

Sygn. akt KIO/UZP 53/10

**WYROK**  
**z dnia 9 marca 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Członkowie: Izabela Kuciak**

**Emil Kuriata**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Sandvik Mining and Construction Sp. z o.o., 43-100 Tychy, ul. Strefowa 10** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia **23 grudnia 2009 r.**

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje odrzucenie oferty Bumech S.A. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Sandvik Mining and Construction Sp. z o.o., 43-100 Tychy, ul. Strefowa 10**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery zł zero gr) przez **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **Sandvik Mining and Construction Sp. z o.o., 43-100 Tychy, ul. Strefowa 10** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Sandvik Mining and Construction Sp. z o.o., 43-100 Tychy, ul. Strefowa 10**

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

Zamawiający, Kompania Węglowa S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie w celu zawarcie umowy ramowej na remont podzespołów kombajnów chodnikowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 r.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 27.08.2009 r.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 15.12.2009 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania, tj. o zamiarze zawarcia umowy ramowej w zakresie części 2 zamówienia z Sandvik Mining and Construction Sp. z o.o. (dalej „Sandvik”) oraz Bumech S.A.

W dniu 23.12.2009 r. Sandvik wniosła protest wobec ww. czynności zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 (zarzut nie podtrzymany w odwołaniu) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy domagając się odrzucenia oferty Bumech S.A. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków udziału w postępowaniu (siwz).

Jako uzasadnienie podnoszonej niezgodności treści oferty z siwz protestujący wskazał, iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w siwz wolą zamawiającego było aby wykonawcy obieli swoją ofertą wszystkie urządzenia mieszczące się w zakresie przedmiotu zamówienia. Natomiast Bumech przedłożył jedynie propozycje dotyczące kombajnu AM 75, a więc nie zaoferował remontu pozostałych urządzeń znajdujących się w parku maszynowym zamawiającego.

Ponadto wbrew postanowieniom siwz, w których wymagano załączenia oferty cennika części i podzespołów nowych oraz czynności remontowych (w pełnym zakresie zapewniającym możliwość wykonania remontu w zakresie powierzonym w odniesieniu do każdego zadania, na które została złożona oferta), Bumech S.A. przedłożyła jedynie cennik części i podzespołów nowych, natomiast nie uwzględniła cennika czynności remontowych.

Zamawiający w dniu 30.12.2009 r. protest wykonawcy w całości oddalił. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający wskazał, iż jego zamówienie dotyczy aktualnie eksploatowanych kombajnów marki Sandvik posiadających oznaczenie AM-75. Ponadto w siwz nie określił pełnego katalogu części zamiennych i czynności remontowych. W załączniku nr 1 do siwz określił natomiast listę remontowanych podzespołów kombajnów Sandvik wraz z zakresem remontu podstawowego dla poszczególnych rodzajów podzespołów. Oferta Bumech zawiera wskazanie usług objętych zamówieniem oraz określenie ceny za wykonanie poszczególnych usług.

W dniu 08.01.2010. r protestujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia jego protestu.

W uzasadnieniu odwołania wskazano dodatkowo, iż przedmiot zamówienia oprócz kombajnów AM-75 obejmuje również kombajny AM-75 Ex-S oraz AM-75 Ex (są to trzy różne typy kombajnów), a przedłożenie cennika czynności remontowych było obligatoryjne i wyrażone jasno i precyzyjnie.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W odpowiedzi z dnia 15.09.2009 r. na pytanie nr 2 odnośnie treści siwz zamawiający potwierdził, iż przetarg dotyczy kombajnów typu AM-75, AM-75 Ex-S oraz AM-75 Ex.

Zgodnie z pkt III.10 siwz szczegółowy zakres zamówienia oraz wymagania prawne i techniczno-użytkowe określono w zał. nr 1 do siwz, według którego przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy ramowej na – dla zadania nr 2 – remont podzespołów kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik. Na stronie 16 siwz (w powołanym zał. nr 1) w formie tabelarycznej wskazano nazwy remontowanych elementów/podzespołów.

Dla przykładu:

- Poz. 1. – Jednostka urabiająca kpl.
- 2 - Obsada ramienia urabiającego
- 3 - Sprzęgło
- 4 - Przekładnia wrębniaka

5 - Głowica urabiająca

....

poz. 8 - Urządzenie ładujące kpl.:

9 - Stół ładujący

10 - Przekładnia ładująca (lewa/prawa)

11 - ramię ładujące

12 - Poszerzenie stołu.

...etc...

W opisie do ww. tabeli podano, iż w zakres remontu podstawowego dla poszczególnych rodzajów podzespołów określonych w zadaniu nr 2 wchodzi wskazane czynności – do poszczególnych, wskazanych wyżej pozycji przypisano czynności typu: demontaż, czyszczenie i mycie elementów; klasyfikacja elementów, montaż, regeneracje, próby, zabezpieczenie... etc...

W pkt IV zał. nr 1 wskazano, iż oferta musi zawierać cennik części i podzespołów nowych oraz czynności remontowych (w pełnym zakresie zapewniającym możliwość wykonania remontu w zakresie poszerzonym w odniesieniu do każdego zadania na które została złożona oferta).

W załączniku nr 2 do siwz – Formularzu ofertowym przeniesiono wyżej opisaną tabelę remontowanych elementów/podzespołów wymagając od wykonawców wyceny poszczególnych elementów.

W pkt 1-3 Formularza ofertowego wymagano złożenia oświadczeń odpowiednio potwierdzających, iż cena ofertowa jest ceną za zakres usługi opisanej w załączniku nr 1 do siwz, zawiera wszystkie koszty poniesione w celu należytego wykonania przedmiotu zamówienia oraz że do oferty dołączono cennik części i podzespołów nowych oraz czynności remontowych (w pełnym zakresie zapewniającym możliwość wykonania remontu w zakresie poszerzonym w odniesieniu do każdego zadania na które została złożona oferta).

W załączniku nr 4 do siwz – Istotne postanowienia umowy ramowej wskazano:

§ 2 (Przedmiot umowy) – przedmiotem niniejszej umowy ramowej jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą zostać udzielone przez zamawiającego na remont podzespołów kombajnów chodnikowych,

§ 3 (Opis przedmiotu zamówienia objętego umową ramową) ust. 1 – W okresie trwania umowy ramowej zamawiający może udzielać zamówień, których przedmiot jest objęty umową ramową, w trybie postępowań niepublicznych w celu udzielenia zamówień wykonawczych na świadczenie usług remontu, podzespołów/elementów wyszczególnionych w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, maszyn i urządzeń eksploatowanych w każdym z Oddziałów KW S.A.

§ 4 ust. 2 zd. 2 – Zakres poszczególnych zamówień, których przedmiot objęty jest niniejszą umową ramową, będzie ustalany każdorazowo przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na wykonanie poszczególnych zamówień wykonawczych.

§ 5 (Warunki wykonywania przedmiotu zamówienia objętego umową ramową) ust. 2 lit a) – Za wykonanie zamówienia, którego przedmiot objęty jest umową ramową/remont o zakresie podstawowym/, wykonawcy zaoferowali ceny określone w załączniku nr 1 do umowy ramowej; b) – Ceny jednostkowe części i podzespołów nowych, czynności remontowych oraz podzespołów poremontowych, którego przedmiot objęty jest niniejszą umową ramową, zostały przez wykonawców określone w cennikach załączonych do oferty. Cenniki te stanowią załącznik nr 2 do niniejszej umowy ramowej.

§ 5 pkt 4 – Ceny określone w załącznikach nr 1 i nr 2 do umowy ramowej są cenami maksymalnymi. W przypadku gdy po udzieleniu zamówienia wykonawczego wystąpi potrzeba rozszerzenia zakresu remontu/wymiany innych części niż przewidywał zakres podstawowy/ podstawą do uznania tego rozszerzenia będzie (...) „Protokół konieczności rozszerzenia remontu”. Części nie ujęte w załączniku nr 2 do umowy ramowej nie będą brane pod uwagę w ww protokole powiększającym zakres i koszt remontu podstawowego.

Ponadto w treści umowy ramowej *in fine* wskazano, iż załącznikami do niej są:

- 1) ceny jednostkowe wykonania remontu podstawowego zgodnie z formularzem Ofertowym,
- 2) cennik części i podzespołów nowych, poremontowych oraz czynności remontowych dodatkowych.

[Izba stwierdziła, iż § 4 ust. 9 nie dotyczy zakresu przedmiotu zamówienia objętego przedmiotową umową ramową, ale odnosi się do sytuacji rozszerzenia zamówienia poza części wymienione w załączniku nr 2 do umowy. Wbrew supozycjom zamawiającego wyrażanym na rozprawie powyższe rozszerzenie w świetle postanowień § 4 ust. 10 i 11 nie odbywa się w ramach opisanego przedmiotu zamówienia (umowy), ale stanowi zamówienie uzupełniające, które wcale nie jest bezpłatne. Przeciwna interpretacja powyższego byłaby jawnie sprzeczna z zasadami współżycia społecznego oraz zwyczajami handlowymi – stanowiłaby nałożenie na jedną ze stron umowy zobowiązania do wykonania czynności nie sprecyzowanych i nie opisanych w przedmiocie zamówienia, czyli do bezpłatnego wykonania bliżej nieokreślonych wymian i remontów w niewiadomym zakresie.]

Wykonawca Bumech S.A. w swojej ofercie złożył stosowne oświadczenia wymagane w treści formularza ofertowego. W treści oferty podał i wycenił w postaci tabelarycznej wszystkie elementy z zakresu remontu podstawowego wskazanego na stronie 16 siwz. Na końcu

formularza ofertowego Bumech wskazano (pkt 14), iż załącznikiem do niniejszej oferty jest „Cennik części nowych kombajnu AM 75 – załącznik nr 1”

Wskazany załącznik nr 1 (str. 40-81 oferty) zatytułowany „Cennik części zamiennych nowych lub ich regeneracji” w odniesieniu do każdej podanej części zawiera wskazanie, iż dotyczy ona kombajnu typu AM 75.

### **Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba oceniła znaczenie postanowień siwz w zakresie wymaganego przedmiotu zamówienia oraz sposobu przygotowania oferty, w szczególności zakresu zawartej w niej informacji i wymagań, co do jej obligatoryjnych, rzeczowych elementów, którą przedłożyć w ramach przedmiotowego postępowania winni wykonawcy.

Oдноśnie powyższego Izba stwierdziła, iż przedmiotem zamówienia objętym niniejszą umową ramową jest wykonywanie remontów określanych w siwz przez zamawiającego jako podstawowe w załączniku nr 1 do siwz. W takim zakresie oferta wykonawcy wypełnia wymagania siwz i umożliwia przeprowadzenie postępowania o udzielenie konkretnego zamówienia mieszczącego się w zakresie remontu podstawowego, w ramach zawartej umowy ramowej. Możliwe jest przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówień końcowych w odniesieniu do cen maksymalnych podanych w formularzu ofertowym za remont poszczególnych podzespołów tam wskazanych, a następnie udzielenie zamówienia w zakresie objętym opisanym przedmiotem zamówienia.

Jednakże z bliżej nieokreślonych powodów (co jednak nie było przedmiotem dociekań w niniejszym postępowaniu odwoławczym, które nie dotyczyło oceny dopuszczalności danego opisu przedmiotu zamówienia) zamawiający oprócz cen zawartych w formularzu ofertowym wymagał podania cennika części i podzespołów nowych oraz czynności remontowych (w pełnym zakresie zapewniającym możliwość wykonania remontu w zakresie poszerzonym w odniesieniu do każdego zadania na które została złożona oferta). Pomimo, iż zamawiający w żaden sposób nie określił owego „poszerzonego” zakresu zamawianych remontów definiując go jedynie poprzez konieczność wykonania oraz przerzucając na wykonawców przewidzenie i wycenienie poszczególnych elementów, których może dotyczyć, wyraźnie wymagał zawarcia w ofercie informacji (cennika) w tym przedmiocie.

Abstrahując od sensowności założeń zamawiającego co do zakresu zobowiązań wykonawców *de facto* nie objętych przedmiotem zamówienia oraz celów żądania podawania

cennika wszelkich części i czynności remontowych, których konieczność wykonania może zająć poza zakresem przedmiotowego zamówienia, samo żądanie podania tego typu informacji pozostaje faktem, i jako takie, postanowienie siwz dotyczące merytorycznej zawartości oferty winno być traktowane jako obowiązujące wszystkich wykonawców i ściśle respektowane oraz egzekwowane. Skoro zamawiający żądał podania i wyspecyfikowania poszczególnych elementów składających się na remont kombajnów w pełnym zakresie (np. w celu wykorzystania tego typu cen do negocjacji przyszłych zamówień dodatkowych i uzupełniających do podstawowego przedmiotu zamówienia), wykonawcy zgodnie z wymaganiami siwz tego typu zestawienie przedstawić. Referowane w części niniejszego uzasadnienia dotyczące ustaleń Izby postanowienie siwz wymagające aby oferta zawierała cennik części i podzespołów nowych oraz czynności remontowych (w pełnym zakresie zapewniającym możliwość wykonania remontu w zakresie poszerzonym w odniesieniu do każdego zadania na które została złożona oferta) zostało przez zamawiającego wyrażone w sposób nieostry (co do desygnatu żądania), niemniej jednak co do samego obowiązku przedłożenia w sposób wyraźny i dobitny (opisany pkt IV został nawet wyboldowany w celu – jak można domniemywać – podkreślenia wagi żądania). O ile można podnosić wątpliwości i wskazywać na nieostrość wymagania w zakresie braku dokładnego zakreslenia granic i określenia katalogu części i czynności, o które zamawiającemu może chodzić, z pewnością można jednak na podstawie żądania można ustalić minimalny zakres wymagań w nim sformułowanych. W szczególności można rozróżnić wymaganie odnośnie przedstawienia cennika rzeczy materialnych (części, podzespoły), których wycena miała dotyczyć, od czynności remontowych (usług), które w ramach poszerzonego zakresu remontów miały być wykonywane.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż przedstawiony na stronach 40-81 oferty Bumech „Cennik części nowych kombajnu AM 75” nie zawiera wyceny czynności remontowych, ale jedynie poszczególnych części kombajnu lub ceny narzędzi służących do jego eksploatacji (młotki, obcęgi, klucze). Tym samym przedstawiony cennik nie jest cennikiem czynności remontowych w potocznym rozumieniu terminu „czynności”, który w żaden inny sposób nie został określony czy zdefiniowany w siwz i jako taki nie może zostać inaczej rozumiany.

Ponadto fakt odwoływania się w projekcie umowy wielokrotnie do ww. cennika, który według treści siwz ma stanowić załącznik do umowy ramowej, wskazuje, iż jego żądanie i przedłożenie stanowiło istotny element określający przyszłe relacje i stosunki zobowiązaniowe pomiędzy zamawiającym a wykonawcą związane z realizacją niniejszego zamówienia oraz dodatkowych obowiązków na wykonawcę nakładanych. Tym samym brak przedłożenia żadanego dokumentu tego typu w kształcie i zakresie wymaganym w siwz uznać należy za niezgodność treści oferty z siwz, a ofertę za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba za udowodnioną na podstawie przedkładanych deklaracji zgodności CE oraz rysunków technicznych poszczególnych podzespołów kombajnów uznała okoliczność, iż poszczególne kombajny oznaczane nr 75 i dalszymi oznaczeniami różnią się konstrukcyjnie, tj. zawierają części odmienne. Uznając powyższą okoliczność za udowodnioną Izba za zbędne uznała powoływanie biegłego, który wydałby opinię w przedmiocie różnic pomiędzy poszczególnymi typami kombajnów. Rozstrzygnięcie w przedmiocie delimitacji pojęcia „typ urządzenia”, tj. rozstrzygnięcia koniecznego zakresu i jakości zmian konstrukcyjnych, przy zajściu których uznać można, iż urządzenia których zmiany dotyczą są już sprzętem innego typu, jest w świetle niniejszej sprawy zbędne. Wystarczające jest jedynie stwierdzenie, że różnice konstrukcyjne pomiędzy poszczególnymi kombajnami rzeczywiście występują bez rozważania konsekwencji terminologicznych takiej konstatacji.

Uwzględniając powyższe oraz potwierdzony przez zamawiającego fakt objęcia przedmiotem zamówienia kombajnów: AM 75, kombajny AM-75 Ex-S oraz AM-75 Ex stwierdzić należy, iż cennik części nowych przedłożony przez Bumech S.A. winien obejmować również wskazanie części zmienionych w stosunku do wskazanych części kombajnu AM 75, które są stosowane w dwóch pozostałych rodzajach kombajnów – wykonawca w całym załączniku wszystkie części oznaczył jako typ – AM 75.

Powyższe sugeruje brak ujęcia w częściach oferowanych części specyficznych dla kombajnów AM-75 Ex-S oraz AM-75 Ex i w tym znaczeniu nie objęcie przedmiotem oferty całości zakresu zamówienia.

Co prawda powyższe mogłoby podlegać wyjaśnieniu przez zamawiającego na okoliczność ewentualnego ustalenia czy w ramach oznaczeń stosowanych przez wykonawcę i podanych w cenniku nie mieszczą się również części pasujące i konieczne do naprawy ww. typów kombajnów. Jednakże w związku z podzieleniem pierwszego zarzutu skutkującym bezwzględną koniecznością odrzucenia oferty Bumech S.A. nakazywania zamawiającemu dokonywania jakichkolwiek czynności związanych z wyjaśnianiem treści oferty w tym zakresie należy uznać za zbędne.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zmianami).



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 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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....