

**Sygn. akt: KIO 1860/10**

**KIO 1864/10**

**WYROK**  
**z dnia 14 września 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska**

**Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 września 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **01.09.2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych:

**A. w dniu 27.09.2010 r. przez PATENTUS S.A., ul. Górnośląska 11, 43-200 Pszczyna (sygn. akt. KIO 1860/10);**

**B. w dniu 30.09.2010 r. przez Nowosądecka Fabryka Urządzeń Górniczych NOWOMAG S.A., ul. Jana Pawła II 27, 33-330 Nowy Sącz (sygn. akt KIO 1864/10)**

w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** w trybie przetargu ograniczonego pn. „Dostawa dla potrzeb JSW SA KWK „Borynia” fabrycznie nowego przenośnika zgrzeblowego ścianowego”

**B.** przy udziale wykonawcy **PATENTUS S.A., ul. Górnośląska 11, 43-200 Pszczyna** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Odwołującego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1864/10

**orzeka:**

**A.** uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1860/10 i nakazuje modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia poprzez określenie tego terminu w wymiarze 10 tygodni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;

**B.** uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1864/10 i nakazuje modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia poprzez określenie tego terminu w wymiarze 10 tygodni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;

2. Kosztami postępowania obciąża

**A.** Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie-Zdrój (sygn. akt KIO 1860/10);

**B.** Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie-Zdrój (sygn. akt 1864/10);

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez odwołujących się, w tym:
- A** wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **PATENTUS S.A., ul. Górnośląska 11, 43-200 Pszczyna,**
  - B** 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Nowosądecka Fabryka Urządzeń Górniczych NOWOMAG S.A., ul. Jana Pawła II 27, 33-330 Nowy Sącz,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 33.600 zł 00 gr (słownie: trzydzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:
- A** kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** na rzecz **PATENTUS S.A., ul. Górnośląska 11, 43-200 Pszczyna** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
  - B** kwoty 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** na rzecz **Nowosądeckiej Fabryki Urządzeń Górniczych NOWOMAG S.A., ul. Jana Pawła II 27, 33-330 Nowy Sącz** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

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

### **do wyroku z dnia 14 września 2010 r. w sprawie KIO 1860/10 i KIO 1864/10**

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie-Zdrój prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa dla potrzeb JSW SA KWK „Borynia” fabrycznie nowego przenośnika zgrzeblowego ścianowego”.

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

W dniu 18.08.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 20.08.2010 r. Nr ogłoszenia 2010/S 161-248888.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **18.08.2010 r.** poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej.

W dniu **20.08.2010 r.** Zamawiający zamieścił na stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia.

### **Sygn. akt KIO 1637/10**

W dniu 18.08.2010 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej. Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia **20.08.2010 r.** Nr ogłoszenia 2010/S 161-248888.

W dniu **27.08.2010 r.** Odwołujący – PATENTUS S.A. wniósł do Prezesa KIO odwołanie dotyczące czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na ustaleniu miesięcznego terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu naruszył art. 7 ust. 1 ustawy wskutek prowadzenia postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z pkt VIII SIWZ „Termin wykonania zamówienia” Zamawiający żąda zrealizowania zamówienia w terminie do 1 miesiąca od daty zawarcia umowy. Zdaniem Odwołującego tak krótki termin realizacji narusza określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania stron.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wydłużenia terminu realizacji zamówienia do 10 tygodni od daty zawarcia umowy.

Zdaniem Odwołującego skutek podniesionego naruszenia ustawy Pzp może doznać uszczerbku jego interes polegający na ograniczeniu możliwości złożenia ważnej i prawidłowej oferty oraz na ograniczeniu możliwości uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż wymaganie tak krótkiego terminu dostawy (1 miesiąc od daty zawarcia umowy) jest terminem nierealnym ze względu na złożoność produkcji przenośnika zgrzeblowego ścianowego. Na cykl produkcji tego typu urządzenia składa się zakup materiałów niezbędnych do skompletowania przenośnika, montaż próbny, odbiór przez przedstawicieli Kopalni na terenie producenta, dostawa do Zamawiającego oraz wykonanie i dostarczenie dopuszczenia Prezesa WUG dla zintegrowanego systemu sterowania kompleksów wydobywczych wraz z dokumentacją.

O ile Odwołujący jako producent przenośników posiada zabezpieczenie w postaci materiałów niezbędnych do produkcji to pozostają elementy handlowe takie jak: silniki, przekładnie, łańcuch, system głośnomówiący wraz z okablowaniem siłowym itp. których producentami są inne firmy i które należy zakupić. W załączeniu do odwołania Odwołujący przekazał kserokopie ofert na elementy handlowe wraz z określeniem terminu ich realizacji znacznie przekraczającym termin dostawy przenośnika do Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, iż zakupione elementy handlowe (termin ich dostawy wynosi od 6 do 10 tygodni) należy zamontować w przenośniku i tak przedstawić do odbioru przez przedstawicieli Zamawiającego, co wymaga dodatkowego czasu. Tak więc realny termin na wykonanie i dostawę przenośnika zgrzeblowego powinien wynosić ok. 10 tygodni. Odwołujący nadmieniał ponadto, iż we wcześniejszych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego o numerach: 10/II/ZP/09, 51/VIII/ZP/09, 39/VII/ZP/08 i 57/XII/ZP/07 terminy realizacji były określone od 2 miesięcy do 10 tygodni.

Zdaniem Odwołującego ustalony przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia powinien być wystarczająco długi, aby wykonawcy mieli realny czas na wytworzenie i dostarczenie przedmiotu zamówienia - nie może natomiast służyć do faworyzowania jednych i

co się z tym wiąże dyskryminowania pozostałych wykonawców, czego Zamawiający dokonuje, zdaniem Odwołującego, wprowadzając takie zapisy. Drastyczne skrócenie terminu realizacji do 1 miesiąca budzi uzasadnione wątpliwości Odwołującego co do bezstronności Zamawiającego, gdyż może sugerować, iż poprzez określenie zbyt krótkiego terminu realizacji Zamawiający preferuje któregoś z wykonawców. Odwołujący wniósł zatem o nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia na min. 10 tygodni od daty podpisania umowy.

### **Sygn. akt KIO 1864/10**

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu 18.08.2010 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej. Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia **20.08.2010 r.** Nr ogłoszenia 2010/S 161-248888.

W dniu **20.08.2010 r.** Zamawiający zamieścił na stronie internetowej SIWZ.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa KIO w dniu **30.08.2010 r.** przez wykonawcę Nowosądecka Fabryka Urządzeń Górniczych NOWOMAG S.A.

Odwołanie zostało wniesione wobec:

1. pkt VII SIWZ odnoszącej się do terminu wykonania zamówienia,
2. pkt V.16. załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie w jakim przewiduje wykonanie przedmiotu zamówienia z podzespołów przenośnika dostarczonych przez Zamawiającego.

Wskazanim postanowieniom SIWZ Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie terminu i warunków wykonania zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję - promujący jednego, ściśle określonego wykonawcę.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ, poprzez:
  - a) wydłużenie wskazanego w pkt VII SIWZ terminu wykonania zamówienia do 3 miesięcy,
  - b) wykreślenie w pkt V.16 załącznika nr 1 do SIWZ postanowienia przewidującego

skonfigurowanie przedmiotu zamówienia z fabrycznie nowych podzespołów przenośnika ścianowego zgrzeblowego typu Rybnik 850, które Zamawiający udostępni Wykonawcy.

W uzasadnieniu wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę dla potrzeb JSW S.A. KWK „Borynia” fabrycznie nowego przenośnika zgrzeblowego ścianowego.

W punkcie VII SIWZ Zamawiający określił, że zamówienie powinno być zrealizowane w terminie 1 miesiąca od daty zawarcia umowy.

Dotrzymanie wskazanego przez Zamawiającego terminu wykonania zamówienia jest, w ocenie Odwołującego, nierealne, zarówno ze względów technicznych, jak i związanych z procesem uzyskiwania dopuszczenia WUG.

Odwołujący wskazał, iż wykonać zamówienie w tym terminie może tylko wykonawca, który przedmiot zamówienia posiada już gotowy w swojej dyspozycji. Proces produkcji fabrycznie nowego, kompletnego przenośnika trwa około 3 miesiące i niemożliwym jest wykonanie go w okresie krótszym, a tym bardziej w przewidzianym przez Zamawiającego miesięcznym terminie dostawy od daty podpisania umowy.

Odwołujący wskazał, że maszyny górnicze, a taką jest przenośnik, nie są przez producentów wytwarzane niejako „na wyrost” i nie oczekują na nabycie w ich magazynach - brak tu bowiem standaryzacji - każda maszyna jest wytwarzana na indywidualne zamówienie, które dopiero określa jej parametry.

Na termin realizacji zamówienia wpływa m.in. konieczność pozyskania niezbędnych podzespołów (silniki elektryczne, łańcuch zgrzeblowy), dla których producenci potwierdzają minimum 6-tygodniowe terminy realizacji.

Kolejnym wymogiem uniemożliwiającym dotrzymanie narzuconego terminu jest dostarczenie wraz z przenośnikiem dopuszczonej przez Prezesa WUG dokumentacji zintegrowanego systemu sterowania kompleksów wydobywczych.

Procedura uzyskania takiego dopuszczenia wymaga wytworzenia dokumentacji, co zajmuje ok. 2 tygodni. Podstawą do przygotowania dokumentacji jest materiał dostarczony przez Zamawiającego określający urządzenia kompleksu wydobywczego pracującego u Zamawiającego, a materiał ten rzadko jest gotowy do przekazania już w dniu zawarcia umowy. Dodatkowo sam termin na uzyskanie dopuszczenia Prezesa WUG, licząc od złożenia wniosku, wynosi 30 dni.

Z powyższego wynika, że nawet w najbardziej sprzyjających okolicznościach procedura uzyskania dopuszczenia Prezesa WUG dla w/w dokumentacji trwa minimum 6 tygodni.



Tym samym zrealizowanie dostawy w terminie 1 miesiąca nie jest możliwe, jeżeli wykonawca nie znał wcześniej założeń technicznych dla zamawianej maszyny i urządzeń kompleksu pracującego u Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że poprzez ustalenie, że wykonanie zamówienia może nastąpić z gotowymi podzespołami przenośnika Rybnik 850 Zamawiający wskazał właściwie wykonawcę, który zwycięży w prowadzonym postępowaniu.

Producentem przenośnika Rybnik 850 jest Rybnicka Fabryka Maszyn RYFAMA S.A. w Rybniku. Producent ten może skorzystać z zaoferowanych przez Zamawiającego części bez potrzeby dokonania jakiegokolwiek zmiany czy dostosowania.

Pozostali producenci muszą zaś poświęcić czas na dostosowanie swojego przenośnika do elementów dostarczanych przez Zamawiającego. Nie ma żadnej możliwości przeprowadzenia takiego dostosowania w terminie 1 miesiąca, który nie pozwala nawet na wykonanie przenośnika w zwykłym toku czynności.

Również z tego powodu, w ocenie Odwołującego, wyznaczony termin dostawy powoduje wyłączenie uczciwej konkurencji i jednoznacznie wskazuje na wykonawcę, który ma pozyskać zamówienie.

Odwołujący wskazał ponadto, że w przeciągu ostatnich 2 lat nie przeprowadzono postępowania na dostawę przenośnika, o porównywalnym zakresie wyposażenia, dla którego wymagany termin realizacji byłby krótszy niż 2 miesiące licząc od daty zawarcia umowy (zestawienie postępowań w załączeniu). Termin dwumiesięczny jest bowiem minimalnym, uzasadnionym technicznie, terminem niezbędnym do zrealizowania zamówienia, pod warunkiem, że wykonawca otrzymuje informacje niezbędne do wykonania przenośnika dopiero z ukazaniem się ogłoszenia o zamówieniu.

W ocenie Odwołującego powyższego nie zmienia fakt, że Zamawiający dopuścił także zrealizowanie zamówienia bez posłużenia się dostarczonymi przez niego podzespołami. Wykonawca, który tych podzespołów nie użyje, będzie musiał sam je wytworzyć, co znacząco podniesie zarówno koszt, jak i termin wyprodukowania przenośnika.

Odwołujący na marginesie wskazał, że uzyskanie dopuszczenia Prezesa WUG jest możliwe w najkrótszym terminie 6 tygodni, co oznacza, że wykonawca nie ma możliwości wykonania zamówienia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

Podsumowując, zrealizowanie zamówienia obejmującego dostawę nowego przenośnika wraz z dokumentacją odnoszącą się do zintegrowanego systemu sterowania kompleksu wydobywczego, zatwierdzoną przez Prezesa WUG w terminie wskazanym przez Zamawiającego jest, w ocenie Odwołującego, niemożliwe.

Wskazanie natomiast na możliwość skorzystania przez wykonawców z już gotowych elementów dostarczonych przez Zamawiającego, których producent jest ściśle określony, rażąco narusza, zdaniem Odwoływającego, zasadę zachowania uczciwej konkurencji, której zachowanie jest obowiązkiem Zamawiającego (art. 7 ust. 2 ustawy Pzp).

Odwoływający na potwierdzenie swojej argumentacji wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.07.2010 r., sygn. KIO/1246/10, w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: „wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcia świadczenia usługi jest jedną z kluczowych decyzji zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia”.

W ocenie Odwoływającego pogląd ten należy wprost odnieść do wykonania dostawy nowej maszyny, a zatem określenie przez Zamawiającego tak krótkiego, jak w niniejszym postępowaniu, terminu wykonania zamówienia przesądza o naruszeniu przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji. Przemawia za tym dodatkowo wskazanie, że realizacja zamówienia może nastąpić z użyciem części stanowiących elementy składowe przenośnika produkowanego przez określonego producenta.

Odwoływający wskazał, iż powyższe postanowienia łącznie przesądzają o naruszeniu przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców, a więc o naruszeniu art. 7 ust. 2 i art. 29 ust. 2 Pzp - do wykonania zamówienia jest bowiem zdolny tylko jeden, ściśle oznaczony wykonawca - Rybnicka Fabryka Maszyn RYFAMA S.A.

W uzasadnieniu zostało dodatkowo wskazane, że Zamawiający wybierając postępowanie w trybie otwartym jest zobligowany tak sformułować warunki udziału w postępowaniu i warunki jego wykonania, by wszyscy wykonawcy, którzy są zdolni należycie wykonać zamówienie mogli wziąć w tym postępowaniu udział. Zdaniem Odwoływającego w niniejszej sprawie Zamawiający bezzasadnie zażądał wykonania zamówienia w bardzo krótkim, niemożliwym do dotrzymania terminie, w dodatku z użyciem podzespołów jednego producenta, co powoduje, że mimo zastosowania procedury otwartej do wykonania zamówienia zdolny jest tylko jeden wykonawca.

Wobec powyższego zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 2 i art. 29 ust. 2 Pzp, które mają gwarantować przeprowadzenie postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równych szans na pozyskanie zamówienia między wykonawcami, jest uzasadniony i wobec powyższego Odwoływający wnosi jak na wstępie.

W dniu **02.09.2010 r.** wykonawca **PATENTUS S.A.** zgłosił przystąpienie do postępowania wszczętego na skutek wniesienia odwołania po stronie Odwoływającego.

Wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje i wniósł o uwzględnienie odwołania w części dotyczącej pkt 2b odwołania tj.: -

wykreślenia w pkt V.16 załącznika nr 1 do SIWZ postanowienia przewidującego skonfigurowanie przedmiotu zamówienia z fabrycznie nowych podzespołów przenośnika ścianowego zgrzeblowego typu Rybnik 850, które Zamawiający udostępni wykonawcy.

W uzasadnieniu wskazał, iż Przystępujący jest producentem przenośników zgrzeblowych, który zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Wymagania postawione przez Zamawiającego, w szczególności zaskarżony w odwołaniu zapis SIWZ narusza interes Przystępującego w uzyskaniu zamówienia i może spowodować uszczerbek w jego majątku. Przystępujący, po przeprowadzonej analizie odwołania, zgadza się w swej opinii z podniesionym przez Odwołującego zarzutem, i uważa iż tak przygotowana SIWZ wyraźnie wskazuje na jednego wykonawcę, a mianowicie producenta przenośnika Rybnik 850, co w ocenie Odwołującego, narusza w sposób istotny interesy pozostałych producentów przenośników (art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp) i jest niezgodny z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji ( art.7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp).

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 1860/10 była czynność Zamawiającego polegająca na określeniu w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ jednomiesięcznego terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 1864/10 była czynność Zamawiającego polegająca na określeniu w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ jednomiesięcznego terminu realizacji przedmiotu zamówienia oraz czynności polegająca na określeniu w treści załącznika nr 1 do SIWZ – specyfikacji technicznej, iż przedmiot zamówienia może zostać również zrealizowany przy użyciu dostarczonych przez Zamawiającego podzespołów przenośnika RYBNIK 850.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z każdym z odwołań, stanowisk Przystępującego i Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Odwołujący wykazali, iż na skutek określenia jednomiesięcznego terminu realizacji przedmiotu zamówienia nie są w stanie sprostać wymaganiom Zamawiającego określonym w treści ogłoszenia oraz SIWZ. Powyższe nie zostało skutecznie podważone w toku rozprawy przez Zamawiającego. Tym samym, w ocenie Izby, w obecnym brzmieniu SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący wykazali, iż nie są w stanie dochować terminu dostawy urządzenia spełniającego wymagania Zamawiającego. Wobec powyższego w przypadku uwzględnienia każdego z odwołań, oraz uwzględnienia zarzutów i żądań zawartych w rozpoznawanych odwołaniach, jak również w przypadku nakazania Zamawiającemu modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia Odwołujący mają szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących, tj. wykonawców PATENTUS S.A. oraz Nowosądecka Fabryka Urządzeń Górniczych NOWOMAG S.A. wpisów, podlegają rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy Nowosądecka Fabryka Urządzeń Górniczych NOWOMAG S.A. (KIO/1864/10) skutecznie przystąpił po stronie Odwołującego działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca PATENTUS S.A.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o

zamówieniu, treści SIWZ oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Izba dopuściła również dowody wnioskowane przez strony w toku rozprawy oraz wnioskowane w treści wniesionych odwołań.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, dowodów z dokumentów w postaci ofert handlowych oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

### **Sygn. akt KIO 1860/10**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 1860/10 skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez określenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego.

Po drugie Izba ustaliła, że w dniu **20.08.2010 r.** opublikowane zostało ogłoszenie o zamówieniu w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 20.08.2010 r. Nr ogłoszenia 2010/S 161-248888 zawierające termin realizacji przedmiotu zamówienia. W sekcji II (Przedmiot zamówienia) w pkt II.3. został określony w następujący sposób termin realizacji: okres w miesiącach: 1 (od udzielenia zamówienia).

Po trzecie Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu ustaliła, iż Odwołujący w dniu **27.08.2010 r.** wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie zbyt krótkiego terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego ustalenia wymaga, czy wskazanie przez Odwołującego na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp na skutek określenia zbyt krótkiego terminu realizacji przedmiotu zamówienia jest wystarczające do uwzględnienia przedmiotowego odwołania. W

odniesieniu do powyższego Izba pragnie wskazać, iż z reguły w celu potwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymagane jest jednocześnie wskazanie i odniesienie do przepisu szczegółowo regulującego czynności zamawiającego przedsiębrane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Termin realizacji przedmiotu zamówienia mieści się w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, a więc podlega m. in. dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który wyraża normę prawną stanowiącą doprecyzowanie i uszczegółowienie norm prawnych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – jednakże tylko w odniesieniu do czynności zamawiającego obejmujących dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. Norma prawna wyrażona w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zawiera się niejako w wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadach udzielania zamówień publicznych. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez dookreślenie terminu jego realizacji wchodzi bowiem w zakres czynności przygotowawczych, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamówienia publiczne są istotnym elementem rynku, zaś w odniesieniu do przedmiotu stanowiącego dostawę w niniejszym postępowaniu wyczerpują one w całości popyt na dane typy urządzeń (specjalistyczne urządzenia górnicze). Ponadto określenie warunków udziału w postępowaniu oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i zasad jego realizacji determinuje krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego prowadzące, tym samym, do rozszerzenia lub ograniczenia podmiotów zdolnych do jego realizacji.

Wobec powyższego Izba wskazuje, iż określenie przez zamawiającego w postępowaniu niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu dostawy oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia jednej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i tym samym do naruszenia powyższej normy prawnej.

Tym samym Izba oceniając w niniejszym postępowaniu odwoławczym, czy doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wzięła pod ocenę fakt, czy określenie miesięcznego terminu realizacji przedmiotu zamówienia może naruszyć zasady chroniące uczciwą konkurencję oraz wpływać na nierówne traktowanie wykonawców.

W odniesieniu do kwestii zapewnienia przez zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji, w ocenie Izby, za naruszające tę zasadę postępowanie należy uznać m.in., określenie przez zamawiającego terminu realizacji przedmiotu zamówienia, którego dochowanie jest z obiektywnych przyczyn niemożliwe lub szczególnie utrudnione przez przeważającą większość wykonawców.

W kwestii dotyczącej uczciwej konkurencji Izba stanęła również na stanowisku, iż niewątpliwie specyfiką rynku tego rodzaju urządzeń jest sposób kreowania podaży i dostępności tychże urządzeń. Biorąc pod uwagę ograniczony krąg odbiorców oraz kwestię

związaną z brakiem powtarzalności zamówień należy przyjąć jako regułę, iż tego rodzaju urządzenia stanowią przedmiot jednostkowych zamówień o indywidualnym charakterze. Tym samym trudno wyobrazić sobie sytuację, iż urządzenia tego rodzaju i tej wartości charakteryzują się powszechną dostępnością i możliwością dostawy w kilkudniowych terminach.

Wobec powyższego Izba uznała, iż Odwołujący za pomocą zawnioskowanych dowodów (ofert handlowych DAMEL S.A., FASING S.A. oraz MARAT RYBNIK Spółka z o.o.) wykazał, iż jednomiesięczny termin realizacji przedmiotu zamówienia jest niemożliwy do dotrzymania, gdyż termin realizacji dostawy podzespołów przenośnika u poddostawców obejmuje okres od 6 tygodni do 60 dni od dnia zamówienia. Powyższe potwierdza również dowód z dokumentu wnioskowany przez Zamawiającego w postaci oferty handlowej DAMEL S.A. z dnia 06.09.2010 r., w której termin wykonania i dostarczenia silników dwubiegunowych został określony na 30 dni od daty otrzymania zamówienia. Identyczne warunki dostawy zostały określone w przedstawionej przez Zamawiającego ofercie EMIT S.A. z dnia 07.09.2010 r., w treści której termin dostawy trójfazowego silnika indukcyjnego został określony na 4 tygodnie od chwili złożenia zamówienia. Zamawiający ograniczył się do skierowania zapytań ofertowych do producentów silników zapewne ze względu na fakt, iż wśród możliwych do przekazania wykonawcom podzespołów, zgodnie z wykazem zawartym w załączniku nr 1 do SIWZ (Specyfikacja techniczna) w pkt V (Wymagania dodatkowe) w ppkt 16, brak jest silników. Jednakże umożliwiając alternatywny sposób realizacji przedmiotu zamówienia, tj. bez konieczności użycia podzespołów przekazanych przez Zamawiającego winien ustalić termin realizacji z uwzględnieniem powyższego faktu. Wszakże z przedstawionej przez Odwołującego jako dowód oferty dostawcy przekładni MARAT RYBNIK Spółka z o.o. wynika, iż termin realizacji dostawy wynosi 60 dni. Ponadto należy wskazać, iż terminy oferowane przez dostawcę silników DAMEL S.A. dla Odwołującego wynoszą do 6 tygodni od daty złożenia zamówienia, zaś w odniesieniu do Zamawiającego 30 dni od daty otrzymania zamówienia. Powyższe, w ocenie Izby, wskazuje, iż Odwołujący uprawdopodobnił, że jednomiesięczny termin realizacji przedmiotu zamówienia jest z obiektywnych przyczyn niemożliwy do dochowania. Zamawiający mając świadomość, że dostawcy tego rodzaju urządzeń zasadnicze elementy urządzenia nabywają u poddostawców, zwrócił się z zapytaniem do producentów silników o określenie warunków dostawy powyższych elementów. Zaproponowane terminy oczekiwania na dostawę obejmują okres czasu przewidziany przez Zamawiającego dla realizacji całego przedmiotu zamówienia. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, przedmiotem dostawy są również łańcuch, przekładnie oraz system głośnomówiący. Powyższe jest konsekwencją specjalizacji producentów poszczególnych podzespołów, która w zasadzie wyklucza istnienie wykonawców zdolnych do samodzielnego wykonania całego przedmiotu dostawy.

Za pozbawione znaczenia Izba uznała argumenty Zamawiającego oparte na próbie wykazania, iż ze względu na zaistnienie niemożliwej do przewidzenia sytuacji losowej oraz ze względu na możliwość poniesienia przez Zamawiającego znacznych strat finansowych konieczne było maksymalne skrócenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia, tj. skrócenie terminu dostawy przenośnika zgrzeblowego ścianowego do 1 miesiąca. Powyższe okoliczności nie mogą przesądzać o dopuszczalności formułowania w postępowaniu konkurencyjnym (przetargu nieograniczonym) warunków dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia w sposób znacząco zawężających krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli, w ocenie Zamawiającego, zaistniała wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po jego stronie, której nie mógł on przewidzieć i wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia Zamawiający winien rozważyć możliwość zastosowania trybu niekonkurencyjnego, w tym wskazanego w art. 67 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 134 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Prowadzenie postępowania w konkurencyjnym trybie z zachowaniem pozorów konkurencji w takim wypadku stanowi niedopuszczalne działanie wobec potencjalnych wykonawców naruszające podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych. Wszakże zgodnie z art. 39 ustawy Pzp przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Stosowanie mechanizmów zawężających w sposób nieuzasadniony krąg potencjalnych wykonawców przy jednoczesnym naruszeniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych stoi w sprzeczności z istotą tego rodzaju trybu udzielania zamówień.

Zamawiający w toku rozprawy podniósł, iż nie zastosował w związku z istniejącymi okolicznościami faktycznymi innego trybu zamówienia, gdyż nie może podjąć ryzyka związanego z faktem, iż poszczególni wykonawcy nie są w stanie dotrzymać przewidzianego terminu dostawy. W odniesieniu do powyższego Izba zwraca uwagę na fakt, iż powszechną praktyką poprzedzającą negocjacje w trybach niekonkurencyjnych jest wstępne rozpoznanie rynku celem ustalenia podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia o parametrach pożądanym przez Zamawiającego. Jednakże w tych okolicznościach wszczęcie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego przy obiektywnej niemożności dotrzymania terminu realizacji przedmiotu umowy przez wykonawców korzystających z poddostawców, a więc przeważającą ich liczbę, jest nieuzasadnione i prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Zamawiający w toku rozprawy nie wykazał, iż istnieją podmioty zdolne do realizacji przedmiotu zamówienia na określonych warunkach, zaś swoją argumentację w tym zakresie oparł na domniemaniach wynikających z faktu, iż nie wnieśli w tym zakresie zapytań oraz środków odwoławczych.



Tym samym należy wskazać, iż określenie niemożliwego do dochowania, z obiektywnych przyczyn, terminu realizacji przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki rynku tego rodzaju urządzeń powoduje, iż doszło do naruszenia zasady dotyczącej uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wszakże Zamawiający w toku rozprawy potwierdził, iż powszechną praktyką jest, iż dostawcy przenośników ścianowych wykonują jedynie montaż tego rodzaju urządzeń z podzespołów dostarczonych od wyspecjalizowanych poddostawców. Oznacza to, iż tego rodzaju sposób realizacji dostawy jest regułą, a więc dotyczy szerokiego kręgu wykonawców.

Wobec powyższego Izba podzieliła w całej rozciągłości argumentację podniesioną przez Odwołującego, zarówno w treści odwołania, jak również w toku rozprawy uznając, iż nie jest możliwe zrealizowania zamówienia w określonym przez Zamawiającego terminie. Biorąc pod uwagę przewidziane do wykonania czynności, tj. zamówienie niezbędnych elementów przenośnika, ich próbny montaż, rozruch techniczny, demontaż, załadunek, transport, rozładunek, montaż ostateczny w miejscu docelowym oraz rozruch odbiorowy i dostarczenie wymaganej przez Zamawiającego dokumentacji wskazują, iż czas wykonania dwóch pierwszych etapów obejmuje okres jednego miesiąca. Tym samym, w ocenie Izby, takie określenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia uniemożliwia Odwołującemu dostęp do zamówienia i tym samym dostęp do zamówienia przeważającej części wykonawców.

W zakresie sformułowanego przez Odwołującego żądania dotyczącego nakazania Zamawiającemu wydłużenia terminu realizacji zamówienia do 10 tygodni od daty zawarcia umowy Izba uwzględniła powyższe żądanie w całości. Skład orzekający Izby ocenił, iż przy uwzględnieniu oferowanych przez poddostawców terminów dostawy poszczególnych elementów przenośnika (od 6 tygodni do 60 dni), jak również przy uwzględnieniu niezbędnego czasu obejmującego próby rozruchowe urządzenia, jego demontaż, załadunek, transport, rozładunek, montaż i próbę na terenie kopalni docelowej wnioskowany przez Odwołującego termin realizacji przedmiotu zamówienia wydaje się uzasadniony. Ponadto analiza listy przedstawionej przez Odwołującego w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1864/10 wskazuje, iż powszechną praktyką jest ustalanie terminu realizacji tego typu przedmiotu zamówienia w przedziale od 2 miesięcy do 12 tygodni od daty zawarcia umowy. Tym samym Izba uwzględniła w całości zawarte w odwołaniu żądanie.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 1860/10 w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp na skutek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji poprzez ustalenie niemożliwego do dochowania terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

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 o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę, iż w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 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, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1860/10 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Izba nie uwzględniła wnioskowanych przez Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego. Odwołujący w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1860/10 nie przedstawił dowodu wskazującego na ich poniesienie. W toku rozprawy Odwołujący przedłożył fakturę z dnia 09.09.2010 r. Nr 5/9/2010 z której treści wynika, iż obejmuje ona należność z tytułu wynagrodzenia za reprezentowanie i występowanie w imieniu spółki w postępowaniu odwoławczym przed Prezesem Krajowej Izby Odwoławczej prowadzonym pod sygn. nr KIO/1864/10. Izba wskazuje, iż Odwołujący w ramach postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 1864/10 posiadał status uczestnika postępowania jako przystępujący po stronie odwołującego. Zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 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 do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego jedynie w przypadku, gdy uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zaś odwołanie zostało oddalone przez Izbę. Ponadto jak wynika z § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami”, zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: wynagrodzenia pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł. Wobec powyższego powyższy wniosek nie został uwzględniony.

## Sygn. akt KIO 1864/10

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 1864/10 skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie w pkt VII SIWZ jednomiesięcznego terminu wykonania przedmiotu zamówienia Izba wskazuje, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego.

Po drugie Izba ustaliła, że w dniu **20.08.2010 r.** opublikowane zostało ogłoszenie o zamówieniu w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 20.08.2010 r. Nr ogłoszenia 2010/S 161-248888 zawierające termin realizacji przedmiotu zamówienia. W sekcji II (Przedmiot zamówienia) w pkt II.3. został określony w następujący sposób termin realizacji: okres w miesiącach: 1 (od udzielenia zamówienia).

Jednakże w odniesieniu do rozszerzenia zarzutów o art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz wobec szerszego określenia żądania przez Odwołującego Izba wskazuje, co następuje.

Art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi przepis szczególny w odniesieniu do art. 7 ustawy Pzp odnoszący się do czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia. Izba zwraca uwagę na fakt, iż art. 7 ustawy Pzp zawiera trzy ustępy, zaś Odwołujący w uzasadnieniu odwołania doprecyzował, iż zarzut odnosi się do art. 7 ust. 2 ustawy Pzp. Powyższy przepis wskazuje, iż czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Powyższą normę prawną należy odnieść w szczególności do podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i obowiązku składania przez osoby dokonujące czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego oświadczeń na drukach ZP-11 stanowiących załącznik do protokołu postępowania. Tym samym Izba uznała, iż Odwołujący w żaden sposób nie doprecyzował w jaki sposób, a tym bardziej nie wykazał, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia art. 7 ust. 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę ustalony w niniejszym postępowaniu stan faktyczny, ocenę naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wobec ustalenia

jednomiesięcznego terminu realizacji przedmiotu zamówienia należy odnieść do wskazanego przez Odwołującego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Termin realizacji przedmiotu zamówienia mieści się w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, a więc podlega m. in. dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który wyraża normę prawną stanowiącą doprecyzowanie i uszczegółowienie norm prawnych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – jednakże tylko w odniesieniu do czynności zamawiającego obejmujących dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do normy prawnej wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp należy wskazać, iż aby doszło do jej naruszenia wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie, iż dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję. Na powyższe wskazuje użycie w powyższy przepisie zwrotu „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”.

Uznanie w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1860/10, iż doszło do naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady zapewnienia przez zamawiającego uczciwej konkurencji na skutek ustalenia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jednomiesięcznego terminu realizacji przedmiotu zamówienia powoduje, iż doszło tym bardziej do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Wszakże wskazany przez Odwołującego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1864/10 art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Norma prawna wyrażona w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zawiera się w normie wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż stanowi ona jedynie jej doprecyzowanie odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia i jednocześnie obejmuje swoją hipotezą szerszy zakres przypadków, tj. także tych uprawdopodobnionych.

Wobec powyższego, oraz w związku z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego w toku rozprawy, że podtrzymuje on w całej rozciągłości swoją argumentację podniesioną w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1860/10 Izba wskazuje, iż w zakresie niniejszego odwołania uzasadnienie w zakresie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do podstawy faktycznej powyższego zarzutu, tj. określenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia jest tożsame jak uzasadnienie dotyczące art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w odwołaniu o sygn. akt KIO 1860/10. Wszakże, w odróżnieniu do wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady nakazującej zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, w ramach art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie, iż opis przedmiotu zamówienia może naruszać powyższą zasadę. Tym samym wykazanie naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stawia przez Odwołującym mniejsze wymogi dowodowe i nie wymusza takiej aktywności procesowej. Powyższe jest również

spowodowane faktem, iż w obu odwołaniach mamy do czynienia w tym zakresie ze zbieżną argumentacją.

Izba pragnie zwrócić uwagę, iż wnioskowane przez Odwołującego dowody w postaci ofert handlowych poddostawców elementów przenośnika również potwierdzają brak realnej możliwości dotrzymania jednomiesięcznego terminu realizacji przedmiotu zamówienia. Oferta dostawcy silników DAMEL S.A. wskazuje na 6-cio tygodniowy termin realizacji zamówienia, oferta dostawcy łańcucha FASING S.A. wskazuje także 6-cio tygodniowy termin realizacji, zaś oferty dostawców przekładni (ARTECH) oraz odlewów profili (PIOMA-ODLEWNIA Spółka z o.o.) wskazują odpowiednio terminy 10 tygodni i 9 tygodni.

Izba w oparciu o przedstawione przez Odwołującego dowody w postaci wykazu postępowań obejmujących dostawy przenośników wskazuje, iż nie uwzględniła żądania Odwołującego w całej rozciągłości, tj. żądania przedłużenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia do 3 miesięcy. Odwołujący nie wykazał, iż w ramach niniejszego postępowania konieczne jest wydłużenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia ponad zazwyczaj obowiązujący w innych postępowaniach organizowanych przez innych zamawiających, tj. nie udowodnił, iż specyfika przedmiotowego zamówienia wymaga trzymiesięcznego terminu realizacji. Tak jak w ramach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1860/10 skład orzekający Izby ocenił, iż przy uwzględnieniu oferowanych przez poddostawców terminów dostawy poszczególnych elementów przenośnika (od 6 tygodni do 60 dni), jak również przy uwzględnieniu niezbędnego czasu obejmującego próby rozruchowe urządzenia, jego demontaż, załadunek, transport, rozładunek, montaż i próbę na terenie kopalni docelowej 10-cio tygodniowy termin realizacji przedmiotu zamówienia wydaje się uzasadniony. Analiza listy przedstawionej przez Odwołującego wskazuje, iż powszechną praktyką jest ustalanie terminu realizacji tego typu przedmiotu zamówienia w przedziale od 2 miesięcy do 12 tygodni od daty zawarcia umowy. Tym samym Izba uznała, iż 10-cio tygodniowy termin realizacji przedmiotu zamówienia jest adekwatny do zakresu przedmiotowego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 1864/10 w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp na skutek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji wykonawców poprzez ustalenie niemożliwego do dochowania terminu realizacji przedmiotu zamówienia oraz nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 2 ustawy Pzp.

**II.** W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie w pkt V.16 załącznika nr 1 do

SIWZ, że dopuszczalne jest wykonanie przedmiotu zamówienia z podzespołów dostarczonych przez Zamawiającego Izba wskazuje, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ (Specyfikacja techniczna) w pkt V (Wymagania dodatkowe) w ppkt 16 określił, że: „Przedmiot zamówienia będzie skonfigurowany z niżej wymienionych fabrycznie nowych podzespołów przenośnika ścianowego zgrzeblowego typu Rybnik 850, które Zamawiający udostępni Wykonawcy w celu dokonania ich dostosowania do współpracy. Zamawiający dopuszcza alternatywne wykonanie nowych podzespołów w całości lub w części, które w konfiguracji przenośnika mogą zastąpić niżej wymienione:

- a) bęben łańcuchowy 2 x Ø38x126; z=7; 35/2xW240 – 1 szt.;
- b) bęben łańcuchowy 2 x Ø38x126; z=7; 35/W240 – 1 szt.;
- c) człon inspekcyjny 1500/E260/850/40kpl – 1 szt.;
- d) człon zamknięty 1500/E260/850/40kpl – 25 szt.;
- e) reduktor planetarny kątowy 35KWP – 1 szt.”.

W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, iż prawem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem jego organizacyjnych, ekonomicznych oraz technicznych potrzeb, o ile opis ten nie sprzyja naruszeniu uczciwej konkurencji.

Każdy z wykonawców ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma możliwość dokonania analizy najbardziej dla niego korzystnej, ze względów technicznych, organizacyjnych oraz ekonomicznych, metody realizacji przedmiotu zamówienia. Wszakże żaden z przepisów ustawy Pzp nie nakazuje instytucjom zamawiającym nabywania kompletnych rzeczy ruchomych, jak również nie zakazuje konfigurowania ich w części z elementów dostarczonych przez podmioty zamawiające.

Odwołujący nie wykazał wszakże, iż spełnienie świadczenia z dostarczonych przez Zamawiającego elementów jest technicznie bądź organizacyjnie niemożliwe. Argumentacja Odwołującego zasadza się na wykazaniu, iż jedna z alternatywnych możliwości realizacji przedmiotu zamówienia niesie ze sobą czasochłonne i kosztowne czynności obejmujące dostosowanie dostarczonych elementów do oferowanego urządzenia. W toku rozprawy Odwołujący wskazał, iż dopasowanie poszczególnych elementów przenośnika, w tym w szczególności wykonanie profili ma w szczególności wpływ na termin realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby wobec uwzględnienia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do określenia przez Zamawiającego terminu realizacji przedmiotu zamówienia powyższy argument pozostaje bez wpływu na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp na skutek dopuszczenia możliwości skonfigurowania urządzenia z elementów dostarczonych przez Zamawiającego.

Sam fakt, iż jeden z wykonawców lub ich określona grupa ma ułatwione zadanie w konfiguracji urządzenia nie przesądza jeszcze o naruszeniu zasad uregulowanych w art. 7 ust. 2 i 29 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby argumentacja Zamawiającego dotycząca konieczności obniżenia kosztów zakupu nowego przenośnika zgrzeblowego ścianowego, ze względu na brak uwzględnienia powyższego zakupu w planach budżetowych, może uzasadniać konieczność takiego działania.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 2 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp na skutek dopuszczenia wykonanie przedmiotu zamówienia z podzespołów dostarczonych przez Zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie w pkt VII SIWZ jednomiesięcznego terminu wykonania zamówienia 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, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1864/10 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....