

Sygn. akt: KIO 1969/13

WYROK
z dnia 3 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Famur S.A., 40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51**, w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., 21-013 Puchaczów, Bogdanka**,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Famur S.A., 40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Famur S.A., 40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Famur S.A., 40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51** na rzecz zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., 21-013 Puchaczów, Bogdanka** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa kompleksu ścianowego do kopalni w Bogdance.

W dniu 1 sierpnia 2013 r., zamawiający przekazała wykonawcom za pomocą poczty elektronicznej zaproszenie do składania ofert ostatecznych wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia [dalej także, jako „SIWZ”].

W dniu 12 sierpnia 2013 r., wobec postanowień SIWZ odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) [dalej także, jako „Pzp”], poprzez wprowadzenie do SIWZ, w wyniku negocjacji przeprowadzonych z wykonawcami, doprecyzowań i uzupełnień prowadzących do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia oraz pierwotnych warunków zamówienia w szczególności w zakresie:
 - a) wielkości gwarantowanego przez wykonawcę średniodobowego poziomu wydobywania kompleksu ścianowego (Część III pkt II ppkt 1 SIWZ),
 - b) okresu przez jaki wykonawca zobowiązany jest gwarantować średniodobowy poziom wydobywania przez kompleks ścianowy (§ 6 ust. 5 Części II SIWZ – Wzór umowy),
 - c) określenie szczegółowych zasad wykonywania serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego w odniesieniu do kompleksu ścianowego będącego przedmiotem postępowania dopiero na etapie uzupełnienia oraz modyfikacji SIWZ (Umowa serwisowa – załącznik do Wzoru umowy stanowiącego Część II SIWZ);
- 2) art. 38 ust. 4b ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ już po upływie terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zapisów prowadzących do zmiany treści ogłoszenia tj. zapisów w przedmiocie wymaganego gwarantowanego średniodobowego poziomu wydobywania (Część III, pkt II ppkt 1 SIWZ);
- 3) art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, pomimo że wymagania zamawiającego stawiane w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie są

uzasadnione potrzebami zamawiającego wyraźnie sprecyzowanymi w SIWZ (Część III, pkt III, ppkt 1,9, 12 i 13 SIWZ);

- 4) art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych i innych nazw własnych, pomimo, że przedmiot zamówienia mógł być opisany za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych bez jednoczesnego dopuszczenia zaoferowania rozwiązań równoważnych (Część III, pkt IX, lit b), i), l);
- 5) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia niejednoznacznie i niewyczerpująco, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie szczegółowych warunków gwarancji i rękojmi udzielanej na kompleks ścianowy będący przedmiotem zamówienia (Część II Warunki Umowy, § 6 ust. 15);
- 6) art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie warunków umowy, która ma być zawarta z wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana, jako najkorzystniejsza w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego tj. wprowadzenie nieograniczonego terminowo prawa zamawiającego do badania osiągnięcia gwarantowanego poziomu wydobycia w ramach testu wydajnościowego (§ 6 ust. 5 Części II SIWZ – Warunki umowy), co wiąże się z nieograniczoną czasowo odpowiedzialnością wykonawcy w tym zakresie;
- 7) art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie warunków umowy, która ma być zawarta z wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana, jako najkorzystniejsza w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego tj. wprowadzenie obowiązku wykonawcy do nieodpłatnego usuwania wad stwierdzonych już po okresie gwarancji i rękojmi w trakcie przeglądu pogwarancyjnego (§ 2 ust. 2 lit. d Umowy serwisowej załącznik do Wzoru umowy stanowiącego Część II SIWZ);
- 8) art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie warunków umowy, która ma być zawarta z wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana, jako najkorzystniejsza w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego tj. wprowadzenie zobowiązania wykonawcy do utworzenia u

zamawiającego składu części zamiennych, podzespołów i materiałów eksploatacyjnych bez jednoczesnego szczegółowego określenia terminu na jaki skład ma zostać utworzony, czy w składzie będą znajdowały się wyłącznie części i podzespoły potrzebne do świadczenia usług serwisu pogwarancyjnego, czy także do świadczenia usług serwisu gwarancyjnego, jakie będą zasady ponoszenia odpowiedzialności z tytułu przypadkowej utraty lub uszkodzenia części i podzespołów znajdujących się w składzie, jakie będą szczegółowe warunki przechowywania przez zamawiającego części i podzespołów przekazanych do składu, jakie będą szczegółowe zasady i warunki pobierania części zamiennych i podzespołów ze składu (Część II SIWZ, § 1 ust. 2 lit. d), § 3 ust. 12, § 5 ust. 4, a tym samym poprzez opisanie istotnych elementów przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ:

- 1) w zakresie Części III – Opis przedmiotu zamówienia, pkt III ppkt 1 – poprzez usunięcie zwrotu „co najmniej cztery punkty podparcia powinny być zlokalizowane na przerośniku”.
- 2) w zakresie Części III – Opis przedmiotu zamówienia, pkt III ppkt 9 – poprzez usunięcie wymagania, aby urządzenie urabiające musiało być wyposażone w ładowarki ruchome o obrocie minimum 360 stopni, napędzane silnikiem hydraulicznym z możliwością zadawania pozycji ustawienia,
- 3) w zakresie Części III – Opis przedmiotu zamówienia, pkt III ppkt 12 – poprzez jego usunięcie lub ewentualnie zmianę parametru z 800 mm na min. 800 mm,
- 4) w zakresie Części III – Opis przedmiotu zamówienia pkt III ppkt 13 – poprzez usunięcie wymagania, aby podcięcie dla organu w strefie napędu zwrotnego, na całej długości ramy napędu wynosiło minimum 300 mm lub ewentualnie zmianę tego parametru z minimum 300 mm na minimum 150 mm,
- 5) w zakresie Części III – Opis przedmiotu zamówienia pkt IX lit b), lit. i), lit. l) – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie bez posługiwania się znakami towarowymi i nazwami własnymi lub ewentualnie poprzez dopuszczenie stosowania rozwiązań równoważnych oraz określenie zasad dokonywania oceny równoważności,
- 6) w zakresie Części III – Opis przedmiotu zamówienia pkt II ppkt 1 – poprzez usunięcie wymagań co do średniodobowego poziomu wydobywania dla grubości warstwy urabianej większej niż 1,25 m, wyliczonego wg wzoru: $Q=10.000 \times H/1,25$

i pozostawienie jednolitego wymagania w zakresie średniodobowego wydobycia na poziomie 10 tysięcy ton urobku brutto, bez względu na grubość warstwy urabianej,

- 7) w zakresie Części II, § 1 ust. 2 lit. d w zw. z § 3 ust. 12, w zw. z § 5 ust. 4 – poprzez określenie w zakresie obowiązku utworzenia przez wykonawcę składu części zamiennych i podzespołów następujących kwestii: zasad waloryzacji cen części i podzespołów znajdujących się w składzie, terminu na jaki skład ma zostać utworzony, czy w składzie będą znajdowały się wyłącznie części i podzespoły potrzebne do świadczenia usług serwisu pogwarancyjnego, czy także do świadczenia usług serwisu gwarancyjnego, jakie będą zasady ponoszenia odpowiedzialności z tytułu przypadkowej utraty lub uszkodzenia części i podzespołów znajdujących się w składzie, jakie będą szczegółowe warunki przechowywania przez Zamawiającego części i podzespołów przekazanych do składu, jakie będą szczegółowe zasady i warunki pobierania części zamiennych i podzespołów ze składu,
- 8) w zakresie Części II, § 6 ust. 5 – poprzez usunięcie zapisów wskazujących na dopuszczalność badania osiągnięcia przez kompleks gwarantowanego średniodobowego poziomu wydobycia na późniejszym etapie realizacji umowy tj. po zakończeniu Testu Wydajnościowego przeprowadzanego w ramach Ruchu Próbnego lub ewentualnie poprzez dookreślenie okresu, w którym Zamawiający Uprawniony jest do badania średniodobowego poziomu wydobycia po dostarczeniu przedmiotu zamówienia maksymalnie do okresu równego okresowi gwarancji i każdorazowo na zasadach Testu Wydajnościowego przy zachowaniu warunków jego przeprowadzenia opisanych w Części III, pkt II, ppkt 1,
- 9) w zakresie Części II, § 6 ust. 10 oraz „Umowa serwisowa” poprzez całkowite wyeliminowanie zapisów umowy serwisowej lub ewentualnie poprzez usunięcie zapisu § 2 ust. 2 lit. d) Umowy serwisowej,
- 10) w zakresie Części II, § 6 ust. 15 poprzez całkowite wyeliminowanie zapisu § 6 ust. 15.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż w SIWZ przekazanej mu wraz z zaproszeniem do składania ofert ostatecznych zarówno poziom oczekiwanego przez zamawiającego poziomu wydobycia, jak i wymagania co do okresu, w którym wykonawcy są zobowiązani ten poziom zagwarantować, uległy całkowitej zmianie. W ocenie odwołującego zmiany te należy uznać za sprzeczne z art. 59 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, iż wszelkie zmiany SIWZ w zakresie oczekiwanego przez zamawiającego średniodobowego poziomu wydobycia, należy uznać za istotną zmianę przedmiotu zamówienia. a tym samym za sprzeczną z art. 59 ust. 2 ustawy PZP. Podobnie zmiany w zakresie okresu, przez jaki

wykonawca ma zagwarantować osiągnięcie średniodobowego poziomu wydobywania należy uznać za istotną zmianę jednego z podstawowych warunków zamówienia. Za zmiany SIWZ sprzeczne z art. 59 ust. 2 ustawy Pzp, zdaniem odwołującego, należy także uznać wprowadzone wymagania co do zawarcia, jednocześnie z umową na dostawę kompleksu ścianowego, umowy serwisowej na świadczenie usług serwisowych gwarancyjnych oraz pogwarancyjnych według wzoru stanowiącego część SIWZ. Odwołujący wskazywał, iż poza szeregiem nowych obowiązków dostawcy, których wcześniej nie opisano w SIWZ, umowa serwisowa określa cały szereg szczegółowych zobowiązań dostawcy w ramach świadczenia usług serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego nie określonych na wcześniejszym etapie postępowania. Ponadto odwołujący podnosił, iż zamawiający zmienił wymagania, co do gwarantowanego średniodobowego poziomu wydobywania w stosunku do poziomu, który został opisany w ogłoszeniu o zamówieniu gdyż w ogłoszeniu przewidziano wyłącznie jedną wielkość gwarantowanego wydobywania. Dalej odwołujący wskazywał, iż wśród wymogów technicznych Zamawiający zawarł m.in. wymagania odnoszące się do: sposobu zlokalizowania punktów podparcia urządzenia urabiającego; parametrów ładowarek, w które ma być wyposażone urządzenie urabiające; parametrów zabioru; parametrów podcięcia dla organu. W ocenie odwołującego dokonanie tak szczegółowego opisu parametrów technicznych przedmiotu zamówienia w zakresie urządzenia urabiającego należy uznać za nieuzasadnioną ingerencję zamawiającego w sferę, która powinna podlegać decyzji wykonawcy, zwłaszcza w przypadku, gdy zamawiający w SIWZ wyraźnie określa swoje nadrzędne potrzeby i oczekiwania w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto zdaniem odwołującego ograniczenia wprowadzone co do w/w parametrów urządzenia urabiającego są niczym nieuzasadnione, gdyż według jego wiedzy parametry te nie mają żadnego znaczenia lub ich znaczenie jest marginalne dla osiągnięcia nadrzędnych wymagań zamawiającego co do kompleksu ścianowego. Odnosząc się do opisu wyposażenia elektrycznego dla układu zasilania, sterowania i wizualizacji kompleksu ścianowego odwołujący wskazał, iż użycie nazw własnych narusza przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż jest w tym przypadku całkowicie nieuzasadnione a ponadto zamawiający nie dopuścił żadnych rozwiązań równoważnych. W dalszej kolejności odwołujący podnosił, iż nie dokonanie szczegółowego opisu warunków gwarancji w SIWZ i pozostawienie otwartym zagadnienia jak w ostatecznym kształcie warunki te będą wyglądały, uniemożliwia wykonawcom sporządzenie prawidłowej oferty, w tym skalkulowanie ceny. Ponadto odwołujący wskazywał, iż w § 6 ust. 5 warunków umowy zamawiający przerzucił na dostawcę nieograniczoną odpowiedzialność za przydatność dostarczonego przedmiotu do wykorzystania go zgodnie z przeznaczeniem bez żadnych ograniczeń czasowych. W ocenie odwołującego, wykonanie tak ukształtowanego zobowiązania wykonawcy z góry jest skazane na niepowodzenie, gdyż żaden producent nie jest w stanie zagwarantować

niewadliwości oferowanego produktu przez czas nieograniczony i w konsekwencji kształtuje zobowiązanie do świadczenia niemożliwego po stronie wykonawcy. Ponadto odwołujący podnosił iż nie określone zostały zasady prowadzenia składu części zamiennych, podzespołów oraz materiałów eksploatacyjnych.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. prowadzi postępowanie, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, którego przedmiotem jest dostawa kompleksu ścianowego do kopalni w Bogdance.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 lutego 2013 r., pod numerem 2013/S 026-040616.

Pismem z dnia 20 marca 2013 r., zamawiający zaprosił wykonawców do składania ofert wstępnych, przekazując jednocześnie treść SIWZ.

Następnie pismem z dnia 31 lipca 2013 r., w związku z zakończeniem negocjacji, doprecyzowaniem i uzupełnieniem opisu przedmiotu zamówienia i istotnych postanowień umowy, zamawiający zaprosił wykonawców do składania ofert przekazując jednocześnie treść SIWZ po negocjacjach z wykonawcami.

Zamawiający w SIWZ określił m.in. następujące wymagania co przedmiotu zamówienia:

- 1) w części III pkt II ppkt 1 SIWZ – Kompleks ścianowy jako całość urządzeń, powinien gwarantować uzyskanie dobowego wydobycia 10 tys. t urobku – przy 14 godz. czasu pracy ściany. Uwaga! Test wydajności może być przeprowadzony w warunkach, w których grubość warstwy urabianej będzie większa od 1.25m, wówczas wydajność kompleksu powinna być wyliczona następująco $Q = 10\,000 \times H/1,25$; gdzie H- rzeczywista grubość cięcia (grubość pokładu + przybierki spągu i stropu).
- 2) w części III pkt III, ppkt 1 – Urządzenie urabiające powinno być dostosowane do pracy nad przenośnikiem – co najmniej cztery punkty podparcia powinny być zlokalizowane na przenośniku.
- 3) w części III pkt III, ppkt 8 – Urządzenie urabiające powinno być wyposażone w ładowarki ruchome o obrocie min 360°, napędzane silnikiem hydraulicznym z możliwością zadawania pozycji ustawienia.
- 4) w części III pkt III, ppkt 12 – Urządzenie urabiające - Zabiór: 800 mm.
- 5) w części III pkt III, ppkt 13 – Podcięcie dla organu średnica 1250 mm:
 - na trasie przenośnika min 150mm,
 - w Strefie napędu zwrotnego, na całej długości ramy napędu min 300 mm
- 6) w części III pkt IX Kompletnie wyposażenie elektryczne dla układu zasilania, sterowania i wizualizacji kompleksu ścianowego w lit. b), i), oraz l), zamawiający

opisał część wyposażenia elektrycznego kompleksu ścianowego z użyciem nazwy handlowej tj. Protomont NTSKCGECWOU opisując ekranowe przewody oponowe, odpływowe oraz UGS-10 opisując układ sterowania.

W części II SIWZ, Wzór umowy zamawiający zawarł następujące postanowienia:

- 1) w § 1 ust. 2 lit. d) „Utworzenie u Zamawiającego składu [magazynu zewnętrznego Dostawcy] części zamiennych, podzespołów i materiałów eksploatacyjnych, w którym znajdować się będą części zamienne, podzespoły i materiały eksploatacyjne w asortymencie i w minimalnych ilościach określonych w Zestawieniu asortymentowo-ilościowym wraz z cennikiem: części zamiennych, podzespołów i materiałów eksploatacyjnych w magazynie zewnętrznym Dostawcy, stanowiącym Załącznik Nr... do Umowy, które pozwolą eksploatować Kompleks na gwarantowanym poziomie wydajności (dalej: Skład), oraz stałe bieżące uzupełnianie stanu asortymentowo – ilościowego Składu, do stanu zgodnego z w/w zestawieniem zawartym w Załącznik nr... do Umowy.”
- 2) w § 3 ust. 12 „Prawo własności poszczególnych części zamiennych, podzespołów i materiałów eksploatacyjnych przechowywanych na Składzie przechodzić będzie na Zamawiającego z chwilą ich pobrania ze Składu przez Zamawiającego. Zamawiający każdorazowo w następnym dniu roboczym przesyłać będzie Dostawcy za pośrednictwem faksu lub poczty elektronicznej e-mail informację o asortymencie i ilościach części zamiennych, podzespołów i materiałów eksploatacyjnych pobranych przez niego ze Składu w poprzednim dniu.”
- 3) w § 5 ust. 4 „Zapłata ceny za pobrane przez Zamawiającego ze Składu części zamienne, podzespoły i materiały eksploatacyjne następować będzie przelewem na rachunek bankowy Dostawcy wskazany w fakturze VAT w terminie 30 (trzydziestu) dni od daty doręczenia Zamawiającemu faktury VAT wystawionej przez Dostawcę w pierwszym dniu następnego tygodnia kalendarzowego, obejmującej łączną cenę części zamiennych, podzespołów i materiałów eksploatacyjnych, pobranych ze Składu przez Zamawiającego w poprzednim tygodniu kalendarzowym. Za dzień zapłaty ceny uważać się będzie dzień obciążenia kwotą ceny rachunku bankowego Zamawiającego.”
- 4) w § 6 ust. 5 „Zamawiający ma prawo w każdej chwili nakazać przeprowadzenie inspekcji lub prób i badań każdego elementu Kompleksu, a także testu wydajności Kompleksu, z zastosowaniem metody, którą uzna za najbardziej odpowiednią włączając w to demontaż, kiedy w jego ocenie okaże się to konieczne, przyjmując wówczas na siebie odpowiedzialność jedynie za powstałe koszty inspekcji, prób oraz badań i wyłącznie, gdy poddane inspekcji, próbom lub badaniu elementy Kompleksu okażą się należyte, a Test Wydajności Kompleksu okaże się pozytywny. O każdym

przypadku badań elementów Kompleksu Zamawiający niezwłocznie zawiadomi Dostawcę na piśmie, za pośrednictwem faksu lub poczty elektronicznej, i umożliwi Dostawcy udział w czynnościach badań, dokonywanych w zakładzie Zamawiającego.”

- 5) w § 6 ust. 15 „Dodatkowe warunki gwarancji, jakości i rękojmi za wady określa Załącznik nr ...do Umowy.”
- 6) w § 6 ust. 10 „Dostawca gwarantuje obsługę serwisową w okresie gwarancyjnym i pogwarancyjnym w zakresie usuwania wad i/lub awarii Urządzenia, oraz zapewnia dostawę oryginalnych części zamiennych lub też części, co najmniej technicznie równoważnych (realizowane na podstawie osobnych zamówień) przez okres minimum 10 (dziesięć) lat od dnia zawarcia niniejszej Umowy. Zamawiający nie jest zobowiązany do zlecenia Dostawcy obsługi pogwarancyjnej i dostawy części zamiennych po upływie okresu gwarancji. Zasady obsługi serwisowej określone są w Załączniku Nr [...] do Umowy (dalej jako „Umowa Serwisowa”). Obowiązki, o których mowa w Umowie Serwisowej, realizowane będą przez Dostawcę lub podmiot przez niego wskazany w ofercie przetargowej. Użycie części zamiennych nie pochodzących od Dostawcy nie pozbawia Zamawiającego uprawnień z tytułu gwarancji, jakości i rękojmi za wady – w przypadkach określonych w ust 9 niniejszego paragrafu, jak również nie pozbawia Zamawiającego roszczeń, wynikających z Umowy Serwisowej.”
- 7) w § 2 ust. 2 lit. d) umowy serwisowej stanowiącej załącznik do umowy zamawiający zawarł zapis, iż: „Producent zobowiązuje się do następujących świadczeń na rzecz Użytkownika: (...) nieodpłatnego wykonania w okresie 14 dni po upływie okresu rękojmi za wady i gwarancji jakości technicznego przeglądu pogwarancyjnego Kompleksu, w tym przeglądu sekcji obudowy zmechanizowanej, wymagającego potwierdzenia w formie Protokołu Technicznego Przeglądu Pogwarancyjnego – bez uwag i zastrzeżeń, podlegającego podpisaniu przez upoważnionych przedstawicieli Stron, oraz usunięcia wad stwierdzonych w toku tego przeglądu w terminach i na zasadach przewidzianych w § 3 ust. 10 pkt 1 Umowy dostawy dla usuwania wad stwierdzonych przed dokonaniem końcowego odbioru Kompleksu; w przypadkach, w których nie ma podstaw do podpisania Protokołu Technicznego Przeglądu Pogwarancyjnego – bez uwag i zastrzeżeń, dokonanie czynność odbioru wymaga potwierdzenia w formie podpisanego przez upoważnionych przedstawicieli Stron Protokołu Technicznego Przeglądu Pogwarancyjnego – ze wskazaniem uwag i zastrzeżeń, w tym z wyszczególnieniem i opisem wad stwierdzonych w toku przeglądu pogwarancyjnego.”

Sporządzenie przez zamawiającego treści SIWZ w brzmieniu przekazanym wraz z zaproszeniem do składania ofert ostatecznych leży u podstaw przedmiotowego odwołania.

W dniu 13 sierpnia 2013 r., zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swojego przystąpienie nie zgłosił żaden wykonawca.

Ponadto, Izba ustaliła, iż w dniu 28 sierpnia 2013 r., zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ. Na rozprawie odwołujący oświadczył, iż dokonana przez zamawiającego modyfikacja SIWZ wyczerpuje zgłoszone przez niego żądania, a związane z zarzutami opisanymi w pkt. 1a, 2, 4, 5, 7 oraz 8.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów należy w pierwszej kolejności wskazać, iż tryb negocjacji z ogłoszeniem z założenia zapewnia możliwość wprowadzania zmian do opisu przedmiotu zamówienia i warunków przyszłej umowy, gdyż temu celowi, jak to wynika z art. 58 ust. 2 Pzp, mają służyć rokowania prowadzone z wykonawcami, którzy złożyli oferty wstępne. Granice doprecyzowania i uzupełnienia zostały określone relatywnie szeroko w art. 59 ust. 2 Pzp przez odwołanie się do kryterium istotności zmian w stosunku do pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia czy warunków umowy. W ten sposób z mocy Pzp przedmiotowy zakres negocjacji jest ograniczony dokonaniem przez zamawiającego w wyjściowej SIWZ opisem przedmiotu zamówienia i sformułowanymi tam warunkami umowy, gdyż nie jest możliwa ich zasadnicza zmiana. Przechodząc na grunt niniejszej sprawy w ocenie Izby, wprowadzone po negocjacjach przez zamawiającego nowe postanowienia do treści SIWZ nie mieszczą się w zakresie pojęcia „*istotnej zmiany przedmiotu zamówienia*”. Wykładania gramatyczna podanego terminu prowadzi do wniosku, (biorąc pod uwagę, że słowo „*istotny*” oznacza ważny, znaczący, a „*zmianę*” definiuje się jako fakt, że coś staje się

inne), że niedozwoloną będzie taka modyfikacją SIWZ, która spowoduje że przedmiot zamówienia, ulegnie tak dalekim zmianom, że w znaczący sposób odbiegać będzie od przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ przekazanej wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych. W świetle przedstawionej wykładni, nie sposób uznać, iż w przedmiotowej sprawie zamawiający wprowadził tak daleko idące zmiany, które prowadziłyby do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia. Zmianą taką, na co niezasadnie wskazywał odwołujący, nie będzie określenie okresu, przez jaki wykonawca zobowiązany jest gwarantować średniodobowy poziom wydobywania przez kompleks ścianowy. Po pierwsze niewątpliwie zapisy w tym zakresie znajdowały się w pierwotnie przekazanej wzorze umowy a doprecyzowanie polegające na wyraźnym odwołaniu się do Testu Wydajności wynikało z faktu wprowadzenia do treści umowy pojęcia Testu Wydajności. W świetle doprecyzowania przez zamawiającego w/w zakresie postanowień § 6 ust. 5 wzoru umowy nie sposób stwierdzić na czym miałyby polegać istotna zmiana przedmiotu zamówienia. Izba stoi na stanowisku, że istota przedmiotu zamówienia została zachowana. Nie budzi wątpliwości, że cały czas chodzi o dostawę kompleksu ścianowego o parametrach określonych przez zamawiającego we wstępnej SIWZ. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i jego złożony (skomplikowany) charakter oczywistym jest, że negocjacje mają pomóc Zamawiającemu w uszczegółowieniu przedmiotu zamówienia i ostatecznie nadania mu takiego kształtu, który zaspokaja jego potrzeby. Odmienne stanowisko niweczyłoby w ogóle sens prowadzenia negocjacji. W ocenie Izby postanowienia § 6 ust. 5 wzoru umowy definiują uprawnienia zamawiającego nie prowadząc do istotnej czy nawet nieistotnej zmiany przedmiotu zamówienia. Do analogicznego wniosku zdaniem Izby należało również dojść oceniając uszczegółowienie przez zamawiającego zasad wykonywania serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego. Należy zwrócić uwagę, iż celem negocjacji jest doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia albo doprecyzowanie lub uzupełnienie projektu umowy przedłożonego wykonawcom wraz z SIWZ. Niewątpliwie już w pierwotnym projekcie umowy zamawiający zawarł postanowienia dotyczące obowiązku zapewnienia przez wykonawcę obsługi serwisowej w okresie gwarancyjnym i pogwarancyjnym, określił czas trwania tej usługi, odsyłając do załącznika do umowy – umowy serwisowej, faktycznie nie przedstawiając tego załącznika. Powyższe przeczy twierdzeniu odwołującego, że warunki serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego nie były objęte pierwotną treścią SIWZ. Oceniając powyższe w świetle zarzutu naruszenia art. 59 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Izba nie stwierdziła okoliczności, które potwierdzałyby wskazywane naruszenia. Należy zauważyć, iż przepis art. 59 ust. 1 Pzp zezwalając na doprecyzowanie lub uzupełnienie SIWZ po przeprowadzonych negocjacjach określa zakres dozwolonych zmian w takim zakresie w jakim negocjacje były prowadzone, choćby z jednym z wykonawców. Fakt, iż warunki serwisu nie były przedmiotem negocjacji z odwołującym nie przesądza jeszcze o naruszeniu

w tym zakresie art. 59 ust. 1 i 2 ustawy Pzp skoro do negocjacji zaproszono jeszcze dwóch innych wykonawców. Niezależnie od powyższego w ocenie Izby okoliczność, że postępowanie jest prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem nie oznacza, że obowiązki wykonawców ustalane są jedynie na mocy porozumienia stron, wypracowanego wskutek prowadzonych negocjacji. Tym samym przekazując wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert ostatecznych również wzór umowy serwisowej, nie sposób uznać, iż zamawiający naruszył dyspozycję art. 59 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego uznając, iż wymogi zawarte w pkt. III ppkt 9, 12 i 13 opisu przedmiotu zamówienia wynikają z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Izba pominęła w swoich rozważaniach kwestie dotyczące parametru opisanego w ppkt 1 pkt III opisu przedmiotu zamówienia, a dotyczącego obowiązku zlokalizowania na przenośniku co najmniej czterech punktów podparcia urządzenia urabiającego, gdyż zarzut ten należało uznać za spóźniony wobec niezmienności pierwotnego opisu w tym zakresie. Odnosząc się do opisu urządzenia urabiającego w zakresie wyposażenia w ładowarki ruchome o obrocie min. 360 stopni, napędzane silnikiem hydraulicznym z możliwością zadawania pozycji ustawienia, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, uznając, iż wymóg ten wynika z jego uzasadnionych potrzeb. Izba wzięła pod uwagę argumentację zamawiającego, iż wymaganie to jest uzasadnione technologią urabiania stosowaną z zakładzie górniczym zamawiającego. W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, iż wymóg ten ogranicza uczciwą konkurencję ograniczając się wyłącznie do stwierdzenia, że tego typu ładowarki oferuje wyłącznie jeden wykonawca, co nie zostało poparte wiarygodnymi dowodami. Ponadto odwołujący nie wykazał, iż oferowane przez niego rozwiązanie realizować będzie wskazane przez zamawiającego cele wynikające z jego uzasadnionych potrzeb jak konieczność urobienia – wyrównania wypiętrzonego spągu ze spągami w ścianie – i załadowanie tego urobku na przenośnik ścianowy w celu umożliwienia swobodnej przekładki napędów przenośnika za postępowaniem frontu ściany, jak też możliwości osłonięcia i zabezpieczenia przed uszkodzeniem instalacji elektrycznych i hydraulicznych przez organ urabiający. Odnośnie szerokości zabioru na poziomie 800 mm, Izba uwzględniła argumentację zamawiającego, który wskazywał, iż w rejonie pracy przyszłego kompleksu ścianowego, w stropie bezpośrednio nad pokładem węgla występują łożowce średnio i słabo zwięzłe o wytrzymałości na ściskanie do kilkunastu MPa. Jak wskazywał zamawiający zabiór na poziomie 800 mm pozwoli uzyskać efektywne wykorzystanie urządzenia urabiającego przy zachowaniu odpowiednich środków bezpieczeństwa, zapobiegających opadom stropu bezpośrednio po urobieniu pokładu węgla w konsekwencji zapobiegając zanieczyszczeniu urobku, jak też konieczności uzupełniania pustek drewnem. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że określenie zabioru na poziomie 800 mm narusza uczciwą konkurencję, wskazując jedynie na zmniejszenie

wydajności całego kompleksu ścianowego. Odnośnie parametru podcięcia dla organu Izba również uwzględniła argumentację zamawiającego uznając, iż wymogi te podyktowane są jego uzasadnionymi potrzebami. Jak wskazywał zamawiający podcięcie dla organy niezbędne jest z uwagi na nieregularność zalegania pokładu 385/2, na którym wykorzystywany będzie kompleks ścianowy. Podcięcie umożliwia większą sterowalność przenośnikiem ścianowym w stosunku do pokładu węgla oraz wyeliminowanie pozostawiania węgla w spągu, co może być niebezpieczne z uwagi na IV grupę samozapalności węgla i możliwości jego zapalenia w zrobach. Zamawiający wskazywał również, iż podcięcie wymagane jest również z uwagi na bardzo słabe skały spągowe, zalegające bezpośrednio pod spągami pokładu 385/2, które winny być urobione z uwagi na ich tendencję do wypiętrzania. W ocenie Izby powyższe uzasadnia potrzeby zamawiającego, co do kwestionowanego parametru, podczas gdy odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji wskazującej na naruszenia uczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego należy opowiedzieć się za uprawnieniem zamawiającego do definiowania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie tylko zaspokaja jego potrzeby, ale też zabezpiecza jego interesy. Nie można więc odejmować zamawiającemu prawa do kreowania przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem zasad bezpieczeństwa i własnego interesu ekonomicznego co niewątpliwie miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie, w ocenie Izby, zamawiający definiując przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swoich uzasadnionych potrzeb dokonał tego z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Izba wskazuje, że zasada wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom.

Reasumując, uwzględniając dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uznała przedmiotowe odwołanie za niezasadne i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: