

Sygn. akt KIO/UZP 608/09

**WYROK**  
**z dnia 22 maja 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Jankowska**

**Członkowie:           Magdalena Grabarczyk**  
**Marek Koleśnikow**

**Protokolant:         Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Famur Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Armii Krajowej 51, 40–698 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną, ul. Armii Krajowej 56, 44–330 Jastrzębie Zdrój** protestu z dnia 14 kwietnia 2009 roku

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Famur Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 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 Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Armii Krajowej 51, 40–698 Katowice,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Famur Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki Akcyjnej, ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie Zdrój** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Famur Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice.**

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

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie-Zdrój, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na najem 3 sztuk fabrycznie nowych wysokowydajnych kombajnów ścianowych z elektrycznym systemem posuwu wraz z niezbędnym wyposażeniem dla JSW S.A. KWK.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223 , poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 14 kwietnia 2009 roku Famur Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Armii Krakowej 51, 40-698 w Katowicach, zwana dalej odwołującym się, wniosła protest na czynność zamawiającego, o której powzięła wiadomość w dniu 30 marca 2009 roku, tj. na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) w zakresie postanowienia pkt. IV SIWZ w związku z pkt. VII ust. 1 SIWZ – 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.

Wskazanim postanowieniom SIWZ odwołujący się zarzucił naruszenie art. 7 ustawy Pzp poprzez:

- a) nie zapewnienie przez zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- b) określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez zawężenie kręgu wykonawców spełniających wskazane wymagania.

Odwołujący się wniósł o:

- 1) uwzględnienie protestu,
- 2) dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:
  - a) wydłużenie terminu wykonania zamówienia (w zakresie najmu pierwszego kombajnu), tj. terminu dostawy na 3 miesiące od daty zawarcia umowy ewentualnie
  - b) modyfikację zapisu pkt. IV SIWZ poprzez dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych

Odwołujący się podniósł, iż zamawiający w pkt. VII ust. 1 SIWZ określił termin wykonania zamówienia w zakresie najmu pierwszego kombajnu na jeden miesiąc od daty zawarcia umowy, tj. 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.

W ocenie odwołującego się przedmiotowy wymóg postawiony przez zamawiającego ogranicza ilość potencjalnych wykonawców, przez co zamawiający naruszył jedną z kardynalnych zasad określonych w ustawie tj. zasadę uczciwej konkurencji.

Ustalenie przez zamawiającego miesięcznego terminu dostawy fabrycznie nowego kompletnego, wysokowydajnego kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu wraz z niezbędnym wyposażeniem 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 sytuacji, gdy zamawiający wykluczył możliwość składania ofert częściowych, takie działanie należy uznać za działanie ograniczające krąg potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie - naruszające treść art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący się podniósł, że wykluczenie przez zamawiającego możliwości składania ofert częściowych, mając na uwadze wcześniejszą argumentację zamawiającego przedstawioną w postępowaniu o nr 611X1/ZP/08, wskazującą, że podział zamówienia na części narazi zamawiającego na możliwość podniesienia kosztów obsługi serwisowej

urządzeń, są w przedmiotowej sytuacji bezpodstawne, gdyż 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.

Argumentacja o ewentualnej możliwości udostępnienia wykonawcy gotowego urządzenia przez inny podmiot trzeci jest również bezpodstawna. Abstrahując od faktu, że takie rozwiązanie nie jest możliwe, ponieważ wykonawcy są dla siebie konkurencją na rynku, nawet przy założeniu, że gdyby jednak 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 przez tych samych wykonawców jako dwóch osobnych uczestników postępowania rywalizujących ze sobą cenowo. Należy również zauważyć, iż takie rozwiązanie sugerowane przez zamawiającego sprzeciwia się podstawowemu celowi zamówień publicznych, jakim jest niewątpliwie uzyskanie najniższej ceny przez zamawiającego.

Zdaniem odwołującego się wniosek o przedłużenie terminu dostawy dla najmu pierwszego kombajnu jest uzasadniony m. in. tym, że niniejsze postępowanie jest realizowane w konsekwencji już raz ogłoszonego przez zamawiającego (w dniu 13.12.2008 r. nr postępowania: 61/X1/ZP/08) a następnie unieważnionego przetargu, a zatem należy uznać, że termin wykonania zamówienia mógł ulec wydłużeniu.

Odwołujący się zauważył, że niniejsze postępowanie obejmuje swym zakresem dokładnie te same ściany i te same okresy dzierżaw. W obu postępowaniach (unieważnionym i aktualnym) zamawiający określił ten sam termin wykonania zamówienia (w zakresie dostawy pierwszego spośród trzech kombajnów) na jeden miesiąc od daty zawarcia umowy.

Podkreślenia wymaga fakt, że w pierwszym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta ze względu na brak możliwości składania ofert częściowych i zamawiający unieważnił przetarg z powodu znacznego przekroczenia przez oferenta kwoty zaplanowanej na realizację kontraktu.

Świadome ograniczenie przez zamawiającego kręgu potencjalnych wykonawców w pierwszym postępowaniu spowodowało, że cena zamiast ulec obniżeniu przekroczyła o 37% planowaną kwotę (zamówienia podstawowego), jaką zamierzał zamawiający przeznaczyć na realizację kontraktu,

Pomimo wcześniejszych wniosków odwołującego się o dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych, co umożliwiłoby rozstrzygnięcie postępowania i realizację zamówienia w kwotach przeznaczonych na przedmiotowe postępowaniem zamawiający w

nowym postępowaniu podtrzymał wszystkie wskazane wyżej a kwestionowane wcześniej przez odwołującego się wymagania, podnosząc jednocześnie bardzo mocno zaplanowaną kwotę na realizację kontraktu.

Odwołujący się zauważył, że zamawiający posiadał wiedzę o możliwości pozyskania kombajnów do założonych lokalizacji za cenę znacznie niższą niż zaoferowana przez wykonawcę w postępowaniu nr 61/X1/ZP/08. Zamawiający otrzymał bowiem od Famur Sp. z o.o. odpowiedź na zapytanie ofertowe – ofertę nr FH/TH/96/2009 dotyczącą dzierżawy 3 kombajnów z terminami realizacji trzy miesiące od daty podpisania umowy (na niemal identycznych warunkach jak w unieważnionym przetargu) z propozycją ceny zgodną ze swoimi oczekiwaniami. Pomimo tego zamawiający podniósł limit kwoty przeznaczonej na kolejne postępowanie, wyznaczając następny termin jego wykonania. Zdaniem odwołującego się takie zachowanie może uzasadniać zarzut niewłaściwego gospodarowania przez zamawiającego pieniędzmi publicznymi, a niewątpliwie dodatkowo potwierdza naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu odwołującego się w przepisany terminie, w związku z czym, stosownie do przepisu art. 183 ust. 3 ustawy Pzp, protest należało uznać za oddalony.

W dniu 4 maja 2009 roku, pismem złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego, odwołujący się wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu odwołujący się podtrzymał zarzuty, wnioski i argumenty wskazane w proteście. Nadto stwierdził, iż w przypadku stwierdzenia, iż żądanie nakazania zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ narusza zakaz modyfikacji treści SIWZ, wniósł o unieważnienie przedmiotowego postępowania.

**Skład orzekający Izby na rozprawie z udziałem właściwie umocowanych pełnomocników stron, przeprowadził dowody z dokumentacji akt sprawy, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nadto rozważył stanowiska stron złożone do akt sprawy, ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia środków odwoławczych. Odwołujący się podnosi bowiem, iż jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, jednakże wymagany przez zamawiającego termin

realizacji jest dla niego nierealny i tym samym uniemożliwia skuteczny udział w postępowaniu.

Kluczowym dla rozstrzygnięcia sprawy jest ustalenie czy wskazany w SIWZ zapis określający termin wykonania zamówienia w zakresie dzierżawy pierwszego kombajnu na jeden miesiąc od daty zawarcia narusza dyspozycję art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych przez uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy nie dysponują gotowym kombajnem w chwili zawarcia umowy.

Zważyć należy, iż przedmiotem niniejszego postępowania jest dzierżawa kombajnu, będąca dostawą w rozumieniu przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych. W myśl bowiem art. 2 pkt 2 ustawy Pzp ilekroć w ustawie jest mowa o dostawach, należy przez to rozumieć nabywanie rzeczy praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu.

Pojęcia dostawy z ustawy Pzp nie należy utożsamiać z umową dostawy regulowaną w Kodeksie cywilnym. Przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczenia odbiorcy. Jest to równoznaczne z koniecznością uprzedniego wyprodukowania przedmiotu zamówienia

Stosownie zaś do art. 693 § 1 *in principio* Kodeksu cywilnego przez umowę dzierżawy wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nie oznaczony. Dzierżawa jest tego rodzaju stosunkiem zobowiązaniowym, mocą którego jedna jej strona udostępnia korzystanie z jej rzeczy drugiej stronie. Z przytoczonej definicji nie wynika konieczność wytworzenia rzeczy dla potrzeb tego konkretnego zamówienia, ale jedynie dysponowania nią przez jedną ze stron w zakresie uprawniającym do jej wydzierżawienia drugiej stronie. W tej sytuacji zarzut ograniczenia potencjalnego kręgu wykonawców wyłącznie do tych, którzy posiadają już taki sprzęt, jest nieuzasadniony.

Powyższemu nie sprzeciwia się również okoliczność, iż zamawiający żąda dostarczenia kombajnów fabrycznie nowych. Jak wynika ze zgromadzonej w sprawie dokumentacji odwołujący się częstokroć uczestniczy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez tego samego zamawiającego, których przedmiotem jest dostawa fabrycznie nowych kombajnów. Terminy realizacji umów zawartych pomiędzy odwołującym się i zamawiającym ustalane są często na 1 miesiąc, a nawet na dwa tygodnie od dnia zawarcia umowy. Oznacza to, że wyznaczony przez zamawiającego jednomiesięczny termin na dostawę kombajnu jest terminem realnym, możliwym do dotrzymania również przez odwołującego się.

Fakt, iż odwołujący się nie jest w stanie zrealizować zamówienia w ciągu jednego miesiąca w tym konkretnym postępowaniu nie przesądza o tym, że termin ustalono z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Izba uznała za niezasadne żądanie odwołującego się modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych. W myśl art. 83 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Ustawodawca, stosując sformułowanie „zamawiający może” przesądził, iż dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych jest prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego. W związku z tak ukształtowanym przepisem należy przyjąć, iż wykonawca w żadnej sytuacji nie może domagać się uznania przez zamawiającego za dopuszczalne składania ofert częściowych. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu do wyroku z dnia 16 czerwca 2003 r. (V CA 1213/02) odrzucił pogląd, że brak zgody zamawiającego na składanie ofert częściowych godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż ogranicza udział niektórych wykonawców w postępowaniu.

Izba podziela tutaj pogląd wyrażony w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 8 lutego 2006 roku UZP/ZO/0-303/06, zgodnie z którym Zamawiający może dopuścić możliwość składania oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Oznacza to, że celowość podziału zamówienia na części ustawodawca pozostawił ocenie zamawiającego, zatem zamawiający nie ma obowiązku dzielenia zamówienia na części, a wykonawcom nie przysługuje roszczenie o podział zamówienia na części. Skoro wykonawcom nie przysługuje roszczenie o podział zamówienia na części, to również brak jest podstaw do uznania, że mogą skutecznie podważać dokonany przez zamawiającego podział zamówienia, bądź też określenie części zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b, ust. 2 i ust. 4 pkt 2 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 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze 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*