

WYROK

z dnia 21 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Grzegorz Mazurek

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 kwietnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez „**Tech-Pol**” **B. Pyszny, Ł. Szczyrba Sp. J. ul. Narutowicza 122, 44-314 Radlin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia **13 marca 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża „**Tech-Pol**” **B. Pyszny, Ł. Szczyrba Sp. J. ul. Narutowicza 122, 44-314 Radlin**

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 uiszczonego przez „**Tech-Pol**” **B. Pyszny, Ł. Szczyrba Sp. J. ul. Narutowicza 122, 44-314 Radlin**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX złote XXX groszy) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 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 „**Tech-Pol**” **B. Pyszny, Ł. Szczyrba Sp. J. ul. Narutowicza 122, 44-314 Radlin**

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę zespołów i elementów hydrauliki sterowniczej do sekcji obudów zmechanizowanych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2008 roku”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 6 marca 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2008/ S 46-064102.

Dnia 13 marca 2008 r. Odwołujący się, którym jest „Tech-Pol” B. Pyszny, Ł. Szczyrba Sp. J. wniósł protest dotyczący postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1, 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2007, Nr 223, poz. 1655) wynikające z :

1. zamieszczenia w SIWZ w pkt XVI ppkt 4 wymogu przedłożenia dokumentu – oświadczenia producenta obudowy zmechanizowanej o zgodności elementu stanowiącego przedmiot zamówienia z Dokumentacją Techniczno – Ruchową (DTR)

w sytuacji, gdzie nie określono ani „elementów zgodnych z DTR obudowy” ani kryteriów oceny zgodności; Odwołujący się podkreśla, że „powyższy warunek ma charakter podmiotowy, którego zaistnienie staje się zdarzeniem przyszłym i niepewnym, zależnym tylko i wyłącznie od woli producenta obudowy lub innego podmiotu od niego zależnego”;

2. zamieszczenia w SIWZ w pkt IV możliwości składania ofert częściowych na poszczególne zadania wyszczególnione w załączniku nr 2, w ten sposób, że składana oferta winna obejmować cały zakres rzeczowy i ilościowy zadania, co wyklucza możliwość składania ofert częściowych na poszczególne pozycje danego zadania;

Odwołujący wniósł o zmianę postanowień SIWZ polegającą na :

1. eliminacji wymogu dopuszczenia do udziału tylko ofert obejmujących elementy, na które wykonawca otrzymał oświadczenie producenta o zgodności z DTR, a co najwyżej określenie takich parametrów i norm, z możliwością stwierdzenia przez odpowiednie jednostki certyfikujące, równoważności (zgodności) przedmiotu potencjalnej oferty w aspekcie wskazanych parametrów techniczno – ruchowych;
2. dopuszczeniu możliwości składania ofert częściowych na poszczególne elementy w ramach zadań;

Odwołujący się podkreśla, że wymóg uzyskania oświadczenia producenta o zgodności stosowania elementów z DTR urządzenia nie znajduje uzasadnienia w świetle potrzeb Zamawiającego i obowiązujących przepisów. Stosownie do przepisu art. 111 prawa geologicznego i górniczego (Dz. U. 2005, Nr 228, poz. 1947 z późn. zm.), w zakładach górniczych stosuje się wyroby, spełniające wymagania dotyczące oceny zgodności oraz dopuszczone do stosowania w zakładach górniczych, w drodze decyzji wydanej przez Prezesa WUG. Jedynym i podstawowym kryterium zaoferowania przez dostawcę danego elementu hydrauliki powinny być dopuszczenia i certyfikaty wydawane przez jednostki badawcze i laboratoria, które w sposób bezsporny, na podstawie badań i analiz, są w stanie stwierdzić, czy dany element spełnia normy odpowiednie do pracy w ramach danego typu obudowy. Ponadto Odwołujący się wyjaśnia, że DTR sporządza producent i poprzez zapisy w tym dokumencie nie może decydować o tym, komu przysługuje uprawnienie do produkowania części zamiennych. Niezmiennie istotna z punktu widzenia w/w kwestii, jest ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2004 r., Nr 204, poz. 2087 z późn. zm.), która w pierwszym rzędzie określa, iż części zamienne powinny spełniać wymagania zasadnicze przewidziane ustawą (wymagania techniczne), natomiast bez znaczenia pozostaje kwestia ich pochodzenia. Powyższe uzasadnia twierdzenie, że

wprowadzony wymóg nie znajduje uzasadnienia, co więcej eliminuje z ubiegania się o to zamówienie wykonawców, nie będących producentem lub kooperantem i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego się, Zamawiający ustalił zbyt obszerny koszyk elementów, składających się na poszczególne zadania. Stwarza to sytuację, w której potencjał produkcyjny wymagany od poszczególnych wykonawców został ustalony na zdecydowanie za wysokim poziomie, jak na to postępowanie, uniemożliwiając uczciwą konkurencję oraz zróżnicowanie cen oferowanych produktów.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, w związku z powyższym Odwołujący się dnia 1 kwietnia 2008 r. wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Podkreślił również, iż ograniczenie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia podmiotom uczestniczącym w obrocie towarami i usługami stanowiącymi przedmiot zamówienia może nastąpić tylko z uwzględnieniem warunków określonych przepisami prawa. Śadne jednakże okoliczności, uwzględniające w/w ograniczenia, nie zachodzą w zakresie postępowania objętego niniejszym odwołaniem.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył

co następuje:

Zamawiający w pkt XVI ppkt 4 SIWZ postawił wymóg, iż oferowane produkty muszą być zgodne z Dokumentacją Techniczno – Ruchową urządzenia. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający żądał dostarczenia dokumentów w postaci oświadczenia producenta obudowy zmechanizowanej albo aktualnego aneksu do DTR albo wyciągu z DTR. Jako podstawę prawną swojego żądania wskazał przepis § 428 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (DZ. U. z 2002 r., Nr 139, poz. 1169 z późn. zm.). Zgodnie z powołanym przepisem maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje i naprawia w sposób określony w dokumentacji techniczno – ruchowej. Za prawidłowe zatem należy uznać działania Zamawiającego, który chcąc dokonać napraw obudów zmechanizowanych z zastosowaniem elementów hydrauliki sterowniczej oparł się, w tym zakresie, na postanowieniach Dokumentacji Techniczno – Ruchowej posiadanych urządzeń.

Jak wynika z oświadczenia złożonego przez Zamawiającego na rozprawie, każda z obudów posiada odrębny dokument DTR, niezależnie czy dopuszczona jest do stosowania na podstawie decyzji Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego, czy w wyniku procedury oceny zgodności. Analiza dokumentów złożonych do akt sprawy pozwoliła ustalić, że już z treści

4

przedmiotowej decyzji wynikają warunki stosowania obudowy (dotyczy obudowy

W pkt 3 ppkt 2 jest obowiązek zmechanizowanej FAZOS-15/31-POz).

zawarty

eksploatowania obudowy zgodnie z dokumentacją, w skład której wchodzi m.in. dokumentacja techniczno – ruchowa zawierająca warunki stosowania i konserwacji, instrukcja obsługi oraz wykazy części zapasowych. Tymczasem DTR stanowi, że „wszelkie naprawy i remonty odtworzeniowe urządzenia w aspektach wymiany lub regeneracji elementów lub jego podzespołów, wymagają pisemnej akceptacji Producenta co do zgodności zastosowanych podzespołów lub elementów z dokumentacją techniczną będącą podstawą uzyskanego dopuszczenia”. W przypadku zaś dokumentu DTR dotyczącego obudowy podporowo-osłonowej GLINK-08/29-POz.W1, GLINK-08/29-POz/BSN.W1 (dopuszczonej na podstawie oceny zgodności) producent w pkt 8.2.4 zawarł postanowienie, iż „części zamiennie, które w wykazie części nie są oznaczone jako normowane lub wg katalogu innych firm, są to części produkowane wg indywidualnych specjalistycznych technologii i nie mogą być zastępowane częściami pochodzącymi od innych producentów - bez zgody Zakładu Maszyn Górniczych „Glink” Sp. z o.o.” Co więcej, „zastosowanie w wyrobie elementu niezgodnego z dokumentacją techniczno – ruchową narusza postanowienia certyfikatu badania typu WE i deklaracji zgodności producenta. ZMG „Glink” nie ponosi wówczas odpowiedzialności i wyrób traci prawo do stosowania” (strona 90 wyciągu z DTR).

W tym stanie faktycznym nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego się, iż żądanie oświadczenia producenta nie znajduje uzasadnienia w warunkach, jak i potrzebach Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, Zamawiający konstruując wymóg oparł się na powszechnie obowiązujących przepisach prawa a nie na swoim subiektywnym przekonaniu. Podkreślić należy bowiem, że przepis powoływany Rozporządzenia bezpośrednio odsyła do treści dokumentu DTR. Inną kwestią jest natomiast, czy treść przedmiotowego dokumentu, z którego wynikają pewne ograniczenia dla potencjalnych producentów części zamiennych nie narusza zasady uczciwej konkurencji. Sam Zamawiający przyznał, iż budzi to jego wątpliwości, jednakże ocena tego stanu należy do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, którego Zamawiający o tego rodzaju praktykach producentów powiadomił.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie dopatrył się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy stwierdzić, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, Odwołujący się nie zgłaszał bowiem, iż ma jakiegokolwiek wątpliwości co jest przedmiotem zamówienia i jaki jest jego zakres. Izba nie dopatryła się braku obiektywizmu w sposobie określenia przedmiotu zamówienia. Został on opisany z poszanowaniem przepisów prawa,

co nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży.

Nie znalazł również potwierdzenia zarzut, iż Zamawiający dzieląc zamówienie na części, uprzywilejował określoną grupę dostawców. Należy zauważyć, że dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych jest uprawnieniem Zamawiającego, wynikającym z przepisu art. 83 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W badanym stanie faktycznym Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na tyle zadań, ile użytkuje typów obudów. Uzasadnieniem dla zastosowania wskazanego podziału jest fakt, że Zamawiający zamierza naprawiać obudowy w sposób kompleksowy, co gwarantuje realizacja takiego rozwiązania. Gdyby bowiem przyjąć, iż zadania obejmują poszczególne rodzaje części zamiennych, brak wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie któregośkolwiek zadania, jak również rozstrzygnięcie w różnym przedziale czasowym, spowodowałoby utratę takiej możliwości lub ewentualne opóźnienia czasowe. Takie działanie Zamawiającego należy uznać za uprawnione, tym bardziej, że Odwołujący się nie wykazał, że tego rodzaju podział wskazuje na konkretnego wykonawcę. Zaś z dokumentu DTR dotyczącego obudowy typu FAZOS wynika, że na moment jego wydania było przynajmniej trzech producentów zamawianych elementów. Natomiast praktyka Zamawiającego wskazuje, że oferty na tego rodzaju części zamienne składają różni wykonawcy, nie będący jednocześnie producentami obudów. Fakt, że Odwołujący się posiada zbyt niski potencjał produkcyjny czy techniczny nie przesądza jeszcze, że Zamawiający uprzywilejował jakąkolwiek grupę dostawców. To właśnie instytucja „ofert częściowych” ma zapewnić szerszą konkurencję. Natomiast jeżeli wykonawca dalej nie będzie zdolny złożyć oferty na poszczególne zadania może utworzyć konsorcjum, aby sprostać wymaganiom postawionym przez Zamawiającego. W tym miejscu należy również podkreślić, że Odwołujący się nie wykazał, że nie jest w stanie złożyć oferty na żadną z części (zadań).

Zdaniem składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 30 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy zauważyć, że obowiązek stosowania norm do opisu przedmiotu zamówienia nie jest bezwzględny. Wyjątkowo, na podstawie art. 30 ust. 6 powołanej ustawy, Zamawiający może odstąpić od opisanie przedmiotu zamówienia w ten właśnie sposób. Zamawiający, w badanym stanie faktycznym, skorzystał z takiej możliwości i oparł się na dokumentacji, którą dysponuje, stosując normy lub rysunki, które wskazał producent.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*