

WYROK
z dnia 29 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Arytmowicz

**Członkowie: Agnieszka Bartczak-śuraw
Barbara Bettman**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** protestu z dnia 19 stycznia 2010 r.,

przy udziale wykonawcy **Fabryka Maszyn Górniczych „PIOMA” S.A., ul. R. Dmowskiego 38, 97-300 Piotrków Trybunalski** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski 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 **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4005 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięć złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu, opłaty skarbowej od pełnomocnictw oraz opłaty sądowej za odpis z KRS,

- 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 **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa do kopalń JSW S.A. szyn do kolejek podwieszanych typu KSP-32, KSP-63, LPS, ZD 24 D i BOWA lub równoważnych w łącznej ilości 18838 szt. 10222m z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655, z 2008 r., nr 171, poz. 1058, nr 220, poz. 1420, nr 227, poz. 1505, oraz z 2009 r., nr 19, poz. 101, nr 65, poz. 545, nr 91, poz. 742, nr 206, poz. 1591, nr 157, poz. 1241, nr 219, poz. 1706) zwaną dalej "ustawą p.z.p."

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 07.01.2010 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2010/S 4-004224.

Odwolujący – Zakład Pracy Chronionej Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEREMEX” Sp. z o. o. w dniu 19 stycznia 2009 r. wniósł protest, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ustawy p.z.p. i żądając „zmiany treści SIWZ w zakresie objętym protestem, to jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia dla zadania 3 i zadania nr 4 w sposób zgodny z prawem”. W uzasadnieniu odwołujący podał, iż zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując na konkretny produkt tj. „szyny kolejki podwieszanej LPS PIOMA (TOR P-8- i P-130) lub równoważne dla zadania nr 3” a do tego taki, który jak podał odwołujący, jest objęty ochroną praw wynikających z udzielenia patentu nr 192513 na rzecz Fabryki Maszyn Górniczych PIOMA S.A. Podobnie w pkt 1.5 specyfikacji technicznej, „elementy trasy kolejek szynowych podwieszanych ZD 24 D” dla zadania 4 gdzie Zamawiający wskazuje na konkretny produkt również objęty ochroną praw wynikających z udzielenia patentu nr 367596 na rzecz P.P.U.H. Remasz s.c., a dopuszczenie równoważności jest fikcyjne poprzez pominięcie realnych oczekiwań co do oferowanych produktów.” Odwołujący zaznacza, że istnieją sposoby opisanie przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Tymczasem zamawiający opisuje go poprzez wskazanie parametrów przesadzających o wyborze konkretnej marki. Odwołujący wskazuje, że z powyższego wynika, iż prowadzone postępowanie ma charakter dyskryminacyjny, gdyż prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców bez uzasadnionej przyczyny

Na wezwanie zamawiającego z dnia 20 stycznia 2010 r., doręczone w tym samym dniu, do postępowania wywołanego protestem pismem z dnia 21 stycznia 2010 r. przystąpił wykonawca, Fabryka Maszyn Górniczych PIOMA S.A. który nie zgodził się z zarzutami protestu wnosząc o oddalenie protestu w całości. W uzasadnieniu wskazał, że „skoro zamawiający dysponuje kolejkami wyprodukowanymi przez konkretnego producenta, jego potrzeba w postaci dostawy części zamiennych do kolejki konkretnej produkcji, jest jak najbardziej uzasadniona, a zatem zamawiający opisując przedmiot zamówienia używając nazwy konkretnej kolejki nie naruszył przepisów ustawy, gdyż zastrzegł równocześnie możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych.(...) W załączniku nr 1 do SIWZ stanowiącym specyfikację techniczną zamawiający wprost podaje cechy równoważne pod względem konstrukcyjnym, technicznym, funkcjonalnym, które powinien spełniać przedmiot zamówienia. Ponadto zamawiający wskazuje, że oferowane szyny muszą być zgodne z DTR danej kolejki.”

Zamawiający rozstrzygnięciem z dnia 27 stycznia 2010 r. a przesłanego uczestnikom postępowania protestacyjnego w dniu 28 stycznia 2010 r., protest w całości oddalił. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający podał, iż: „Zamawiający ma prawo i obowiązek opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby oferowane szyny spełniały wymagania użytkowe wynikające z Dokumentacji Techniczno-Ruchowej toru jezdni lub całej kolejki podwieszanej, która jest podstawą dopuszczenia do ich użytkowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych wydawanego przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego. Kolejki podwieszane zgodnie z obowiązującymi przepisami muszą być eksploatowane i naprawiane zgodnie z ich dokumentacją ruchową, a podane w specyfikacji technicznej parametry wynikają bezpośrednio z tego dokumentu.(...) Zamawiający nie ma wpływu na rozwiązania techniczne zastosowane przez producenta w urządzeniach eksploatowanych w kopalniach JSW S.A. i nie narzuca stosowania rozwiązań objętych patentem ochronnym, musi natomiast zapewnić eksploatację urządzenia zgodnie z warunkami zawartymi w dopuszczeniu do stosowania. Ponadto protestujący mylnie dowodzi, że żądanie zamawiającego aby oferowane elementy tras były przystosowane do zabudowy i stosowania bez dodatkowych przeróbek i elementów pośredniczących jest dowodem na fikcyjność o dopuszczeniu ofert równoważnych. Zamawiający nie narzuca oferentom rozwiązań technicznych wymaga jedynie kompatybilności oferowanych szyn oraz ich zgodności z parametrami zawartymi w dokumentacji techniczno-ruchowej urządzenia”.

W odwołaniu wniesionym w dniu 5 lutego 2010 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu: opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie

zadania 3 jak i 4 zgodnie z prawem.

W uzasadnieniu, odwołujący ponowił argumentację protestu, wskazując, że treść przedmiotowych opisów wskazuje na konkretny produkt, który jest w stanie zaoferować tylko jeden wykonawca. Ponownie podniósł, że zamawiający nie wywiązał się z ustawowego obowiązku sprecyzowania minimalnych wymagań wobec oferowanego produktu, nie przedstawiając tym samym realnych oczekiwań w zakresie jego parametrów.

Pismem z dnia 10 lutego 2010 r. (przekazane 18.02.2010), przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca Fabryka Maszyn Górniczych PIOMA S.A., w którym wnosił o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu wskazywał, że „(...)skoro Zamawiający dysponuje kolejkami wyprodukowanymi przez konkretnego producenta, jego potrzeba w postaci dostawy części zamiennych do kolejki konkretnej produkcji, jest jak najbardziej uzasadniona(...)nawet przy założeniu, że rozwiązania przyjęte przy produkcji części zamiennych chronione są patentem, Zamawiający w prawidłowy sposób opisał przedmiot zamówienia, gdyż to wymagania Zamawiającego stanowią o zakresie zamówienia. Zamawiający dopuszczając rozwiązania równoważne musu mieć na uwadze, że dostarczone części zamienne muszą być kompatybilne z posiadanymi przez niego urządzeniami(...)Zamawiający wprost podaje cechy równoważne pod względem konstrukcyjnym, technicznym, funkcjonalnym, które powinien spełniać przedmiot zamówienia”.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie ze specyfikacją techniczną stanowiącą załącznik nr 1 do SIWZ, określającą wymagania techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia elementy tras kolejek podwieszanych typu KSP-32, KSP-63, LPS, P-80, P-130 i ZD 24D muszą odpowiadać następującym wymaganiom:

„1.4 Szyny kolejki podwieszanej LPS PIOMA (TOR P-80 i P-130 lub równoważne dla zadania nr 3 (wykaz 3).

1.4.1. Oferowane elementy tras muszą posiadać dokumentację techniczną zawierającą rysunki techniczne oferowanych elementów.

1.4.2. Tor jezdny będzie wykonany z dwuteownika typ I 155 wg normy PN-H-93441-10:1994 lub równoważnego przy zachowaniu identycznych wymiarów przekroju oraz właściwości mechanicznych.

1.4.3. Oferowane szyny muszą być zgodne z DTR odpowiednio: toru jezdnego kolejki szynowej podwieszanej P-130 dla pozycji 5, 8, 9 i 10 oraz toru jezdnego kolejki szynowej podwieszanej P-80 dla pozostałych pozycji. Oferowane elementy tras muszą być przystosowane do zabudowy i stosowania w wyżej wymienionych

podwieszanych kolejkach szynowych bez dodatkowych przeróbek lub elementów pośredniczących.

1.4.4. Złącze ma pozwalać na przegięcie trasy w płaszczyźnie pionowej $\pm 7^\circ$ oraz $\pm 2^\circ$ w płaszczyźnie poziomej.

1.4.5. Każda szyna winna posiadać cechę stałego dopuszczenia naniesioną w sposób trwały (nabitą numeratorem lub naspawaną).

1.4.6. Nośność złącza w kierunku zawieszenia min. 50 kN.

1.4.7. Nośność złącza wzdłuż toru:

- min. 130 kN dla poz. 3, 6+8 wykazu nr 3

- min. 80 kN dla poz. 1+2, 4 i 9+14 wykazu nr 3.

1.5. Elementy wyszczególnione dla zadania nr 4 (wykaz 4) stanowią elementy trasy kolejek szynowych podwieszanych ZD 24 D

1.5.1. Tor jezdny będzie wykonany z dwuteownika typ I 155 wg normy PN-H-93441-10:1994 lub równoważnego przy zachowaniu identycznych wymiarów przekroju oraz właściwości mechanicznych.

1.5.2. Szyny proste – tor jezdny dla trasy kolejek szynowych podwieszanych ZD 24 D poz. 1 wykaz nr 9 – będzie zamawiany jako kompletna trasa tj. szyny kolejkowe ze złączami. Zamawiający będzie określał w zamówieniu długość toru w metrach bieżących i ponadto w zamówieniu wyspecyfikuje długość i ilość zamawianych szyn oraz ile z nich może być wykonanych z uchem. W cenę mb szyn kolejkowych musi być koszt wykonania złączy szynowych wykonanych zgodnie z DTR kolejek

szynowych podwieszanych ZD 24.

1.5.3. Nośność złącza w kierunku zawieszenia będzie nie mniejsza niż 40 Kn.

1.5.4. Nośność złącza wzdłuż toru będzie nie mniejsza niż 100 kN.

1.5.5 Złącze ma pozwalać na przegięcie trasy w płaszczyźnie pionowej $\pm 6^\circ$ oraz $\pm 0,5^\circ$ w płaszczyźnie poziomej.

1.5.6. Elementy trasy kolejek szynowych podwieszanych typu ZD 24 D muszą posiadać dokumentację techniczną zawierającą rysunki techniczne oferowanych elementów, być zgodne z dokumentacją techniczno-ruchową ww. tras, ich podzespołów oraz muszą być przystosowane do zabudowy i stosowania w ww. podwieszanych kolejkach szynowych bez dodatkowych przeróbek lub elementów pośredniczących."

Ponadto zgodnie z ww. specyfikacją techniczną pkt. 2.8. zamawiający wymaga złożenia od wykonawcy oświadczenia, iż jest producentem kolejki wyszczególnionej w specyfikacji lub w przypadku wykonawcy, który nie jest producentem kolejki wyszczególnionej w specyfikacji, do której będą stosowane elementy będące przedmiotem przetargu, wykonawca dołączył:

-
- autoryzację producenta kolejki wyszczególnionej w specyfikacji lub jego pisemną zgodę na zastosowanie oferowanych części w kolejkach,
 - opinię techniczną lub certyfikat zgodności, potwierdzający, że oferowany typ części jest równoważny z wymienionym w danym zadaniu, - wydaną/wydany przez jednostkę upoważnioną do przeprowadzenia badań i oceny wyrobów.

Kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Ponadto skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Na wstępie zauważyć należy, iż przepis art. 29 ust. 3 w odniesieniu do art. 29 ust. 1 Pzp ma charakter specjalny, musi być interpretowany ściśle i stosowany w sytuacjach wyjątkowych. Opisywanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, winno być postrzegane jako wyjątek od generalnej zasady opisywania przedmiotu zamówienia sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Prawem zamawiającego a zarazem i jego obowiązkiem jest ocena potrzeb i dokonanie zamówienia zgodnie z tymi potrzebami. Określenie i opisanie przedmiotu zamówienia powinno następować stosownie do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego a takimi bez wątpienia uzasadnionymi potrzebami będzie dostawa szyn do kolejek podwieszanych LPS PIOMA oraz ZD 24 D, gdyż w posiadaniu właśnie tych modeli kolejek jest zamawiający. Jak stwierdzono w trakcie postępowania przedmiotem zamówienia są szyny do konkretnych

typów kolejek podwieszanych będących w posiadaniu zamawiającego. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia wskazał jakie cechy, normy, parametry muszą posiadać zamawiane szyny.

W ocenie Izby Zamawiający wystarczająco i zrozumiale opisał parametry równoważności. W specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ wskazał, iż oferowane elementy tras muszą posiadać dokumentację techniczną zawierającą rysunki techniczne oferowanych elementów, tor jezdny będzie wykonany z dwuteownika typ I 155 wg normy PN-H-93441-10:1994 lub równoważnego przy zachowaniu identycznych wymiarów przekroju oraz właściwości mechanicznych, wskazał również zakres przegięcia tras, nośność łączy w kierunku zawieszenia, nośność łączy wzdłuż toru. Ponadto odniósł się do dokumentacji techniczno-ruchowej i potrzebą zgodności proponowanych rozwiązań właśnie z tą dokumentacją, wskazując na jej konkretne zapisy. Taki opis zdaniem Izby w sposób wystarczający opisuje cechy równoważności.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, iż opisywanie przedmiotu zamówienia chronionego prawem patentowym jedynie pozornie dopuszcza możliwość zastosowania rozwiązania równoważnego a w rzeczywistości wskazuje na konkretny produkt naruszając tym samym zasadę uczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby skoro Zamawiający nie ma wiedzy ilu potencjalnych wykonawców nabyło prawo do posługiwania się rozwiązaniem technicznym chronionym patentem to bez wątpienia za słuszne należy uznać zastosowanie trybu konkurencyjnego, otwartego i nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że w takim przypadku zastosowanie miałby tryb „zamówienia z wolnej ręki”.

W ocenie Izby opis przedmiotu zamówienia dokonany z wykorzystaniem znaków towarowych, patentów lub pochodzenia - zawsze uzupełniony o obligatoryjne oświadczenie zamawiającego o dopuszczeniu składania ofert równoważnych - nie zawęży dopuszczalnej konkurencji do ofert opiewających jedynie na wskazane przedmioty czy technologie. Zdaniem Izby Zamawiający przedstawił dowody na poparcie swoich działań – a więc dopełnienie obowiązku opisanie minimalnych cech równoważności, Odwołujący natomiast skutecznie takiego braku nie udowodnił.

Izba wskazuje również, iż ograniczenie kręgu wykonawców do producentów może być praktyką ograniczającą uczciwą konkurencję, jednakże w ocenie Izby w przedmiotowej

sprawie takie okoliczności nie miały miejsca. W niniejszej sprawie, jak przyznały na rozprawie strony, prawo do korzystania z rozwiązania chronionego patentem może polegać na zakupie licencji, przez bliżej nieokreśloną liczbę potencjalnych wykonawców, czy też np. na podstawie zgody podmiotu korzystającego z ochrony prawem patentowym.

Izba podzieliła pogląd zarówno Zamawiającego jak Przystępującego, iż Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby oferowane szyny spełniały wymagania użytkowe wynikające z Dokumentacji Techniczno-Ruchowej toru jezdny lub całej kolejki podwieszanej, która jest podstawą dopuszczenia do ich użytkowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych wydawanego przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego. Zamawiający na rozprawie przedłożył dowód w postaci kopii decyzji Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego dopuszczającą elementy toru jezdny kolejki podwieszanej typu PIOMA P-130. Zgodnie z załącznikiem do powyższej decyzji „Elementy innych tras dopuszczonych do stosowania w szynowych kolejkach podwieszonych mogą być stosowane w torze typu PIOMA wyłącznie w przypadku ich kompatybilności i przestrzegania parametrów pracy określonych w ich dopuszczeniu”. W ocenie Izby tak zobiektywizowane czynniki, niezależne od Zamawiającego determinują takie opisanie przedmiotu zamówienia, przy użyciu rozwiązań chronionych prawem patentowym z dopuszczeniem równoważności. Zdaniem Izby za opisanie granic równoważności należy uznać zapisy punktów: 1.4, 1.5. jak też 2.8 specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ. Na podstawie tak sprecyzowanych zapisów Zamawiający będzie w stanie ocenić czy w istocie zastępcze rozwiązanie (niepochodzące od producentów kolejek) odpowiadają potrzebom Zamawiającego. Ponadto, mając na uwadze fakt, iż Zamawiający, co zostało potwierdzone na rozprawie, precyzyjnie określił w jaki sposób będzie badał spełnienie równoważności, tj. na podstawie autoryzacji producenta kolejki bądź jego zgody na zastosowanie oferowanych części w kolejkach lub opinii technicznej lub certyfikatu zgodności wystawionego przez podmiot trzeci upoważniony do przeprowadzania badań i oceny wyrobów a zapisy te nie były kwestionowane przez Odwołującego Izba uznała, że zapisy, postanowienia specyfikacji technicznej z powołaniem się na dokumentację techniczno-ruchową i jej konkretne zapisy

wyczerpują w dostateczny sposób równowagę.
W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

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 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....