

Sygn. akt KIO/UZP 807/09

**WYROK**  
**z dnia 10 lipca 2009r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Anna Packo**  
**Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **FAMUR Sp. z o.o., 40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., z siedzibą przy ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, Centrum Wydobywcze Południe, Oddział KWK "Jankowice", ul. Jastrzębska 12, 44 -253 Rybnik** protestu z dnia 22 maja 2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża FAMUR Sp. z o.o. 40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51**

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 **FAMUR Sp. z o.o. 40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51,**

- 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 **FAMUR Sp. z o.o., 40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51.**

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

I. W dniu 8.05.2009 r. Kompania Węglowa S.A., z siedzibą przy ul. Powstańców 30, 40 -039 Katowice, Centrum Wydobywcze Południe, Oddział KWK "Jankowice", ul. Jastrzębska 12, 44 -253 Rybnik (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Dzierżawa kombajnu ścianowego dla Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK Jankowice wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej", i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 1 173 557,55 euro.

W dniu 22.05.2009 r. na postanowienia SIWZ protest złożył FAMUR Sp. z o.o., 40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51 (dalej: Odwołujący). Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, co Odwołujący zgodnie z art. 183 ust. 3 Prawa zamówień publicznych uznał za jego oddalenie i w dniu 10.06.2009 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz przepisu art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący wskazał, że kombajny górnicze mogą być wyposażone w różnego typu zraszanie, dlatego wskazanie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia przystosowania do dodatkowej konkretnej metody zraszania, należy uznać za działanie zmierzające do ograniczenia kręgu wykonawców, będące naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył wyżej wskazane przepisy, stawiając w SIWZ (Załącznik nr 1, pkt 6 ppkt 10) warunek, by kombajn będący przedmiotem dzierżawy był

przystosowany, obok podstawowej metody zraszania, do zastosowania dodatkowego systemu zraszania powietrzno-wodnego, w sytuacji gdy z powodzeniem na rynku istnieje szereg innych rozwiązań technicznych spełniających surowe wymagania Polskiej Normy i bezpieczeństwa w górnictwie (w tym w kombajnach eksploatowanych w najbardziej zagrożonych wybuchem metanu czy pyłu węglowego ścianach). Według Odwołującego, wymóg postawiony przez Zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia może być spełniony przez tylko jednego wykonawcę - Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne S.A. (jedynego wykonawcę, który w terminie otwarcia ofert złożył ofertę w postępowaniu).

W związku z podniesionymi zarzutami, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, z uwagi na fakt, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych (Odwołujący w proteście wnosił o dokonanie modyfikacji SIWZ, lecz Zamawiający dokonał w dn. 02.06.2009 r. otwarcia ofert, dlatego wniosek ten nie może być uwzględniony na obecnym etapie postępowania).

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ wskazując na wady SIWZ, twierdzi, że wobec wymagań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia nie jest możliwy jego udział w przetargu i udzielenie mu zamówienia, ponieważ Zamawiający w taki sposób określił przedmiot zamówienia, że zrealizować go może tylko jeden podmiot.

Skład orzekający ustalił, co następuje:

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt 6 ppkt 10 zawarł wymóg: *„Kombajn musi być przystosowany do zastosowania, w przypadku wystąpienia takiej potrzeby, do zewnętrznego zraszania powietrzno-wodnego (tylne zraszanie noży mieszaniną powietrzno-wodną) tak aby ograniczyć ilość wody dostarczonej do organów urabiających (ilość mniejsza od określonej w normie PN-G-50037 i spełniająca wymogi do pracy w warunkach dołowych Kopalni). Sprężone powietrze doprowadzone może być z sieci rurociągów lub sprężarki – PAS-75 lub równoważnej.”*

W ocenie Odwołującego, taki wymóg zawarty w opisie przedmiotu zamówienia jest niczym nieuzasadniony, a ponadto wskazuje na możliwość wykonania zamówienia tylko

przez jednego wykonawcę. Odwołujący nie przedstawił w postępowaniu odwoławczym żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, jednak jego stanowisko zostało uprawdopodobnione przez okoliczność, że rzeczywiście w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta.

Zamawiający, aż do rozprawy, nie przedstawił żadnego uzasadnienia, dlaczego wymaga kombajnu posiadającego właśnie taki, a nie inny system zraszania. Na rozprawie Zamawiający wskazał, że ściana, na której będzie działał kombajn, posiada trzecią kategorię zagrożenia metanowego oraz wydobywany węgiel ma wysoką twardość, z czego wynika pewność dużego iskrzenia w trakcie wydobycia – stąd potrzeba zastosowania specyficznego systemu zraszania.

Skład orzekający zauważył, że podstawowe parametry ściany były co prawda podane w SIWZ, jednak Zamawiający, co podniósł Odwołujący, w treści w SIWZ nie uzasadnił wprost potrzeby zastosowania określonego systemu zraszania wymogami bezpieczeństwa. Nie jest to jednak przeszkodą, aby na tym etapie postępowania (w trakcie postępowania odwoławczego) stwierdzić istnienie takiej przesłanki, jeżeli jest ona obiektywna – tzn. nie wiąże się z nieuzasadnionymi preferencjami Zamawiającego, lecz wynika z dążenia do zapewnienia maksymalnego możliwego do osiągnięcia poziomu bezpieczeństwa. Izba uznała takie dążenie Zamawiającego za uprawniające go do opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego oczekiwaniami.

Bezsporny był fakt, że u Zamawiającego wykorzystywane są kombajny wyposażone w różne systemy zraszania; Zamawiający twierdził jednak, że celem jego działań jest zastosowanie nowszego, bezpieczniejszego sprzętu, skoro dotychczas stosowany w praktyce nie zawsze okazywał się spełniać oczekiwania Zamawiającego co do zachowania norm bezpieczeństwa.

Na poparcie swoich tez Zamawiający przedłożył artykuły z prasy branżowej, jednak skład orzekający nie wziął ich pod uwagę rozpatrując odwołanie, ponieważ nie miały one waloru obiektywnego materiału dowodowego, chociażby z tego powodu, iż autorzy opracowań są pracownikami Centrum Mechanizacji Górnictwa KOMAG, uprawnionego z patentu do „Instalacji ciśnieniowej powietrzno-wodnej kombajnu górniczego” (jeden z autorów był również współtwórcą wynalazku), czyli do rozwiązań pozwalających zastosowanie systemu zraszania oczekiwanego przez Zamawiającego.

Skład orzekający jednak stwierdził, że stanowisko Zamawiającego jest uprawdopodobnione, bowiem Odwołujący nie zaprzeczył, że oczekiwany przez Zamawiającego system zraszania w kombajnie będącym przedmiotem zamówienia potencjalnie może zapewnić większe bezpieczeństwo w kopalni (Odwołujący jedynie podawał, że są inne, równoważne systemy, jednak nie wskazał, jakie), a jego argumentacja koncentrowała się jedynie na tym, że jest to system oferowany tylko przez jednego producenta.

Poza sporem była okoliczność, że na rozwiązanie opatentowane przez KOMAG licencję wyłączną mają Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne SA, zatem tylko one są w stanie zaoferować Zamawiającemu system zraszania „komagowski”.

Jednak jak wynika z opisu wynalazku (strona 2 opisu patentowego „Instalacji ciśnieniowej powietrzno-wodnej kombajnu górniczego”, złożonego przez Zamawiającego na rozprawie) sam system zewnętrznego zraszania powietrzno-wodnego nie jest rozwiązaniem szczególnie nowym (opisano go już w 2002), a KOMAG opatentował jeden ze sposobów realizacji tej metody. Fakt, że została na to rozwiązanie udzielona licencja wyłączna jednemu podmiotowi, nie ogranicza konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem nic nie stoi na przeszkodzie, aby w ramach metody zewnętrznego zraszania powietrzno-wodnego zaproponować inne rozwiązania, niż opatentowane przez KOMAG. W ocenie składu orzekającego, Zamawiający uprawdopodobnił, że inne rozwiązania, niż rozwiązanie „komagowskie” są możliwe do zastosowania: Zamawiający przedłożył pismo firmy Joy Zakłady Górnicze Sp. z o.o, gdzie opisano dwa możliwe potencjalne rozwiązania (trzecie rozwiązanie opisane przez firmę Joy, system RAC, nie mogłoby być uznane za rozwiązanie odpowiadające oczekiwaniom Zamawiającego). Zamawiający również wskazał, że istnieje rozwiązanie firmy Deilmann-Haniel Mining Systems GmbH (DHMS), czemu Odwołujący nie zaprzeczył, jednak podnosił, że zgodnie z opisem na stronie internetowej DHMS rozwiązanie to jest stosowane tylko w kombajnach chodnikowych (przedmiotem zamówienia był kombajn ścianowy). W ocenie Zamawiającego nie ma znaczenia przeznaczenie kombajnu, bowiem system zraszania może być zastosowany w obu rodzajach kombajnów.

Takie stanowisko zostało w ocenie Izby potwierdzone przez pismo Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o., która w pkt. 2 pisma oferuje możliwość zastosowania w kombajnie ścianowym systemu zraszania DHMS, nie ma natomiast znaczenia ocena parametrów kombajnu, którego dotyczyło zapytanie (brak wskazania wszystkich parametrów).

Ponadto z samego opisu wynalazku wynika, że rozwiązanie „komagowskie” może być zastosowane w „kombajnach górniczych”, bez wskazania ich przeznaczenia (czy jest to kombajn ścianowy, czy chodnikowy). Skoro zatem opatentowane rozwiązanie techniczne metody zraszania może być zastosowane w kombajnach różnych typów, to należy uznać, że metoda zewnętrznego zraszania powietrzno-wodnego jest sposobem ochrony przeciw wybuchowej w różnych typach kombajnów.

Reasumując, Izba stwierdziła, że po pierwsze, oczekiwanie przez Zamawiającego zastosowania w kombajnie będącym przedmiotem zamówienia zewnętrznego systemu zraszania powietrzno-wodnego było uzasadnione dążeniem Zamawiającego do zachowania możliwie wysokich norm bezpieczeństwa, po drugie – oczekiwana przez Zamawiającego

metoda zraszania jest możliwa do zaoferowania przez inne podmioty, niż podmiot oferujący opatentowane rozwiązanie metody zraszania

W ocenie Izby, nawet gdyby się okazało, że realnie na rynku polskim funkcjonuje tylko jeden podmiot, mogący zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z opisem w SIWZ, to nie można byłoby zarzucić Zamawiającemu naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez takie określenie przedmiotu zamówienia, że może go zaoferować tylko ten podmiot. Jeżeli potrzeba Zamawiającego jest zobiektywizowana (a tak należało według składu orzekającego przyjąć dla opisu przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania), może on tak opisać przedmiot zamówienia, że jest w stanie zadośćuczynić mu tylko jeden wykonawca – w takim wypadku celem nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez Zamawiającego świadczenia odpowiadającego jego potrzebom, a „ustawodawca postawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes” (wyrok ZA z 4 kwietnia 2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-348/03, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów, A. Kurowska, Warszawa 2006, s. 80).

Podobnie Izba uznała w analogicznym stanie faktycznym w sprawie sygn. akt KIO/UZP 547/09.

W związku z powyższym, Izba oddaliła zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz przepisu art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła kosztów zastępstwa Zamawiającego z uwagi na fakt, iż nie przedłożył on do akt sprawy stosownych rachunków wymaganych zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886). Pismo złożone do akt sprawy, w ocenie Izby, nie można uznać za rachunek w rozumieniu Rozporządzenia, a jedynie za spis kosztów.

Stosownie do art. 194 i 195 Prawa 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:**

.....

.....