

**WYROK**

**z dnia 26 marca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Jolanta Markowska

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**Rybnicką Fabrykę Maszyn „RYFAMA” S.A.**

**ul. Bolesława Chrobrego 39, 44-200 Rybnik**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**Kompanię Węglową S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

protestu z dnia 8 lutego 2010 r.

przy udziale **Nowosądeckiej Fabryki Urządzeń Górniczych „NOWOMAG”**

**S.A. ul. Jana Pawła II 27, 33-330 Nowy Sącz** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Rybnicką Fabrykę Maszyn „RYFAMA” S.A. ul. Bolesława Chrobrego 39, 44-200 Rybnik 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 uiszczanego przez **Rybnicką Fabrykę Maszyn „RYFAMA” S.A. 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” S.A. ul. Bolesława Chrobrego 39, 44-200 Rybnik** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** 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 **Rybnickiej Fabryki Maszyn „RYFAMA” S.A. ul. Bolesława Chrobrego 39, 44-200 Rybnik.**

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *leasing finansowy wraz z dostawą nowego przenośnika zgrzeblowego ścianowego oraz dostawę nowego elektrycznego wyłącznika wieloodpływowego dla KW S.A. Oddział KWK Sośnica – Makoszowy* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 grudnia 2009 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2009/S 237-340106. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

23 grudnia 2009 r. treść ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia została oprotestowana przez Rybnicką Fabrykę Maszyn „RYFAMA” S.A., Nowosądecką Fabrykę Urządzeń Górniczych NOWOMAG S.A. oraz Gwarant Grupę Kapitałową S.A. w zakresie wymogu dostarczenia przez wykonawcę dokumentacji remontowej oferowanego przenośnika umożliwiającej dokonanie jego remontu przez Zamawiającego w zakładach własnych lub podmiotach zależnych, a także nieodpłatnej licencji na korzystanie z przekazanej dokumentacji oraz dokonywanie na jej podstawie czynności remontowych – żądając wykreślenia kwestionowanych zapisów (wszyscy wykonawcy mieli podobne zarzuty i żądania).

Rozstrzygając powyższe protesty Zamawiający odniósł się do dwóch nurtów argumentacji zawartej w proteście stwierdzając, iż uwzględnia protest w zakresie zarzutu zbyt ogólnego sformułowania pojęcia dokumentacji remontowej i dokona modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której określi minimalny zakres informacji, jakie winny być zawarte w dokumentacji remontowej, a także, że uwzględnia protest w zakresie praw autorskich i informuje, że wymaga w ramach przedmiotu zamówienia i ceny za jego wykonanie udzielenia licencji w zakresie której możliwe będzie nieodpłatne korzystanie z dokumentacji remontowej i w związku z tym zamieści odpowiednie postanowienia w modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Od powyższego rozstrzygnięcia protestu odwołanie złożyła tylko Nowosądecka Fabryka Urządzeń Górniczych „NOWOMAG” S.A., a Rybnicka Fabryka Maszyn „RYFAMA” S.A. zgłosiła do niego przystąpienie. W następstwie tego odwołania Izba 25 lutego 2010 r. wydała wyrok o sygn. KIO/UZP 65/10, w którym odwołanie oddaliła.

1 lutego 2010 r. Odwołujący dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której zmienił brzmienie kwestionowanego w protestach punktu XVI ust. 5 lit. d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt I załącznika nr 1 oraz dodał punkty XVI ust. 5 lit. j) specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ust. 11. i 12. do punktu V załącznika nr 1, punkty 57. i 58. załącznika nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące licencji na korzystanie z przekazanej

dokumentacji remontowej oraz zakresu wymaganej dokumentacji remontowej, a także odpowiednio postanowienia projektu umowy.

W związku z powyższą czynnością wszyscy trzej wykonawcy ponownie złożyli protesty, w tym, 8 lutego 2010 r., Rybnicka Fabryka Maszyn „RYFAMA” S.A. 17 lutego 2010 r. Zamawiający odrzucił wszystkie protesty stwierdzając, że zostały one wniesione po terminie, gdyż dotyczą treści rozstrzygnięcia protestów z 23 grudnia 2009 r., dokonanego przez Zamawiającego 31 grudnia 2009 r., a z treści tego rozstrzygnięcia jasno wynikały intencje Zamawiającego i od którego to rozstrzygnięcia przysługiwało odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Od powyższego rozstrzygnięcia Rybnicka Fabryka Maszyn „RYFAMA” S.A. wniosła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że protest został złożony po terminie,
2. art. 183 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uwzględnienie protestu wykonawcy i dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezgodnie z wnioskiem w proteście zawartym i pomimo nierozstrzygnięcia ostatecznie o wszystkich żądaniach protestów,
3. art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nakładający na wykonawcę będącego producentem przenośnika zgrzeblowego ścianowego konieczność udostępnienia Zamawiającemu dokumentacji technologicznej producenta, która stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i pozostaje pod ochroną prawa,
4. art. 41 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez pominięcie w ogłoszeniu o zamówieniu określenia przedmiotu oraz wielkości i zakresu zamówienia w części dotyczącej udzielenia licencji na dokumentację remontową przenośników zgrzeblowych,
5. art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ustalenie szacunkowej wartości zamówienia z pominięciem wartości dokumentacji objętej przedmiotem zamówienia,

6. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o dokonanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie kwestionowanych zapisów: punktu XVI ust. 5 lit. d) oraz punktu XVI ust. 5 lit. j) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, punktu I i V ust. 11. i 12. załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia” w części zawierającej zapis „W ramach zadania nr 1 Wykonawca także dostarczy dokumentację remontową oferowanego przenośnika, umożliwiającą dokonanie jego remontu wraz ze zgodą producenta oferowanego przenośnika na wykonywanie remontu po okresie gwarancyjnym” oraz w zakresie zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia nadanych pismem z 1 lutego 2010 r., pkt 57 i 58 załącznika nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych” oraz § 3 ust. 2 lit. g, § 6a, § 8 ust. 1 lit. k i 1 załącznika nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” lub ewentualnie o unieważnienie postępowania z uwagi na fakt, iż jest ono dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził, że odrzucony protest dotyczył czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której ostateczny kształt stał się wykonawcom wiadomy dopiero 2 lutego 2010 r., a która była niezgodna z rozstrzygnięciem protestu oraz nastąpiła przed jego ostatecznym rozstrzygnięciem. Twierdzenie Zamawiającego, że wykonawca niezgadzający się z rozstrzygnięciem protestu winien był złożyć odwołanie, jest chybione, poza tym Nowosądecka Fabryka Urządzeń Górniczych „NOWOMAG” S.A. takie odwołanie złożyła, a Rybnicka Fabryka Maszyn „RYFAMA” S.A. do tego odwołania przystąpiła. Zdumiewające w ocenie Wykonawcy jest odrzucenie protestu z uwagi na fakt, To nie kierunek zmian a konkretne zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia i czynności Zamawiającego stanowią przedmiot protestu, te zaś stały się wiadome dopiero w chwili dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nigdy

wcześniej nie zostały ostatecznie rozstrzygnięte. Protest dotyczy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzonych przez Zamawiającego 2 lutego 2010 r., dlatego przynajmniej część zarzutów dotyczących treści zmodyfikowanych zapisów wymagała merytorycznego rozpatrzenia.

Dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 1 lutego 2010 r. w kontekście rozstrzygnięcia protestów z 31 grudnia 2009 r. narusza przepis art. 183 ustawy Prawo zamówień publicznych. Modyfikując specyfikację istotnych warunków zamówienia w konsekwencji uwzględnienia protestu w sposób inny niż wykreślenie kwestionowanych zapisów, Zamawiający postąpił w sposób nieznanym ustawie, godząc istotnie w przysługujące uczestnikom postępowania możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej. Ustawa przewiduje bowiem, że Zamawiający może odrzucić protest wniesiony po terminie lub przez podmiot nieuprawniony, bądź też rozpatrując go merytorycznie, uwzględnić lub oddalić, może także odstąpić od rozpatrzenia protestu, co poczytuje się za jego oddalenie. Zamawiający tymczasem uwzględniając protest dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób sprzeczny z treścią żądania wykonawcy i wbrew jego interesom. W takiej sytuacji Zamawiający winien był protesty oddalić umożliwiając wykonawcom wniesienie odwołania. Dokonana modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie odpowiada ustawie Prawo zamówień publicznych także dlatego, że możliwość niezwłocznej modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w wyniku uwzględnienia protestu (art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy) dopuszczalna jest, o ile Zamawiający uwzględnił wszystkie żądania protestu, zatem w niniejszym przypadku modyfikacja ta byłaby możliwa dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów (art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy). Zarzuty protestów dotyczyły nie tylko zbyt ogólnych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale też naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji wyrażającej się w naruszeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, do których Zamawiający się nie odniósł w rozstrzygnięciu protestu, czyli protest w tym zakresie oddalił i nie rozstrzygnął o wszystkich żądaniach. Poza tym od rozstrzygnięcia protestu wniesiono odwołanie, które

do dnia modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zostało prawomocnie rozstrzygnięte, czyli protest nie został ostatecznie rozstrzygnięty i także z tego powodu modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia była niedopuszczalna

Zamówienie na dostawę przenośnika zgrzeblowego oraz na dokumentację remontową stanowią dwa odrębne zamówienia, które pozostają bez związku i mogą być udzielane niezależnie od siebie, tymczasem Zamawiający, poprzez zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia uzależnia udzielenie zamówienia na dostawę przenośników od udostępnienia dokumentacji, która nie jest niezbędna dla realizacji dostawy i w sposób najdalej idący wymusza udostępnienie informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, a dodatkowo przeniesienie majątkowych praw autorskich do dokumentacji musiałoby nastąpić nieodpłatnie, gdyż kalkulacja cenowa w formularzu ofertowym pomija całkowicie wartość zamówienia na udzielenie licencji – licencja nie jest bowiem przedmiotem leasingu, a zapłata rat leasingowych nie może zawierać w sobie opłaty licencyjnej. Takie działanie Zamawiającego, stanowi próbę wymuszenia nieodpłatnego udzielenia licencji na wskazaną dokumentację, co narusza prawo, dobre obyczaje i godzi istotnie w interesy wykonawcy (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), a wykonawca nie godząc się na udostępnienie dokumentacji pozbawiony jest możliwości udziału w postępowaniu. Takie postępowanie Zamawiającego istotnie wykracza poza granice wyznaczone art. 353 kc naruszając naturę umowy leasingu, zasady współzycia społecznego i odpłatny charakter umowy przenoszącej majątkowe prawa autorskie.

Potrzeba posiadania dokumentacji technologicznej producenta jest odrębnym przedmiotem zamówienia i winna być udzielona w ramach odrębnego zamówienia, którego wartość Zamawiający oszacuje z należyta starannością. Tymczasem sposób określenia przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia całkowicie pomija wartość dokumentacji, której żąda Zamawiający, a która przewyższa cenę przenośnika zgrzeblowego.

Na podstawie powyższego stanu faktycznego ustalonego na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej modyfikacji z 1 lutego 2010 r., treści protestów z 23 grudnia 2009 r. i ich rozstrzygnięcia z 31 grudnia 2009 r., wyroku Izby z 25 lutego 2010 r., a także protestu z 8 lutego 2010 r., jego rozstrzygnięcia, odwołania, przystąpienia, a także oświadczeń Stron i Przystępującego złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu w całości – okoliczności wskazane w art. 187 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie dotyczą wszystkich zarzutów, zatem skierowała odwołanie do rozpatrzenia na rozprawie i orzekła wyrokiem.

Zarzuty przytoczone powyżej w punktach 3 – 6, tj. naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nakładający na wykonawcę będącego producentem przenośnika zgrzeblowego ścianowego konieczność udostępnienia Zamawiającemu dokumentacji technologicznej producenta, która stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i pozostaje pod ochroną prawa, art. 41 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez pominięcie w ogłoszeniu o zamówieniu określenia przedmiotu oraz wielkości i zakresu zamówienia w części dotyczącej udzielenia licencji na dokumentację remontową przenośników zgrzeblowych, art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ustalenie szacunkowej wartości zamówienia z pominięciem wartości dokumentacji objętej przedmiotem zamówienia, art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców były już przedmiotem protestów, w tym protestu Odwołującego z 23 grudnia 2009 r. Powyższe okoliczności były znane od chwili udostępnienia wykonawcom specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy tym ani owe okoliczności sprawy, ani same zarzuty, ani też argumentacja zawarta w odwołaniu i przystąpieniu nie zmieniły się w wyniku wprowadzenia modyfikacji



specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 1 lutego 2010 r. i w zakresie tym zapadł już wyrok Izby z 25 lutego 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 65/10, w którym Izba wypowiedziała się co do powyższych zarzutów.

Co zaś do samej czynności dokonania modyfikacji (która *notabene* została już wzięta pod uwagę i oceniona w wyroku z 25 lutego 2010 r.) Izba stwierdziła, że czynność ta jest zgodna z rozstrzygnięciem protestów z 31 grudnia 2009 r. Pomimo bowiem użycia w rozstrzygnięciu określenia „uwzględnienie”, Zamawiający wyraźnie wskazał, iż nie zamierza spełnić żądań wykonawców co do wykreślenia ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia kwestionowanych postanowień dotyczących dokumentacji remontowej, a jedynie, przyjmując część argumentacji protestujących, uszczegółowił swoje wymagania w tym zakresie, co uczynił w modyfikacji. Zatem uwzględnienie to można nazwać częściowym lub pozornym, co jasno wynika z jego treści i nie tamowało ono drogi do wniesienia odwołania (odwołanie takie zresztą zostało przez Izbę rozpatrzone wyrokiem z 25 lutego 2010 r., a Izba nie miała wątpliwości co do nieuwzględnienia odwołania).

W związku z powyższym Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż zachodzą tu okoliczności wskazane w art. 187 ust. 4 pkt 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli protest został wniesiony z uchybieniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – wymagania stanowiące podstawę protestu były znane od momentu udostępnienia wykonawcom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem prawo do wniesienia protestu przysługiwało tylko w ciągu 14 dni od daty udostępnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a czynność i zakres modyfikacji zostały dokonane zgodnie z rozstrzygnięciem protestu z 31 grudnia 2009 r. (nawet jeśli ostateczne rozstrzygnięcie protestu wniesionego przez Nowosądecką Fabrykę Urządzeń Górniczych NOWOMAG S.A. nastąpiło później, nie ma to zasadniczego znaczenia dla okoliczności niniejszej sprawy). Przy tym należy zwrócić uwagę, iż Odwołujący i Przystępujący negują w całości samą, zapowiedzianą w rozstrzygnięciu protestu z 31 grudnia 2009 r. czynność modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie ewentualne nieprawidłowości jej poszczególnych elementów odmiennych od wymagania określonego

w punkcie XVI ust. 5 lit. d specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które mogłyby być przedmiotem rozpoznania (wprowadzone modyfikacja punkty technicznie rozszerzają wymagania punktu XVI ust. 5 lit. d, ale są z nim zgodne).

W odniesieniu zaś do zarzutu naruszenia art. 183 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia przed ostatecznym rozstrzygnięciem wszystkich trzech protestów odnoszących się do jednej kwestii, tj. wymogu przedstawienia dokumentacji remontowej, Izba przyznaje rację Odwołującemu, iż Zamawiający powinien był wstrzymać się z tą czynnością do chwili ostatecznego rozstrzygnięcia ostatniego z protestów. Jednak okoliczność ta nie ma wpływu na wynik postępowania, zwłaszcza, że odwołanie to zostało oddalone, zatem, zgodnie z art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, zarzut ten nie podlega uwzględnieniu.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji i oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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. Nr 128, poz. 886 z późn. 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 z późn. 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:**

.....

.....