

Sygn. akt: KIO 953/14

WYROK

z dnia 27 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14, 15 i 21 maja 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: REMAG S.A. i FAMUR S.A., ul. Tadeusza Boya Żeleńskiego 105, 40-750 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

przy udziale:

- A. wykonawcy **KFG Mining Group Sp. z o.o., ul. Żwirki i Wigury 56, 43-190 Mikołów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne - Maszyny Górnicze Sp. z o.o. i Kopex Machinery S.A., ul. 3-go Maja 89, 41-800 Zabrze** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **BUMECH S.A., ul. Krakowska 191, 40-389 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: REMAG S.A. i FAMUR S.A., ul. Tadeusza Boya Żeleńskiego 105, 40-750 Katowice** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: REMAG S.A. i FAMUR S.A., ul. Tadeusza Boya Żeleńskiego 105, 40-750 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: REMAG S.A. i FAMUR S.A., ul. Tadeusza Boya Żeleńskiego 105, 40-750 Katowice** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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

Kompania Węglowa S.A. (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pozyskanie w formie dzierżawy kombajnów chodnikowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 lutego 2014 r. pod nr 2014/S 041 – 068849.

W dniu 14 maja 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: REMAG S.A. i FAMUR S.A. (dalej: „odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego w postaci badania i oceny ofert w ramach wszystkich zadań objętych postępowaniem, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 82 ust. 1 w zw. z art. 83 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne - Maszyny Górnicze Sp. z o.o. i Kopex Machinery S.A.,

- Joy Global (Poland) Sp. z o.o.,

- Bumech S.A.

w ramach wszystkich zadań, których ww. oferty dotyczą, jako sprzecznych z przepisami prawa, która to sprzeczność polega na tym, że wskazani wykonawcy faktycznie złożyli zamiast jednej oferty w odniesieniu do każdego z nich, jak wymaga tego art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, po dwie oferty bądź też złożyli oferty wariantowe w rozumieniu art. 2 pkt 7 ustawy Pzp, pomimo braku zgody na to zamawiającego,

- art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne - Maszyny Górnicze Sp. z o.o. i Kopex Machinery S.A.,

- Joy Global (Poland) Sp. z o.o.,

- Bumech S.A.

w ramach wszystkich zadań, których ww. oferty dotyczą, pomimo nie spełnienia przez ww. oferty wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) w zakresie następujących jej postanowień: pkt V, pkt XV ppkt 1), 2) i 3), pkt XIII ppkt 1), 2) i 3), Załącznika nr 2a i Załącznika nr 2b.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, iż niezgodność z ustawą ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne - Maszyny Górnicze Sp. z o.o. i Kopex Machinery S.A., Joy Global (Poland) Sp. z o.o., oraz Bumech S.A. polega na złożeniu w ramach jednego zadania kilku ofert obejmujących kilka niezależnych od siebie przedmiotów zamówienia o różnych parametrach zamiast jednej oferty na każde z zadań, w ramach której zaoferowany zostałby w ramach każdego zadania jeden konkretnie wskazany przedmiot spełniający wymagania zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, a jednocześnie stanowi o niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ w zakresie pkt XV ppkt 3). Ewentualnie, jak stwierdził odwołujący, oferty wskazanych powyżej wykonawców uznane mogą zostać za oferty wariantowe, których złożenia zamawiający nie dopuścił, co z kolei stanowi naruszenie art. 83 ust. 1 ustawy Pzp, a jednocześnie stanowi o niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ w zakresie pkt V.

Odwołujący wskazał, że w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne - Maszyny Górnicze Sp. z o.o. i Kopex Machinery S.A. w załączniku nr 2a do SIWZ (str. 43 oferty), w Załączniku nr 2b (str. 44 oferty), w Załączniku nr 2b (str. 45 oferty), w rubryce 6 wykonawca wpisał „TAK”, co oznacza, że zaoferował nieskończoną ilość przedmiotów, z których poszczególne przedmioty zapewniają przekrój urabiania z jednego ustawienia kombajnu kolejno 22m² oraz więcej. Jak wyjaśnił odwołujący, jednostkowy kombajn chodnikowy może zapewnić tylko jeden ściśle określony przekrój urabiania. Co za tym idzie, w celu zaoferowania jednego konkretnego przedmiotu wykonawca zobowiązany był do wskazania jaki przekrój urabiania z jednego ustawienia kombajnu gwarantuje zaoferowany przez niego kombajn. Wskazania powinien dokonać poprzez podanie jednego ściśle określonego parametru z uwzględnieniem wymagania SIWZ, że parametr ten ma być na poziomie nie mniejszym niż 22m². Nie dokonując wpisania ściśle wskazanej, określonej wielkości tego parametru, w istocie doszło do zaoferowania przez wykonawcę bliżej nieokreślonej liczby (jednak więcej niż jednego) przedmiotu umowy w ramach każdego z zadań objętych postępowaniem.

Odwołujący zauważył, że analogiczna sytuacja odnosi się do Załącznika nr 2a (str. 43 oferty), Załącznika nr 2b (str. 44 oferty), Załącznika nr 2b (str. 45 oferty) w zakresie rubryki 9, gdzie ww. wykonawca również nie zaoferował konkretnego parametru w zakresie szerokości pługa ładowarki, a jedynie potwierdził, że zaoferowany przez niego przedmiot

będzie zawierał pług o bliżej nieokreślonej szerokości w zakresie pomiędzy 2000 a 3300 mm.

Odwołujący podniósł, iż w wykonawca Joy Global (Poland) Sp. z o.o. w ramach punktów 6 i 9 Załącznika nr 2a i 2b do SIWZ (odpowiednio strona 27 i 29 oferty) nie zaoferował jednego konkretnego przedmiotu o konkretnie określonym parametrze, zaoferował natomiast bliżej nieokreśloną liczbę przedmiotów o przekroju urabiania 22m² i więcej oraz o nieokreślonej szerokości pługa ładowarki (podano jedynie, że szerokość ta mieści się gdzieś w zakresie pomiędzy 2000 a 3300 mm).

Podobnie, Bumech S.A. w punktach 8 i 9 Załącznika nr 2a oraz Załącznika nr 2b do SIWZ (odpowiednio strona 10 i 11 oferty) także nie sprecyzował parametru przedmiotu zamówienia w zakresie szerokości pługa ładowarki poprzestając jedynie na tym, że szerokość ta mieści się gdzieś w zakresie pomiędzy 2000 a 3300 mm. Ponadto, wskazano również kilka alternatywnych parametrów w zakresie nacisku jednostkowego na spąg podając, że wynosi on do 0,14 MPa, podczas gdy każdy kombajn chodnikowy może posiadać tylko jeden, ściśle określony poziom nacisku jednostkowego na spąg, który powinien zostać przez wykonawcę dookreślony.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w punkcie XIII ppkt 1) i 2) SIWZ zamawiający wskazał, że dla potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ, wykonawcy mają obowiązek dołączyć do oferty wykaz spełnienia istotnych dla zamawiającego parametrów techniczno - użytkowych zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 2a w przypadku składania ofert na zadanie 1 - 7 lub Załącznik nr 2b w przypadku składania ofert na zadanie 8-10. W punkcie XV ppkt 1) SIWZ zamawiający wyraźnie wskazał, że ofertę należy sporządzić dokładnie według dołączonego Formularza Ofertowego zgodnie z Załącznikiem nr 2, 2a, 2b. W punkcie XV ppkt 2) SIWZ dodatkowo podkreślono, że treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ.

Jak wskazał odwołujący, w Załączniku nr 2a i 2b do SIWZ zamawiający określił poszczególne wymagania stawiane co do przedmiotu zamówienia. Wymagania te zostały opisane dwójako: albo jako ogólny wymóg (pkt 10-19) albo jako wymóg w zakresie posiadanych przez przedmiot zamówienia parametrów (pkt 2-9). Jednocześnie, w kolumnie trzeciej zamawiający wskazał, w jaki sposób należy opisać przedmiot zamówienia w zakresie poszczególnych wymagań - opis przedmiotu zamówienia powinien nastąpić albo poprzez wskazanie, że dany ogólny wymóg jest spełniony, albo w przypadku postawienia przez zamawiającego wymogu odnoszącego się do jakiegoś parametru - poprzez wskazanie parametru oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyraźnie wskazał, że oferowany przedmiot należy opisać odpowiednio: spełnia/nie spełnia lub wartość

parametru. Odwołujący podkreślił, że zamawiający w tym zakresie nie pozostawił wykonawcy żadnego wyboru. Zdaniem odwołującego, w przypadku wymogu opisanego przez odniesienie się do jakiegokolwiek parametru wykonawca zobowiązany był podać konkretny parametr, zwłaszcza w przypadku, gdy wymóg w zakresie tego parametru został przez zamawiającego opisany widełkowo, lub jako wielkość maksymalna lub minimalna. Jak stwierdził odwołujący, wykonawca nie mógł poprzestać na ogólnym stwierdzeniu „spełnia/nie spełnia”, gdyż opisanie przedmiotu zamówienia w ten sposób możliwe było tylko w zakresie wymagań wskazanych w pkt 10-19 Załącznika nr 2a i 2b do SIWZ.

Odnosząc się do poszczególnych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący stwierdził, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne - Maszyny Górnicze Sp. z o.o. i Kopex Machinery S.A. dokonując opisu oferowanego przedmiotu, w Załączniku nr 2a (str. 43 oferty), w Załączniku nr 2b (str. 44 oferty), w Załączniku nr 2b (str. 45 oferty), wbrew wyraźnemu wymogowi postawionemu w SIWZ w punkcie 2, 6 oraz 9, nie wskazali wartości parametru oferowanego przedmiotu w ramach opisu parametru wymaganego przez zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Bumech S.A. dokonując opisu oferowanego przedmiotu w Załączniku nr 2a (str. 10 oferty) i w Załączniku nr 2b (str. 11 oferty), wbrew wyraźnemu wymogowi postanowionemu w SIWZ, w punkcie 2, 8 oraz 9 nie wskazał wartości parametru oferowanego przedmiotu w ramach opisu parametru wymaganego przez zamawiającego w SIWZ.

Jak zauważył odwołujący, wykonawca Joy Global (Poland) Sp. z o.o. dokonując opisu oferowanego przedmiotu w Załączniku nr 2a (str. 27 - 28 oferty) i w Załączniku nr 2b (str. 29-30 oferty), wbrew wyraźnemu wymogowi postanowionemu w SIWZ, w punkcie 2, 6 oraz 9 nie wskazał wartości parametru oferowanego przedmiotu w ramach opisu parametru wymaganego przez zamawiającego w SIWZ.

Dodatkowo, odwołujący podniósł, iż oferta Joy Global (Poland) Sp. z o.o. jest sprzeczna z treścią pkt XIII ppkt 3) SIWZ. W ww. postanowieniu SIWZ zamawiający wymagał, aby na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w Załączniku nr 1, dołączyć do oferty „wyciąg z dokumentacji technicznej oferowanego kombajnu w części potwierdzającej spełnienie parametrów wymaganych w SIWZ, w przypadku braku odniesienia w DTR/instrukcji użytkownika do wymagań opisanych w SIWZ, Zamawiający uzna oświadczenie wykonawcy o spełnieniu wszystkich wymagań zawartych w SIWZ (...)”. Odwołujący zauważył, że wykonawca Joy Global (Poland) Sp. z o.o., w celu spełnienia ww. wymagania SIWZ, załączył do oferty oświadczenie

o spełnieniu przez oferowane kombajny wymagań SIWZ. Wykonawca ten nie załączył jednak ani DTR, ani też instrukcji obsługi oferowanych kombajnów. W związku z powyższym, niemożliwe było dokonanie przez zamawiającego oceny, czy złożenie przez wykonawcę wyłącznie oświadczenia było wystarczające. Zdaniem odwołującego, aby dokonać tej oceny, zamawiający musiał zapoznać się z DTR lub instrukcją obsługi, która miała być przedłożona przez wykonawcę.

Jak wskazał odwołujący, złożenie przez Joy Global (Poland) Sp. z o.o. wyłącznie oświadczenia, o którym mowa w pkt XIII ppkt 3 SIWZ, nie było wystarczające, o czym świadczy treść DTR odnoszących się do kombajnów oferowanych przez Joy Global (Poland) Sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu, a złożonych w innych postępowaniach przeprowadzanych przez innych zamawiających. Odwołujący stwierdził, że z treści tych dokumentów wyraźnie wynika, że odnoszą się one do parametrów wymaganych w SIWZ, a zatem w świetle postanowień pkt XIII ppkt 3 SIWZ, w postępowaniu powinien zostać przedłożony dokument DTR, a nie samo oświadczenie wykonawcy.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert w ramach wszystkich zadań objętych postępowaniem,
- nakazanie zamawiającemu odrzucenia ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne - Maszyny Górnicze Sp. z o.o. i Kopex Machinery S.A., Joy Global (Poland) Sp. z o.o., Bumech S.A. w ramach wszystkich zadań, których te oferty dotyczą.

W dniu 15 maja 2014 r. odwołujący wniósł uzupełnienie odwołania wniesionego w dniu 14 maja 2014 r. zarzucając zamawiającemu dodatkowo naruszenie:

- art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 387§1 k.c. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez nie unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wadą,
- art. 89 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 82 ust. 1 w zw. z art. 83 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 7 ustawy Pzp przez nie odrzucenie oferty złożonej przez KFG Mining Group Sp. z o.o. w ramach wszystkich zadań, których ww. oferta dotyczy, jako sprzecznej z przepisami prawa, która to sprzeczność polega na tym, że wskazany wykonawca faktycznie złożył zamiast jednej oferty, jak wymaga tego art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, dwie oferty, bądź też złożył oferty wariantowe

w rozumieniu art. 2 pkt 7 ustawy Pzp, pomimo braku zgody na to zamawiającego,

- art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp przez nie odrzucenie oferty złożonej przez KFG Mining Group Sp. z o.o. w ramach wszystkich zadań, których ww. oferta dotyczy, pomimo nie spełnienia przez ww. ofertę wymagań SIWZ w zakresie następujących jej postanowień: pkt V, pkt XV ppkt 1), 2) i 3), pkt XIII ppkt 1), 2), Załącznika nr 2a i Załącznika nr 2b.

Uzasadniając stawiane zarzuty odwołujący stwierdził, że z uwagi na terminy dostaw wskazane przez zamawiającego w Załączniku nr 8 do SIWZ oraz wiążący charakter harmonogramu dostaw umowa, która zostanie zawarta w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania będzie umową o świadczenie niemożliwe co najmniej w zakresie zadań nr 2, 3, 4, 8 i 18. Odwołujący wskazał na okoliczność, iż aukcja elektroniczna została wyznaczona przez zamawiającego na 15-16 maja 2014 r. Odwołujący wywiódł, iż wobec treści art. 94 ust. 1 ustawy Pzp zawarcie umowy będzie możliwe najwcześniej w dniu 26 maja 2014 r., co nie pozwoli na wypełnienie postanowień §4 ust. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ. Odwołujący stwierdził, że wykonanie umowy, która zostanie zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania, w terminach wskazanych w harmonogramie podanym w SIWZ, jest obiektywnie niemożliwe przez jakiegokolwiek wykonawcę, zachodzi zatem obiektywna, pierwotna niemożliwość świadczenia. To z kolei, na mocy art. 387§1 k.c. powoduje, że umowa o takiej treści będzie nieważna od samego początku.

Odwołujący zauważył, że wykonawca KFG Mining Group Sp. z o.o. w ramach pkt 9 Załącznika 2a i 2b do SIWZ (odpowiednio strona Załącznik nr 1 i 3 do oferty) nie zaoferował jednego konkretnego przedmiotu o konkretnie określonym parametrze, zaoferował natomiast bliżej nieokreśloną liczbę przedmiotów o nieokreślonej szerokości pługa ładowarki (podano jedynie, że szerokość ta mieści się gdzieś w zakresie pomiędzy 2000 a 3000 mm).

Odwołujący wskazał ponadto, że wykonawca KFG Mining Group Sp. z o.o. dokonując opisu oferowanego przedmiotu, w Załączniku nr 2a (odpowiednio załącznik nr 1 do oferty) i w Załączniku nr 2b (odpowiednio załącznik nr 3 do oferty), wbrew wyraźnemu wymogowi postawionemu w SIWZ, w punkcie 2 oraz 9 nie wskazał ściśle określonych wartości parametru oferowanego przedmiotu w ramach opisu parametru wymaganego przez zamawiającego w SIWZ ograniczając się jedynie do podania parametru widełkowo, tj. do powtórzenia postanowień SIWZ w tym zakresie.

Odwołujący wniósł dodatkowo (ewentualnie) o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- odrzucenia oferty KFG Mining Group Sp. z o.o.

W dniu 19 maja 2014 r. odwołujący złożył oświadczenie, iż wycofuje zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 387§1 k.c. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez nie unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wadą.

W dniu 21 maja 2014 r. odwołujący wniósł uzupełnienie odwołania zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 387§1 k.c. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 140 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 144 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp przez nie unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wadą.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią opracowanego przez zamawiającego dokumentu „Harmonogram dostaw, zestawienie potrzeb KW S.A. w zakresie pozyskania kombajnów chodnikowych w latach 2014-2015” w czerwcu 2014 r. nastąpić powinna dostawa 5 kombajnów, w tym:

- w terminie do dnia 15 czerwca 2014 r. kombajn na KWK Ziemowit (zadanie 2),
- w terminie do dnia 23 czerwca 2014 r. kombajn na KWK Knurów - Szczygłowi (zadanie 3),
- w terminie do dnia 1 czerwca 2014 r. kombajn na KWK Halemba-Wirek (zadanie 4),
- w terminie do dnia 1 czerwca 2014 r. kombajn na KWK Jankowice (zadanie 8),
- w terminie do dnia 1 czerwca 2014 r. kombajn na KWK Bielszowice (zadanie 18).

Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia §4 ust. 1 i 3 Załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia umowy”, a ponadto zauważył, że zamawiający nie przewidział możliwości zmiany umowy w zakresie zmiany harmonogramu dostaw. Z powyższego odwołujący wywiódł, iż zamawiający nie ma możliwości zmiany wskazanego w Załączniku nr 8 do SIWZ Harmonogramu dostaw i Harmonogram ten będzie wiążący dla wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Co za tym idzie, jak wskazał odwołujący, umowa, która zostanie zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania będzie umową o świadczenie niemożliwe co najmniej w zakresie ww. pięciu zadań. Powyższe, jak stwierdził odwołujący, wynika z faktu, iż na dzień 22-23 maja 2014 r. wyznaczono aukcję elektroniczną. Ponadto, zgodnie z art. 94 ust. 1 ustawy Pzp zawarcie umowy jest możliwe nie wcześniej niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, zatem zawarcie umowy będzie możliwe najwcześniej w dniu 3 czerwca

2014 r. przy założeniu, że informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty zostanie przesłana do wykonawców jeszcze w dniu 23 maja 2014 r. Powyższe wskazuje, że umowa zostanie zawarta już po terminie wykonania zamówienia w zakresie trzech zadań, w których termin dostawy pierwszych kombajnów został wyznaczony na dzień 1 czerwca 2014 r.

Odwołujący zauważył, że w związku z wymogiem złożenia przez oddział zamawiającego zamówienia (zapotrzebowania) na kombajn na nie mniej niż 30 dni przed terminem dostawy, w którym to zamówieniu mają być wskazane m.in. parametry kombajnu oraz jego wyposażenie, nie jest możliwe wykonanie umowy i dostarczenie kombajnów, których dostawa przewidziana jest na okres do co najmniej 3 lipca 2014 r.

Odnosząc się do kombajnów objętych zadaniem 2, 4, 8 i 18, gdzie termin dostawy został przewidziany na dzień 1 czerwca 2014 r., odwołujący wskazał, że nie jest też możliwe przesunięcie dostawy, gdyż zgodnie z §4 ust. 3 Załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia umowy”, dzierżawca ma obowiązek poinformowania wydierżawiającego o zamiarze przesunięcia terminu dostawy z co najmniej 14-dniowym wyprzedzeniem, przy czym oczywiste jest, że poinformowanie może mieć miejsce dopiero po zawarciu umowy z konkretnym wykonawcą.

Mając powyższe na uwadze odwołujący stwierdził, że wykonanie umowy w terminach wskazanych w Harmonogramie dostaw jest obiektywnie niemożliwe przez jakiegokolwiek wykonawcę, a zatem zachodzi obiektywna, pierwotna niemożliwość świadczenia. To z kolei na mocy art. 387§1 k.c. powoduje, że umowa o takiej treści będzie nieważna od samego początku. Odwołujący podkreślił, że nie jest możliwe usunięcie zaistniałej nieprawidłowości, gdyż:

- w przypadku próby jej usunięcia w drodze zmiany SIWZ stanowiłoby to naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp,
- w przypadku próby jej usunięcia w drodze zmiany umowy, która zostanie zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania w stosunku do wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ stanowiłoby to naruszenie art. 140 ustawy Pzp,
- w przypadku próby jej usunięcia poprzez zmianę (aneksowanie) umowy, która zostanie zawarta z wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, stanowiłoby to naruszenie art. 144 ustawy Pzp.

Tym samym, w ocenie odwołującego, spełniona została przesłanka, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, która powinna skutkować unieważnieniem przez zamawiającego postępowania.

Niezależnie od wniosków złożonych w odwołaniu i jego uzupełnieniu z dnia 15 maja 2014 r. odwołujący wniósł dodatkowo (ewentualnie) o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Nie potwierdziły się podnoszone przez odwołującego zarzuty dotyczące treści ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne - Maszyny Górnicze Sp. z o.o. i Kopex Machinery S.A., wykonawcę Joy Global (Poland) Sp. z o.o., wykonawcę Bumech S.A. oraz wykonawcę KFG Mining Group Sp. z o.o.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt XV ppkt 1 SIWZ zamawiający wymagał, aby oferta została sporządzona dokładnie wg dołączonego Formularza Ofertowego lub na nim, zgodnie z Załącznikiem nr 2, 2a, 2b. Izba ustaliła również, że kolumna czwarta tabel zawartych w Załączniku nr 2a do SIWZ „Wykaz spełnienia istotnych dla zamawiającego wymagań i parametrów technicznych dla zadania nr 1-7” oraz w Załączniku nr 2b do SIWZ „Wykaz spełnienia istotnych dla zamawiającego wymagań i parametrów technicznych dla zadania nr 8-20” nosi tytuł „Oferowane (wpisać odpowiednio: spełnia/nie spełnia, lub wartość parametru)”. W pkt XIII ppkt 3 SIWZ zamawiający postawił też wymaganie, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego, wyciąg z dokumentacji technicznej oferowanego kombajnu w części potwierdzającej spełnienie parametrów wymaganych w SIWZ.

W zakresie poszczególnych wymagań kwestionowanych przez odwołującego Izba stwierdziła:

1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne - Maszyny Górnicze Sp. z o.o. i Kopex Machinery S.A. zaoferowali dla zadań 1-7 kombajn o typie KTW-150/1, dla zadań 8 i 18 kombajn o typie AM-50-Bumech/z1, zaś dla zadań 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19 i 20 kombajn o typie KTW-100

- w poz. 2 tabeli Załącznika nr 2a do SIWZ „Rc urabiania skał” parametr „do min. 80 MPa z zastosowaniem organu poprzecznego z dwoma głowicami urabiającymi” – wykonawcy jako oferowany parametr wpisali „TAK”, zaś na stronie 56 oferty złożyli oświadczenie, iż wytrzymałość na jednoosiowe ściskanie urabianej skały mierzonej w calźnie przodka wynosi w przypadku tego kombajnu max. 100 MPa,

- w poz. 2 tabeli Załącznika nr 2b do SIWZ „Rc urabiania skał” parametr „do min. 60 MPa z zastosowaniem organu poprzecznego z dwoma głowicami urabiającymi” – wykonawcy jako oferowany parametr wpisali „TAK”, zaś na stronie 75 oferty złożyli oświadczenie, iż parametr ten dla kombajnu o typie AM-50-Bumech/z1 wynosi do 60 MPa, a dla kombajnu o typie KTW-100 max. 60 MPa (strona 67 oferty),

- w poz. 6 tabeli Załącznika nr 2a do SIWZ „Przekrój urabiania z jednego ustawienia kombajnu” parametr „co najmniej 22m²” – wykonawcy jako oferowany parametr wpisali „TAK”, a na stronie 56 oferty znajduje się potwierdzenie spełnienia tego parametru w postaci oświadczenia „Przekrój wyrobiska z jednego ustawienia” min. 22m², max. 26,5m²,

- w poz. 6 tabeli Załącznika nr 2b do SIWZ „Przekrój urabiania z jednego ustawienia kombajnu” parametr „co najmniej 22m²” – wykonawcy jako oferowany parametr wpisali „TAK”, zaś na stronie 75 oferty złożyli oświadczenie, iż parametr ten dla kombajnu o typie AM-50-Bumech/z1 wynosi 22m², a dla kombajnu o typie KTW-100 22m² (strona 67 oferty),

- w poz. 9 tabeli Załącznika nr 2a do SIWZ „Szerokość pługa ładowarki zawarta w przedziale” parametr „od min. 2000mm do max. 3300mm” - wykonawcy jako oferowany parametr wpisali „TAK”, a na stronie 58 oferty znajduje się potwierdzenie spełnienia tego parametru na poziomie 3300mm,

- w poz. 9 tabeli Załącznika nr 2b do SIWZ „Szerokość pługa ładowarki zawarta w przedziale” parametr „od min. 2000mm do max. 3300mm” - wykonawcy jako oferowany parametr wpisali „TAK”, a potwierdzenie powyższego – „2500mm, do 3000mm” - znajduje się na stronie 75 oferty dla kombajnu o typie AM-50-Bumech/z1, a dla kombajnu o typie KTW-100 – „3000mm” – na stronie 73 oferty,

2) wykonawca Joy Global (Poland) Sp. z o.o. zaoferował dla zadań 5-7 kombajn o typie RH150CD, zaś dla zadań 9, 12, 13, 14, 15, 16, 19 i 20 kombajn o typie RH100CD

- w poz. 2 tabeli Załącznika nr 2a do SIWZ „Rc urabiania skał” parametr „do min. 80 MPa z zastosowaniem organu poprzecznego z dwoma głowicami urabiającymi” – wykonawca jako oferowany parametr wpisał „SPEŁNIA”, a potwierdzenie powyższego znajduje się na 2 stronie wyciągu z Dokumentacji Technicznej – „do 80 MPa”,

- w poz. 2 tabeli Załącznika nr 2b do SIWZ „Rc urabiania skał” parametr „do min. 60 MPa z zastosowaniem organu poprzecznego z dwoma głowicami urabiającymi” – wykonawca jako oferowany parametr wpisał „SPEŁNIA”, a potwierdzenie powyższego znajduje się na 2 stronie wyciągu z Dokumentacji Technicznej – „do 60 MPa”,

- w poz. 6 tabeli Załącznika nr 2a do SIWZ „Przekrój urabiania z jednego ustawienia kombajnu” parametr „co najmniej 22m²” – wykonawca jako oferowany parametr wpisał „SPEŁNIA”, a potwierdzenie powyższego znajduje się na 2 stronie wyciągu z Dokumentacji Technicznej – „24m²”,

- w poz. 6 tabeli Załącznika nr 2b do SIWZ „Przekrój urabiania z jednego ustawienia kombajnu” parametr „co najmniej 22m²” – wykonawca jako oferowany parametr wpisał „SPEŁNIA”, a potwierdzenie powyższego znajduje się na 2 stronie wyciągu z Dokumentacji Technicznej – „24m²”,

- w poz. 9 tabeli Załącznika nr 2a do SIWZ „Szerokość pługa ładowarki zawarta w przedziale” parametr „od min. 2000mm do max. 3300mm” - wykonawca jako oferowany parametr wpisał „SPEŁNIA”, a potwierdzenie powyższego znajduje się na 2 stronie wyciągu z Dokumentacji Technicznej – „2,9m²”,

- w poz. 9 tabeli Załącznika nr 2b do SIWZ „Szerokość pługa ładowarki zawarta w przedziale” parametr „od min. 2000mm do max. 3300mm” - wykonawca jako oferowany parametr wpisał „SPEŁNIA”, a potwierdzenie powyższego znajduje się na 2 stronie wyciągu z Dokumentacji Technicznej – „2,9m²”,

3) wykonawca Bumech S.A. zaoferował dla zadań 1-20 kombajn o typie AM-50-BUMECH/Z1

- w poz. 2 tabeli Załącznika nr 2a do SIWZ „Rc urabiania skał” parametr „do min. 80 MPa z zastosowaniem organu poprzecznego z dwoma głowicami urabiającymi” – wykonawca jako oferowany parametr wpisał „SPEŁNIA”, a potwierdzenie powyższego znajduje się na stronie 60 oferty – „do 80 MPa”,

- w poz. 2 tabeli Załącznika nr 2a do SIWZ „Rc urabiania skał” parametr „do min. 60 MPa z zastosowaniem organu poprzecznego z dwoma głowicami urabiającymi” – wykonawca

jako oferowany parametr wpisał „SPEŁNIA”, a potwierdzenie powyższego znajduje się na stronie 60 oferty – „do 60 MPa”,

- w poz. 8 tabeli Załącznika nr 2a do SIWZ „Nacisk jednostkowy na spąg maksymalnie” parametr „do 0,14 MPa” - wykonawca jako oferowany parametr wpisał „SPEŁNIA”, a potwierdzenie powyższego znajduje się na stronie 64 oferty – „0,11 MPa”,

- w poz. 8 tabeli Załącznika nr 2b do SIWZ „Nacisk jednostkowy na spąg maksymalnie” parametr „do 0,14 MPa” - wykonawca jako oferowany parametr wpisał „SPEŁNIA”, a potwierdzenie powyższego znajduje się na stronie 64 oferty – „0,11 MPa”,

- w poz. 9 tabeli Załącznika nr 2a do SIWZ „Szerokość pługa ładowarki zawarta w przedziale” parametr „od min. 2000mm do max. 3300mm” - wykonawca jako oferowany parametr wpisał „SPEŁNIA”, a potwierdzenie powyższego znajduje się na 64 stronie oferty – „2000mm, 2500mm lub 3000mm”,

- w poz. 9 tabeli Załącznika nr 2b do SIWZ „Szerokość pługa ładowarki zawarta w przedziale” parametr „od min. 2000mm do max. 3300mm” - wykonawca jako oferowany parametr wpisał „SPEŁNIA”, a potwierdzenie powyższego znajduje się na 64 stronie oferty – „2000mm, 2500mm lub 3000mm”,

4) wykonawca KFG Mining Group Sp. z o.o. zaoferował dla zadań 1-7 kombajn o typie KCh-130(u), zaś dla zadań 8-20 kombajn o typie KCh-100

- w poz. 2 tabeli Załącznika nr 2a do SIWZ „Rc urabiania skał” parametr „do min. 80 MPa z zastosowaniem organu poprzecznego z dwoma głowicami urabiającymi” – wykonawca jako oferowany parametr wpisał „do min. 80 MPa z zastosowaniem organu poprzecznego z dwoma głowicami urabiającymi”, a potwierdzenie powyższego znajduje się na stronie 16 oferty,

- w poz. 2 tabeli Załącznika nr 2a do SIWZ „Rc urabiania skał” parametr „do min. 60 MPa z zastosowaniem organu poprzecznego z dwoma głowicami urabiającymi” – wykonawca jako oferowany parametr wpisał „do min. 60 MPa z zastosowaniem organu poprzecznego z dwoma głowicami urabiającymi”, a potwierdzenie powyższego znajduje się na stronie 30 oferty,

- w poz. 9 tabeli Załącznika nr 2a do SIWZ „Szerokość pługa ładowarki zawarta w przedziale” parametr „od min. 2000mm do max. 3300mm” - wykonawca jako oferowany parametr wpisał „min. 2000mm do 3000mm”, a potwierdzenie powyższego znajduje się na 12 stronie oferty,

- w poz. 9 tabeli Załącznika nr 2b do SIWZ „Szerokość pługa ładowarki zawarta w przedziale” parametr „od min. 2000mm do max. 3300mm” - wykonawca jako oferowany parametr wpisał „min. 2000mm do 3000mm”, a potwierdzenie powyższego znajduje się na 33 stronie oferty.

W ocenie Izby, zamawiający prawidłowo dokonał oceny ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne - Maszyny Górnicze Sp. z o.o. i Kopex Machinery S.A., wykonawcy Joy Global (Poland) Sp. z o.o., wykonawcy Bumech S.A. oraz wykonawcy KFG Mining Group Sp. z o.o. Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego stwierdzając, że użyta w kolumnie czwartej tabel zawartych w Załączniku 2a i 2b do SIWZ alternatywa łączna w postaci spójnika „lub” prowadzi do wniosku, że oba z przewidzianych sposobów opisanie parametru były wypełnieniem prawidłowym. Ponadto, zamawiający nie sprecyzował jednoznacznie, dla których paramentów zastosowanie ma ujęcie „spełnia/nie spełnia”, a dla których należy wskazać konkretny parametr. Co za tym idzie, w ocenie Izby, nie można z tak postawionego wymagania wywodzić wobec wykonawców negatywnych konsekwencji.

Izba stwierdziła również, że złożoną przez wykonawców ofertę należy czytać łącznie. Ofertę stanowi nie tylko formularz oferty, jak wywodził odwołujący, ale też dokumenty wymagane przez zamawiającego na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego. Za prawidłowe Izba uznała zatem dokonanie przez zamawiającego oceny złożonych ofert nie tylko na podstawie formularzy, które wykonawca zobowiązany był wypełnić, ale również na podstawie pozostałych dokumentów. Co za tym idzie, brak jest możliwości stwierdzenia niezgodności ww. ofert z treścią SIWZ w sytuacji, gdy w formularzu potwierdzono spełnienie wymagania przez słowo „TAK”, „SPEŁNIA” czy przez powtórzenie wymogu, ale skonkretyzowanie parametru wynika z pozostałej treści oferty. O niezgodności nie może być również mowy w przypadku złożenia przez wykonawcę oświadczenia, iż oferuje urządzenie, które charakteryzuje się parametrem znajdującym się w przedziale określonym przez zamawiającego. Powtórzenie przez wykonawcę wymagania postawionego w formie minimum, maksimum, bądź przedziału „od do” nie wypełnia definicji oferty wariantowej, przez którą, zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy Pzp, należy rozumieć ofertę przewidującą odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego, nie stanowi też o złożeniu przez wykonawcę kilku ofert.

Za zasadny Izba uznała zarzut dotyczący braku w ofercie wykonawcy Joy Global (Poland) Sp. z o.o. wyciągu z dokumentacji technicznej oferowanego kombajnu. Izba wzięła jednak pod uwagę okoliczność, iż dokument ten został przez wykonawcę uzupełniony w dniu 19 maja 2014 r. na skutek wezwania zamawiającego z dnia 15 maja 2014 r. Z tego względu Izba uznała, że uwzględnienie tego zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Nie potwierdził się zarzut zaniechania unieważnienia postępowania. Izba stwierdziła, że terminy przewidziane w Harmonogramie dostaw nie są terminami wiążącymi, co jednoznacznie wynika z postanowień §4 ust. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia które zostaną wprowadzone do umowy”, gdzie zamawiający przewidział,

że wydzierżawiający dostarczy przedmiot dzierżawy do dzierżawcy kombajnu wg orientacyjnych terminów określonych w Załączniku nr 5 do umowy, który stanowi Harmonogram dostaw. Zamawiający wskazał ponadto, że szczegółowe terminy dostaw sprecyzowane zostaną w zapotrzebowaniach (zamówieniach). O dacie realizacji dostawy każdego kombajnu dzierżawca powiadomi wydzierżawiającego w zapotrzebowaniu (zamówieniu) przekazanym nie mniej niż 30 dni od pożądanego terminu dostawy danego kombajnu. Zamawiający brał pod uwagę również możliwość przesunięcia terminu dostawy w przypadku wystąpienia opóźnienia w uruchomieniu drążonego wyrobiska (§4 ust. 3 Załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia które zostaną wprowadzone do umowy”). Co więcej, zamawiający przewidział możliwość przesunięcia terminu zawarcia umowy dopuszczając w modyfikacji SIWZ z dnia 21 marca 2014 r., że w przypadku, gdy data zawarcia umowy przypada później niż na miesiąc przed planowanym terminem pozyskania pierwszego kombajnu w ramach danego zadania, wymagany termin realizacji dostawy kombajnów wyniesie 14 dni od daty przekazania wydzierżawiającemu zapotrzebowania (zamówienia) (Zmiana VIII). Powyższe postanowienia w sposób nie budzący wątpliwości wskazują na to, że podane w Harmonogramie dostaw terminy stanowiły jedynie szacunek zamawiającego co do okresu, w jakim będzie wyrażał zapotrzebowanie na poszczególne urządzenia. Nie wiążą one jednak stron – umowa zostanie zawarta dla zapotrzebowań przekazanych w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia 31 grudnia 2015 r. z możliwością przedłużenia tego okresu w przypadku, gdy jej wartość nie zostanie wyczerpana do dnia 31 czerwca 2015 r. (§2 ust. 2 Załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia które zostaną wprowadzone do umowy”). Wobec przytoczonych powyżej postanowień brak jest podstaw do stwierdzenia pierwotnej niemożności świadczenia, nie zaistniały też podstawy do dokonywania modyfikacji SIWZ czy zmiany umowy w przedmiotowym zakresie.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz §5 ust. 3 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: