

POSTANOWIENIE
z dnia 1 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

**Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Renata Tubisz**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 1 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Rybnicką Fabrykę Maszyn „RYFAMA” S.A., ul. B. Chrobrego 39, 44-200 Rybnik** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 2 października 2009 r.

orzeka:

1. Odrzuca 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 **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Rybnicką Fabrykę Maszyn „RYFAMA” S.A., ul. B. Chrobrego 39, 44-200 Rybnik,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx 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 **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem 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

Skład orzekający Izby rozpatrując na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołanie złożone przez Rybnicką Fabrykę Maszyn „RYFAMA” Spółka Akcyjna w Rybniku, ul. Bolesława Chrobrego 39, 44-200 Rybnik zwaną dalej: „*Rybnicką Fabrykę Maszyn „RYFAMA” SA*” albo „*Odwołującym*” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „*Remont przekładni przenośników zgrzeblowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 roku - nr sprawy 330901386/01*”, wszczętym ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 167-241462 w dniu 01.09.2009 r. postanowił odrzucić odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*Pzp*”. Kompania Węglowa Spółka Akcyjna w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice zwana dalej: „*Zamawiającym*” w dniu 01.09.2009 r. udostępniła na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „*SIWZ*”.

W dniu 29.09.2009 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej odpowiedzi na pytania Wykonawców (z dnia 23 oraz 25.09.2009 r.) dotyczących tak treści SIWZ, jak i przekazania Dokumentacji Techniczno Ruchowej/Instrukcji użytkowania dla zadań 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15. We wskazanej odpowiedzi - w zakresie pytań wykonawcy nr 1, 5-12, 14, 16, 19 - Zamawiający podtrzymał zapisy SIWZ i jednocześnie poinformował Wykonawców (pkt I), iż nie jest upoważniony do rozpowszechniania Dokumentacji Techniczno Ruchowej/Instrukcji użytkowania dla zadań 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 (w tym ostatnim wypadku pytanie nr 1), a zatem nie może ich wydać.

Art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie. Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki z art. 187 ust. 4 Pzp skutkujące odrzuceniem odwołania, a konkretnie protest został wniesiony z uchybieniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp. Z tego względu Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie na podstawie przywołanego wyżej przepisu.

W przedmiotowej sprawie bezpośrednimi okolicznościami stanowiącymi podstawę do wniesienia protestu były czynności Zamawiającego polegające na uniemożliwieniu skopiowania żądanych dokumentów potrzebnych do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na niedokonaniu zmiany treści postanowień SIWZ (odpowiedzi Zamawiającego udzielone w dniu 29.09.2009 r.).

Sporne między stronami jest po pierwsze, kiedy Odwołujący powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu (art. 180 ust. 2 zd. 1 Pzp), po drugie, czy protest dotyczył wyłącznie treści SIWZ, czy też jedynie zachowania Zamawiającego, wyrażającego się w zaniechaniu wydania dokumentacji i informacji niezbędnych do sporządzenia oferty.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 180 ust. 2 zd. 1 Pzp protest wnosi w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia, natomiast zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp protest na SIWZ należy wnieść w terminie 14 dni od daty zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W przedmiotowej sprawie SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 01.09.2009 r. - okoliczność niesporna między stronami. Tym samym termin na wniesienie protestu na postanowienia SIWZ upłynął w dniu 15.09.2009 r. Jak wynika ze stanu faktycznego Zamawiający nie modyfikował postanowień SIWZ w zakresie jakiego dotyczy protest z dnia 02.10.2009 r., tj. w zakresie pytań nr 1, 5-11 i 16 (odpowiedzi Zamawiającego udzielone w dniu 29.09.2009 r.) Tym samym treść ich była Odwołującemu znana od chwili zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej.

Odnosnie odpowiedzi z dnia 29.09.2009 r. na pytania, w których Odwołujący domagał się *de facto* przedstawienia brakujących danych do złożenia oferty, tj. m.in. udostępnienia (wydania/przekazania) Dokumentacji Techniczno Ruchowej (DTR-ka)/Instrukcji użytkownika dla zadań 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, tudzież zmian zapisów SIWZ nakazujących złożenie oświadczeń dotyczących tego, iż wyremontowana przekładnia odpowiadać będzie DTR-ce/Instrukcji użytkownika, a sam remont zostanie dokonany zgodnie ze wskazaniem zawartymi w DTR-ce/Instrukcji użytkownika oraz udzielone na nie odpowiedzi (podtrzymujące istniejące zapisy SIWZ) nie uprawniały Odwołującego do wniesienia protestu, a w konsekwencji złożenia odwołania w związku z odmową skopiowania Dokumentacji Techniczno Ruchowej/Instrukcji użytkownika dla zadań 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15.

Każdy wykonawca, który jest niezadowolony z wyjaśnień Zamawiającego może na taką czynność, bądź zaniechanie Zamawiającego złożyć protest. Niemniej zgodnie z treścią art. 38 ust.1 Pzp, Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści

SIWZ. Natomiast Odwołujący złożył protest na bazie pytań skierowanych do Zamawiającego na które odpowiedź otrzymał 29.09.2009 r., oznaczonych numerami 1, 5-11 i 16, do których odniósł się w proteście pośrednio (str.1 i 3) albo wprost (str. 2, 4 i 5).

Niniejsze pytania dotyczyły po pierwsze braku DTR-ce/Instrukcji użytkownika w SIWZ, czy też dokumentacji konstrukcyjno-technologicznej producenta (1-„(..)Zamawiający w SIWZ wymaga wykonania remontu zgodnie ze wskazaniem określonymi w DTR-kach (Instrukcjach Użytkowania). Udostępnienie (..) przedmiotowych dokumentów jest warunkiem niezbędnym dla przeprowadzenia postępowania (..)”; 5- „(..)Jako producent przekładni (..) jednoznacznie stwierdzamy, iż (...) DTR-ka nie zawierają żadnych wskazań (..). (..) wnioskujemy o zmianę zapisu i określenie, iż remont powinien być wykonany zgodnie z dokumentacją konstrukcyjno-technologiczną producenta (...)”). Po drugie, pytania dotyczyły wniosku do Zamawiającego o zmianę postanowień SIWZ będącego konsekwencją wskazanego braku, czyli pośrednio braku DTR-ki albo dokumentacji konstrukcyjno-technologicznej producenta w SIWZ (6- „(..)Wnioskujemy o modyfikację polegającą na umożliwieniu przeprowadzenia remontu jedynie z zastosowaniem oryginalnych części zamiennych Producenta. Wykonawca oferujący wykonanie remontu z zastosowaniem części substytucyjnych, nie mając dostępu do dokumentacji konstrukcyjno-technologicznej Producenta zmuszony będzie bowiem do poświadczenia nieprawdy (..)”; 7- „(..)Wnioskujemy o modyfikację polegającą na (...) przeprowadzenia remontu z zastosowaniem wyłącznie oryginalnych części zamiennych Producenta (..).Wykonawca oferujący wykonanie remontu z zastosowaniem części substytucyjnych, nie mając dostępu do dokumentacji konstrukcyjno-technologicznej Producenta,(...) zmuszony będzie bowiem do poświadczenia nieprawdy (..)”; 9 - „(..) czy Wykonawca, który zastosuje w trakcie przeprowadzonego remontu maszyny/urządzenia certyfikowane części substytucyjne do oryginalnych będzie zobowiązany do dostarczenia Zamawiającemu wraz z wyremontowaną maszyną/urządzeniem DTR-ki (Instrukcji użytkownika), w której będą wyspecyfikowane użyte do remontu części substytucyjne z oryginalnymi (..)”; 10 - „(..) stwierdzamy, iż przywołane dokumenty, tj. DTR-ka /Instrukcja użytkownika nie zawierają żadnych wskazań, dotyczących wykonywania remontów, podobnie zresztą, jak instrukcja użytkownika (..)Zamawiający, mając dostęp do DTR-ek/Instrukcji użytkownika,(..), może te fakty w łatwy i jednoznaczny sposób zweryfikować. Remonty wykonywane są bowiem zgodnie z dokumentacją konstrukcyjno-technologiczną Producenta danej maszyny/urządzenia. W związku z powyższym, wnioskujemy o zmianę przedmiotowego zapisu (..)”; 11 - „(..) Wykonawca nie będący Producentem danej maszyny/urządzenia, nie mając dostępu do dokumentacji konstrukcyjno-technologicznej (..), która to dokumentacja była podstawą wprowadzenia jej do obrotu przez Producenta, nie jest w stanie wystawić deklaracji stwierdzającej, iż remont nie spowodował wytworzenia nowej maszyny/urządzenia (..)”).

Wskazane pytania nie miały charakteru pytań o wyjaśnienie treści istniejącej już specyfikacji (art. 38 ust. 1 Pzp). Dotyczy to także pytania 8: „*Prosimy o potwierdzenie, iż certyfikaty części zamiennych, o których mowa w przywołanym punkcie SIWZ mają zostać dołączone do oferty*” oraz 16, którego przedmiotem był załącznik nr 4 § 4 ust. 10 (Istotne postanowienia umowy ramowej).

Skoro Odwołujący uważał, że SIWZ jest „*wybrakowana*”, ponieważ nie zawiera niezbędnych informacji (danych) do sporządzenia oferty, czy też zawiera zapisy naruszające przepisy Pzp oraz jego interes prawny to miał prawo skorzystać z oprostowania SIWZ, ale od daty udostępnienia postanowień SIWZ, a nie od daty udzielenia w późniejszym terminie odpowiedzi Zamawiającego w zakresie braków danych w SIWZ oraz wniosków o ich zmianę.

Dodatkowo Izba wskazuje, że trafność stanowiska Izby potwierdza także sam Odwołujący w odwołaniu. Jego argumentacja jest niespójna i sprzeczna. Z jednej strony stwierdza, że: „*(..)żądanie wydania Dokumentacji Techniczno Ruchowej/Instrukcji użytkowania dla zadań wskazanych powyżej nie stanowiło żądania zmiany SIWZ i warunków udziału w postępowaniu*”, a z drugiej stwierdza: „*(..) a, jedynie przekazania informacji niezbędnych do prawidłowego sporządzenia deklaracji i oświadczeń załączonych do oferty*”. W innym miejscu odwołania stwierdza, że: „*Zamawiający wymagał aby remonty przekładni przenośników zgrzeblowych wykonane zostały zgodnie z DTR/Instrukcjami użytkowania (...) winien uczynić zadość żądaniu Wykonawcy i udostępnić wskazaną dokumentację lub alternatywnie (..)*”, a następnie po myślniku dodaje: „*(..)jeżeli nie jest uprawniony do jej rozpowszechniania - zmodyfikować SIWZ w tym zakresie (..)*”. Ponadto stwierdza, także w odwołaniu wyraźnie, że: „*(..)która to dokumentacja - przy niezmiennych zapisach SIWZ - stanowi warunek konieczny do prawidłowego sporządzenia oferty wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu i warunkuje prawdziwość oświadczeń, dotyczących zgodności wyremontowanych podzespołów przenośników zgrzeblowych z DTR-ką/Instrukcją użytkowania (..)*”. Z przywołanych sformułowań odwołania wynika, że z jednej strony Odwołujący twierdzi, że poprzez żądanie wydania DTR-ki/Instrukcji użytkowania nie żądał zmiany SIWZ, aby w kolejnym zdaniu temu *de facto* zaprzeczyć.

Reasumując na braki danych w SIWZ, czyli postanowienia SIWZ, niezbędne do prawidłowego złożenia oferty zgodnie z wymaganiami wynikającymi ze specyfikacji mógł Odwołujący złożyć protest w terminie 14 dni od zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego (01.09.2009 r.), czyli do dnia 15.09.2009 r., a uczynił to dopiero w dniu 02.10.2009 r., usiłując w ten sposób bezskutecznie przywrócić termin do wniesienia protestu na SIWZ.

Tym samym wniesienie protestu w dniu 02.10.2009 r. nastąpiło z uchybieniem terminowi określonemu w art. 180 ust. 3 pkt 1 Pzp. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w orzecznictwie KIO (podobnie postanowienie z dnia 12.02.2008 r., sygn. akt:

KIO/UZP 55/08, postanowienie z dnia 29.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 131/08 oraz postanowienie z dnia 7.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1172/08).

Z tych względów Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania i zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp odrzuciła odwołanie. Stwierdzić należy jedynie za orzecznictwem, że obowiązkiem Zamawiającego jest dołączyć do SIWZ wszelką niezbędną dokumentację do sporządzenia oferty, a w szczególności taką na postawie, której dokonywać się będzie wybór najkorzystniejszej oferty, bądź wskazać w SIWZ, że możliwość skorzystania z dokumentacji technicznej jest możliwa u Zamawiającego (podobnie wyrok KIO z dnia 24.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1455/09). O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....