Sygn. akt. KIO/UZP 1423/07

WYROK/~~POSTANOWIENIE~~*
z dnia 18.12.2007 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Członkowie: **Grzegorz Mazurek**
Izabela Niedziałek

Protokolant: **Natalia Mierzicka**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu /~~ rozprawie* w dniu / ~~w dniach~~* 18.12.2007 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego CEN-RAT Sp. z o.o. z Bytomia, ul. Chorzowska 25** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A. z Katowic, ul. Powstańców 30** protestu / ~~protestów~~* z dnia 09.11.2007 r.

przy udziale **„**AZIS PLUS'' Sp. z o.o. w Jastrzębiu Zdroju, ul. Rybnicka 6 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego CEN-RAT Sp. z o.o. z Bytomia, ul. Chorzowska 25**
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3.156 zł o gr (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy)
z kwoty wpisu uiszczonego przez **Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego CEN-RAT Sp. z o.o. z Bytomia, ul. Chorzowska 25**

2) dokonać wpłaty kwoty 3000 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego CEN-RAT Sp. z o.o. z Bytomia, ul. Chorzowska 25** na rzecz **Kompani Węglowej S.A. z Katowic, ul. Powstańców 30**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego

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 16.844 zł 0 gr (słownie: szesnaście tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote zero groszy)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego CEN-RAT Sp. z o.o. z Bytomia, ul. Chorzowska 25**

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

W dniu 06.09.2007-- Zamawiający Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach, ogłosił postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na ,,Pozyskiwanie w formie dzierżawy wytwornic azotu, stosowanego do inertyzacji zrobów poeksploatacyjnych oraz przestrzeni otamowanych wraz z dzierżawą i montażem urządzeń do podawania azotu pod ziemię dla kopalń Kompanii Węglowej S.A. w latach 2007 – 2010".
W dniu 5.11.2007. Zamawiający powiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w dniu 9.11.2007. złożył protest na wybór oferty w zadaniach 1, 2, 4, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 1 i 2 i art. 36 ust. 4 pzp i wniósł o uchylenie wyboru oferty najkorzystniejszej we wskazanych zadaniach oraz o powtórną ocenę ofert.
Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w 10-dniwym terminie, w związku z czym Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 23.11.2007.

Do postępowania odwoławczego zgłosiła przystąpienie firma AZIZ PLUS Sp. z o.o. dalej zwana Przystępującym. W przystąpieniu powtórzono argumentację wskazaną w przystąpieniu do toczącego się w wyniku wniesienia protestu w szczególności wskazano, że zarzut protestu dotyczący warunków udziału w postępowaniu jest złożony po terminie.

W proteście i odwołaniu Odwołujący podniósł cztery zarzuty.

Pierwszy zarzut dotyczył nieprawidłowego, zdaniem Odwołującego, określenia warunków udziału w postępowaniu, bowiem Zamawiający nie wskazał, jak to uczynił w innym, analogicznym postępowaniu, jakie uprawnienia powinien posiadać ubiegający się o udzielenie zamówienia; prawa własności przemysłowej nie są wystarczające, albowiem wykonawca powinien posiadać uprawnienia szczególne do realizacji przedmiotu zamówienia, wynikające z przepisów wykonawczych do prawa geologicznego i górniczego, a mianowicie posiadać uzgodnienia z Centralną Stacją Ratownictwa Górniczego S.A. z siedzibą w Bytomiu. W odwołaniu wskazano, że przy tego rodzaju zarzutach nie ma ograniczenia co do terminu wnoszenia protestu na SIWZ, ponieważ zarzut dotyczący nieprawidłowego określenia warunków udziału w postępowaniu stanowi okoliczność, którą Krajowa Izba Odwoławcza bierze pod uwagę z urzędu.

Drugim zarzutem dotyczącym nieprawidłowego określenia warunków udziału w postępowaniu, jest zdaniem Odwołującego fakt, że wymagane w SIWZ doświadczenie, jakie powinien mieć wykonawca w realizacji przedmiotu zamówienia zostało opisane w sposób nieadekwatny do przedmiotu niniejszego zamówienia, ponieważ Zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o wykonanie zamówienia wykazał się realizacją dostaw gazów inertnych, a przedmiotem zamówienia jest dzierżawa wytwornic azotu.

Kolejne dwa zarzuty odnoszą się do oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, a złożonej przez Przystępującego.

Odnośnie zarzutu dotyczącego daty zgłoszenia wniosku patentowego, który został załączony do oferty Przystępującego, Odwołujący podnosi, że datą zgłoszenia wniosku patentowego jest data wpływu tegoż wniosku do Urzędu Patentowego, a nie data nadania, a tylko taki dowód załączono do oferty uznanej za najkorzystniejszą. Zatem na dzień otwarcia ofert Przystępujący nie wykazał, że ma uprawnienie wymagane przez Zamawiającego.

Podnosząc czwarty, ostatni zarzut, Odwołujący zauważa, że w ofercie Przystępującego wskazano, że całość zamówienia zostanie wykonana siłami innego podmiotu – firmy MESSER Polska. Zdaniem Odwołującego jest to działanie sprzeczne z przepisami prawa zamówień publicznych, ponieważ w takim postępowaniu bada się cechy konkretnego wykonawcy, jego kwalifikacje, doświadczenie, kompetencje i potencjał. Według

Odwołującego powierzenie wykonania całości przedmiotu zamówienia innemu podmiotowi stanowi zaprzeczenie zasady osobistego wykonania zamówienia.

W oparciu o wyżej przedstawiony stan faktyczny, oferty złożone w niniejszym postępowaniu i dokumentację postępowania, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do dwóch pierwszych zarzutów, dotyczących warunków udzielenia zamówienia, Izba nie uznała je za zasadne, i nie dopatrzono się podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z urzędu.

W oparciu o dokumentację postępowania, w szczególności o ogłoszenie, SIWZ i istotne warunki umowy, Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dzierżawa (dostawa), a nie pozyskiwanie gazów (usługa), zatem Zamawiający postąpił prawidłowo nie żądając od wykonawców dokumentów wykazujących uzgodnienia w zakresie sposobu wykonywania usług związanych z podawaniem azotu. To Zamawiający bierze odpowiedzialność za konsekwencje wynikające z dzierżawy przedmiotu zamówienia, i zobowiązuje się do przestrzegania przepisów dotyczących ich eksploatacji (Szczegółowy opis zamówienia, pkt 4, załącznik nr 1 do SIWZ).

Drugi zarzut dotyczący określenia warunków udziału w postępowaniu, tj., stwierdzenie, że Zamawiający zbyt szeroko określił krąg wykonawców, mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, poprzez wymóg wykazania się, że wykonali / wykonują oni dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom gazów inertnych stosowanych w podziemnych wyrobiskach górniczych, również nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający mając wiedzę, że są różne rodzaje metod pozyskiwania gazów inertnych dopuścił w niniejszym postępowaniu posiadanie doświadczenia w ich realizacji, mimo że przedmiotem niniejszego zamówienia jest dzierżawa wytwornic azotu; takie działanie Zamawiającego jest zgodne z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ dopuszcza do postępowania podmioty, które dostarczały nie tylko azot, ale również inne gazy inertne, wytwarzane za pomocą innych metod, co jest rodzajowo zbliżone do przedmiotu zamówienia.

Równocześnie należy oddalić zarzuty Odwołującego odnoszące się do oferty Przystępującego będące konsekwencją jego twierdzeń, że warunki udziału w postępowaniu powinny być zawężone do dostaw azotu, albowiem Odwołujący badał ofertę złożoną przez Przystępującego nie pod kątem warunków opisanych przez Zamawiającego, ale biorąc pod uwagę wymagania, jakie, jego zdanie, powinny być zastosowane. Zdaniem Izby złożone przez Przystępującego wraz z ofertą dokumenty, a mianowicie wykaz dostaw i

potwierdzające go referencje, spełniają wymagania Zamawiającego, co do wartości, rodzaju, i okresu, w jakim były realizowane.
W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż wymogi Zamawiającego odnośnie warunków, jakie powinien spełniać wykonawca ubiegający się o dzielenie zamówienia zostały określone prawidłowo – tzn. w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia oraz z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji.

Pozostałe dwa zarzuty, dotyczące oferty Przystępującego, która została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, również nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący braku prezentaty Urzędu Patentowego na zgłoszeniu wniosku patentowego jest bezzasadny, albowiem, jak wynika z art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej, data złożenia zgłoszenia w Urzędzie Patentowym ma znaczenie tylko w kontekście uzyskania prawa do pierwszeństwa w uzyskaniu prawa ochronnego na zgłoszony wynalazek. Tymczasem Zamawiający w SIWZ określił jako warunek udziału w postępowaniu, wykazanie się takim prawem, które umożliwi realizację przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z prawem własności przemysłowej. Dokumentem potwierdzającym posiadanie takiego prawa, jest ,,licencja sublicencja, patent lub zgłoszenie wniosku patentowego na sposób i metodę stosowania azotu do inertyzacji podziemnych wyrobisk kopalń wydobywających węgiel kamienny". (SIWZ rozdz. X pkt 1 ppkt. 1 w zw. z rozdz. XII pkt. 1). Skoro Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się zgłoszeniem wniosku patentowego, przyjąć należy, że Zamawiający nie wymagał, że Wykonawca ma się wykazać już posiadaniem prawa ochronnego (patentu) lecz wystarczającym warunkiem jest samo sporządzenie zgłoszenia, w którym, zgodnie z art. 31 ust. 1 prawa własności przemysłowej jest opis wynalazku. Zatem data nadania w polskiej placówce pocztowej zgłoszenia wniosku patentowego udokumentowana przez Przystępującego w jego ofercie jest wystarczającym dowodem do posiadania praw własności przemysłowej umożliwiających realizację przedmiotu zamówienia, który nie mógł być kwestionowany przez zamawiającego, biorąc pod uwagę zapisy zawarte w SIWZ.

Ostatni zarzut podniesiony przez Odwołującego w odwołaniu wskazujący na niezgodne, jego zdaniem, z prawem zamówień publicznych, podzlecenie wykonania całości zamówienia innemu podmiotowi, biorąc pod uwagę warunki i przedmiot niniejszego postępowania, również należy oddalić. Po pierwsze, jak już wyżej stwierdzono, przedmiotem zamówienia jest dostawa, a nie usługa, dlatego nie jest istotne, czy Wykonawca będzie wykonywał zamówienie osobiście czy też za pomocą osoby trzeciej, gdyż cechy podmiotowe wykonawcy nie mają tu znaczenia decydującego. Po drugie, fakt ewentualnego podzlecenia podwykonawcy nie miał dla Zamawiającego znaczenia, skoro nie określił w SIWZ, jakiej

części realizacji zamówienia nie można powierzyć podwykonawcom. Wskazać należy, że ustawa wyraźnie nie określa, jaką maksymalną część wykonywania zamówienia można powierzyć podwykonawcy, dlatego zważywszy na okoliczności tego postępowania i z uwagi na zasadę wolności gospodarczej nie można tego uznać za zakazane.

Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej argumenty orzeczono jak w sentencji.

O kosztach 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*