

FABRYKA MASZYN FAMUR S.A.
40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51
tel.: +48 32 359 63 00, fax: +48 32 359 66 77
www.famur.com.pl, e-mail: famur@famur.com.pl

Sąd Rejonowy Katowice-Wschód w Katowicach
VIII Wydział Gospodarczy KRS 000048716
Regon: 270641528, NIP 634-012-62-46
Konto PLN: Raiffeisen Bank Polska S.A. 37 1750 1035 0000 0000 0638 4862
Kapitał zakładowy: 4.815.000,00 zł, opłacony w całości

FAMUR

HM/ASZ/191/2011

WYDZIAŁ ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Katowice, dn. 15.07.2011

15. 07. 2011

DATA WPŁYWU

Południowy Koncern Węglowy S.A. WPŁYNEŁO 2011-07-15 Południowy Koncern Węglowy S.A. ul. Grunwaldzka 37, 42-600 Jaworzno Wydział Zamówień Publicznych Zał. Załącznia

Południowy Koncern Węglowy S.A.
ul. Grunwaldzka 37, 42-600 Jaworzno
Wydział Zamówień Publicznych

Niniejszym informujemy o wniesieniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania w postępowaniu o udzielenie Zamówienia Publicznego pt. „Dostawa kompleksu ścianowego dla Południowego Koncernu Węglowego S.A. - Zakładu Górniczego SOBIESKI”. Sprawa nr 28/2011/EEZP/MZ.

Z poważaniem

PREZES ZARZĄDU

mgr inż. Waldemar Łaski

WICEPREZES ZARZĄDU

dr inż. Ireneusz Tomecki

W załączeniu: Odpis odwołania

FABRYKA MASZYN FAMUR S.A.
40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51
tel.: +48 32 359 63 00, fax: +48 32 359 66 77
www.famur.com.pl, e-mail: famur@famur.com.pl

Sąd Rejonowy Katowice-Wschód w Katowicach
VIII Wydział Gospodarczy KRS 000048716
Regon: 270641528, NIP 634-012-62-46
Konto PLN: Raiffeisen Bank Polska S.A. 37 1750 1035 0000 0000 0638 4862
Kapitał zakładowy: 4.815.000,00 zł, opłacony w całości

FAMUR

- ODPIS -

Katowice, dnia 14 lipca 2011 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający: Południowy Koncern Węglowy S.A., ul. Grunwaldzka 37,
42 – 600 Jaworzno.

Odwołujący: Fabryka Maszyn Famur S.A. w Katowicach (40-698),
ul. Armii Krajowej 51.

Postępowanie: przetarg nieograniczony na „dostawę kompleksu ścianowego dla
Południowego Koncernu Węglowego S.A. – Zakładu Górniczego
SOBIESKI”. Numer sprawy 28/2011/EEZP/MZ.

Data podjęcia czynności/przesłania informacji o czynności: 07 lipca 2011 r.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, w oparciu o art. 180 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm., dalej zwanej „ustawą PZP”), wnosimy odwołanie od czynności Zamawiającego, w postaci zmiany postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ),

zarzucając naruszenie następujących przepisów:

- a) Art. 38 ust. 4 ustawy PZP, poprzez nie wykazanie okoliczności uzasadniających dokonaną zmianę postanowień SIWZ;
- b) Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ustawy PZP, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, z użyciem określeń chronionych patentem i tym samym naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. w szczególności w zakresie:

- niejednoznacznego i niekonsekwentnego określenia średnicy organu, tj. w jednym punkcie wskazano że ma ona wynosić 2000 mm, w innym punkcie określono przedział średnicy 2000-2300 mm, a następnie wskazano, że „średnica organu z opisanego zakresu zostanie uzgodniona na etapie realizacji zamówienia” – zapis taki jednocześnie uniemożliwia poprawne ustalenie ceny ofertowej;
- użycia w opisie przedmiotu zamówienia słów wskazujących na opatentowane rozwiązanie konkretnego wykonawcy, tj. zastąpienie dotychczasowego określenia „organy urabiające”, określeniem: „organy urabiające konstrukcji globoidalnej” oraz określenia „rodzaj zraszania – wewnętrzne zanożowe”, określeniem „rodzaj zraszania – wewnętrzne zanożowe inżektorowe”;
- nieuzasadnionego zawężenia kręgu wykonawców do jednego wykonawcy, produkującego organy wskazanego typu.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ poprzez jednoznaczne określenie średnicy organu oraz określenie przedmiotu zamówienia jako „organu urabiającego” i rodzaju zraszania jako „wewnętrzne zanożowe”.

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę kompleksu ścianowego dla Południowego Koncernu Węglowego S.A. – Zakładu Górniczego SOBIESKP”.

W dniu 07 lipca 2011 r. zamawiający dokonał zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszczając stosowną informację na swojej stronie internetowej. W informacji tej wskazano zmiany w poszczególnych postanowieniach specyfikacji, przytaczając dotychczasowe i nowe brzmienia poszczególnych postanowień. Należy jednakże stwierdzić, że zamawiający nie przedstawił okoliczności uzasadniających dokonane zmiany postanowień SIWZ, do czego był zobowiązany na mocy art. 38 ust. 4 ustawy PZP, zgodnie z którym: „w **uzasadnionych przypadkach** zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...)”. Obowiązek uzasadnienia dokonanych zmian został również podniesiony w Postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, z dnia 28.09.2010 r., sygnatura akt: KIO/UZP/2006/10, w którym wskazano, że: „**przepisy art. 38 ust. 1 ustawy P.z.p. upoważniają Zamawiającego do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przed upływem terminu składania ofert, o ile zachodzą uzasadnione ku temu przypadki (...)**”.

Agnieszka Nowak


W świetle powyższego, należy stwierdzić, że zamawiający dokonał zmiany postanowień SIWZ z naruszeniem procedury ustanowionej w art. 38 ust. 4 ustawy PZP, z uwagi na brak wykazania okoliczności uzasadniających przeprowadzenie takiej czynności.

Jeżeli chodzi o wprowadzone zmiany postanowień SIWZ, to w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że w załączniku nr 1 do SIWZ został opisany przedmiot zamówienia, tj. urządzenia składające się na kompleks ścianowy. Określając wymagania techniczno-konstrukcyjne dla kombajnu (pkt IV lit. B ppkt 2) wskazano, że przedmiotem dostawy mają być także „organy urabiające” (ppkt 2.16). Dokonując modyfikacji postanowień SIWZ, Zamawiający wprowadził zmianę w zakresie typu dostarczanych organów urabiających, wskazując, że mają to być „organy urabiające konstrukcji globoidalnej”. W podobny sposób dokonano zmiany rodzaju zraszania z „wewnętrzne zanożowe” na „wewnętrzne zanożowe, inżektorowe”. Należy jednakże stwierdzić, że tak sformułowane postanowienia opisujące przedmiot zamówienia wymagają dostarczenia konkretnego przedmiotu, objętego ochroną patentową, uniemożliwiając tym samym zaoferowanie rzeczy zamiennej, o cechach równoważnych.

Należy zwrócić uwagę, że takie określenie przedmiotu zamówienia pozostaje w sprzeczności z art. 29 ustawy PZP, w którym zostały zawarte zasady, jakie musi spełniać poprawnie sporządzony opis przedmiotu zamówienia. W szczególności należy zwrócić uwagę, że przepis ten zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to, że niedozwolone jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie na konkretny produkt, ale także w taki sposób, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zamawiający ma więc ograniczoną swobodę precyzowania swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. W ten sposób wypowiedział się również Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., w sprawie o sygnaturze akt IX Ga 137/06, który rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „*Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując siwz, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy*”. Analizując zagadnienie ograniczenia uczciwej konkurencji poprzez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia, należy mieć także na uwadze warunki rynku właściwego dla danego przedmiotu zamówienia. W tym kontekście, dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów (tu: producenta organów globoidalnych, i systemu zraszania inżektorowego, objętych ochroną patentową), a także wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie, nosi znamiona naruszenia uczciwej konkurencji.

Przepisy ustawy PZP zakazują także dokonywania opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych lub patentów. Dopuszczalne jest posłużenie się takim wskazaniem jedynie w sytuacjach wyjątkowych, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia a zamawiający nie może opisać tego przedmiotu za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – jednakże wtedy musi on obok takiego wskazania umieścić wyrazy „lub równoważny”. Możliwość użycia w opisie przedmiotu zamówienia znaku towarowego, patentu lub pochodzenia jest wyjątkiem od reguły i nie powinna być interpretowana rozszerzająco. W związku z tym, należy stwierdzić, że w **każdym przypadku, gdy obiektywnie możliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewymagający wskazania znaku towarowego, zamawiający powinien się do tego zastosować.**

Dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia z pominięciem cech obiektywnych przedmiotu zamówienia i w zamian posłużenie się zestawem cech właściwych wyłącznie dla konkretnego wyrobu, co do zasady zawsze utrudnia uczciwą konkurencję. Dopuszczenie możliwości wskazania znaku towarowego lub patentu nie stanowi, wobec generalnego zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, przepisu szczególnego uchylającego taki zakaz. Celem tego przepisu jest jedynie wskazanie technicznego sposobu wykorzystania znaków towarowych lub patentów, zgodnego z prawem zamówień publicznych, do sprecyzowania przedmiotu zamówienia. W tym znaczeniu opis przedmiotu zamówienia dokonany z wykorzystaniem znaków towarowych lub patentów – zawsze uzupełniony o obligatoryjne oświadczenie zamawiającego o dopuszczeniu składania ofert równoważnych – nie zawęży dopuszczalnej konkurencji do ofert zawierających jedynie wskazane przedmioty czy rozwiązania techniczne, ale stanowi wyłączenie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia, który w normalnych warunkach powinien być przekazany oferentom jako zestaw obiektywnych cech jakościowych i technicznych.

W świetle powyższej analizy należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, modyfikując przedmiot zamówienia poprzez wymaganie dostawy organów urabiających konstrukcji globoidalnej, zamawiający powinien był obok tego określenia umieścić słowa „lub równoważnych”. Okolicznością uzasadniająca takie działanie jest fakt opatentowania w/w rozwiązania przez firmę Krummenauer GmbH. Gdyby zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia w sposób wskazany powyżej, wówczas zostałyby spełnione wymogi wynikające z art. 29 ust. 3 pzp, który przewiduje zastosowanie właśnie tego zwrotu jeśli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w inny sposób, niż wskazanie na rozwiązanie techniczne podlegające ochronie.

Jednocześnie należy stwierdzić, że dokonana zmiana przedmiotu zamówienia (tj. organów urabiających na organy urabiające konstrukcji globoidalnej), jest nieuzasadniona. W szczególności nie może ona wynikać z warunków czy oczekiwań funkcjonalnych zamawiającego, bowiem nie zostały one w żaden sposób wykazane w niniejszym postępowaniu. Podkreślenia wymaga fakt, że w tym samym zakładzie zamawiającego, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie, jest używany kombajn górniczy wyprodukowany przez odwołującego się. W postępowaniu, w którym została zrealizowana

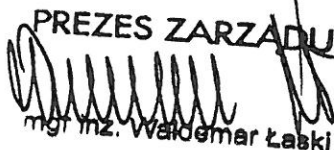
Agnieszka Nowiak

jego dostawa, zamawiający nie wymagał dostawy kombajnu wyposażonego w organy globoidalne, a urządzenie, które zostało dostarczone doskonale spełnia swoją funkcję. Ponadto, należy podkreślić, że pomiędzy organami urabiającymi a organami globoidalnymi występują pewne różnice w budowie, które to okoliczności powinny być brane pod uwagę przez zamawiającego na etapie przygotowywania SIWZ i sporządzania opisu przedmiotu zamówienia. Tymczasem przygotowując SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający nie widział potrzeby zamówienia organu urabiającego innego niż typowy. Istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie powinno również mieć to, że organy urabiające globoidalne są znacznie (około 3 razy) droższe od standardowych organów urabiających, co w żaden sposób nie jest uzasadnione funkcjonalnością tych urządzeń. Wszystkie te wymienione okoliczności wpływają na fakt, że organy globoidalne nie są powszechnie stosowanymi urządzeniami w polskim górnictwie, a w ciągu ostatnich 5 lat dokonano jednej dostawy takich organów.

Dokonane przez zamawiającego zmiany postanowień SIWZ dotyczyły również średnicy organu urabiającego. W pierwotnym brzmieniu postanowień średnica ta wynosiła 2300 mm, tymczasem w dokonanej modyfikacji została ona określona niejednoznacznie, w sposób utrudniający zarówno wykonanie urządzenia, jak i przygotowanie oferty, a w szczególności – ustalenie propozycji ceny. Wynika to stąd, że w każdym ze zmienionych postanowień, określających średnicę organu, wskazano faktycznie inne wymiary. Zgodnie z nową treścią pkt IV.4.ppkt. 1) lit. i): „średnica organu – 2000 mm”, tymczasem w zmienionym postanowieniu pkt IV lit. B ppkt 2.16.a) zawartym w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, wskazano: „średnica organu – (2000 – 2300) mm, uwaga: średnica organu z opisanego zakresu zostanie uzgodniona na etapie realizacji zamówienia.”. Taki sposób opisanego istotnego elementu przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 29 ustawy PZP, zgodnie z którym „przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.”. Należy bowiem podkreślić, że jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych przez zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. Stanowi on podstawowy element specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a ponadto jest niezbędny do prawidłowego oszacowania wartości zamówienia.

W powyższym stanie rzeczy wniesienie niniejszego odwołania jest w pełni uzasadnione i konieczne.

Z poważaniem

PREZES ZARZĄDU

mgr inż. Waldemar Łaski

WICEPREZES ZARZĄDU

dr inż. Ireneusz Tomlecki

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- odpis z KRS Odwołującego,
- dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu

Agnieszka Mędrak
