

**Pan
Jacek Sadowy
Prezes
Urzędu Zamówień Publicznych
w Warszawie**

WYSTĄPIENIE POKONTROLNE

Na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli¹, zwanej dalej *ustawą o NIK*, Najwyższa Izba Kontroli Delegatura w Katowicach przeprowadziła kontrolę w Urzędzie Zamówień Publicznych², w zakresie prawidłowości wydawania przez Prezesa Urzędu w latach 2002-2006 decyzji zatwierdzających zastosowanie trybu z wolnej ręki przy udzielaniu zamówień publicznych na zakup przez podmioty górnicze części zamiennych oraz usług remontowo-serwisowych do użytkowanych w podziemnych zakładach górniczych maszyn i urządzeń.

W związku z kontrolą, której wyniki przedstawione zostały w protokole kontroli, podpisanym w dniu 1 grudnia 2008 r., Najwyższa Izba Kontroli, na podstawie art. 60 ustawy o NIK, przekazuje Panu Prezesowi niniejsze wystąpienie pokontrolne.

Najwyższa Izba Kontroli ocenia negatywnie działania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie spraw objętych kontrolą.

¹ Dz. U. z 2007 r. Nr 231, poz. 1701 ze zm.

² Zwanego dalej „Urzędem” lub „UZP”

Powyższą ocenę uzasadniają następujące ustalenia i oceny cząstkowe:

1. W okresie objętym kontrolą podmioty prowadzące eksploatację górnictwem surowców energetycznych występowały w 117 przypadkach do Prezesa UZP z wnioskiem o wyrażenie zgody na zastosowanie przy udzielaniu zamówień publicznych trybu z wolnej ręki na zakup części zamiennych oraz usług remontowo-serwisowych do użytkowanych przez nie maszyn i urządzeń górniczych, przy czym każdorazowo jako przyczynę konieczności zastosowania ww. trybu wnioskodawcy wskazywali, iż na rynku z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze występuje tylko jeden podmiot mogący zrealizować dane zamówienie³. Wdrożone w tych sprawach postępowania administracyjne 113⁴ razy zakończone zostały wydaniem przez Prezesa UZP decyzji zezwalającej na zastosowanie ww. trybu, a ich ilość w poszczególnych latach kształtowała się następująco:
 - 1) w 2002 r. - 1 decyzja dla Kopalni Siarki Machów S.A.⁵ w Tarnobrzegu na zakupy o wartości 345 198,00 zł netto;
 - 2) w 2003 r. - 1 decyzja dla KS Machów S.A. na zakupy o wartości 416 145,72 zł netto;
 - 3) w 2004 r. - 107 decyzji na łączną kwotę 2 174 656 104,00 zł netto, z czego:
 - a) 103 decyzje dla Kompanii Węglowej SA⁶ na łączną kwotę 2 163 994 404,00 zł netto, przy czym 93⁷ zezwolenia na łączną kwotę 1 996 757 500,00 zł netto zostały wydane na podstawie wniosków złożonych dnia 3 sierpnia 2004 r.
 - b) 3 decyzje dla Katowickiego Holdingu Węglowego S.A.⁸ na łączną kwotę 6 461 700,00 zł netto,
 - c) 1 decyzja dla Zakładu Górniczo-Energetycznego „Janina”⁹ w Libiążu na kwotę 4 200 200,00 zł netto,
 - 4) w 2005 r. wydano 3 decyzje dla KW SA na łączną kwotę 125 200 000 zł, które wydano po przeprowadzonych postępowaniach odwoławczych do odmownych decyzji wydanych pierwotnie dla 3 wniosków z 3 sierpnia 2004 r.

³ Do 1 marca 2004 r. art. 71 ust.1 pkt.1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 76, poz. 344 ze zm.) oraz od 2 marca 2004 r. art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm., a obecnie Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”,

⁴ W 4 przypadkach w 2004 r. wnioski Kompanii Węglowej SA zostały odrzucone, jednakże po odwołaniu się od tych decyzji i ponownym rozpatrzeniu Prezes UZP wydał decyzje zezwalające na zastosowanie trybu z wolnej ręki.

⁵ Zwana dalej „KS Machów”

⁶ Zwanej dalej „KW SA”

⁷ W tym jedna decyzja po przeprowadzonym postępowaniu odwoławczym od negatywnej decyzji Prezesa UZP.

⁸ Zwanej dalej „KHW SA”

⁹ Zwana dalej „ZGE Janina”

- 5) w 2006 r. wydano 1 decyzję dla Jastrzębskiej Spółki Węglowej SA¹⁰ na łączną kwotę 5 518 500,00 zł netto.

Kontrolą objęto wszystkie postępowania administracyjne, które zakończone zostały wydaniem przez Prezesa UZP ww. decyzji administracyjnych, ze szczególnym uwzględnieniem sposobu rozpatrywania wniosków KW SA i KHW SA, w przypadku których powoływano się na treść § 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 górniczych¹¹, który stanowił, że „*maszyny, urządzenia i instalacje utrzymuje się, naprawia i remontuje w sposób ustalony w dokumentacji techniczno-ruchowej¹² producenta*”.

Z ustaleń kontroli wynika, że złożone wnioski KS „Machów” z 2002 r. i 2003 r., KW SA z 2003 r., ZGE „Janina” z 2003 r. i JSW SA z 2006 r. uzasadniano tym, że na rynku istnieje tylko jeden podmiot mogący spełnić warunki techniczne zamówienia, przy czym stan ten nie wynikał z treści § 428 Rozporządzenia MG w sprawie BHP.

2. Prezes UZP do 24 maja 2006 r., zgodnie z obowiązującą w badanym okresie ustawą Pzp, posiadał uprawnienie do wydawania decyzji administracyjnych wyrażających zgodę na zastosowanie przy udzielaniu zamówień publicznych trybu z wolnej ręki. Wydanie decyzji poprzedzane było czynnościami w ramach postępowań mających na celu ustalenie, czy istnieją obiektywne, nieprzewidywalne przesłanki do zastosowania tego trybu. W ramach takich postępowań Prezes UZP posiadał uprawnienie do zasięgania opinii u innych organów administracji publicznej oraz do zwracania się do wnioskodawcy o udzielenie dodatkowych wyjaśnień lub przedłożenie dokumentów uzupełniających. Istnienie tych przesłanek weryfikowane było również na podstawie innych dostępnych źródeł informacji¹³, w tym na podstawie posiadanej przez Urząd bazy danych¹⁴, zawierającej informacje na temat wydanych wcześniej decyzji w podobnych sprawach.

Analiza dokumentacji skontrolowanych postępowań wykazała, że pierwsze cztery wnioski powołujące się na treść § 428 rozporządzenia MG w sprawie BHP zostały złożone przez KW SA pod koniec grudnia 2003 r.¹⁵. Jednak podstawowym argumentem

¹⁰ Zwana dalej „JSW SA”

¹¹ Dz. U. Nr 139 poz. 1169 ze zm., zwane dalej „Rozporządzeniem MG w sprawie BHP”

¹² Zwana dalej „DTR”

¹³ Np. w Internecie.

¹⁴ System „Magic”

¹⁵ Wszystkie datowane były na 23 grudnia 2003 r.

przemawiającym za zastosowaniem ww. trybu, na który powoływała się ww. spółka, był fakt, że przeprowadzone wcześniej przetargi na usługi remontowe kombajnów chodnikowych¹⁶ i ścianowych¹⁷ unieważniono z uwagi na to, że do poszczególnych zadań objętych przetargiem zgłosił się tylko jeden oferent, lub nikt się nie zgłosił. Wskazywano przy tym, że:

„Wykonywanie jakichkolwiek napraw i remontów wykraczających poza zakres określony w dokumentacjach techniczno-ruchowych, z równoczesnym zachowaniem warunków określonych w w/w. dopuszczeniu do stosowania, a tym samym w dokumentacji dopuszczeniowej, wymaga m.in. posiadania:

- szczegółowej dokumentacji technicznej i technologicznej;*
- odpowiednio wyposażonych stanowisk remontowych;*
- specjalistycznej aparatury kontrolno-pomiarowej;*
- pełnego dostępu do szerokiego asortymentu części zamiennych i podzespołów, niezbędnych do wykonania usługi w sposób gwarantujący zachowanie warunków dopuszczenia do stosowania udzielonego przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego.”*

We wszystkich ww. przypadkach Prezes UZP zwrócił się do Ministerstwa Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej¹⁸ z prośbą o opinię na temat tego, czy podmioty, na rzecz których ma zostać udzielone zamówienie, są jedynymi, które mogą je zrealizować. Należy jednak zauważyć, że skierowane do MGPIPS zapytania nie dotyczyły poprawności zastosowanej we wnioskach KW SA interpretacji § 428 Rozporządzenia MG w sprawie BHP.

W udzielonych przez Departament Polityki Przemysłowej MGPIPS odpowiedziach za każdym razem stwierdzano, że:

“/.../ nie jest nam znana inna firma, niż ... [w tym miejscu nazwa firmy której wniosek dotyczył], /.../ wskazana przez wnioskodawcę, która - z przyczyn technicznych - może zrealizować ww. zamówienie zgodnie z wymaganiami przedstawionymi we wniosku.”

Po uzyskaniu takiej odpowiedzi, we wszystkich przypadkach Prezes UZP wydał decyzje, w których wyrażono zgodę na zastosowanie trybu z wolnej ręki przy udzielaniu ww. zamówień.

¹⁶ Produkcji firm: „REMAG” Sp. z o.o. (zwana dalej „REMAG”), Voest Alpine Bergtechnik GmbH,

¹⁷ Produkcji firm: FM „FAMUR” SA (zwana dalej „FAMUR”), Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne SA (zwana dalej „ZZM”), JOY Manufacturing Company Ltd (zwana dalej „JOY”);

¹⁸ Zwanej dalej „MGPIPS”

Nie kwestionując poprawności wydanych w ww. sprawach przez Prezesa UZP decyzji, Najwyższa Izba Kontroli zwraca uwagę, że z załączonych przez KW SA do wniosków dokumentów wynikało, że w przeprowadzonym w listopadzie 2003 r. przetargu¹⁹ na wykonywanie remontów kombajnów ścianowych wzięło udział ogółem 11 oferentów, z czego jedynie trzech było ich producentami²⁰. Spośród wszystkich oferentów, pięciu zostało wyłączonych z powodu braków formalnych złożonych ofert²¹, przy czym w ani jednym przypadku, dokonując odrzucenia oferty, nie powoływano się na treść obowiązującego od 15 miesięcy § 428 Rozporządzenia MG w sprawie BHP lub na brak możliwości wykonania remontów przez oferenta z uwagi na nie posiadanie przez niego niezbędnej dokumentacji, stosownej aparatury kontrolno-pomiarowej lub niezbędnych części zamiennych.

W dniach 7 i 14 stycznia 2004 r. KHW SA powołując się na § 428 Rozporządzenia MG w sprawie BHP złożyła do Prezesa UZP trzy wnioski o wyrażenie zgody na zastosowanie trybu z wolnej ręki przy udzielaniu zamówień na remonty kombajnów ścianowych²² i chodnikowych²³. W przypadku tych ostatnich zwrócono się do MGPiPS o wydanie opinii i uzyskano identyczną odpowiedź jak cytowano wyżej, natomiast w przypadku kombajnów ścianowych o opinię nie występowano. Po otrzymaniu opisanej wyżej opinii, Prezes UZP wydał cztery pozytywne decyzje²⁴, a w przypadku trzech firm postępowanie umorzył z uwagi na zbyt niską wartość zamówienia²⁵.

3. Dnia 3 sierpnia 2004 r. KW SA złożyła w Urzędzie Zamówień Publicznych 96 wniosków o udzielenie przez Prezesa UZP zgody na zastosowanie trybu z wolnej ręki przy udzielaniu zamówień publicznych na zakup części zamiennych do maszyn i urządzeń oraz na świadczenie przez ich producentów usług remontowych i serwisowych. Zawarte w ww. trybie umowy obowiązywać miały przez lata 2005-2007, a ich łączna wartość szacowana była przez KW SA na ponad 2 mld zł.

Złożenie do UZP ww. wniosków, jak wykazała przeprowadzona w KW SA kontrola²⁶, poprzedzone zostało podjęciem przez Zarząd KW SA uchwały²⁷, na mocy

¹⁹ Nr 3330040, który obejmował łącznie 26 zadań.

²⁰ Famur, Eickhoff i JOY

²¹ Brak wymaganych oświadczeń, brak informacji z KRS, oferta na część zadania, brak warunków gwarancji.

²² ZZM, FAMUR, Eickhoff Ltd, JOY, DBT GmbH,

²³ Produkcji firm: REMAG, Voest Alpinie Bergtechnik GmbH,

²⁴ ZZM, FAMUR, Voest Alpinie Technika Górnicza i Tunelowa Sp. z o.o., REMAG.

²⁵ art. 123 Pzp

²⁶ Kontrola przeprowadzona została przez Delegaturę NIK w Katowicach w okresie od maja do sierpnia 2008 r.

²⁷ Nr 1089/2004 z dnia 1 czerwca 2004 r.

której zdecydowano się „Wyrazić zgodę na przeprowadzenie postępowań objętych procedurą ustawy Prawo zamówień publicznych w trybie z wolnej ręki w celu udzielenia zamówień na wykonanie w latach 2005-2007 remontów podzespołów, dostawę oryginalnych części zmiennych oraz serwisowanie maszyn i urządzeń górniczych /.../.”

Na jej podstawie w czerwcu 2004 r. KW S.A. zwróciła się do kontrahentów, z którymi planowano zawarcie umów w trybie z wolnej ręki na dostawę części zamiennych i usług remontowych, „o określenie, czy Wasza firma w latach 2005-2007 będzie wyłącznym (jedynym) dostawcą do kopalń i zakładów górniczych KW S.A. części zamiennych (nowych i regenerowanych), usług remontowych i serwisowych dla ... [tu określano rodzaj maszyny lub urządzenia] Waszej produkcji. /.../ W przypadku udzielenia innym firmom autoryzacji w przedmiotowej zakresie prosimy o podanie wykazu tych firm i zakresu autoryzacji wraz z okresem jej obowiązywania.”

Na sformułowane w ten sposób pytanie niemal wszyscy producenci maszyn i urządzeń zadeklarowali, że zostaną „jedynym dostawcą” części zamiennych oraz usług remontowo-serwisowych. Jedynie firma Zamep SA w udzielonej odpowiedzi stwierdziła, że: „Odnosnie usług serwisowych i remontowych wybór należy do Kompanii Węglowej SA, gdyż Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwiec 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy ... - Dział VI rozdz. 1 § 428 - (Dz. U. Nr 139, poz. 1169) mówi jednoznacznie o sposobie wykonywania remontów, a nie przez kogo mają być wykonywane. A zatem ograniczenie firm mogących wykonywać te usługi jest wyjściem poza w/w przepis i przekroczeniem uprawnień.”

Jednocześnie w KW SA przystąpiono do szacowania przewidywanej wartości zamówień publicznych i opracowywania wniosków do Prezesa UZP, w których przedstawiono następującą interpretację § 428 Rozporządzenia MG w sprawie BHP:

„/.../ zgodnie z wymaganiami określonymi w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych – Dział VI, rozdz. 1, § 428 – (Dz.U. Nr 139, poz. 1169), maszyny, urządzenia i instalacje utrzymuje się, naprawia i remontuje w sposób ustalony w dokumentacji techniczno-ruchowej producenta. /.../”²⁸

W związku z powyższym, w sytuacjach, w których naprawy lub remontu nie mogą wykonać z wyżej wymienionych lub innych przyczyn służby techniczne kopalni lub zakładu

²⁸ W tym miejscu zamieszczono zapis identyczny z cytatem z wniosków z 23.12.2003 r. zamieszczonym jako pierwszy na str. 4 nin. wystąpienia.

górniczego, w celu przywrócenia pełnej sprawności technicznej [nazwa maszyny lub urządzenia której dotyczy wniosek] istnieje konieczność korzystania z usług specjalistycznych firm zewnętrznych.”

Każdy z wniosków zawierał również deklarację Zarządu KW SA, że firma produkująca danego typu maszyny lub urządzenia w przesłanym do Spółki piśmie stwierdziła, że:

- 1) *„nie została udzielona innym podmiotom lub osobom trzecim autoryzacja”,*
- 2) *„nie została udostępniona innym podmiotom lub osobom trzecim dokumentacja techniczna i technologiczna, posiadanie której jest niezbędne do wykonywania remontów z zachowaniem warunków określonych w dopuszczeniach WUG”,*
- 3) *„nie została udzielona żadnym podmiotom gospodarczym remontującym podzespoły... [nazwa maszyny lub urządzenia, której dotyczy wniosek] zgoda na posługiwanie się dopuszczeniami wydanymi przez Prezesa WUG dla wyszczególnionego we wniosku Wykonawcy”,*
- 4) *„nie prowadzi się sprzedaży części zamiennych wykonywanych zgodnie z dokumentacją techniczną i technologiczną producenta, poza sprzedażą do bezpośrednich użytkowników... [nazwa maszyny lub urządzenia, której dotyczy wniosek]”.*

Kopie tych pism, załączone zostały przez KW SA do złożonych do Prezesa UZP wniosków.

Najwyższa Izba Kontroli negatywnie ocenia rzetelność dokonanej przez Prezesa UZP i pracowników Urzędu weryfikacji ww. wniosków. Szczegółowa ich analiza wykazała bowiem, że na 96 pism dołączonych do wniosków:

- 1) w 54 pismach brak było informacji, że firma nie udzieliła innym podmiotom lub osobom trzecim autoryzacji na produkcję lub remont wytwarzanych urządzeń, a w niektórych przypadkach była wręcz informacja, że takie autoryzacje zostały udzielone,
- 2) jedynie w 8 pismach znalazła się informacja, że producent nie udostępnił innym podmiotom lub osobom trzecim dokumentacji technicznej i technologicznej, posiadanie której jest niezbędne do wykonywania remontów z zachowaniem warunków określonych w dopuszczeniach WUG,
- 3) jedynie w 5 pismach znalazła się informacja, że ze strony producenta nie została udzielona żadnym podmiotom gospodarczym remontującym podzespoły

produkowanych maszyn i urządzeń zgoda na posługiwanie się dopuszczeniami wydanymi przez Prezesa WUG dla wyszczególnionego we wniosku Wykonawcy,

- 4) jedynie w 7 pismach załączonych do wniosków znalazła się deklaracja, że producent maszyny lub urządzenia nie prowadzi sprzedaży części zamiennych wykonanych zgodnie z dokumentacją techniczną i technologiczną producenta, poza sprzedażą do bezpośrednich użytkowników jego produktów.

Część z ww. pism zawierała przy tym informacje wskazujące, że wbrew deklaracjom złożonym przez Zarząd KW SA, na rynku części zamiennych oraz usług remontowo-serwisowych do maszyn i urządzeń górniczych występuje lub może występować konkurencja. I tak:

- 1) W załączonym do wniosku ZP/3578/MM/2004 piśmie firmy Becker-Warkop Sp. z o.o. stwierdzono m.in., że będzie ona jedynym dostawcą części zamiennych i usług remontowych do obudów zmechanizowanych typu Pioma Jankowice 19/32.8, Pioma RZN 10/25 i RZN 08/22. Jak ustalono, konstrukcja tych obudów powstała w wyniku modernizacji obudów wyprodukowanych przez firmę Pioma SA, podobnie jak większość stosowanych w nich części. Jednocześnie Zarząd KW SA włożył do Prezesa UZP wniosek nr ZP/3581/MM/2004 o udzielenie zgody na zakup w trybie z wolnej ręki części zamiennych oraz usług remontowych obudów zmechanizowanych produkcji firmy Pioma SA, w którym stwierdził, że firma ta nikomu nie udzielała autoryzacji, nie udostępniała żadnym podmiotom dokumentacji technicznej i remontowej oraz nie prowadzi sprzedaży części zamiennych innym podmiotom niż kopalnie i zakłady górnicze.
- 2) W załączonym do wniosku nr ZP/3573/MM/2004 piśmie firmy EKO-BIS BG Sp. z o.o. stwierdzono, że firma ta: *„posiada własną dokumentację remontową dla obudów zmechanizowanych (wg zał. nr 1 - wyciąg z opinii nr OBAC/035/TO/04), która była przedmiotem weryfikacji zakładu atestacji OBAC Gliwice. Fakt posiadania własnej dokumentacji remontowej był podstawą oceny możliwości techniczno-technologicznych remontów, napraw i regeneracji obudów zmechanizowanych i produkcji ich podzespołów w przedsiębiorstwie oraz naszym zdaniem wyczerpuje intencje ustawodawcy w zakresie niezbędnych wymagań do prowadzenia ich remontu i napraw.”* Dołączony do tego pisma wyciąg z ww. opinii zawierał wykaz 98 typów obudów zmechanizowanych możliwych do remontowania przez EKO-BIS BG Sp. z o.o., w tym produkcji takich firm jak Pumar Sp. z o.o., Fazos SA, Glinik Sp. z o.o., Tagor SA, Metrol Sp. z o.o., Pioma SA, Becker-Warkop Sp. z o.o.

Jednocześnie Zarząd KW SA złożył do Prezesa UZP wnioski o udzielenie zgody na zakup w trybie z wolnej ręki części zamiennych oraz usług remontowych do obudów zmechanizowanych wszystkich ww. producentów²⁹, przy czym we wnioskach tych zadeklarował, że żadna z tych firm nie udostępniała innym podmiotom dokumentacji konstrukcyjnej i remontowej oraz nie prowadzi sprzedaży części zamiennych innym podmiotom niż ostateczni użytkownicy produkowanych przez nie wyrobów.

- 3) W załączonym do wniosku nr ZP/3649/AT/2004 piśmie firmy KSK Sp. z o.o. stwierdzono, że: *„W odniesieniu do podmiotów zgrupowanych w Kompanii Węglowej SA stosujących pompy naszej produkcji informujemy, że KSK Sp. z o.o. na lata 2005-2007 nie udzieliła żadnej autoryzacji dotyczącej napraw, dostaw części i usług serwisowych.”* Zapis ten może wskazywać, że KSK nie udzieliła takiej autoryzacji jedynie w odniesieniu do zakładów KW SA, a więc na rynku powyższych usług i dostaw mogą występować podmioty konkurencyjne w stosunku do KSK. Ocena taka znajduje potwierdzenie w treści dostarczonych do UZP wyciągów z DTR, w których stwierdzono, że *„warsztat remontowy /.../ poza spełnieniem innych warunków musi posiadać: - dokumentację konstrukcyjną lub remontową - podlegającą ocenie przez upoważnioną jednostkę”* i *„Czynności remontowe ujęte w poz. 9-14 /.../ mogą być wykonywane przez producenta lub uprawniony zakład remontowy”*.
- 4) W załączonym do wniosku nr ZP/3590/BW/2004 piśmie firmy Carboautomatyka SA oraz z załączonych do pisma oświadczeń firm TELZAS Sp. z o.o. i IQ-Power Sp. z o.o. jednoznacznie wynikało, że Carboautomatyka SA nie jest producentem systemów dyspozytorskich, ani wyłącznym przedstawicielem tych firm, ale jedynie ich *„głównym partnerem techniczno-handlowy”* na terenie Polski południowej.
- 5) W piśmie firmy Hydrotech SA załączonym do wniosku nr ZP/3580/MM/2004 stwierdzono, że: *„W zakresie dostaw i remontów hydrauliki siłowej do obudów zmechanizowanych posiadamy autoryzację firmy Tagor SA, Pioma SA oraz firmy Glinik Sp. z o.o. w zakresie obudów Glinik 066/16 i Glinik 08/22.”* oraz, że: *„Firma Hydrotech SA posiada również autoryzację i dokumentację remontowo-produkcyjną firmy Hemscheidt na remont sterowania pilotowego oraz zakupioną z Georytu dokumentację remontową sterowania tradycyjnego typ „Georyt”*. Powyższe zapisy stoją w sprzeczności z twierdzeniami Zarządu KW SA zawartymi we wnioskach

²⁹ Wnioski nr: ZP/3579/MM/2004, ZP/3575/MM/2004, ZP/3577/MM/2004, ZP/3572/MM/2004, ZP/3574/MM/2004 i ZP/3581/MM/2004 opisane protokoły kontroli w tabelach nr 26, 29, 31, 37, 112 i 114.

o numerach ZP/3575/MM/2004³⁰, ZP/3581/MM/2004³¹, ZP/3574/MM/2004³² i ZP/3632/MĆ/2004³³ oraz wskazują, że na rynku dostaw części zamiennych i usług remontowych dotyczących, co najmniej niektórych wyrobów wymienionych w piśmie producentów występowała konkurencja.

- 6) W piśmie firmy Zarmen Sp. z o.o. załączonym do wniosku ZP/3622/PM/2004 stwierdzono, że: *„będziemy reprezentować jedyne autoryzowanego przedstawiciela producenta urządzeń chłodniczych typu DV tj. firmę "REMUS", z którą mamy zawartą umowę o współpracy /.../. - firma "REMUS" jako jedyna posiada autoryzację producenta ww. urządzeń tj. firmy WAT WÄRME-AUSTAUSCH-TECHNIK GMBH z siedzibą w Hamminkeln-Brünen (Niemcy) oraz potwierdzenie ważności, co najmniej do końca 2008 roku.”*
- 7) Treść wniosków nr ZP/3623/PM/2004, ZP/3625/PM/2004, ZP/3630/PM/2004 dotyczących wyrażenia zgody na zakup w latach 2005-2007 od firm NOVA Sp. z o.o., LS Projektowanie i Produkcja Urządzeń Elektronicznych i Elektromontaż Chorzów Sp. z o.o. w trybie z wolnej ręki części zamiennych, zlecenia usług remontów podzespołów i kompletnych systemów i urządzeń metanometrycznych oraz sprzętu strzałowego wraz z serwisowaniem systemów i urządzeń metanometrycznych oraz sprzętu strzałowego, była sprzeczna z pismami do nich załączonymi, z których wynika, że urządzenia, którymi zajmują się ww. firmy, nie są ani urządzeniami metanometrycznymi, ani sprzętem strzałowym. Ponadto w piśmie firmy NOVA wskazano również, że część³⁴ urządzeń serwisowanych przez nią nie jest jej produktem, a ich serwis prowadzony jest na podstawie wystawionego przez producenta upoważnienia.
- 8) W piśmie firmy Hydrotech SA załączonym do wniosku nr ZP/3611/KS/2004 poinformowano, że *„firma HYDROTECH SA posiada dokumentacje techniczno-ruchowe spągółdowarek i ładowarek [w tym miejscu wymieniono symbole 7 tego typu maszyn³⁵]. W związku z faktem, że dokumentacje techniczno-ruchowe spągółdowarek w większości nie zawierają w swojej treści stosownej dokumentacji remontowej, firma HYDROTECH SA opracowała na podstawie powyższej*

³⁰ Wniosek dotyczący zakupu w Glinik Sp. z o.o.

³¹ Wniosek dotyczący zakupu w Pioma SA

³² Wniosek dotyczący zakupu w Tagor SA opisano w tabeli nr 112.

³³ Wniosek dotyczący zakupu w Gedryt Centrum Produkcyjne Sp. z o.o.

³⁴ 9 spośród 12 znajdujących się w jej ofercie.

³⁵ Niwka B, ŁBS-500 W, ŁBS-500 WB i ŁZK-6P produkcji FMG Niwka SA, ŁBS-1200 C4 produkcji ZPS Bumar-Łabędy Sp. z o.o., El-160 LS Noell produkcji Elgór+Zamet Sp. z o.o. oraz El-160 S Hötton produkcji Hazemag+EPR GmbH.

dokumentacji oraz przekazanej przez firmę Mannesman-Rexroth dokumentacji technicznej i remontowej osprzętu hydraulicznego własne dokumentacje remontowo-odtworzeniowe podzespołów ww. spagoladowarek. Dokumentacje te zostały pozytywnie zaopiniowane przez Zakład Badań Atestacyjnych CMG KOMAG.” Powyższe zapisy stoją w sprzeczności z twierdzeniami Zarządu KW SA zawartymi we wniosku ZP/3612/KS/2004 dotyczącym udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki dla FMG „Niwka” SA oraz wskazują, że na rynku usług remontowych spagoladowarek występowała konkurencja.

Krytycznie należy również ocenić fakt, że w ani jednym przypadku nie zasięgnięto w powyższych sprawach opinii Ministra Gospodarki lub WUG, pomimo że Naczelnik Wydziału Orzecznictwa Departamentu Prawnego UZP zobowiązywała³⁶ do tego podległych jej pracowników³⁷. Pomimo przygotowania projektów pism, nie wystąpiono również do KW SA z prośbą o przesłanie kopii projektów umów dotyczących realizacji ww. zamówień.

Wprawdzie w ramach powadzonych postępowań, w sierpniu 2004 r. zwrócono się do KW SA o przesłanie kserokopii dokumentacji techniczno-ruchowych, potwierdzających informacje zawarte we wnioskach, jednakże w ocenie NIK przed wydaniem decyzji³⁸ zezwalających na zastosowanie trybu z wolnej ręki nie przeprowadzono rzetelnej analizy otrzymanych dokumentów³⁹. Stwierdzono, bowiem że:

- 1) W 5 na 73 przypadków, KW SA nie dostarczyła wyciągów z DTR, o które zwracał się Urząd, ograniczając się do przesłania oświadczeń sporządzonych przez producentów lub ich jedynych na terenie Polski przedstawicieli, iż posiadają oni wyłączne prawo do naprawy, remontów i konserwacji sprzedawanych przez siebie maszyn i urządzeń górniczych. Sytuacja ta dotyczyła firm: ZEG SA, Damel SA, Voest-Alpine TGiT Sp. z o.o., Zamren Sp. z o.o. i Elgor+Hansen Sp. z o.o.
- 2) Przesłane do UZP przez KW SA dokumenty, dotyczące hydrauliki sterowniczej produkcji firmy Tiefenbach Bergbautechnik GmbH, ograniczały się do kserokopii

³⁶ Poprzez zamieszczenie na wnioskach stosownej dekretacji.

³⁷ Dnia 7.12.2004 r., tj. po wydaniu przez Prezesa UZP decyzji nr ZT/6340/04 zatwierdzającej tryb z wolnej ręki na zakup przez KW SA części zamiennych usług remontowo-serwisowych do podzespołów hydrauliki sterowniczej produkcji Georyt Centrum Produkcyjne Sp. z o.o., w związku ze skargą złożoną przez firmę EKO-BIS Sp. z o.o., UZP wystąpiła do MGPIPS o opinię w ww. sprawie. W przekazanej 20.12.2004 r. do UZP opinii Departament Polityki Przemysłowej stwierdził, że „według naszego rozeznania wskazana firma nie jest z przyczyn technicznych jedynym podmiotem zdolnym do dostarczania części zamiennych zgodnych z wymaganiami przedstawionymi w przedmiotowym wniosku.”

³⁸ Wszystkie decyzje w sprawie wniosków KW SA złożonych do UZP dnia 3 sierpnia 2004 r. zostały w imieniu Prezesa UZP podpisane przez jego zastępcę p. Włodzimierza Dzierżanowskiego w okresie od 20.09.2004 r. do 5.01.2005 r.

³⁹ Dnia 13.09.2004 r. KW SA przesłała do UZP pisma producentów lub wyciągi z DTR dotyczące 73 wniosków, deklarując że pozostałe dośle po otrzymaniu ich od producentów. Z tego zobowiązania KW SA nie wywiązała się.

pierwszej strony DTR jednego z typów sterowań (10F), na którym stwierdzono, że wszelkie prawa są przez firmę zastrzeżone oraz oświadczenia Tiefenbach-Polska Sp. z o.o., że jest jedynym przedstawicielem ww. firmy na terenie Polski oraz, że posiada na wyłączność jej autoryzację na sprzedaż części zamiennych oraz przeprowadzanie remontów i serwisu elementów hydrauliki sterowniczej jej produkcji.

- 3) Przesłany do UZP i datowany na maj 2002 r. (tj. przed wydaniem przez MG Rozporządzenia w sprawie BHP) wyciąg z DTR obudowy zmechanizowanej produkcji Fazos SA zawierał m.in. następujący zapis: *"Producent zastrzega sobie pierwszeństwa przy naprawach remontach i modernizacjach tejże obudowy. /.../ Wszelkie techniczne ingerencje w konstrukcję obudowy nie spełniające powyżej przytoczonych warunków są zabronione i powodują automatyczną utratę przez eksploatującego urządzenie rękojmi i gwarancji Producenta. Są one również naruszeniem obowiązującego prawa tj. § 428 Rozporządzenia Ministra Gospodarki /.../."*
- 4) Na pierwszej stronie dostarczonej do UZP kopii DTR systemu Zefir produkcji firmy LPK Prunella s.c. znajdował się odrębny dopisek właścicieli spółki, w którym stwierdzono, że firma ta jako jedyna spełnia wymogi § 428 Rozporządzenia MG w sprawie BHP.
- 5) W dostarczonych przez KW SA do UZP wyciągach z DTR systemów dyspozytorskich KSP-1 i KSP-2 otrzymanych od firmy Carboautomatyka SA stwierdzono, że *„Przeglądy sprawdzające poprawność systemu przeprowadza producent przynajmniej raz w roku. /.../ Serwisem zajmuje się odpowiedni wydział PKiMSA Carboautomatyki SA w Tychach."* Pierwsze z ww. zdań stało w sprzeczności z opisanym wyżej faktem, iż firma ta nie była producentem ww. systemów, a jedynie głównym partnerem techniczno-handlowym firm TELZAS Sp. z o.o. i IQ-Power Sp. z o.o.
- 6) Przy piśmie przekazanym do UZP, wraz z otrzymanymi od firmy Tranz-Tel Bogdan Kulisz wyciągami z DTR, załączono upoważnienie do przeprowadzania przez Tranz-Tel sprzedaży, konserwacji, przeglądów i remontów systemów produkcji firmy Elwex. Powyższe upoważnienie, wskazuje jednoznacznie, że firma Tranz-Tel nie była producentem części systemów telekomunikacyjnych i dyspozytorskich eksploatowanych w KW SA.
- 7) W przekazanych do UZP przez KW SA DTR kombajnów produkcji firmy Eickhoff Maschinnenfabrik GmbH nie znalazły się żadne zapisy regulujące zagadnienie podmiotu uprawnionego do wykonywania napraw i remontów ww. produktów.

Kwestię tą poruszono jedynie w załączonych oświadczeniach firmy Eickhoff Maschinnenfabrik GmbH, w których stwierdzono, że Eickhoff Polonia Sp. z o.o. jest jedynym autoryzowanym przedstawicielem ww. firmy w Polsce oraz posiada udzieloną autoryzację do serwisowania, konserwacji i remontów kombajnów tej firmy.

- 8) W przekazanych do UZP 13 spośród 15 wyciągach z DTR systemów produkcji firmy Micon Sp. z o.o. stwierdzono, że naprawy „powinny być wykonywane w autoryzowanym serwisie lub u producenta”, natomiast dwa wyciągi nie regulowały tej kwestii.
- 9) W przypadku firmy Patentus SA do UZP przekazano jedynie stronę tytułową DTR produkowanej przez tę firmę kruszarki oraz jej oświadczenie, w którym stwierdzono, że: „*./.../ wszelkie naprawy, remonty w/w kruszarki i jej podzespołów, jej serwisowanie oraz dostawy części zamiennych i podzespołów mogą być dokonywane tylko i wyłącznie przez jej producenta tj. firmę PATENTUS SA z siedzibą w Pszczynie - zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. ./.../ & 428 (Dz.U. Nr 139, poz. 1169).*”
- 10) Dostarczone przez KW SA do UZP, a pochodzące od firmy Ryfama SA, wyciągi z DTR sześciu kruszarek składały się w trzech przypadkach jedynie ze stron tytułowych i załączonej, nie datowanej i nie numerowanej strony, na której zawarto zastrzeżenia dotyczące wyłącznego prawa ww. firmy do przeprowadzania konserwacji, napraw oraz remontów tych maszyn, natomiast w trzech pozostałych przypadkach zapisy podobnej treści umieszczono w zawartym w DTR rozdziale „Wstęp”, przy czym tekst ten nosi cechy komputerowego wklejenia. Identyczna sytuacja miała miejsce w dostarczonych do UZP dokumentach dotyczących przenośników zgrzeblowych produkcji firmy Ryfama, gdzie do 14 stron tytułowych DTR załączono identyczną jak opisano wyżej stronę, a w siedmiu wyciągach z DTR wprowadzono zapisy zastrzegające wyłączne prawo do remontów, napraw i konserwacji w rozdziale „Wstęp”. Dodatkowo, w przypadku dwóch kruszarek, w dostarczonych dokumentach wskazano, że właścicielem ich dokumentacji technicznej nie jest firma Ryfama, lecz DG „Scorpion” z Katowic.

11) Przekazane do UZP wyciągi z DTR kruszarek produkcji firmy Wamag SA noszą cechy wskazujące, iż zapisy dotyczące wyłączności producenta do przeprowadzania w kruszarkach napraw i remontów nie znajdowały się w pierwotnej treści DTR⁴⁰.

Opisanego powyżej stanu nie uzasadnia zawarte w piśmie przewodnim do ww. dokumentacji twierdzenie Zarządu KW SA, iż:

„Producent do każdego wyrobu (typu maszyny, urządzenia) jest zobowiązany dostarczyć dokumentację techniczno-ruchową, a jako właściciel dokumentacji technicznej wyrobu (która podlega ochronie prawnej) ma prawo do dokonywania zmian w treści dokumentacji techniczno-ruchowych w dowolnym momencie czasowym.”

Podkreślić bowiem należy, że DTR pełni w praktyce rolę instrukcji obsługi maszyny lub urządzenia, która dostarczana jest odbiorcy w momencie jego sprzedaży. Tak więc dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian po sprzedaży wyrobu jest praktycznie niemożliwe, szczególnie w przypadkach, gdy producent nie jest w stanie ustalić jaki podmiot sprzedany wyrób eksploatuje. Ponadto zawarta w piśmie przewodnim informacja, że KW SA wystąpiła o kopie DTR do producentów maszyn i urządzeń, w sytuacji kiedy powinna nimi dysponować, w połączeniu ze stwierdzeniami dotyczącymi możliwości wprowadzania zmian w DTR, powinna zdaniem NIK wzbudzić podejrzenie, iż zmiany te wprowadzono z inicjatywy wnioskodawcy. Fakt ten potwierdziła przeprowadzona w KW SA kontrola, która wykazała, że w pismach skierowanych do producentów maszyn i urządzeń w sierpniu i wrześniu 2004 r. znalazło się stwierdzenie:

„W związku z wystąpieniem Biura Zamówień Publicznych i Przetargów KW SA do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z wnioskiem o zatwierdzenie trybu z wolnej ręki na zakup części zamiennych, zlecenie usług remontowych podzespołów produkcji [w tym miejscu nazwa producenta, do którego kierowano pismo] eksploatowanych w kopalniach i zakładach górniczych KW SA, prosimy o nieodpłatne przekazanie dokumentacji techniczno-ruchowych /.../ zawierających jednoznaczne stwierdzenie, że możliwość spełnienia wymagań określonych w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy,... - Dział VI, rozdz.1, § 428 - /.../, posiada tylko i wyłącznie producent, tj. ... [w tym miejscu nazwa producenta, do którego kierowano pismo].”

⁴⁰ Zapisy te umieszczone zostały na dole stron dotyczących zabiegów konserwacyjnych, sporządzono je inną czcionką (tekst komputerowy) niż reszta karty (tekst maszynowy), a jego lokalizacja miejscami wykracza poza granice ramki ograniczającej całość. Ponadto w przypadku DTR KWK-100UM na sporządzonej kserokopii widoczne są ślady krawędzi nałożonej na pierwotny tekst karki z powyższymi zapisami.

Opisanych powyżej uchybień, związanych z przeprowadzonymi w Urzędzie postępowaniami administracyjnymi, których celem było ustalenie, czy spełnione są określone w art. 67 ust. 1 Pzp przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki, nie można, zdaniem NIK, tłumaczyć jedynie faktem, że w ówczesnym stanie prawnym do Prezesa UZP wpływało miesięcznie setki podobnych wniosków. Należy bowiem zwrócić uwagę, że spośród kilku spółek górnictwa węgla kamiennego jedynie KW SA wystąpiła z tego typu wnioskami, a miało to miejsce dopiero w sierpniu 2004 r., tj. po 20 miesiącach od wejścia w życie przepisów zobowiązujących tego typu podmioty do stosowania zamówień sektorowych. Ponadto, UZP powinna zwrócić uwagę na fakt, że większość maszyn i urządzeń konstruowana jest z wykorzystaniem produktów (podzespołów, części) innych producentów, funkcjonujących na rynku samodzielnie. Tym samym, udzielenie zamówienia z wolnej ręki na zakup takich części i podzespołów od producenta produktu finalnego powoduje, iż zaburzona zostaje konkurencyjność w danym sektorze rynku. Podobna sytuacja dotyczy usług remontowo-serwisowych, w przypadku których trybem z wolnej ręki objęto całość czynności związanych z tymi usługami, nie bacząc na to, że w wielu przypadkach remontu wymagają części lub podzespoły, które nie były wyprodukowane przez producenta wyrobu finalnego. Przykładowo, wnioski KW SA, dotyczące zakupu z wolnej ręki części zamiennych oraz usług remontowo-serwisowych bezpośrednio od producentów obudów zmechanizowanych⁴¹, obejmowały zarówno elementy konstrukcyjne, jak i części hydrauliki siłowej. Przy wydawaniu decyzji w ww. przypadkach pominięto fakt, o czym sygnalizowały Pioma SA oraz Tagor SA, iż firmy te nie są producentami elementów hydrauliki (siłowników, sterowań, rozdzielaczy itd.), a na rynku tego typu produktów działa na terenie kraju co najmniej kilku producentów, posiadających dla swoich wyrobów stosowne certyfikaty i dopuszczenia do stosowania w górnictwie.

Wprawdzie w przypadku 5 złożonych przez KW SA wniosków⁴² Prezes UZP, po analizie otrzymanych od KW SA dokumentów i po podjęciu dodatkowych czynności wyjaśniających, wydał w okresie od 20 października do 4 listopada 2004 r. decyzje całkowicie lub częściowo odmowne, jednakże po odwołaniach wnioskodawcy, w 4 przypadkach decyzje te uchylił wydając w dniach 27 grudnia 2004 r. i 5 stycznia 2005 r. zgodę na zastosowanie ww. trybu. Podkreślić należy, iż w uzasadnieniach do

⁴¹ Tagor SA, Pioma SA, Glinik Sp. z o.o., Fazos SA, Becker-Warkop Sp. z o.o., Puma Sp. z o.o., Metrol Sp. z o.o.

⁴² Wnioski nr ZP/3574/MM/2004 (Tagor SA), ZP/3650/AT/2004 (Zamep Sp. z o.o.), ZP/3581/MM/2004 (Pioma SA), ZP/3631/MĆ/2004 (Compensus Sp. z o.o.), ZP/5018/WCh/2004 (Elgór+Hansen Sp. z o.o.)

pozytywnych decyzji Prezes UZP przychylił się do prezentowanej przez KW SA interpretacji § 428 rozporządzenia MG w sprawie BHP. Uczynił to pomimo otrzymania od firmy Eko-Bis BG Sp. z o.o. odwołania od decyzji ZT/6728/04 z dnia 13.10.2004 r. w sprawie zatwierdzenia trybu z wolnej ręki na zakup przez KW SA części zamiennych i usług remontowych hydrauliki sterowniczej produkcji firmy Georyt Centrum Produkcyjne Sp. z o.o., w którym wskazano, że stosowana przez KW SA interpretacja § 428 Rozporządzenia MG w sprawie BHP jest nieprawidłowa. Stanowisko to zostało następnie potwierdzone w uzyskanej dnia 20 grudnia 2004 r. opinii z Departamentu Polityki Przemysłowej Ministerstwa Gospodarki, w której wskazano, że firma Georyt nie jest jedyną na rynku, która z powodów technicznych może zrealizować przedmiotowe zamówienie.

4. Opisane wyżej zgody Prezesa UZP stanowiły podstawę do zawarcia przez KW SA z producentami maszyn i urządzeń umów na dostawy części zamiennych oraz usług remontowo-serwisowych na lata 2005-2007. W efekcie finalni producenci maszyn i urządzeń uzyskali wyłączność na dostawy do KW SA również części zamiennych i podzespołów, których producentami nie byli. Wyeliminowano również z dostaw do KW SA znaczną część producentów podzespołów i części zamiennych, które wprowadzić nie były przez finalnych producentów wymienione w DTR danych maszyn i urządzeń, lecz posiadały badania atestacyjne i certyfikacyjne. Podkreślić należy, że zamienniki te posiadały najczęściej niższą cenę oraz z powodzeniem były do tej pory stosowane w kopalniach KW SA.

Na powyższą sprawę zwróciły uwagę firmy EKO-BIS Sp. z o.o. i PRO-TECH ZPCh, które podjęły kroki prawne przeciwko przyjętym przez KW SA i zaakceptowanym przez Prezesa UZP rozwiązaniom. W ocenie NIK, działania te miały wpływ na podjęcie w 2006 r. przez Zarząd KW SA decyzji o rozwiązaniu umów zawartych na podstawie wydanych przez Prezesa UZP decyzji.

Ustalenia kontroli NIK przeprowadzonej w KW SA wykazały, że odstąpienie od ww. umów i zawarcie nowych umów po przeprowadzonych przetargach, nawet o kilkadziesiąt procent obniżyło koszty niektórych usług remontowych i części zamiennych⁴³ w stosunku do umów zawartych w trybie z wolnej ręki.

⁴³ Przykładowo, zawarta w trybie z wolnej ręki w 2004 r. umowa z firmą PIOMA SA na zakup części zamiennych oraz usług remontowe przewidywała na wiele robót ceny nawet o kilkadziesiąt procent wyższe, niż wynikało to z umowy zawartej w 2007 r. w trybie konkurencyjnym z tą samą firmą oraz na te same usługi. Przeprowadzone przez KW SA renegotiacje umowy zawartej z firmą Patentus Sp. z o.o. w trybie z wolnej ręki,

Najwyższa Izba Kontroli Delegatura w Katowicach, na podstawie art. 62 ust. 1 *ustawy o NIK*, zwraca się do Pana Prezesa o przedstawienie, w terminie 14 dni od daty otrzymania niniejszego wystąpienia pokontrolnego, informacji o sposobie wykorzystania uwag oraz o podjętych w związku z nimi działaniach lub o przyczynach niepodjęcia takich działań.

Zgodnie z treścią art. 61 ust. 1 i 2 *ustawy o NIK*, w terminie 7 dni od daty otrzymania niniejszego wystąpienia pokontrolnego, przysługuje Panu prawo zgłoszenia do Kolegium Najwyższej Izby Kontroli umotywowanych zastrzeżeń w sprawie ocen i uwag zawartych w tym wystąpieniu.

W razie zgłoszenia zastrzeżeń, zgodnie z art. 62 ust. 2 *ustawy o NIK*, termin nadesłania informacji, o którym wyżej mowa, liczy się od dnia otrzymania ostatecznej uchwały Kolegium NIK.