

Sygn. akt 93/09

WYROK
z dnia 3 luty 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Famur Sp. z o. o., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** protestu z dnia 23 grudnia 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 **Famur Sp. z o. o., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Famur Sp. z o. o., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice**

- 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 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Famur Sp. z o. o., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice**

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „najem 3 sztuk fabrycznie nowych kompletnych wysokodajnych kombajnów ścianowych z elektrycznym systemem posuwu wraz z niezbędnym wyposażeniem dla JSW S.A. KWK „Zofiówka”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 grudnia 2008 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2008/S 243-323856.

W dniu 23 grudnia 2008 r. Odwołujący się wniósł protest wobec następujących postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ):

- 1) pkt IV w zw. pkt VII ppkt 1 - poprzez określenie terminu wykonania zamówienia (w zakresie najmu pierwszego kombajnu) w sposób niemożliwy do zrealizowania, z technicznego punktu widzenia, dla wykonawcy nie posiadającego gotowego urządzenia, przy zastrzeżeniu przez Zamawiającego, że nie można składać ofert częściowych;
- 2) Załącznika nr 1 pkt II ppkt 18 i pkt III ppk 18 - poprzez określenie wymaganych wymiarów odległości mierzonej pomiędzy osiami organów urabiających.

W opinii Odwołującego się, Zamawiający formułując przedmiotowe postanowienia naruszył przepis art. 7 oraz art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

W uzasadnieniu Odwołujący się stwierdza, że ustalenie przez Zamawiającego miesięcznego terminu dostawy fabrycznie nowego kompletnego, wysokowydajnego

kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu wraz z niezbędnym wyposażeniem (dotyczy pierwszego urządzenia) od daty podpisania umowy, w praktyce oznacza, że wykonawca wygrywający postępowanie taki kombajn musi mieć gotowy, gdyż proces produkcji trwa przeciętnie od 3 do 6 miesięcy. W konsekwencji, przedmiotowe postanowienie służy ograniczeniu ilości potencjalnych wykonawców, co powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

W zakresie drugiego kwestionowanego postanowienia Odwołujący się wskazuje, że z technicznego punktu widzenia, dla warunków eksploatacji ściany czy też transportu urządzenia w podziemiach kopalń, nie ma znaczenia wskazana odległość pomiędzy osiami organów urabiających. Zatem należy uznać, iż sporna regulacja ma na celu jedynie ograniczenie ilości potencjalnych wykonawców.

Zdaniem Odwołującego się, jeżeli Zamawiający określa wymagania, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, w sposób rygorystyczny i nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, to takie działanie Zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego Odwołujący się wniósł o dokonanie zmiany SIWZ w następujący sposób: modyfikację zapisu pkt IV SIWZ poprzez dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych oraz wykreślenie zakwestionowanych zapisów wskazanych w załączniku nr 1 pkt II ppkt 18, pkt III ppk 18.

Pismem z dnia 7 stycznia 2009 r. Zamawiający protest rozstrzygnął w taki sposób, że oddalił zarzut nr 1, zaś uwzględnił zarzut nr 2.

W uzasadnieniu Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z art. 83 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający ma prawo dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Powyższy przepis ma charakter dyspozytywny, a nie obligatoryjny, co pozwala Zamawiającemu podjąć decyzję o podziale zamówienia na części, czy też udzielenia zamówienia w całości. Ponadto zgodnie z art. 379 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości. W sytuacji konieczności najmu trzech kombajnów ścianowych przez Zamawiającego, podział zamówienia na części, skutkować mógłby istotną zmianą zamówienia wynikającą z podniesienia kosztów serwisowych. Ponadto zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Dla Zamawiającego bez

znaczenia jest, czy wykonawca jest już w posiadaniu gotowego urządzenia objętego przedmiotem zamówienia, czy urządzenie to zostanie mu udostępnione przez inny pomiot, co stanowi zaprzeczenie zarzutu stawianego przez Odwołującego się, odnośnie działania ograniczającego krąg potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie naruszenia treści art. 7 i 29 ustawy Pzp.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł w dniu 15 stycznia 2009 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzut nr 1 zgłoszony w proteście oraz żądania, formułując jednocześnie żądanie alternatywne unieważnienia postępowania, w przypadku uznania, że zmiana treści SIWZ wiąże się z naruszeniem ustawowego zakazu jej modyfikacji, na podstawie art. 38 ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący się podnosi, iż wskazany termin ustalony został dla podmiotów posiadających już gotowe urządzenia (i posiadających wiedzę o docelowych warunkach eksploatacji). Specyfika produkcji maszyn górniczych wymaga od producenta przed uruchomieniem produkcji kombajnu, szczegółowej wiedzy o warunkach górniczo-geologicznych panujących w docelowym miejscu eksploatacji urządzenia i tym samym uniemożliwia tzw. "wykonywanie maszyn na półkę". Niemożliwym jest wykonanie kombajnu w okresie miesięcznym od daty podpisania umowy.

Odwołujący się ponadto zwraca uwagę, że dla wykonawcy koszty obsługi serwisowej są kalkulowane w przeliczeniu na jeden kombajn. W przypadku dzierżawy kilku kombajnów, stanowią odpowiednio wielokrotność takiego kosztu i nie ma możliwości, aby uległy one zmniejszeniu w sytuacji, gdy Zamawiający udzieli jednego zamówienia na dostawę kilku kombajnów, tym bardziej, jeśli jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający wymaga dla każdego dostarczonego kombajnu osobnego, identycznego (poza jedną pozycją) wyposażenia dodatkowego.

Odwołujący się podnosi również, że nawet gdyby doszło do realizacji zamówienia wspólnie przez dotychczas konkurujących ze sobą wykonawców, ich oferta z pewnością byłaby dla Zamawiającego pod względem handlowym droższa (dodatkowy pośrednik pomiędzy producentem a użytkownikiem) od ofert złożonych samodzielnie przez samych wykonawców.

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

Odwołujący się sformułował zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w związku z treścią pkt VII ppkt 1 lit. b SIWZ, z którego

wynika, że dostawa pierwszego kombajnu ma nastąpić w ciągu jednego miesiąca od daty zawarcia umowy. Zdaniem Odwołującego się termin ten jest niemożliwy do dotrzymania przez wykonawcę, który nie zna warunków górniczo-geologicznych kopalni i podejmie produkcję po wyborze najkorzystniejszej oferty. Przedmiotowy zarzut nie znalazł jednakże potwierdzenia w badanym stanie faktycznym, z kilku przyczyn.

Odwołujący się w żaden sposób nie wykazał, że którykolwiek z potencjalnych wykonawców uzyskał od Zamawiającego tego rodzaju wiedzę, która umożliwi mu przygotowanie się do postępowania w takim czasie, który z kolei pozwoli na skrócenie procesu produkcji. Odwołujący się wskazał jedynie na własne możliwości produkcyjne, które oszacował na przynajmniej trzy miesiące, natomiast z tego nie wynika, że jest to termin obiektywny i minimalny dla każdego z wykonawców. Co się zaś tyczy znajomości warunków górniczo-geologicznych, to Odwołujący się nie udowodnił, iż w sposób istotny przekładają się na proces produkcji. Wręcz przeciwnie, jak wynika z oświadczeń złożonych przez Zamawiającego na rozprawie, zamawiane kombajny należą do grupy kombajnów popularnych (standardowych) w branży górniczej i na potrzeby konkretnej kopalni wymagają dostosowania jedynie w niewielkim zakresie. Co więcej, jak wynika z przedłożonego przez Zamawiającego na rozprawie zestawienia zamówień publicznych na kombajny ścianowe, warunki górniczo-geologiczne występujące w kopalni „Zofiówka”, na potrzeby której mają być dostarczone przedmiotowe kombajny, są Odwołującemu się znane, bowiem złożył ofertę w postępowaniu na dzierżawę kombajnu ścianowego w postępowaniu oznaczonym nr 74/XII/ZP/05 (pozycja 5 przedmiotowego zestawienia).

Ponadto, Odwołujący się nie tylko nie wykazał, że proces produkcji trwa dłużej niż jeden miesiąc, ale zgromadzony materiał dowodowy pozwala na stwierdzenie, że stanowisko powyższe nie jest prawdziwe. Jak wynika bowiem ze wskazywanego zestawienia, Odwołujący się składał ofertę w postępowaniach na dzierżawę kombajnów ścianowych z terminem dostawy, jak w niniejszym postępowaniu. Wystarczy ponownie wymienić postępowania prowadzone przez Zamawiającego, jak wspomniane postępowanie nr 74/XII/ZP/05 oraz postępowanie nr 45/X/ZP/07. Co więcej, wskazać również można postępowanie, w którym Odwołujący się zadeklarował termin dostawy do dwóch tygodni (nr 25/VI/ZP/08 – poz. 18 zestawienia). Zatem, powyższe daje podstawy do twierdzenia, że Odwołujący się nie może złożyć oferty w niniejszym postępowaniu, bowiem jego moce produkcyjne są w pełni wykorzystane i w terminie dostawy pierwszego kombajnu nie ma możliwości jego wyprodukowania. Trafność przedstawionego poglądu potwierdza również sformułowane przez Odwołującego się żądanie, co do rozstrzygnięcia odwołania. Otóż, Odwołujący się nie domaga się przedłużenia czasu dostawy pierwszego urządzenia, ale jedynie podziału zamówienia na trzy części, bez zmiany terminu dostawy. Oznacza to, że Odwołujący się godzi się, iż nie będzie miał możliwości złożenia oferty na najem pierwszego

kombajnu i nie dostrzega w tym naruszenia uczciwej konkurencji, zaś w niniejszym stanie faktycznym podnosi przedmiotowy zarzut. Tymczasem nie da się stwierdzić, że częściowe umożliwienie dostępu do zamówienia gwarantuje zachowanie wskazanej zasady. Gdyby w istocie było tak, że proces produkcji jest czynnikiem, który warunkuje termin dostawy w ten sposób, że nie jest ona możliwa w terminie krótszym niż trzy miesiące, Odwołujący się z pewnością skorzystałby z uprawnienia do domagania się zmiany terminu pierwszej dostawy. Nie można bowiem przyjąć, że potrzeba Zamawiającego usprawiedliwia termin dostawy w zakresie pierwszego kombajnu, w sytuacji składania ofert częściowych i w konsekwencji pozwala na łamanie zasady konkurencji. Takie twierdzenia Odwołującego się są nieracjonalne i nie znajdują oparcia w przepisach prawa. Należy bowiem podkreślić, że albo jakieś działanie narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, albo nie. W tych okolicznościach nie ma podstaw do żądania podziału zamówienia na części. Odwołujący się nie wykazał bowiem, że warunki niniejszego zamówienia ograniczają dostęp do zamówienia, co więcej proponowany podział zamówienia na części nie daje mu możliwości złożenia oferty na pierwsze zadanie.

Powyższe potwierdza, że brak podstaw do twierdzenia, że warunki realizacji zamówienia nie zostały skonstruowane przez Zamawiającego w sposób obiektywny, z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący się wskazał jedynie, że poza zasięgiem jego możliwości jest dostawa pierwszego urządzenia, ale jak wynika z przebiegu rozprawy, jedynie w ramach niniejszego postępowania. Twierdzenie powyższe należy odnieść również do innych wykonawców, którzy, jak wynika z przedstawionego dowodu w postaci zestawienia, mają możliwości sprostania wymaganiom Zamawiającego. Dodatkowym potwierdzeniem powyższej okoliczności jest fakt, że żaden z wykonawców nie przyłączył się do postępowania toczącego się w wyniku protestu, a w konsekwencji i odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca również uwagę, że opis przedmiotu zamówienia nie dotyczy terminu realizacji zamówienia, zatem stawianie zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, jest bezprzedmiotowe. Niezrozumiałe jest również odnoszenie powyższego do warunków udziału w postępowaniu, gdyż termin dostawy również nie mieści się w ramach wskazanej instytucji. Brak możliwości dotrzymania terminu realizacji zamówienia należy raczej rozpatrywać z punktu widzenia niemożliwości świadczenia (art. 387 § 1 k.c.). Trudno jednakże podejrzewać, że działanie Zamawiającego zamierza w tym kierunku, gdyż pierwotna niemożliwość świadczenia powoduje, że umowa jest obciążona skutkiem nieważności.

Na marginesie należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Zamawiającego, że przedmiot świadczenia jest niepodzielny. Czym innym jest bowiem możliwość świadczenia w częściach, a czym innym związane z tym niekorzystne

skutki dla Zamawiającego. Zapobieżeniu im wychodzi naprzeciw przysługujące Zamawiającemu uprawnienie, a nie obowiązek, dopuszczenia możliwości złożenia ofert częściowych.

W okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący się przedmiotem ochrony chciał uczynić swój interes ekonomiczny, jednakże takie działanie Odwołującego się nie ma oparcia w przepisach prawa. Fakt, iż Odwołujący się nie ma możliwości wyprodukowania urządzenia nie świadczy o jego dyskryminowaniu na rynku. Warto również podkreślić, że potrzeby Zamawiającego nie mogą być uzależnione od warunków mikroekonomicznych przedsiębiorstwa wykonawcy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*