

Sygn. akt KIO/UZP 1298/08

WYROK
z dnia 28 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

**Członkowie: Grzegorz Mazurek
Izabela Niedziałek**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 27.11.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Maszyn Górniczych „GLINIK” Sp. z o.o., 38-320 Gorlice, ul. Michalusa 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „BOGDANKA” S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka** protestu ~~protestów~~ z dnia 22.10.2008 r.

przy udziale wykonawcy **Bucyrus DBT Europe GmbH, ul. Industriestrasse 1, 44534 Luenen (adres dla doręczeń: ul. Fabryczna 6, 41-404 Mysłowice)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Maszyn Górniczych „GLINIK” Sp. z o.o., 38-320 Gorlice, ul. Michalusa 1

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Zakład Maszyn Górniczych „GLINIK” Sp. z o.o., 38-320 Gorlice, ul. Michalusa 1,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr. (słownie:.....) przez na rzecz stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakład Maszyn Górniczych „GLINIK” Sp. z o.o., 38-320 Gorlice, ul. Michalusa 1.**

U z a s a d n i e

Zamawiający – Lubelski Węgiel „BOGDANKA” S.A. w Puchaczowie prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na dostawę loco kopalnia w Bogdancie ścianowego kompleksu strugowego, ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2008/S 200-266047 z dnia 15 października 2008 r.

W ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, Zamawiający zmieścił informację, iż nie dopuszcza podziału zamówienia na części.

Odwołujący – Zakład Maszyn Górniczych „GLINIK” S.A. w Gorlicach wniósł w dniu 22 października 2008 r. protest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655 z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp:

- art. 7 ust. 1 w świetle którego zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- art. 22 ust. 2 poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 38 ust. 5 Pzp, gdyż jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadniając powyższe zarzuty, Odwołujący wskazał, iż sposób określenia przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym braku możliwości składania ofert częściowych powoduje, że według wiedzy Odwołującego jedynym wykonawcą będącym w stanie zaoferować przedmiot zamówienia jest „BUCYRUS DBT”. W szczególności, z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wykluczeni są producenci obudów zmechanizowanych, w tym Odwołujący, którzy nie są w stanie zaoferować kompletnego urządzenia strugowego. Tymczasem, w ocenie Odwołującego, dopuszczenie składania ofert częściowych w zakresie obudowy zmechanizowanej, zapewniłoby zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a dodatkowo znacznie obniżyłoby koszty zakupu całego kompleksu strugowego, na co wskazuje przykład przetargu na dostawę kompleksu strugowego ogłoszonego przez JSW S.A. dla KWK „ZOFIÓWKA”. Ponadto Odwołujący podniósł, iż Zamawiający zawęził krąg potencjalnych wykonawców poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w postaci wykonania nie mniej niż dwóch dostaw kompleksów strugowych o podobnych parametrach technicznych.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił przystąpienie pismem z dnia 28 października 2008 r. wykonawca Bucyrus DBT Europe GmbH z siedzibą w Luenen, wnosząc o oddalenie protestu w całości. W uzasadnieniu wskazał, iż Zamawiający uprawniony był do niedopuszczenia składania ofert częściowych z uwagi na swoje wymogi dotyczące funkcjonowania i wydajności wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, które nie zostały oprotestowane przez Odwołującego. W ocenie Bucyrus DBT podział zamówienia na części spowodowałby znaczące utrudnienia, a nawet uniemożliwiłby realizację celów Zamawiającego związanych z oczekiwanym wydobyciem. Jednocześnie, zdaniem Bucyrus DBT, ocena efektywności finansowej zamówienia nie może być przeprowadzona wyłącznie w oparciu o cenę zakupu urządzenia, bez uwzględnienia kosztów jego eksploatacji oraz korzyści wynikających z jego zastosowania.

Pismem z dnia 3 listopada 2008 r. Zamawiający oddalił protest w całości. Uzasadniając powyższe rozstrzygnięcie wskazał, iż nie jest zasadny zarzut naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez niedopuszczenie składania ofert

częściowych, gdyż na rynku funkcjonuje co najmniej kilku producentów oferujących przedmiot zamówienia, np. OSTROJ A.S. w Opawie, Halbach & Braun Industrieanlagen GmbH & Co. w Sprockhövel lub CHINA COAL ZHANGJIKOU COAL MINING MACHINERY w Chinach. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę wspólnie z innym podmiotem. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, ma prawo określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom. Zamówienie kompleksu strugowego jako całego, kompletnego urządzenia u jednego wykonawcy, w ocenie Zamawiającego, zapewni mu uzyskanie określonych parametrów wydobywania, przeniesienie odpowiedzialności za całość przedmiotu zamówienia na producenta finalnego, a nadto odciąży go z obowiązku montażu i integrowania zakresu poszczególnych elementów, tym samym gwarantując kompatybilność wszystkich komponentów.

Zamawiający zakwestionował również trafność argumentu Odwołującego, iż dopuszczenie składania ofert częściowych obniżyłoby cenę całego zamówienia wskazując, że w przywołanym przez niego jako przykład postępowaniu ogłoszonym przez JSW S.A. dla KWK „ZOFIÓWKA” zamawiający uzyskał cenę zbliżoną do szacunkowej wartości zamówienia w niniejszym postępowaniu, otrzymując urządzenie o niższych parametrach eksploatacyjnych i użytkowych.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący pismem z dnia 7 listopada 2008 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając Zamawiającemu naruszenie, tak jak w proteście, przepisów Pzp:

- art. 7 ust. 1 w świetle którego zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- art. 22 ust. 2 poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 38 ust. 5 Pzp, gdyż jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podtrzymując argumentację zawartą w proteście, Odwołujący podniósł ponadto, iż podmioty wskazane przez Zamawiającego, jako będące w stanie zrealizować przedmiot zamówienia, w rzeczywistości takiej możliwości nie mają, na co wskazują ich oświadczenia załączone do odwołania. Odwołujący zakwestionował również argumentację Zamawiającego dotyczącą trudności w zapewnieniu kompatybilności obudowy zmechanizowanej i innych urządzeń kompletnego strugowego, dostarczonych przez różnych wykonawców, powołując się na

doświadczenia we wdrażaniu kompleksów strugowych w kopalniach rosyjskich oraz na test współpracy komponentów przeprowadzony dla KWK „ZOFIÓWKA”. W ocenie Odwołującego, objęty przedmiotem zamówienia kompleks strugowy nie stanowi nierozdzielalnego urządzenia, ale zbiór urządzeń, z których każde stanowi odrębną całość, dla których musi być zapewniona kompatybilność układu.

Odwołujący podtrzymał również tezę dotyczącą wpływu dopuszczenia składania ofert częściowych na obniżenie cen ofert złożonych w postępowaniu, wysuniętą na podstawie przykładu zamówienia udzielonego dla KWK „ZOFIÓWKA”. Wskazał na nieprawidłowość porównania przez Zamawiającego ceny uzyskanej w ww. postępowaniu z szacunkową wartością zamówienia w prowadzonym postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, porównanie takie powinno dotyczyć w obu przypadkach ceny najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie Odwołujący wskazał na sprzeczność w argumentacji Zamawiającego, która w jego ocenie wynika z jednej strony ze wskazania możliwości stworzenia przez Odwołującego konsorcjum z innymi wykonawcami, a z drugiej strony na oczekiwaniu, iż przedmiot zamówienia zostanie wykonany przez jednego wykonawcę, który będzie ponosił pełną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia. Jak podniósł Odwołujący, zgodnie z treścią pkt III.1.3. ogłoszenia o zamówieniu, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Bucyrus DBT Europe GmbH w Luenen, zwany w dalszej treści Przystępującym, wnosząc zgłoszenie przystąpienia do Prezesa UZP w dniu 25.11.2008 r. pismem z dnia 24.11.2008 r. Wykonawca podtrzymał stanowisko przedstawione w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Ponadto podał, że posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wskazał, że Odwołujący nie legitymuje się interesem prawnym wnosząc odwołanie, gdyż jest jedynie producentem obudowy, a przedmiotem zamówienia jest dostawa kompleksu strugowego, na który składają się, min. strug, obudowa oraz przenośnik z kruszarką. Odwołujący mógłby jedynie występować jako wykonawca w tym postępowaniu w powiązaniu z innymi dostawcami, co nie ma miejsca, występuje więc przesłanka określona w art. 179 ust.1 Pzp w znaczeniu negatywnym.

Zamawiający nie naruszył, w ocenie Przystępującego, warunków udziału w postępowaniu dotyczących przedmiotu zamówienia, poprzez określenie jako całości zamówienia dostawy kompleksu urządzeń o określonej bardzo wysokiej wydajności, jakości i trwałości, zapewniającej uzyskanie z góry określonych przez Zamawiającego efektów. Przyjęty przez Zamawiającego sposób dostawy, jako całości kompleksu strugowego oznacza zwolnienie Zamawiającego z ryzyka funkcjonowania urządzenia, jako urządzenia powstałego z części

składowych dostarczonych przez różnych wykonawców. Stąd opis warunków w pkt I ogłoszenia określający uzyskanie docelowo lecz nie później niż w okresie 4 miesięcy dobowego wydobywania 10 tys ton urobku przy 20 godz. czasu pracy ściany i 10 godz. efektywnej pracy struga w ciągu doby, jest zasadny. Zdaniem Przystępującego nie jest zasadny wniosek Odwołującego o podział zamówienia na części uwzględniające możliwości dostawcze Odwołującego.

Niezasadne jest także porównywanie prowadzonego postępowania lub odnoszenie się do postępowania prowadzonego przez JSW S.A. KWK Zofiówka. Wskazane postępowanie charakteryzowało się zamiarem pozyskania urządzeń kompleksu strugowego za możliwie najniższą cenę. Stąd jedynym kryterium oceny ofert była wyłącznie cena.

Przystępujący nie zgadza się również z twierdzeniem Odwołującego, że w razie podzielenia na części przedmiotu zamówienia powstaną oszczędności, tak jak powstały w zamówieniu „ZOFIÓWKA” rzędu 15 237 300 PLN. Porównując zakładaną i gwarantowaną wydajność obu kompleksów - 3 800 ton na dobę w KWK „ZOFIÓWKA” i 10 000 ton na dobę w KWK „BOGDANKA” przez okres 3 lat, przy przyjęciu 250 dni pracy kompleksu strugowego w roku, daje to różnicę w wydobywaniu na poziomie 4 650 000 ton węgla.

Przystępujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka dr. Michała Myszkińskiego na okoliczność zasadności określenia parametrów technicznych kompleksu strugowego. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dokumentów zawartych w aktach sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego oraz wyjaśnień stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego, w tym Michała Myszkińskiego ustaliła, co następuje.

Zamawiający opisał w pkt II.1.5 Ogłoszenia o zamówieniu sektorowym na dostawy, że przedmiotem postępowania jest dostawa loco kopalnia Bogdanka ścianowego kompleksu strugowego. W skład dostawy wchodzi komplet obudowy ścianowej, kompletne urządzenie strugowe wraz z przenośnikiem ścianowym, kompletny przenośnik podścianowy oraz cała infrastruktura towarzysząca tym urządzeniom opisana w ww części ogłoszenia.

W pkt III. 2. 1) ppkt 4 Warunki udziału, Zamawiający opisał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy zrealizowali w okresie ostatnich 5-ciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, nie mniej niż dwie dostawy kompleksów strugowych pracujących w ścianach o zbliżonych parametrach do oferowanego, a dostarczane kompleksy strugowe osiągnęły parametry deklarowane przez wykonawcę.

Z powyższej treści wynika, że przedmiot zamówienia składa się z trzech zasadniczych części, gdzie jedną z nich stanowi obudowa ścianowa.

Zamawiający po raz pierwszy w swojej działalności prowadzi postępowanie na dostawę ścianowego kompleksu strugowego, które to urządzenie obok systemu kombajnowego będzie zastosowane do wydobywania węgla. Jest to postępowanie dotyczące innowacyjnej dostawy i prowadzonej po raz pierwszy w Polsce.

W latach 2007-2008 JSW prowadziła postępowanie na zakup takiego urządzenia dla KWK „ZOFIÓWKA”, lecz nabycie urządzenia następuje w 3 częściach, mianowicie:

1 część – dostawa kompleksu strugowego, realizowana przez obecnego Przystępującego,
2 część - dostawa obudowy zmechanizowanej, realizowana przez obecnego Odwołującego,
3 część – dostawa kompleksu podścianowego, realizowana przez Gwarant Grupa Kapitałowa.

Ponad wszelką wątpliwość, w sposób bezsporny, poprzez przyznanie przede wszystkim przez Odwołującego ustalono, że Odwołujący jest wyłącznie producentem, a zatem także dostawcą wyłącznie obudowy ścianowej.

Odwołujący posiadający bogate doświadczenie w produkcji eksploatacji obudów zmechanizowanych współpracujących z kompleksami strugowymi DBT, obecnie BUCYRUS DBT, wykonał obudowy, które zamontowano z kompleksami strugowymi w/w wykonawcy (obecnego Przystępującego) w kopalniach: „Nowaja-2”, „Bieriozowskaja” (Rosja), „Paskov” (Czechy) i obecnie „ZOFIÓWKA”(Polska).

Odwołujący nie wykonywał dotychczas dostawy, której przedmiotem byłby całkowity kompleks strugowy.

Zatem, Odwołujący uznał, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wyżej wskazany, bez możliwości podzielenia na części – pkt II.1.8) oraz żądanie wykazania się doświadczeniem w zrealizowaniu dwóch kompleksów strugowych – pkt III.2.1) ogłoszenia, stanowi naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób wyżej wskazany, utrudnia konkurencję.

Stąd Odwołujący wniósł żądanie: unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 w zw. z art. 38 ust. 5 Pzp, jako postępowania obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, bądź nakazanie dokonania zmiany treści ogłoszenia, na podstawie art.12 ust. 4 Pzp, w brzmieniu po nowelizacji obowiązującej od 24 października 2008 r. (art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), poprzez wyeliminowanie wymogów zawartych w pkt II.1.8) i III.2.1) ppkt 4, bądź zmiany polegającej na nakazaniu Zamawiającemu dokonania podzielenia przedmiotu zamówienia

na części, w taki sposób, by jedną odrębną część stanowiła dostawa obudowy ścianowej, co umożliwi Odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu.

Odwołujący załączył do odwołania pisma, znajdujące się także w aktach, którymi dysponuje Zamawiający, potwierdzające dokonanie dostawy określonej ilości sekcji zmechanizowanej obudowy dla wskazanych już kopalni: OAO „Kopalnia Bieriozowskaja” pismo z dnia 6 lutego 2008 r., OAO „Kopalnia Nowaja – 2” pismo z dnia 29 stycznia 2008 r. Pisma powyższe stanowią referencje na temat wykonania dostawy obudów.

Załączył także pisma stanowiące korespondencję z producentami:

- 1) HALBACH & BRAUN - pismo z dnia 4.11.2008 r. – prośba o określenie do dnia 6.11.2008 r. możliwości wykonawstwa i zaoferowania w przedmiotowym postępowaniu kompletnego urządzenia strugowego. Odpowiedź producenta z dnia 6.11.2008 r. o treści, iż podjął decyzję o nie uczestniczeniu we wskazanym przetargu. Podał że obecnie jest zaangażowany przy innych przedsięwzięciach, ponadto w ciągu ostatnich 5 lat nie sprzedał żadnych strugów.
- 2) OSTROJ A.S.- pismo z dnia 6.11.2008 r. będące odpowiedzią na zapytanie, czy wykonawca jest w stanie zaoferować i wyprodukować kompleks strugowy o podanych w piśmie parametrach. Z treści odpowiedzi wynika, że w tej chwili „kompleksu strugowego o takich parametrach firma nie ma technicznie opracowanego”. Może natomiast zaoferować i dostarczyć w żądanym terminie kompleks strugowy o podanych w piśmie parametrach, który spełni również pozostałe wymagane przez Odwołującego parametry.
- 3) China Coal Zhana Kou Coal, na pismo Odwołującego z dnia 4.11.2008 r. zawierające prośbę o udzielenie odpowiedzi do dnia 6.11.2008 r. w zakresie możliwości wykonania i zaoferowania w prowadzonym postępowaniu kompleksowego urządzenia strugowego, wykonawca nie udzielił odpowiedzi.
- 4) Pismo z dnia 21.10.2008 r. skierowane do BUCYRUS DBT Europe GmbH (Przystępujący w postępowaniu) o treści, w której Odwołujący zgłosił gotowość wspólnej realizacji przedmiotu zamówienia, pozostało bez odpowiedzi. Z powyższego wynika, że Odwołujący złożył dwie referencje (styczeń-luty 2008 r.) na temat wykonanych dostaw oraz deklarację współpracy z obecnym Przystępującym z października 2008 r. oraz zapytania skierowane do dwóch wykonawców o możliwość wykonania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, przekazane w dniu 4.11.2008 r. z prośbą o udzielenie odpowiedzi do dnia 6.11.2008 r.

KIO zważyła, co następuje.

Przepisy ustawy Pzp, odnosząc się do przedmiotu zamówienia, w kilku artykułach stanowią o częściach zamówienia, są to m.in. art. 32 ust. 4 dotyczący ustalania wartości zamówienia, art. 36 ust. 2 pkt 1, ust. 4 i 5 dotyczący treści SIWZ, art. 48 ust. 2 pkt 3 w zw. art. 56 ust. 1 dotyczący negocjacji z ogłoszeniem.

Poza konkluzją, że z podanych przepisów wynika, iż podział zamówienia na części należy do uprawnień Zamawiającego, które to uprawnienia Zamawiający realizuje poprzez podjęcie decyzji o dopuszczeniu lub nie, części zamówienia, należy stwierdzić, że z przepisów ustawy nie wynika definicja zamówienia częściowego, jak również nie wynikają przesłanki stanowiące podstawę podzielenia zamówienia na części.

Ustawową definicję świadczenia podzielnego zawiera art. 379 § 2 k.c. (w zw. z art. 14 Pzp). Z definicji tej wynika, że podzielność świadczenia zachodzi wówczas, gdy przy jego spełnianiu częściami, występują kumulatywnie dwie przesłanki. Po pierwsze, zachowany musi być bez istotnej zmiany przedmiot świadczenia, co oznacza, że poszczególne części muszą mieć wszystkie istotne właściwości całego świadczenia. Po drugie, wartość świadczenia nie może ulec istotnej zmianie (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2002 r. IV CKN 821/00).

Nie ma wątpliwości, że przy określeniu przedmiotu zamówienia w sposób podany w ogłoszeniu, jako dostawa loco kopalnia Bogdanka ścianowego kompleksu strugowego, żeby którakolwiek część składowa kompleksu spełniała wymogi zamówienia częściowego w rozumieniu określenia przyjętego w wyroku, należy wykazać, że część ta ma wszystkie istotne właściwości całego zamówienia, a więc obudowa zmechanizowana jest w stanie samodzielnie spełnić funkcję ścianowego kompleksu strugowego, co jest niemożliwe, gdyż obudowa stanowi zaledwie jedną z części składowych kompleksu.

W dostawie na rzecz KWK „ZOFIÓWKA” prowadzono odrębne postępowania, gdzie przedmiotem były części składowe kompleksu strugowego (postępowania nr 23/V/ZP/07, 56/XII/07, 31/VI/ZP/08, wszczęte dnia 23.01.2008 r. – dostawa kompletnych sekcji obudowy zmechanizowanej, zaś postępowanie na dostawę kompleksu strugowego zakończono w dniu 29.11.2007 r.).

Podział zamówienia na części, którego brak kwestionuje Odwołujący wnosząc o zmianę treści ogłoszenia w tym punkcie, jest uprawnieniem Zamawiającego wynikającym z przesłanek technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych, przy zachowaniu podzielności, o której stanowi wskazany wyżej przepis Kodeksu cywilnego, a której ocena należy do Zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, także podał w rozstrzygnięciu protestu, że jego celem jest osiągnięcie wysokiej wydajności wydobywania oraz zachowania bezpieczeństwa pracy pod ziemią. Zapewnione to będzie, gdy odpowiedzialność za realizację całości przedmiotu zamówienia przeniesiona zostanie na producenta finalnego. W razie zamówienia odrębnych

części kompleksu, na Zamawiającym ciążyłby obowiązek montażu i integrowania poszczególnych elementów kompleksu, co może nie zabezpieczyć zachowania wymaganej kompatybilności urządzenia i stwarzać problemy z tytułu odpowiedzialności poszczególnych producentów w ramach gwarancji, a także w sposób negatywny wpływa na osiągnięcie wysokiej wydajności wydobywania.

Skład Orzekający podziela stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 17.01.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 80/07 o treści, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspakajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego, nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum. Zaprzeczenie temu twierdzeniu nie wynika, w ocenie Izby, z pism, które załączył Odwołujący, gdyż istnieją wykonawcy świadczący tego rodzaju dostawy. Wykonawcy ci (producenci), którzy na wezwanie Odwołującego do zajęcia stanowiska w ciągu dwóch dni, udzielili takich odpowiedzi, jakie przedstawiono w wyżej wskazanych pismach, nie zaprzeczyli, że są producentami opisanego przedmiotu zamówienia. Nie można też przyjąć na podstawie powyższego, że tylko Przystępujący jest jedynym producentem, a zatem także dostawcą określonego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący z racji produkcji polegającej na wytwarzaniu obudowy ścianowej może uczestniczyć w postępowaniu wyłącznie jako wykonawca wspólnie działający z producentem urządzeń strugowych lub jako samodzielny wykonawca realizujący zamówienie dotyczące dostawy obudowy, czy to jako odrębnego zamówienia, czy stanowiącego część zamówienia na kompleks strugowy.

Fakt, iż zdolności dostawcze ograniczają Odwołującego w możliwości samodzielnego udziału w przedmiotowym postępowaniu, nie stanowi dowodu na potwierdzenie nie zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut dotyczący warunku i wniosek o nakazanie jego wykreślenia – pkt III.2.1) ogłoszenia, jest konsekwencją opisanego przedmiotu zamówienia bez możliwości składania ofert częściowych. Wymóg ten, zważywszy, że Zamawiający ustanowił 5-letni okres realizacji dostaw dla wykazania doświadczenia, ze względu na charakter zamówienia sektorowego, nie jest nadmierny, ani nie jest nieadekwatny do przedmiotu prowadzonego postępowania, z uwzględnieniem faktu, że przedmiot zamówienia stanowi dostawa kompleksu strugowego, którego co do zasady, Odwołujący nie podważył, żądając poza unieważnieniem postępowania, jedynie nakazania Zamawiającemu podzielenia zamówienia na odrębne części.

Izba stwierdziła, że nie ma żadnych podstaw zarówno faktycznych, jak i prawnych by nakazać Zamawiającemu dokonanie podziału przedmiotu zamówienia na odrębne części i to w taki sposób, by wyodrębnić jako część dostawę obudowy ścianowej, co umożliwi Odwołującemu udział w postępowaniu, mimo iż Izba całkowicie podziela obawy Odwołującego, co do trudnej sytuacji dostawczej wobec zmiany oczekiwań Zamawiającego dotyczących wielkości wydobycia.

Przepisy Pzp nie nakładają na Zamawiającego obowiązku podziału przedmiotu zamówienia na części, wskazują jedynie możliwość dopuszczenia takiego podziału.

W ocenie Izby, powyższego faktu nie zmienia ustalenie, iż możliwości Przystępującego do postępowania w zakresie dostawy przedmiotu zamówienia są znaczenie większe, niż Odwołującego.

Jednakże KIO, na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego nie stwierdziła, iż zachodzą przesłanki uwzględnienia odwołania, z uwagi na nienaruszenie przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu.

Z tych względów, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, KIO orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*