

Sygn. akt: KIO 1918/14

WYROK

z dnia 3 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2014 r. przez wykonawcę **Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne Maszyny Górnicze Sp. z o.o. w Zabrzu** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A. pn. Dzierżawa Kombajnu ścianowego dla ściany nr 1a w pokładzie 620 wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla Kompanii Węglowej S.A. oddział KWK Bobrek - Centrum**

przy udziale wykonawcy **FAMUR S.A. w Katowicach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 11 września 2014 r., unieważnienie czynności zmiany miejsca dostawy przedmiotu zamówienia oraz powtórzenie aukcji elektronicznej;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A., w Katowicach i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne Maszyny Górnicze Sp. z o.o. w Zabrzu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Kompanii Węglowej S.A.** na rzecz **Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne Maszyny Górnicze Sp. z o.o. w Zabrzu** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. – (dalej „**Zamawiający**”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieorganicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) (dalej „**ustawa Pzp**” lub „**Pzp**”) pn. *Dzierżawa Kombajnu ścianowego dla ściany nr 1a w pokładzie 620 wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla Kompanii Węglowej S.A. oddział KWK Bobrek – Centrum.*

W dniu 19 września 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Zabrzezańskie Zakłady Mechaniczne Maszyny Górnicze Sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. Art. 662 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej „**KC**”) w zw. z art. 694 KC w zw. z art. 14 Pzp poprzez zmianę lokalizacji i warunków pracy przedmiotu umowy, co uniemożliwia wydanie przedmiotu zamówienia w stanie przydatnym do umówionego użytku;
3. Art. 38 ust. 4 Pzp poprzez zmianę treści SIWZ na etapie oceny i składania ofert;
4. Art. 140 ust. 1 Pzp poprzez zmianę treści umowy przed jej zawarciem.

Odwołujący wniósł o: (i) unieważnienie decyzji Zamawiającego o zmianie lokalizacji przedmiotu zamówienia; (ii) unieważnienie aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 11 września 2014 r.; (iii) przeprowadzenie ponownej aukcji elektronicznej na warunkach określonych pierwotnie w treści SIWZ tj. przy założeniu, że dostawa przedmiotu zamówienia nastąpi do Oddziału KWK Bobrek Centrum.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że 7 czerwca 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S 109-193152 zostało opublikowane oświadczenie o przetargu nieograniczonym na „Dzierżawę kombajnu, ścianowego do ściany nr 1a w pokładzie 620 wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK BOBREK-CENTRUM” - nr sprawy 011400047/01. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 9 lipca 2014 r. i w tym terminie oferty dożyło 3 wykonawców: 1. Odwołujący, 2. Famur S.A., 3. Eickhoff Polonia Ltd. Sp. z o.o. Wszyscy

wykonawcy e-mailem Zamawiającego z dnia 8 września 2014 r. zostali zaproszeni do udziału w akcji elektronicznej, której termin wyznaczono na dzień 11 września 2014 r.

Odwołujący wskazał, że w dniu 10 września 2014 r. Zamawiający powołując się na zapis § 6.II.8 projektu umowy poinformował wykonawców, że po przeprowadzeniu aukcji i jej zatwierdzeniu zostanie zmieniona lokalizacja kombajnu będącego przedmiotem zamówienia z Oddziału KWK Bobrek Centrum w Bytomiu, do którego przedmiot zamówienia miał być pierwotnie dostarczony na Oddział KWK Pokój w Rudzie Śląskiej. Wskazał również, że w wyznaczonym dniu tj. 11 września 2014 r. odbyła się zaplanowana aukcja, w której uczestniczył wyłącznie oferent Famur S.A. Pozostali dwaj oferenci nie przystąpili do aukcji, a dodatkowo Odwołujący poinformował Zamawiającego o braku zgody na zmianę lokalizacji zaoferowanego kombajnu wskazując równocześnie przesłanki braku zgody.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający informując o zamierzonym dokonaniu zmiany lokalizacji przedmiotu zamówienia nie przekazał wykonawcom żadnych informacji wskazujących na szczegółowe miejsce (pokład, ściana), w którym w KWK Pokój przedmiot zamówienia miałyby pracować, informacji o panujących tam warunkach geologicznych, występujących w KWK Pokój zagrożeniach (np. metanowych, pożarowych itp.) czy też informacji dotyczących innych urządzeń, z którymi będzie musiał współpracować oferowany kombajn m.in. typ i rodzaj przenośnika zgrzeblowego ścianowego, typ i parametry obudowy zmechanizowanej. Zamawiający nie wskazał także czy w związku z koniecznością dostosowania przedmiotu zamówienia do nowych warunków w KWK Pokój zagwarantuje pokrycie dodatkowych kosztów związanych m.in. z niewątpliwie niezbędną koniecznością dostosowania oferowanego kombajnu do pracy w warunkach KWK Pokój. W ocenie Odwołującego w takich warunkach nie mógł uczestniczyć w aukcji i dożyć oferty, gdyż nie znał ewentualnych kosztów, które musiałby ponieść w przypadku, gdyby złożył w aukcji ofertę najkorzystniejszą. Także ewentualne zawarcie umowy wiązałoby się ze znacznym ryzykiem dla Odwołującego z uwagi na zapisu projektu umowy w zakresie gwarantowanej wysokości wydobywania. Nie ulega wątpliwości, że wykonawcy zaoferowali przedmiot zamówienia, określony szczegółowo w załączniku nr 3 do SIWZ, a który odpowiada skonkretyzowanym wymogom określonym w treści załącznika nr 1 do SIWZ „Opisu przedmiotu zamówienia” z przeznaczeniem dla ściany nr 1a w pokładzie 620 w KWK Bobrek Centrum. Odwołujący zaoferował np. kombajn KSW-460NE. Wskazany w ofercie dla KWK Bobrek Centrum konkretny typ kombajnu umożliwił prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia i gwarantował możliwość współpracy kombajnu z konkretnymi określonymi przez Zamawiającego w SIWZ urządzeniami: obudową zmechanizowaną: Glinik 066/20 POz; Glinik 066/20POz/BSN, przenośnikiem zgrzeblowym ścianowym: Rybnik 850 wyposażonym w

drabinkę typu eicotrack o podziałce 126 mm. Wycena przedmiotu zamówienia i wysokość ewentualnych postępień w trakcie aukcji elektronicznej możliwa była wyłącznie na podstawie warunków określonych dla Oddziału KWK Bobrek Centrum w Bytomiu i mogła ona nie odpowiadać wycenie przedmiotu zamówienia i możliwości dokonania maksymalnego postąpienia w przypadku zmiany lokalizacji przedmiotu zamówienia do KWK Pokój. Tak zaoferowany kombajn umożliwiał także Odwołującemu zaakceptowanie zobowiązania, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ pkt. VII przedmiotu zamówienia, tj. Wykonawca zobowiązany do doboru kombajnu do maszyn i urządzeń stanowiących planowane wyposażenie kompleksów ścianowych gwarantując właściwą ich współpracę oraz średnią dobową wydajność (wydobycie) brutto w wysokości nie mniejszej niż 3000 ton/dobę oraz wykonania testu wydajności, który potwierdzi zdolności średniodobowego wydobycia brutto w takiej wysokości w ścianie nr 1a/620 o parametrach jak w tabeli pkt II, uzyskanej przy zastosowaniu urządzeń kompleksu ścianowego oraz kombajnu ścianowego będącego przedmiotem dzierżawy. Odwołujący wskazał, że negatywnym skutkiem niezyskania pozytywnego wyniku testu wydajności było ograniczenie stawki czynszu najmu do wysokości równoważności 50% wartości ustalonej dobowej stawki dzierżawy, co wynikało wprost z brzmienia § 5.9 załącznika nr 5 do SIWZ - Istotne Postanowienia Umowne (dalej „IPU”). W ocenie Odwołującego narażałoby to wykonawców na ryzyko znacznych strat finansowych, co z kolei stanowiło jedną z przesłanek braku uczestnictwa Odwołującego w aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 11 września 2014 r. Należy wskazać, że strony pomimo zmiany lokalizacji przedmiotu umowy w dalszym ciągu wiązałyby postanowienia § 5 umowy dotyczące testu wydajności, gdyż z uwagi na fakt, że są to postanowienia istotne i nie można ich zmodyfikować na podstawie art. 144 Pzp. W ocenie Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że obecność w treści IPU postanowień dotyczących testu wydajności mogło mieć wpływ na liczbę wykonawców ubiegających się o zamówienie.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uchylenie decyzji o zmianie miejsca lokalizacji przedmiotu zamówienia, uchylenia wyników aukcji elektronicznej z dnia 11 września 2014 r. oraz ponowne przeprowadzenie postępowania na warunkach określonych w treści SIWZ tj. wskazujących jako miejsce lokalizacji przedmiotu zamówienia ściany nr 1a w pokładzie 620 w KWK Bobrek Centrum. Z ostrożności Odwołujący wskazał również, że zmiana lokalizacji przedmiotu umowy w zakresie lokalizacji przedmiotu zamówienia stanowi zmianę treści SIWZ. Po stronie Zamawiającego brak było przesłanek do dokonania takiej zmiany opisu przedmiotu zamówienia, gdyż taka zmiana jest nieuprawniona na tym etapie postępowania. Należy bowiem wskazać, że zgodnie z art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp „W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia” Treść Pzp wskazuje jednoznacznie, że zmiany

SIWZ można dokonać wyłącznie na etapie poprzedzającym składanie ofert. Powoduje to przyjęcie, że po upływie terminu składania ofert brak jest możliwości dokonywania zmiany SIWZ, a ewentualna zmiana w tym zakresie stanowi naruszenie PZP i wykonawcom przysługuje prawo do wniesienia odwołania. Potwierdza to m.in. komentarz M. Stachowiak do art. 38 Pzp (w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski M. Stachowiak „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” WKP 2012), który wskazuje „Modyfikacja specyfikacji dopuszczalna jest jedynie przed upływem terminu składania ofert. Dokonywanie modyfikacji SIWZ, której celem jest przekazanie wszelkich informacji niezbędnych do złożenia oferty po upływie tego terminu, byłoby bezcelowe i naruszałoby zasady uczciwej konkurencji”.

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z treścią art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zgodnie zaś z art. 140 ust. 3 umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. P. Granecki (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 3, Warszawa 2012) w komentarzu do Pzp słusznie zauważył, że: "Zakres świadczenia wykonawcy wyznacza przede wszystkim opis przedmiotu zamówienia oraz warunki przyszłej umowy zawarte w SIWZ. (...) Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że zamawiający związany jest treścią projektu umowy stanowiącego element specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca składając ofertę w postępowaniu ma prawo oczekiwać, że jeżeli jego oferta zostanie wybrana, to dojdzie do zawarcia umowy zgodnej z przedstawionym projektem. Wyjątkiem są sytuacje unieważnienia postępowania opisane enumeratywnie w art. 93 Pzp". Jeżeli zamawiający nie unieważnia postępowania, to ma obowiązek zawarcia umowy z wybranym oferentem na warunkach zaproponowanych w specyfikacji. (...)” W związku z powyższym Odwołujący stoi na stanowisku, że oświadczenie Zamawiającego o dokonaniu zmiany lokalizacji na tym etapie postępowania, było bezprawne i stanowi zapowiedź zmiany przyszłej umowy, jeszcze przed jej zawarciem. Zmiana taka co zostało wykazane powyżej jest niedozwolona i stanowi naruszenie art. 140 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „**SIWZ**”) oraz ogłoszenie o zamówieniu 2014/S 109-193152 na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz wymagań Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia; (ii) e-mail Zamawiającego z dnia 8 września 2014 r. informujący o terminie aukcji elektronicznej; (iii) pismo Zamawiającego z dnia 10 września 2014 nr PZ/PZT/JG/4442/2014 informujące o planowanej zmianie lokalizacji

przedmiotu zamówienia; (iv) pismo Odwołującego z dnia 10 września 2014 r. informujące o braku zgody na zmianę lokalizacji kombajnu; (v) protokół z postępowania przetargowego z dnia 16 września 2014 r. na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego.

Na podstawie powyższych dokumentów, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dzierżawa Kombajnu ścianowego dla ściany nr 1a w pokładzie 620 wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla Kompanii Węglowej S.A. oddział KWK Bobrek – Centrum*. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 7 czerwca 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 109-193152.

Izba ustaliła, że Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 9 lipca 2014 r. Oferty zostały złożone przez trzech wykonawców: 1. Odwołujący, 2. Famur S.A., 3. Eickhoff Polonia Ltd. Sp. z o.o.

Zamawiający w dniu 8 września 2014r., drogą e-mailowa, zaprosił wszystkich wykonawców do udziału w akcji elektronicznej, której termin wyznaczono na dzień 11 września 2014 r.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 10 września 2014 r. Zamawiający powołując się na zapis § 6.II.8 projektu umowy poinformował wykonawców, że po przeprowadzeniu aukcji i jej zatwierdzeniu zostanie zmieniona lokalizacja kombajnu będącego przedmiotem zamówienia z Oddziału KWK Bobrek Centrum w Bytomiu na oddział KWK Pokój.

W dniu 11 września 2014 r. odbyła się zaplanowana aukcja, z udziałem wyłącznie jednego oferenta tj. wykonawcy Famur S.A. Pozostali dwaj oferenci nie przystąpili do aukcji.

Izba ustaliła również, że pismem z dnia 10 września 2014 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o braku zgody na zmianę lokalizacji zaoferowanego kombajnu wskazując równocześnie przesłanki braku zgody.

Izba ustaliła, że zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, przedmiotem zamówienia jest dzierżawa kombajnu ścianowego do ściany 1a w pokładzie 620 wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK BOBREK – CENTRUM. W pkt II Zamawiający określił parametry wyjściowe ściany/ścian na której ma być zamontowany kombajn. Zgodnie z pkt VII Wymagania w zakresie wydajności – wykonawca odpowiada za zapewnienie przez przedmiot dzierżawy zdolności średniodobowego wydobywania brutto w wysokości nie mniejszej niż 3000 ton/doba w ścianie 1a/620 p parametrach jak w tabeli pkt II.

W załączaniu nr 2a do SIWZ Zamawiający wskazał szereg parametrów/wymagań technicznych jakie winny być spełnione przez przedmiot dzierżawy. W pkt 43 Zamawiający wskazał, że w ramach przedmiotu dzierżawy wykonawca wykona dla oddziału KWK BOBREK - Centrum przeglądów i napraw kombajnu w okresie zmiany jego lokalizacji (przebrojenia ściany).

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 22 września 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę FAMUR S.A. Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut potwierdził się. Istota sporu pomiędzy stronami sprowadza się do rozstrzygnięcia czy Zamawiający miał prawo do zmiany lokalizacji kombajnu będącego przedmiotem zamówienia korzystając z zapisów §6.II.8 istotnych postanowień umownych załączonych do SIWZ po złożeniu ofert przez wykonawców, a przed rozpoczęciem aukcji elektronicznej.

Rozstrzygnięcie powyższego sporu wymaga analizy art. 38 ust. 4 ustawy Pzp łącznie z art. 29 ust. 1 oraz art. 36 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób

jednoznaczny, wyczerpujący i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty przetargowej. Tylko taki opis przedmiotu zamówienia umożliwia bowiem wykonawcom rzetelną wycenę przedmiotu zamówienia. Podstawowym dokumentem przetargowym sporządzanym przez zamawiającego jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej „**siwz**”). Na jej podstawie wykonawcy przygotowują oferty. Art. 36 ust. 1 pkt 3) wskazuje, że siwz zawiera opis przedmiotu zamówienia, zaś zgodnie z pkt 16) zamawiający w siwz może zawrzeć istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeśli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

Przywołane regulujące w sposób niebudzący wątpliwości prowadzą do wniosku, że w przypadku, gdy zamawiający skorzysta z przysługującego mu prawienia z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp i załączy do siwz wzór umowy lub istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy, to stają się one częścią siwz i podlegają ograniczeniom wynikającym z ustawy Pzp, w tym w szczególności wynikającym z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Regulacja ta uprawnia zamawiającego do zmiany treści SIWZ w uzasadnionych wypadkach jednakże tylko i wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. O dokonanej zmianie zamawiający ma obowiązek poinformować wszystkich wykonawców, którym przekazano siwz, a jeśli siwz jest udostępniona na stronie internetowej, zamieszcza ją również na tej stronie.

Biorąc pod uwagę powyższe regulacje, w ocenie Izby, Zamawiający naruszył art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ Zamawiający prowadzi przetarg nieograniczony na dzierżawę kombajnu ścianowego dla ściany nr 1a w pokładzie 620 wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla Kompanii Węglowej S.A. oddział KWK Bobrek – Centrum. Zamawiający wskazał w sposób jasny i precyzyjny, że: (i) dzierżawa dotyczy Kompanii Węglowej S.A. oddział KWK Bobrek – Centrum; (ii) dzierżawa dotyczy ściany 1a w pokładzie 620 znajdującej się w kopalni KWK Bobrek - Centrum. Znajduje to również odzwierciedlenie w pozostałych zapisach SIWZ, w tym m.in. §2 pkt 1 istotnych postanowień umowy, który w sposób jednoznaczny określa przedmiot umowy – „Dzierżawa kombajnu do ściany 1a w pokładzie 620 wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK BOBREK-CENTRUM na warunkach określonych w umowie”; pkt III.1 SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia: „Dzierżawa kombajnu do ściany 1a w pokładzie 620 wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK BOBREK-CENTRUM”. Zamawiający w każdy z załączników do SIWZ w sposób

jasny i precyzyjny wskazał, że przedmiot dzierżawy zostanie zainstalowany na ścianie 1a, pokład 620 w oddziale KWK BOBREK-CENTRUM. Należy zatem uznać, że wszelkie zmiany tak określonych wymagań Zamawiającego w treści SIWZ mogły zostać zmienione przez Zamawiającego wyłącznie przed terminem złożenia ofert, zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba nie znajduje podstaw do uznania za zasadną argumentację przedstawioną przez Zamawiającego podczas rozprawy, że z treści SIWZ w sposób jasny i precyzyjny wynikało, że wykonawcy szacując koszt realizacji zamówienia winni uwzględnić ryzyko związane z zmianą lokalizacji miejsca dzierżawy kombajnu. Zamawiający wskazał, że ma obecnie 14 oddziałów i koszt realizacji zamówienia winien być tak oszacowany przez wykonawców, aby uwzględnił dodatkowe koszty związane z przemieszczeniem kombajnu do jednego z 14 oddziałów Zamawiającego. Na potwierdzenie powyższego, wskazał na: (i) §3 pkt 5 c) istotnych postanowień umownych - Cena i warunki płatności: „Wartość umowy zawiera wszelkie koszty poniesione w celu należytego wykonania zamówienia, w tym m. in. udział w montażu, uruchomieniu i demontażu przedmiotu zamówienia na dole kopalni w każdej ze zbrojonych i likwidowanych ścian”; (ii) §6.I.1) istotnych postanowień umownych - „Wydzierżawiający będzie brał udział w montażu i demontażu przedmiotu dzierżawy (w każdej ze ścian, w przypadku występowania wielu ścian)”; (iii) §6.I.3) istotnych postanowień umownych – „Wydzierżawiający w przypadku zmiany lokalizacji (przebrojeniu ścian) dokona na własny koszt przeglądu, naprawy lub remontu (w zależności od potrzeb) kombajnu”; (iv) §6.II.8) istotnych postanowień umownych – „W przypadku zmiany lokalizacji przedmiotu dzierżawy w ramach Oddziałów Kompanii Węglowej Dzierżawca o tym fakcie musi zawiadomić Wydierżawiającego”. Zamawiający podkreślił, że uprawnienie do zmiany miejsca lokalizacji przedmiotu dzierżawy wynikało jasno z §6.II.8) istotnych postanowień umownych stąd też posiadał on legitymację do dokonania takiej zmiany. Wskazał również, że w tabeli w pkt II zostały wskazane parametry ściany/ścian, a więc wynikały z takiego zapisu, że kombajn może być również zamontowany na innych ścianach w oddziałach Kompanii Węglowej.

Nie można zgodzić się z powyższą argumentacją. Po pierwsze, dokonując zmiany miejsca lokalizacji kombajnu Zamawiający powołał się na rzekome uprawnienie wynikające z §6.II.8) istotnych postanowień umownych, co w ocenie Izby nie było uprawnione na tym etapie postępowania. Należy bowiem podkreślić, że treść istotnych postanowień umownych stanowi część SIWZ i jej zmiana podlega ograniczeniom wynikających z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie jest uprawniony do korzystania z przysługujących mu uprawnień umownych, gdyż umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta i zarówno wykonawców jak i samego Zamawiającego obowiązują postanowienia SIWZ. Zmiana zaś postanowień SIWZ może nastąpić tylko i wyłącznie w trybie określonym w przepisach ustawy Pzp. Skoro więc Zamawiający podjął decyzję o zmianie lokalizacji miejsca dzierżawy kombajnu, to

właściwą drogą do dokonania takiej zmiany byłaby zmiana odpowiednich postanowień SIWZ. Biorąc jednak pod uwagę okoliczność, że upłynął termin składania ofert, Zamawiający nie byłby uprawniony do dokonania takiej zmiany. W takich okolicznościach pozostawałoby mu jedynie możliwość unieważnienia postępowania, jeżeli spełniona byłaby którakolwiek z przesłanek określonych w art. 93 ustawy Pzp albo przeprowadzenie postępowania na zasadnych pierwotnych tj. przed dokonaniem zmiany miejsca lokalizacji przedmiotu zamówienia i ewentualnie, dopiero do podpisaniu umowy z wybranym wykonawcą, dokonanie zmiany miejsca lokalizacji zamówienia z powołaniem się na §6.II.8) umowy.

Zamawiający argumentował, że nie ma żadnej różnicy czy zmiana lokalizacji przedmiotu zamówienia nastąpi przed aukcją elektroniczną czy już po podpisaniu umowy. Wskazywał, że podanie takiej informacji wykonawcom przed aukcją elektroniczną jest wyrazem równego traktowania wykonawców, gdyż wszyscy mają świadomość, że nastąpi zmiana lokalizacji przedmiotu dzierżawy. Nie można zgodzić się z takim stanowiskiem, gdyż stałoby to w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający zdaje się zupełnie pomijać fakt, że zmiana treści SIWZ odbywa się w określony sposób regulowany przepisami ustawy Pzp. Może być dokonana tylko przed terminem składania oferty, może wiązać się z przedłużeniem terminu składania ofert i wymaga odpowiedniej notyfikacji dla wykonawców. Wykonawcy w wyniku dokonanej zmiany winni mieć możliwość przeprowadzenia analizy czy nadal są zainteresowani udziałem w przetargu, zawarciem umowy, czy zmiana wpłynie na koszt realizacji zamówienia. Zamawiający zaś powołując się na treść SIWZ (tj. istotne postanowienia umowne) dokonuje ich zmiany dzień przed datą aukcji elektronicznej, nie wskazując w żaden sposób czy ściana na której będzie zamontowany kombajn ma takie same parametry techniczne jak wskazane w treści SIWZ i zdaje się uważać, że wszystko zostało przeprowadzone zgodnie z ustawą Pzp, argumentując, że dla niego nie ma żadnej różnicy czy poinformuje wykonawców przed aukcją czy po zawarciu umowy o zmianie lokalizacji. Nie chodzi tu jednak o Zamawiającego, lecz o wykonawców, którzy takim działaniem Zamawiającego zostali pozbawieni możliwości analizy własnych ofert w świetle wprowadzonych zmian, ewaluacji czy chcą nadal uczestniczyć w przetargu i ewentualnie jakich zmian winni dokonać w treści oferty. Zamawiający również pomija okoliczność, że zmiana treści SIWZ uprawnia wykonawców do podjęcia czynności wynikających z treści art. 38 ust. 1 ustawy Pzp czy też do wniesienia środków ochrony prawnej wynikających z art. 180 ustawy Pzp.

Na marginesie Izba zauważa, że przywołane przez Zamawiającego postanowienia istotnych warunków umownych nie wskazują w sposób jednoznaczny i precyzyjny, iż wykonawcy byli zobowiązani wycenić swoje oferty tak, aby uwzględnić w nich koszt wynikający z uprawnienia Zamawiającego do zmiany miejsca lokalizacji przedmiotu dzierżawy na inny z 14 oddziałów

posiadanych przez Zamawiającego. W ocenie Izby, SIWZ w sposób jednoznaczny precyzuje, że dzierżawa kombajnu dotyczy konkretnej ściany, o konkretnych parametrach w oddziale KWK Bobrek – Centrum. W treści istotnych postanowień umownych brak jest jednoznacznego wskazania, że Zamawiający posiada uprawnienie do zmiany miejsca lokalizacji dzierżawy kombajnu. Przywoływany przez Zamawiającego §6.II.8) istotnych postanowień umownych zobowiązuje Zamawiającego jedynie do poinformowania Wydzierżawiającego o zmianie lokalizacji. Zamawiający zdaje się pośredni wywodzi z przywołanego zapisu prawo do zmiany miejsca lokalizacji. Jest to jednak wyłącznie jednostronna interpretacja postanowień umownych zaprezentowana przez Zamawiającego, z którą wykonawca niekoniecznie musi się zgodzić i w przypadku sporu pomiędzy stronami na etapie realizacji umowy znaczenie tej klauzuli będzie rozstrzygane przez sąd. Po drugie, skoro Zamawiający przewidywał możliwość zmiany miejsca lokalizacji przedmiotu dzierżawy, jego obowiązkiem było zawarcie w SIWZ w sposób jasny, wyraźny i precyzyjny, że przewiduje taką możliwość, zaś wykonawcy winni uwzględnić to w szacowaniu kosztów realizacji zamówienia. Termin składania oferty w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 9 lipca 2014 r. Zamawiający oświadczył podczas rozprawy, że od czerwca 2014 r. prowadzony jest w Kompanii Węglowej program restrukturyzacyjny, w ramach którego przewidziana jest sprzedaż zorganizowanej części przedsiębiorstwa w postaci oddziału kopalni KWK Bobrek – Centrum. Zamawiający był więc w posiadaniu informacji o planowanej restrukturyzacji przed upływem terminu składania ofert. Mógł więc podjąć niezbędne kroki celu uniknięcia zaistniałej sytuacji, chociażby przedłużając termin składania ofert do czasu podjęcia ostatecznych decyzji przez zarząd Kompanii Węglowej co do dalszego losu oddziału KWK Bobrek – Centrum, Obarczenia wykonawców konsekwencjami decyzji biznesowych podjętych przez organy zarządzające Zamawiającego jest działaniem nieuprawnionym i nie znajduje żadnego uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp.

Należy również podnieść, że w piśmie przesłanym do wykonawców w dniu 10 września 2014 r. Zamawiający w sposób lakoniczny poinformował ich, że po zakończeniu aukcji elektronicznej i podpisaniu umowy zostanie zmieniona lokalizacja dzierżawy kombajnu ze względów techniczno – organizacyjnych. Nie wskazał czy zmiana miejsca lokalizacji wiązać się będzie ze zmianą określonych wymagań zawartych SIWZ. To podczas rozprawy Zamawiający poinformował Odwołującego, że parametry techniczne wskazane w SIWZ zarówno co do ściany na której będzie zamontowany kombajn jak i wymagania techniczne co do samego przedmiotu dzierżawy nie zmieniły się. Wskazał, że parametry techniczne ściany na której będzie zamontowany kombajn „zawierają” się w parametrach wyjściowych ściany 1a pokład 620 w kopalni KWK Bobrek – Centrum określonych w SIWZ podnosząc jednocześnie, że

gdyby parametry techniczne były inne, to wykonawca mógłby dochodzić swoich praw drogą sądową. Izba zauważa jednak, że w treści pisma Zamawiającego z dnia 10 września 2014 r. brak jest powyższych informacji. Zamawiający nie poinformował wykonawców, że nie ulegają zmianie żadne parametry techniczne określone w SIWZ, a ściana na której będzie zamontowany kombajn odpowiada parametrom technicznym zawartym w SIWZ. W ocenie Izby, brak takiej informacji uniemożliwił Odwołującemu przystąpienie do aukcji elektronicznej. Po drugie, możliwość dochodzenia praw przez wykonawcę na drodze sądowej nie uzasadnia w żadnej sposób działania niezgodnie z przepisami Pzp. Warto zauważyć, że zgodnie z zapisami zawartymi w Załączniku nr 1 pkt VII ppkt 16 kary umowne w przypadku niepomyślnego wyniku testu wydajności z powodu przyczyn leżących po stronie Zamawiającego będą naliczane dopiero z upływem trzech miesięcy od przeprowadzenia testu wydajności. Należy jeszcze raz podkreślić, że skoro Zamawiający już w czerwcu posiadał informacje o programie restrukturyzacyjnym, jaki będzie przeprowadzony w Kompanii Węglowej, to brak jest jakichkolwiek przesłanek uzasadniających bezczynność Zamawiającego w zakresie zmiany treści SIWZ i wskazania w sposób jasny i precyzyjny w opisie przedmiotu zamówienia, że miejscem dzierżawy kombajnu będzie ściana 1a pokład 620 w oddziale KWK Bobrek – Centrum lub ściana w jakimkolwiek innym oddziale posiadanym przez Zamawiającego, przy zachowaniu wymagań technicznych wskazanych w załącznikach do SIWZ. Wykonawcy mieliby wówczas jasność, że winni uwzględnić w wycenie koszty związane z transportem kombajnu oraz, że ewentualna zmiana miejsca lokalizacji nie będzie wiązać się ze zmianą parametrów technicznych.

Zarzut naruszenia art. 140 ust. 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut potwierdził się. Literalna wykładnia przepisu art. 140 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że zakres świadczenia wykonawcy nie może zostać zmieniony zarówno przed podpisaniem umowy jak i po jej podpisaniu. Dyspozycja art. 140 ust. 1 nie wprowadza bowiem żadnej dystynkcji pomiędzy okresem przed czy po podpisaniu umowy. Należy więc przyjąć, że celem ustawodawcy było objęcie dyspozycją tego przepisu oba okresy. Analiza wymaga jednak zagadnienie czy zmiana miejsca dostawy przedmiotu zamówienia może być uznana w świetle art. 140 ust. 1 ustawy Pzp za zmianę zakresu pierwotnie przewidzianego świadczenia.

Świadczenie jest przedmiotem stosunku zobowiązaniowego, zachowaniem się dłużnika zgodnym z treścią zobowiązania i polegającym na zadośćuczynieniu interesowi wierzyciela (W. Czachórski, Zobowiązania..., s. 51). Art. 140 ust. 1 ustawy Pzp pozwala ustalić treść

oświadczenia woli, jakie zamawiający zobowiązany jest złożyć wykonawcy, którego oferta została wybrana w wyniku przetargu jako najkorzystniejsza. Złożenie tego oświadczenia jest zarazem świadczeniem (w rozumieniu art. 353 § 2 KC) zamawiającego na rzecz wykonawcy w ramach stosunku prawnego jaki zostanie nawiązany w wyniku rozstrzygnięcia przetargu. Jednocześnie przepis ten wyznacza – co do zakresu świadczenia wykonawcy – treść umowy, która powinna być zawarta przez zamawiającego z wykonawcą. Należy przyjąć, że chodzi w tym przypadku o normatywne ukształtowanie istotnych elementów stosunku zobowiązaniowego, którego przedmiotem jest realizacja świadczeń będących uprzednio przedmiotem zamówienia publicznego i mających być wykonywanymi zgodnie ze SIWZ oraz złożoną ofertą.

W ocenie Izby, Zamawiający w sposób precyzyjny określił w SIWZ istotne elementy świadczenia wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą. Elementy te składają się na zakres świadczenia wykonawcy. Zamawiający określił przedmiot dzierżawy i parametry techniczne, jakie winien on spełniać, w sposób precyzyjny określił miejsce dostawy przedmiotu dzierżawy i miejsce montażu przedmiotu dzierżawy wraz z parametrami technicznymi, w jakich będzie on używany. Należy więc przyjąć, że skoro w SIWZ Zamawiający w sposób jednoznaczny określił lokalizację przedmiotu dzierżawy oraz miejsce jego montażu, to były to elementy przedmiotowe istotne przyszłego stosunku zobowiązaniowego pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, z którym zawarta została umowa. Ich zmiana po terminie składania ofert spowodowałaby, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający ze SIWZ niebyły tożsame z zakresem świadczenia wynikającego z umowy. Ponadto, w ocenie Izby, zmiana lokalizacji przedmiotu dzierżawy mogłaby wpłynąć na ostateczną cenę zaproponowaną przez poszczególnych wykonawców za realizację zamówienia. Wykonawcy bowiem dokonywali wyceny zamówienia przy założeniu, że przedmiot dzierżawy będzie dostarczony do KWK Bobrek – Centrum, nie zaś KWK Pokój. Nie można wykluczyć, że zmiana lokalizacji mogłaby wpłynąć na ostateczną wartość ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 662 §1 KC w zw. z art. 694 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. Izba stanęła na stanowisku, że brak jest podstaw do naruszenia przez Zamawiającego powyższych przepisów na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący będzie mógł podnosić zarzut naruszenia powyższych przepisów na etapie realizacji umowy, gdyby po jej zawarciu zaistniały okoliczności uzasadniające naruszenia 662 §1 KC w zw. z art. 694 KC, nie zaś na etapie

wyboru oferty najkorzystniejszej. Na tym etapie postępowania przetargowego, Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp w zakresie niedozwolonej zmiany wymagań określonych w SIWZ, gdyż jest to dokument określający treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego i którego postanowienia są wiążące zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców. Jeśliby po podpisaniu umowy doszło do zmiany miejsca przedmiotu dzierżawy niezgodnie z treścią SIWZ, to dopiero w takich okolicznościach Odwołujący mógłby ewentualnie podnosić zarzut naruszenia art. 662 §1 KC w zw. z art. 694 KC.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i ograniczając je do wysokości 3.600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: