczeństwa i jest zgodny z aktualną dokumentacją konstrukcyjną konkretnego przenośnika;
- certyfikatu zgodności wyrobu z wymaganiami Zamawiającego lub certyfikatu uprawniającego do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa B, wydanych przez jednostkę upoważnioną do certyfikacji przedmiotu zamówienia, potwierdzające, że wyrób jest zgodny z aktualną dokumentacją konstrukcyjną konkretnych przenośników zgrzeblowych;
- rysunku technicznego oferowanego zgrzebła, zgodnego z dokumentacją konkretnego przenośnika oraz z uzyskanym certyfikatem.

Zamawiający odnosząc się do podniesionych w proteście zarzutów w piśmie z dnia 22 października 2008 r. protest w całości oddalił (doręczenie rozstrzygnięcia protestu Odwołującemu w dacie 23 października 2008 r.). W szczegółowej argumentacji, odnoszącej się do zarzutów zawartych w proteście, Zamawiający wskazał, że:

1. Żądanie Odwołującego przywołania nr rysunku przedmiotu zamówienia wskazuje jednoznacznie na producenta, co naruszałoby przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 3 ustawy. Zamawiający podniósł tutaj dodatkowo, że w analogiczny sposób prowadził wcześniejsze postępowania na ten sam przedmiot zamówienia i nie były one w tym zakresie kwestionowane. Powołał się również na wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 571/08), który popiera stanowisko Zamawiającego w tym zakresie.
2. Zamawiający wyjaśnił, że nie dokonał modyfikacji przenośnika, zatem, że nie naruszył on przepisów do posługiwania się dokumentami pozwalającymi na eksploatację maszyn w podziemnych wyrobiskach górniczych, tj. dopuszczenie Prezesa WUG lub Deklaracji Zgodności WE.

3. Co do zarzutów dotyczących utraty ważności gwarancji na przenośnik Zamawiający stwierdził, że gwarancją objęty jest zakup przenośnika wraz z oryginalnymi częściami zamiennymi, tj. zgrzeblami i obejmami. Uszkodzenie zgrzebla lub obejm w okresie gwarancji rodzi obowiązek jego wymiany przez Producenta, natomiast po okresie gwarancyjnym producent nie zastrzega konieczności stosowania jego elementów produkcji.
4. Co do zarzutów dotyczących wymogów bezpieczeństwa Zamawiający podniósł, że wymogi te zagwarantował konkretnymi zapisami SIWZ, określając w załączniku nr 1 „Wymagane parametry techniczno – użytkowe przedmiotu zamówienia”, tj. jakie parametry muszą spełniać zgrzebła pod kątem warunków środowiskowych wymagań norm, w tym w zakresie bezpieczeństwa oraz przepisów prawa. Nadto wskazał jakich niezbędnych dokumentów zażądał w niniejszym postępowaniu powołując się na zapisy pkt XVI SIWZ.
5. Odnosząc się do zarzutu opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 29 ust. 1 ustawy oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Zamawiający wskazał, że opisu przedmiotu zamówienia dokonał w sposób jasny i precyzyjny i nie widzi potrzeby modyfikacji postanowień SIWZ w tym zakresie.

Z tą argumentacją Zamawiającego Odwołujący nie zgodził się, składając w piśmie z dnia 28 października 2008 r. (ta sama data nadania) odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia odwołania w dacie jego złożenia została przekazana Zamawiającemu. W treści odwołania Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację oraz żądania zawarte w proteście,

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 15 października 2008 r., tj. w dacie sprzed wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie przepisów nowelizacyjnych (tj. sprzed daty 24 października 2008 r.).

Skład orzekający Izby, rozpatrując niniejsze odwołanie uznał, że nie zasługuje ono na uwzględnienie z uwagi na brak wykazania się przez Odwołującego uszczerbkiem w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia. Kwestionowane przez Odwołującego zapisy SIWZ nie pozbawiają go możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący, wnosząc o wprowadzenie do SIWZ określonych postanowień, dąży do ograniczenia konkurencji w niniejszym zamówieniu, i chce zagwarantować sobie preferencyjne warunki ubiegania się o to zamówienie. Nie wykazuje on przy tym w dostateczny sposób, że w postępowaniu doszło do naruszeń przepisów ustawy oraz, że to naruszenie pozbawia, czy choćby ogranicza mu możliwość ubiegania się i pozyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym skład orzekający Izby stwierdził, że nie została wypełniona materialnoprawna przesłanka do rozpatrzenia odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący po pierwsze domagał się wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia wymogu oparcia się przez wykonawców składających oferty w postępowaniu na dokumentacji techniczno – ruchowej lub instrukcji obsługi poszczególnych przenośników produkowanych przez Odwołującego i zamawianych w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego. Wskazywał na konieczność odniesienia się w opisie przedmiotu zamówienia do rysunków zawartych w tej dokumentacji i wykazując swój interes prawny w podnoszeniu wskazanych zarzutów podnosił, że składając ofertę w tym postępowaniu będzie musiał oprzeć się na owej dokumentacji.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie opisał dokładnie parametrów materiałów, z których mają być wykonane zamawiane zgrzebła i obejmy, co uniemożliwi Zamawiającemu ocenę, czy te wyroby będą mogły współpracować z określonymi typami przenośników, do których są zamawiane.

W argumentacji Odwołującego postawiona została teza o braku możliwości oceny, czy składane w postępowaniu oferty odpowiadają wymogom Zamawiającego, tj. czy zamawiane zgrzebła i obejmy są spójne z przenośnikami, z którymi mają być stosowane i czy tym samym są bezpieczne w ich użytkowaniu.

Argumentacja Odwołującego okazała się nieprzekonywująca dla składu orzekającego Izby.

Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia wskazał, że zamawiane zgrzebła i obejmy zamawiane są do konkretnych przenośników. W załączniku nr 1 do SIWZ określił w sposób szczegółowy parametry techniczne i użytkowe przedmiotu zamówienia. Przy opisie przedmiotu zamówienia odwołał się do normy PN – EN 12321:2005 (Maszyny dla górnictwa. Wymagania bezpieczeństwa dla przenośników zgrzeblowych), dopuszczając również

rozwiązania równoważne (pkt I. 2.1.2 załącznika nr 1 do SIWZ). Wskazał również wprost, że zamawiane zgrzebła muszą być przystosowane do pracy w przenośnikach zgrzeblowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w środowisku zagrożonym wybuchem metanu i pyłu węglowego (pkt I. 2.1.1 załącznika nr 1 do SIWZ).

Na potwierdzenie, że zamawiany wyrób spełnia określone w SIWZ wymogi Zamawiający żąda przedłożenia:

1) certyfikatu zgodności z wymaganiami Zamawiającego lub certyfikatu uprawniającego do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa B, wydanego przez jednostkę upoważnioną do certyfikacji przedmiotu zamówienia. Dokumenty te mają potwierdzać, że wyrób można stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w konkretnym typie przenośnika zgrzeblowego oraz to, że wyrób spełnia wymagania bezpieczeństwa wynikające z przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. Nr 27, poz. 96 ze zm.)

2) deklaracji zgodności, tj. oświadczenia producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela, że oferowany wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i UE w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń oraz, że spełnia wymagania w zakresie bezpieczeństwa

3) rysunku technicznego oferowanego przedmiotu zamówienia zgodnego z uzyskanym certyfikatem.

Skład orzekający Izby stwierdził, że Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia uczynił to na podstawie art. 30 ust. 1 ustawy, opierając się na Polskiej Normie, która odnosi się do przedmiotu zamówienia. Zażądał dokumentów zgodnie z obowiązującymi przepisami, które mają potwierdzać zgodność zamawianego wyrobu z jego wymogami dotyczącymi kompatybilności z określonymi w SIWZ typami przenośników oraz wymogi bezpieczeństwa. Zamawiający żądał również dokumentów, które mają potwierdzać dopuszczenie zamawianego wyrobu do użytku w określonych warunkach, w których ten wyrób ma być faktycznie stosowany (warunki kopalniane).

Wszystkie te zapisy SIWZ dają Zamawiającemu możliwość zakupu wyrobu, który jest mu niezbędny do prawidłowego wykonywania określonej działalności. Skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że dalsze uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który zaproponował Odwołujący, doprowadzi do nieuzasadnionego preferowania Odwołującego w tym postępowaniu i bezpodstawnie ograniczy konkurencję. Zamawiający z jednej strony uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia swoje potrzeby i oczekiwania, a z drugiej strony nie ograniczył dostępu do tego zamówienia określonej grupie wykonawców, którzy nie posługują się dokumentacją techniczną będącą własnością Odwołującego, a są w stanie zaoferować wyrób, który jest kompatybilny pod względem użytkowym, technicznym a

także z uwzględnieniem wymogów bezpieczeństwa z będącymi w posiadaniu Zamawiającego przenośnikami, dysponując w tym zakresie swoją dokumentacją techniczną.

Argumenty co do zachowania warunków gwarancyjnych na przenośniki przy zastosowaniu nieoryginalnych zgrzebeł, czy obejm również w żaden sposób nie wskazują naruszenia przepisów ustawy, a tylko pod tym względem – stosownie do treści przywoływanego art. 179 ust. 1 ustawy - Izba może oceniać złożone odwołanie. Odwołujący nie wykazał także tutaj uszczerbku w swoim interesie prawnym, rozumianym jako pozbawienie go szansy na uzyskanie niniejszego zamówienia. Jeśli faktycznie doszłoby do utraty przez Zamawiającego prawa z korzystania z gwarancji – choć w ocenie składu orzekającego Izby nie zostało to wykazane przez Odwołującego – to byłaby to konsekwencja, obciążająca Zamawiającego pod względem ekonomicznym, którą Zamawiający uwzględnił w prowadzonej przez siebie działalności.

Również żądanie Odwołującego wprowadzenia zapisów do SIWZ, co do żądania konkretnych dokumentów, odnoszących się do dokumentacji technicznej przenośników, z którymi mają współpracować zgrzebła i obejm, nie zasługuje na uwzględnienie. W tym zakresie Odwołujący także nie wykazał uszczerbku w swoim interesie prawnym. Jak wskazano powyżej Zamawiający żądał dokumentów niezbędnych w zakresie oceny, czy zamawiane wyroby spełniają jego wymagania techniczne i użytkowe (w tym przede wszystkim w zakresie współpracy z określonymi typami przenośników), czy są bezpieczne oraz czy są dopuszczone do stosowania. Żądania Odwołującego, aby wymagane dokumenty odnosiły się do aktualnej dokumentacji konstrukcyjnej konkretnych przenośników zgrzeblowych, która jest w posiadaniu Odwołującego i stanowi jego własność, w sposób nieuzasadniony preferuje tego wykonawcę, jednocześnie utrudniając dostęp do zamówienia innym wykonawcom.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do uwzględnienia odwołania. Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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:

.....

.....