

Sygn. akt KIO 533/18

**WYROK**

**z dnia 6 kwietnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Osiecka**

**Protokolant: Zuzanna Idźkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 kwietnia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2018 r. przez wykonawcę **MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju**

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** na rzecz zamawiającego **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju** kwotę **3 926 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do **Sądu Okręgowego w Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, dalej: „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Najem 14 nowych kombajnów chodnikowych o możliwości urabiania skal o twardości min. 90 MPa wraz z niezbędnym wyposażeniem dla potrzeb JSW S.A. KWK Borynia-Zofiówka-Jastrzębie oraz JSW S.A. KWK Pniówek*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 marca 2018 r. pod numerem 2018/S 050-111514.

W dniu 22 marca 2018 r. wykonawca MCC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, dalej: „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 36aa ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ w pkt. 3.4. oraz wszystkich innych jej niezbędnych postanowień poprzez dokonanie podziału zamówienia na części, a w konsekwencji dokonanego podziału - oceny ofert złożonych w postępowaniu dla zamówienia podzielonego na części, oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący wskazywał, że analiza treści SIWZ, w szczególności odnośnie zakresu zamówienia i terminów jego realizacji prowadzi do wniosku, że tylko jeden podmiot na rynku będzie w stanie złożyć ofertę. Podkreślał, że konieczność dostarczenia 3 kombajnów już w ciągu 4 tygodni od daty zawarcia umowy, a kolejnych również w odstępach 4 tygodniowych, wyprodukowania w krótkim czasie (lub posiadania już na stanie) aż 14 maszyn, wniesienia wadium w kwocie 1.800.000,00 PLN, w praktyce eliminuje konkurencję, podczas gdy podział zamówienia na mniejsze części (np. każdy kombajn oddzielnie, grupy po 3-4 maszyny, grupy w zależności od miejsca dostawy) umożliwi złożenie ofert podmiotom równie profesjonalnym, ale mniejszym od podmiotu dominującego na rynku. Obecna treść pkt 4.3 SIWZ powoduje nierówne traktowanie wykonawców, ponieważ faworyzuje podmioty duże (a właściwie jeden). Wskazywał, że konkurencja pomiędzy wykonawcami będzie miała pozytywny efekt dla Zamawiającego, ponieważ zapewni możliwość uzyskania niższej ceny. Dla przykładu wskazał przetarg na dostawę

kombajnu dla potrzeb KWK Knurów-Szczygłowice (nr sprawy 16/P/17), gdzie cena oferowana przez ten podmiot znacząco przekraczała kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia,

ale ponieważ przetarg obejmował jeden kombajn i nie była to jedyna złożona oferta - nie było potrzeby unieważniania przetargu, czy też poszukiwania dodatkowych środków na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący podnosił, że w niniejszym stanie faktycznym przedmiot zamówienia jest w pełni podzielny, dokonanie podziału zwiększy konkurencję i wpłynie pozytywnie na łączny koszt realizacji zamówienia, a zmiana SIWZ będzie korzystna zarówno dla Zamawiającego, jak i wykonawców.

Następnie pismem procesowym złożonym na posiedzeniu Odwołujący rozszerzył swoją argumentację, a także zarzuty, wskazując że Zamawiający naruszył także art. 29 ust. 2 oraz art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie żaden wykonawca nie przystąpił.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r. Zamawiający przedłożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Odwołującego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 kwietnia 2018 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Odwołującego dowodów z zestawienia postępowań przetargowych na kombajny chodnikowe oraz wzorów umów stosowanych przez Zamawiającego, czy też przez spółkę PGG S.A. Izba uznała, że przeprowadzenie ww. dowodu spowodowałoby wyłącznie zwłokę w postępowaniu (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp). Ponadto, Izba uznała, że ww. dowody są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Dotyczą bowiem danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego. Dodatkowo, przedłożone do pisma załączniki, będące niepoświadczonymi kserokopiami, nie są dokumentem. Kserokopia, jako mająca cechy dowodu wtórnego, wymaga potwierdzenia jej zgodności z oryginałem. Zatem,

jeżeli pismo nie może być uznane za dokument, nie może być ono podstawą do prowadzenia dowodu.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z pkt 4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: „SIWZ”, przedmiotem zamówienia jest najem 14 nowych kombajnów chodnikowych o możliwości urabiania skał o twardości min. 90 MPa wraz z niezbędnym wyposażeniem dla potrzeb JSW S.A KWK Borynia-Zofiówka-Jastrzębie oraz JSW S.A. KWK Pniówek. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Specyfikacja techniczna, stanowiąca załącznik nr 1 do SIWZ. Zgodnie z pkt 4.3 SIWZ Zamawiający nie dokonuje podziału zamówienia na części.

Uzasadnienie zaniechania podziału zamówienia na części znajduje się w protokole postępowania, gdzie Zamawiający wskazał m.in. że z uwagi na potrzebę unifikacji obsługi kombajnów przez przeszkolony personel, unifikacji serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego, zasad konserwacji, a także obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa pracy konieczne jest udzielenie zamówienia na rzecz jednego wykonawcy, który dostarczy tożsame kombajny. Podział zamówienia wiązałby się z nadmiernymi trudnościami, które prowadziłyby do obniżenia wielkości wydobycia, a co z tym idzie niekorzystnie wpływały na wynik finansowy Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż Odwołujący pismem procesowym złożonym na posiedzeniu w sposób nieuprawniony rozszerzył zarzuty w stosunku do zakresu objętego odwołaniem. Pierwotnie w odwołaniu wskazał zaniechanie podziału zamówienia na części oraz naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W toku rozprawy jako nowy zarzut podnosił naruszenie art. 29 ust. 2 oraz art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba uznała,

że zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie jak i doprecyzowanie treści zarzutów odwołania. Zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem istotne jest, aby zarzut został w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwia to zarówno zamawiającemu, jak i potencjalnym uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności. Wskazanie konkretnych uchybień określa ramy postępowania odwoławczego. Art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyznacza zakres rozpoznania odwołania przez Izbę, podając że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W rozpatrywanej sprawie podnoszone przez Odwołującego na rozprawie okoliczności dotyczące naruszenie art. 29 ust. 2 oraz art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, nie mieszczą się we wskazanej w odwołaniu podstawie prawnej art. 7 ust. 1 i art. 36aa ustawy Pzp, winny więc być traktowane jako nowy zarzut, który jako spóźniony nie może być przez Izbę rozpoznany.

Ponadto, Odwołujący żądał podziału zamówienia na części nie wskazując, nawet w toku rozprawy, na ile konkretnie części miałyby niniejsze zamówienie zostać podzielone. Postawienie żądania w formie blankietowej nie uprawnia Izby do jego doprecyzowania. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania, wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje postanowienia SIWZ, które w jego ocenie są nieprawidłowymi oraz nową ich treść, która powoduje, że te nowe postanowienia powodują zgodność treści SIWZ z przepisami ustawy Pzp. Izba nie może domniemywać w jaki konkretnie sposób należałoby zmodyfikować SIWZ. Takie postępowanie byłoby naruszeniem zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym, gdyż to Izba, a nie odwołujący, kreowałaby treści korzystnych zmian w SIWZ, dla jednej ze stron postępowania. Jedynym uprawnionym do ustalania treści SIWZ jest zamawiający, będąc gospodarzem postępowania i przede wszystkim autorem dokumentów decydujących o kształcie tego postępowania. Odwołujący winien więc wyartykułować brzmienie nowych postanowień SIWZ, czego nie uczynił.

Podkreślenia wymaga, że podniesione żądania winny być na tyle precyzyjne, aby można było w wyroku - w przypadku uznania ich zasadności nakazać zamawiającemu dokonanie konkretnej a nie blankietowej zmiany treści SIWZ. Wyrok z sentencją blankietową pozostawałby w rzeczywistości nieegzekwowalny w rozumieniu art. 197 ustawy i tym samym

wyklucza zastosowanie ww. przepisu. Ponadto samo wykonanie takiego wyroku przez zamawiającego będzie niedookreślone, dowolne i ocenne, co nadto może budzić np. wątpliwości związane z zaistnieniem przesłanki odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp (podobnie wyroki KIO z 8 marca 2011 r. sygn. KIO 368/11; z 12 marca 2011 roku sygn. KIO 402/11; z dnia 16 kwietnia 2012 r. sygn. 657/12; z 11 kwietnia 2013 r. sygn. KIO 589/13; z dnia 7 października 2013 r. sygn. 2149 i następ./13; z dnia 6 lutego 2014 r. sygn. 123/14).

Przechodząc do zarzutów odwołania dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, Izba wskazuje, co następuje. Art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Kwestię dotyczącą możliwości podziału zamówienia na części, ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego. Jednakże decyzja ta, mająca istotne znaczenie dla przebiegu postępowania, w szczególności dla umożliwienia udziału szerszemu gronu podmiotów, specjalizujących się w danej branży, nie może pozostawać o tyle subiektywna, o ile zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu podzielenie zamówienia na części. Podkreślić należy, że powodem nowelizacji ustawy Pzp, w zakresie ewentualnego podziału zamówienia na części był motyw 78 preambuły do Dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym *Institucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu. W przypadku gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Przyczyny te mogłyby być na przykład następujące: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia.*

Zdaniem Izby, zarzut Odwołującego, jakoby zamawiający poprzez brak podziału zamówienia na części naruszył konkurencję i ograniczył możliwość ubiegania się o zamówienie mniejszym podmiotom jest zarzutem, który nie może się ostać, gdyż wynika jedynie z chęci dostosowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i korzystnego (choć niedoprecyzowanego) dla Odwołującego modelu. Wskazać należy, że Odwołujący nie udowodnił w żaden sposób, dlaczego zamawiający, miałby podzielić zamówienie na części i czy taka decyzja zamawiającego znajdzie swoje wymierne

uzasadnienie, w tym czy będzie związana z obniżeniem środków przeznaczonych na realizację zamówienia, nie spowoduje znacznego utrudnienia w obsłudze tak realizowanych zamówień (częściowych), w tym organizacyjno-technicznych.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że w ramach potrzeb ruchowych zakładów górniczych następuje przenoszenie całych brygad przodkowych w inne miejsca pracy, w których mogą być eksploatowane różne urządzenia. Zatem, konieczne może być przeprowadzenie każdorazowo szkolenia załogi z zakresu eksploatacji, serwisu oraz konserwacji kombajnu, który wskutek przeniesienia poszczególnych brygad przodkowych będzie przez nią użytkowany. Celowe jest więc świadczenie pracy przy jednym typie kombajnu przez zatrudnionych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych pracowników Zamawiającego. Takie działanie umożliwi obsługującemu urządzenie (kombajniście) w sposób płynny i bezpieczny zaadoptować się w nowych warunkach pracy. Należy również podkreślić, że obowiązek obsługi różnych maszyn wymaga zwiększonego nadzoru służb dozoru i BHP.

Wykorzystanie tożsamyh urządzeń pozwala pracownikom Zamawiającego lepiej zaznajomić się z ich budową, eksploatacją oraz obsługą, co pozwoli uniknąć przestojuw w eksploatacji oraz zwiększy wydajność pracy, zarówno ludzi, jak i urządzeń. Zamawiający zauważał, że wstrzymanie pracy kombajnu, wynikające choćby z nieznamomości obsługi spowodowanej różnicami pomiędzy rozwiązaniami technicznymi konkretnych typów kombajnów, rodzi po jego stronie niewspółmierne duże straty finansowe. Jeden typ kombajnu chodnikowego pozwala na natychmiastowe podjęcie działań produkcyjnych bez zaznajamiania się pracowników z odmienną specyfiką kombajnów, co zwiększa elastyczność organizacji pracy, minimalizuje koszty związane z sytuacjami awaryjnymi, zwiększa efektywny czas pracy w drażonym wyrobisku oraz ogranicza czasy postojów związanych z usuwaniem stanów awaryjnych eksploatowanych kombajnów chodnikowych.

Ponadto, nabycie kombajnów jednego typu ograniczy koszty ich użytkowania. Również przeniesienie kombajnu do innego wyrobiska lub innego zakładu górniczego, w którym użytkowany był uprzednio kombajn innego producenta, skutkuje koniecznością uzyskania przez osoby wchodzące w skład brygady przodkowej niezbędnych uprawnień. Ww. obowiązki wiążą się z delegowaniem pracowników na różnorodne szkolenia, co rodzi dodatkowe koszty Zamawiającego, powodując że pracownicy nie uczestniczą w pracach wydobywczych.

Dlatego też Izba stwierdziła, że zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo opisał



przedmiot zamówienia, potwierdzając że równo traktuje wykonawców w postępowaniu, bowiem równe traktowanie wykonawców *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji (...)* (vide: postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 17 marca 2008 r., sygn. akt VIII Ga 22/08).

Argumentacja nakierowana wyłącznie na okoliczność, że wnoszący odwołanie wykonawca nie może wykonać zamówienia, względnie że wiązałoby to się z dużymi trudnościami nie przesądza jeszcze, że opis przedmiotu zamówienia narusza zasady uczciwej konkurencji czy proporcjonalności. Ustalenie bowiem nawet, że tylko ograniczona liczba podmiotów może spełnić wymaganie zamawiającego ma drugorzędne znaczenie dla oceny, czy naruszono przepisy Prawa zamówień publicznych. Jeśli potrzeba zamawiającego jest zobiektywizowana, może on tak opisać przedmiot zamówienia, że jest w stanie zadość uczynić mu tylko ograniczony krąg wykonawców. W takim wypadku celem nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez zamawiającego świadczenia odpowiadającego jego rzeczywistym potrzebom.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł oraz kwotę 3 926 zł tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu na posiedzenie.

**Przewodniczący:** .....