Sygn. akt: KIO 2261/17, KIO 2269/17, KIO 2270/17, KIO 2287/17

WYROK

z dnia 13 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Beata Konik
Emil Kuriata

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie **8 listopada 2017 r.** w Warszawie odwołań wniesionych **27 i 30 października 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:
A. F. S.A. z siedzibą w K. – sygn. akt KIO 2261/17
B. S. S. P. sp. z o.o. z siedzibą w T. – sygn. akt KIO 2269/17
C. B. sp. z o.o. z siedzibą w Ś. – sygn. akt KIO 2270/17
D. F(1) s.r.o. z siedzibą w F(2) nad O. (C.) – sygn. akt KIO 2287/17
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Leasing finansowy wraz z dostawą nowych ciągników spalinowych kolejek podwieszonych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej Sp. z o.o.* (nr postępowania 701700070)
prowadzonym przez zamawiającego: **P. G. G. sp. z o.o. z siedzibą w K.**
przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:
A. F. S.A. z siedzibą w K. – w sprawach o sygn. akt: KIO 2269/17, KIO 2270/17, KIO 2287/17
B. S. S. P. sp. z o.o. z siedzibą w T. – w sprawie o sygn. akt KIO 2261/17

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania **w sprawie o sygn. akt KIO 2261/17** obciąża **odwołującego F. S.A. z siedzibą w K.** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego F. S.A. z siedzibą w K.** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **odwołującego F. S.A. z siedzibą w K.** na rzecz **zamawiającego P. G. G. sp. z o.o. z siedzibą w K.** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **–** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.
3. Kosztami postępowania **w sprawie o sygn. akt KIO 2269/17** obciąża **odwołującego S. S. P. sp. z o.o. z siedzibą w T.** i:
3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **S. S. P. sp. z o.o. z siedzibą w T.** tytułem wpisu od odwołania,
3.2. zasądza od **odwołującego S. S. P. sp. z o.o. z siedzibą w T.** na rzecz **zamawiającego P. G. G. sp. z o.o. z siedzibą w K.** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.
4. Kosztami postępowania **w sprawie o sygn. akt KIO 2270/17** obciąża **odwołującego B. sp. z o.o. z siedzibą w Ś.** i:
4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **B. sp. z o.o. z siedzibą w Ś.** tytułem wpisu od odwołania,
4.2. zasądza od **odwołującego B. sp. z o.o. z siedzibą w Ś.** na rzecz

zamawiającego P. G. G. sp. z o.o. z siedzibą w K. kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

5. Kosztami postępowania **w sprawie o sygn. akt KIO 2287/17** obciąża **odwołującego F(1) s.r.o. z siedzibą w F(2) nad O.** i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego F(1) s.r.o. z siedzibą w F(2) nad O.** tytułem wpisu od odwołania,

5.2. zasądza od **odwołującego F(1) s.r.o. z siedzibą w F(2) nad O.** na rzecz **zamawiającego P. G.G. sp. z o.o. z siedzibą w K.** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w K..**

Przewodniczący: ……

……

……

Uzasadnienie

{KIO 2261/17, KIO 2269/17, KIO 2270/17, KIO 2287/17}

Zamawiający P. G. G. sp. z o.o. z siedzibą w K. {dalej również: „PGG"} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp") w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn. *Leasing finansowy wraz z dostawą nowych ciągników spalinowych kolejek podwieszonych dla Oddziałów P. G. G.j Sp. z o.o.* (nr postępowania 701700070).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 października 2017 r. w nr 2017/S_200 pod poz. 412353. W tym samym daniu Zamawiający udostępnił również na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja", „SIWZ" lub „s.i.w.z."}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

{KIO 2261/17}

27 października 2017 r. Odwołujący F. S.A. z siedzibą w K. {dalej również: „F."} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej odwołanie (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w poniżej sprecyzowanym zakresie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36aa ust. 1 – przez dokonanie w części III SIWZ – Przedmiot zamówienia w odniesieniu do zadania 1 – *Leasing finansowy wraz z dostawą 18 nowych*

ciągników spalinowych kolejek podwieszanych o mocy silnika min. 80 kW i sile uciągu: min. 80 kN – 11 szt. min. 100 kN – 6 szt oraz min. 120 kN – 1 szt) (dodatkowy zakres opcjonalny: min 80 kN -1 szt. oraz min, 120 kN – 3 szt.) – podziału przedmiotu zamówienia w sposób, który powoduje, że postępowanie jest przygotowane i prowadzone z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uniemożliwiona jest uczciwa konkurencja.

2. Art. 43 ust. 2 w zw. z art. 43 ust. 2b w zw. z art. 7 ust. 1 – przez wyznaczenie zbyt krótkiego, niezgodnego z przepisami ustawy terminu składania ofert, co w rezultacie stanowi przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób utrudniający

zachowanie uczciwej konkurencji i prowadzi do nierównego traktowania wykonawców. unieważnienie postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian SIWZ:

1. Część III SIWZ dla zadania nr 1 – podział tego zadania na mniejsze zadania, z których żadne nie powinno obejmować swym zakresem więcej niż 10 ciągników spalinowych kolejek podwieszanych.
2. Część XVIII pkt 7 ppkt 2 SIWZ – wydłużenia terminu składania ofert do co najmniej 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej tj. wyznaczenie tego terminu najwcześniej na 22 listopada 2017 r.

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano dodatkowe okoliczności faktyczne i prawne w odniesieniu do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Odwołujący zwrócił uwagę, że wprawdzie Zamawiający dokonał podziału zamówienia na cztery zadania, stosując art. 36aa ust. 1 pzp, jednak zadaniem nr 1 objął łącznie aż 18 nowych ciągników spalinowych kolejek podwieszonych o mocy silnika min. 80 kW i sile uciągu: min. 80 kN – 11 szt., min. 100 kN – 6 szt. oraz min. 120 kN – 1 szt., jednocześnie wskazując dodatkowy zakres opcjonalny dla kolejek o sile uciągu min. 80 kN – 1 szt. oraz min. 120 kN – 3 szt.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że wydzielając do zadania nr 1 aż 18 spośród 40 sztuk ciągników spalinowych kolejek podwieszanych zaniechał badania wszystkich istotnych dla realizacji zamówienia okoliczności (czy taki podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe), w tym zbadania sytuacji podmiotowej potencjalnych wykonawców, tj. jego decyzja nie narusza zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp. zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Odwołujący skonkretyzował, że wyprodukowanie w terminach wymaganych przez Zamawiającego 18 szt. ciągników przez jednego wykonawcę jest wysoce mało prawdopodobne z uwagi na ograniczoną dostępność w wymaganych terminach niezbędnych podzespołów. Utrzymywanie zdolności do realizacji takiego zamówienia w takim terminie wymagałoby od wykonawców utrzymywania zapasów niezbędnych podzespołów, takich jak silniki hydrauliczne czy pompy hydrauliczne, co jest nieuzasadnione ekonomicznie.

Ponadto w ocenie Odwołującego dokonany podział nie znajduje uzasadnienia w

potrzebach Zamawiającego, zaś prowadzi jedynie do znaczącego ograniczenia (o ile nie, w ogóle wykluczenia) uczciwej konkurencji, gdyż w zadaniu nr 1 uprzywilejowaną pozycję zyskują wykonawcy, którzy na moment opublikowania ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ dysponowali zapasami części i podzespołów umożliwiającymi zrealizowanie przedmiotu zamówienia w terminach wymaganych przez Zamawiającego. Natomiast według wiedzy Odwołującego zakres zadania nr 1 przy wymaganym terminie realizacji w połączeniu z

krótkim terminem składania ofert uniemożliwia złożenie oferty wielu potencjalnym wykonawcom (w tym Odwołującemu), którzy w razie podziału tego zadnia na mniejsze części byliby zdolni wykonać przedmiot zamówienia.

Według Odwołującego postulowany przez niego podział na mniejsze zadania (obejmujące maksymalnie 10 ciągników) zwiększy również szanse Zamawiającego na uzyskanie w oczekiwanych terminach przedmiotu zamówienia, za najprawdopodobniej bardziej korzystną cenę (wobec większej konkurencji) oraz zapewni lepszą dostępność części zamiennych (jest mało prawdopodobne, aby którykolwiek z producentów był w stanie utrzymywać odpowiednią ilość części zamiennych na stanach magazynowych dla 18 szt. ciągników, co stwarza ryzyko przestojów w razie awarii kolejek). Jednocześnie dokonanie takiego podziału nie spowoduje, że uzasadnione potrzeby Zmawiającego będą zaspokojone w mniejszym stopniu.

{ad pkt 2 listy zarzutów}

Zarzut wycofany.

{KIO 2269/17}

30 października 2017 r. Odwołujący S. S. P. sp. z o.o. z siedzibą w T. {dalej również: „S."} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w stosownej formie elektronicznej odwołanie (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w poniżej sprecyzowanym zakresie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp przez zaniechanie wskazania: a) w części V SIWZ – miejsca dostaw poszczególnych maszyn, tj. konkretnych kopalń, do których mają być dostarczone maszyny, b) w części V SIWZ – ilości i typu maszyn, które należy dostarczyć w poszczególnych miesiącach do konkretnych kopalń, poprzestając na podaniu, że Zamawiający określi w umowie ilość i typ maszyn, które należy

dostarczyć do danej kopalni w poszczególnych miesiącach; c) w załączniku nr 2a do SIWZ w tabeli zawierającej opis zadania nr 1, 2, 3, w pkt 22 i 28, które ciągniki spalinowe objęte zadaniem nr 1 i które ciągniki manewrowe objęte zadaniem 4. mają być wyposażone w metanomierz, poprzestając na podaniu, że dla 7 spośród 18 ciągników objętych zadaniem nr 1 oraz dla 7 spośród 10 ciągników objętych zadaniem nr 4 Zamawiający wymaga dostawy ciągników wyposażonych w metanomierz, przy czym ciągniki te zostaną wskazane w umowie; d) w części III SIWZ, które ciągniki objęte zakresem opcjonalnym mają być wyposażone w metanomierz, poprzestając na wskazaniu, że w przypadku potrzeby skorzystania z zakupów w ramach opcji Zamawiający wskaże, czy dany ciągnik ma być wyposażony (lub nie) w metanomierz.

2. Art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 36aa ust. 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 6 – przez niedopuszczenie w pkt 1 części VI SIWZ możliwości składania ofert częściowych, mimo że Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na części (zadania).
3. Art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 36aa ust. 1 i 2 – przez opis w części III i IV przedmiotu zamówienia w ten sposób, że zadanie nr 1 obejmuje leasing i dostawę aż 18 ciągników spalinowych do kolejek podwieszonych, co utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian SIWZ:

1. Wskazania miejsca dostaw poszczególnych maszyn, tj. konkretnych kopalń, do których mają być dostarczone maszyny.
2. Wskazania, do których kopalń, ile i jakich maszyn należy dostarczyć w poszczególnych miesiącach.
3. Wskazania, które maszyny objęte zadaniem nr 1, zadaniem nr 4 i zakresem opcjonalnym mają zostać wyposażone w metanomierze.
4. Dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych, tj. ofert na zadania, na które

Zamawiający podzielił przedmiot Zamówienia w części III i IV SIWZ.

5. Podziału zadania nr 1 na co najmniej dwa zadania, z których jedno obejmuje nie więcej niż 7 ciągników spalinowych wyposażonych w metanomierze, a drugie obejmuje nie więcej niż 11 ciągników spalinowych bez metanomierzy, oraz dopuszczenie składania ofert częściowych na te zadania.

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano dodatkowe okoliczności faktyczne i prawne w odniesieniu do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 1 i 2 listy zarzutów}

Zarzuty wycofane.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Odwołujący wskazał, że na rynku działa co najmniej 5-6 podmiotów, w szczególności F. S.A., B. sp. z o.o., S. S. P. sp. z o.o., F(1) s.r.o., B.V. s.r.o, A. sp. z o.o., które oferują ciągniki objęte przedmiotem zamówienia, przy czym F. i B. oferują również inne urządzenia dla górnictwa, natomiast pozostałe podmioty specjalizują się w dostawie urządzeń do transportu.

Odwołujący zarzucił, że skumulowanie 18 ciągników spalinowych w jednym zadaniu w sposób nieuzasadniony zamyka większości z nich, jeżeli nie wszystkim, dostęp do zamówienia.

Odwołujący skonkretyzował, że z przyczyn technicznych mato prawdopodobne jest, by w terminie określonym w SIWZ którykolwiek z producentów zdołał wyprodukować i dostarczyć aż 18 ciągników spalinowych. Żaden z nich nie dostarcza bowiem na Polski rynek takiej ilości ciągników w ujęciu rocznym. Odwołujący podniósł w tym kontekście jako istotną okoliczność, że w SIWZ Zamawiający wymaga zaoferowania w ramach każdego zadania identycznego typu ciągnika. Wykonawcy oferujący ciągniki różnych producentów nie mogą zatem utworzyć konsorcjum celem zaoferowania dla zadania nr 1 ciągników różnego typu, ponieważ taka oferta jako sprzeczna z SIWZ będzie podlegać odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, że również z przyczyn finansowych mało prawdopodobne jest, aby większość wykonawców, zwłaszcza specjalizujących się w dostawie urządzeń dla transportu, była w stanie zrealizować zamówienie. Z uwagi na duży wolumen zamówienia w zakresie zadania nr 1 i specyfikę rynku górniczego pozyskanie finansowania ze strony instytucji leasingowej jest w świetle dotychczasowych doświadczeń mało prawdopodobne. Odwołujący wskazał, że nie udało mu się to w poprzednich postępowaniach. Zdaniem Odwołującego mało prawdopodobne jest również, aby większość wykonawców była w stanie zamrozić tak duże środki własne na okres 36 miesięcy.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż parametry techniczne ciągników spalinowych w Zadaniach nr 1-3 są identyczne, a zadania te różnią się wyłącznie ilością ciągników o poszczególnych siłach uciągu (przy czym w każdym zadaniu zamawiane są ciągniki o sile uciągu 80,100 i 120 kN) i liczbą ciągników wyposażonych w metanomierz (7 z 18 ciągników w zadaniu nr 1 i wszystkie ciągniki w zadaniach 2 i 3).

Według Odwołującego na podstawie treści SIWZ nie sposób ustalić, jakim kryterium kierował się Zamawiający dokonując takiego podziału zamówienia na zadania. Skoro w SIWZ nie wskazano przykładowo miejsc dostawy ciągników, to nie warunki panujące na

poszczególnych kopalniach czy stosowane tam dotychczas technologie miały dla Zamawiającego istotne znaczenie. Co więcej, zadanie nr 1 obejmuje dostawę zarówno ciągników wyposażonych w metanomierz (7), jak i ciągników bez metanomierza (11). Zamawiający wymaga jednak zaoferowania takiej samej ceny jednostkowej dla wszystkich ciągników oferowanych w ramach tego zadania (tabela cenowa w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ), mimo że instalacja metanomierza wymaga zastosowania innego typu sterowania ciągnika, a w konsekwencji koszt produkcji takiego

ciągnika jest inny, metanomierz stanowi bowiem kilka procent ceny ciągnika.

Odwołujący podsumował, że biorąc pod uwagą powyższe dokonany przez Zamawiającego podział zamówienia na zadania jest arbitralny i nie wynika z jego uzasadnionych potrzeb.

Zdaniem Odwołującego wyposażenie ciągnika w metanomierz jest kryterium, które w obiektywny sposób pozwala podzielić zadanie nr 1 na dwa mniejsze zadania, co zwiększy krąg podmiotów zdolnych ubiegać się o zamówienie i zrealizować je w terminie wymaganym przez Zamawiającego, a następnie sfinansować spłatę ceny w ratach w okresie leasingu. Taki podział zadania nr 1 umożliwi również wykonawcom rzetelną odrębną wycenę ciągników wyposażonych w metanomierz i ciągników bez metanomierza.

{KIO 2270/17}

30 października 2017 r. Odwołujący B. sp. z o.o. z siedzibą w Ś. {dalej również: „B.”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w stosownej formie elektronicznej odwołanie (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w poniżej sprecyzowanym zakresie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 – przez sformułowanie w specyfikacji wymagań w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji.
2. Art. 29 ust. 1 i 2 – przez określenie dla wszystkich zadań w treści części V SIWZ dotyczącej terminu wykonania zamówienia warunku, wedle którego Zamawiający określi w umowie ilość i typ maszyn, które należy dostarczyć do danej kopalni w poszczególnych miesiącach, w sytuacji gdy poszczególne oddziały (zakłady górnicze) przedsiębiorstwa Zamawiającego położone są w różnych miejscowościach, przy czym wedle: załącznika nr 7 do SIWZ – Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w § 6 ust. 10 pkt 1) wykonawca zobowiązuje się w ramach ceny za wykonanie zamówienia do transportu przedmiotu umowy do magazynu Zamawiającego

z uwzględnieniem konieczności zapewnienia jego zabezpieczenia przed uszkodzeniami i ubezpieczenia go na czas transportu i rozładunku; części XXII SIWZ – Opis sposobu obliczenia ceny cena całkowita oferty obejmować będzie wszelkie należności wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem opłat i podatków (także od towarów i usług); części XXIV SIWZ – Kryteria oceny oferty (dla każdego zadania) pkt 3 zasady przydzielania punktów za poszczególne kryteria są takie, że cena brutto (z VAT) obejmuje wszystkie koszty, których poniesienie niezbędne jest dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia (koszt zakupu, koszt dostawy, koszt serwisu gwarancyjnego, podatek VAT, koszty ubezpieczenia itp.); załącznika nr 1 do SIWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia pkt II Opis przedmiotu zamówienia ppkt 2) szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia obejmuje transport przedmiotu umowy do magazynu Zamawiającego z uwzględnieniem konieczności zapewnienia jego zabezpieczenia przed uszkodzeniami i ubezpieczenia go na czas transportu – tym samym Zamawiający zaniechał określenia miejsca dostaw poszczególnych ciągników w SIWZ, a opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności na skalkulowanie ceny oferty w poszczególnych zadaniach, a przez to jest opisany w sposób, który co najmniej może utrudniać uczciwą konkurencję.
3. Art. 29 ust. 1 i 2 – przez określenie w treści części III, w pkt 1 załącznika nr 1 do SIWZ, oraz w załączniku nr 2 do SIWZ – Formularz oferty informacji o dodatkowym zakresie opcjonalnym dla zdań nr 1, 2 i 3 w taki sposób, że w sytuacji, gdy Zamawiający, jak wynika z treści załącznika nr 2 do SIWZ dla zadań 1, 2 i 3, w tabelach dla poszczególnych zadań wymaga wskazania wartości zamówienia kolejek o siłach uciągu odpowiednio 80 kN, 100 kN i 120 kN, przy czym w ramach poszczególnych zadań będzie razem oceniał cenę odpowiednio dla zadania nr 1, 2 i 3, wobec czego nawet po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej może dojść do sytuacji, w której w wyniku oceny ofert dany wykonawca np. w zadaniu 1 albo 2 albo 3 uzyska najniższą cenę i jego oferta

zostanie wybrana, zaś inny wykonawca, którego oferta w danym zadaniu nie była najkorzystniejsza, ale była najkorzystniejsza w innym zadaniu i zaoferował najniższą cenę jednostkową (kapitał + odsetki) na dany rodzaj ciągnika 80kN i 120 kN spośród zadań 1, 2 i 3 – a zatem zaniechanie precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia opcjonalnego polegającego na wskazaniu, czy wykonawca, którego oceniana cena dla zadania nie jest ceną najkorzystniejszą (jego oferta w tym zadaniu nie jest najkorzystniejsza) może uzyskać dodatkowe zamówienie w takim zadaniu, w sytuacji gdy w innym zadaniu jego oferta była najkorzystniejsza i zaoferował najniższą cenę jednostkową (kapitał + odsetki) na dany rodzaj ciągnika 80kN i 120 kN spośród zadań 1,

2 i 3.

4. Art. 29 ust. 1 i 2 – przez sformułowanie w treści załącznika nr 2 do SIWZ tabeli, gdzie wykonawca ma wskazać odpowiednio dla lp. 1.1, 1.2 i 1.3., a więc odpowiednio dla leasingu finansowego wraz z dostawą 11 szt. nowych ciągników spalinowych kolejek podwieszonych o mocy silnika min 80 kW i sile uciągu min 80 kN, dla leasingu finansowego wraz z dostawą 6 szt. nowych ciągników spalinowych kolejek podwieszonych o mocy silnika min 80 kW i sile uciągu min 100 kN i dla leasingu finansowego wraz z dostawą 1 szt. nowego ciągnika spalinowego kolejek podwieszonych o mocy silnika min 80 kW i sile uciągu min 120 kN sumę rat kapitałowych netto w PLN, sumę rat odsetkowych netto w PLN, wartość zamówienia brutto oraz wskazać razem ocenianą cenę dla zadania nr 1 (suma 1.1-1.3), w sytuacji gdy w tabeli stanowiącej treść załącznika nr 2a do SIWZ – Wykaz spełnienia istotnych dla zamawiającego wymagań i parametrów techniczno-użytkowych Zamawiający pod lp. 22 wskazał, że w zakresie zadania nr 1 dla 7 spośród 18 ciągników objętych zadaniem , które zostaną wskazane w umowie wymagane jest posiadanie przez te 7 z 18 ciągników metanomierza z sygnalizacją przekroczenia dopuszczalnych stężeń metanu i możliwością wyłączenia maszyny w przypadku ich przekroczenia (zainstalowany w ciągniku metanomierz powinien być dwuprogowy, który automatycznie (niezależnie od operatora ciągnika) będzie po przekroczeniu pierwszego (niższego) progu stężenia metami ostrzegał o wzroście stężenia CH4, a przy przekroczeniu drugiego (wyższego- 1,5%) progu powodował automatyczne zatrzymanie i wyłączenie ciągnika – a zatem przez zaniechanie dla zadania nr 1 opisu przedmiotu zamówienia, gdyż zabudowa w ciągnikach takiego układu metanomierza zwiększa cenę jednostkową ciągnika , podczas gdy wykonawca ma podać w zadaniu nr 1 cenę ciągników bez rozróżnienia czy będzie on zawierał wymagany układ metanomierza czy nie, a zatem tabela nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności na skalkulowanie ceny oferty w tym zadaniu, a przez to w tym zakresie jest opisany w sposób , który może utrudniać uczciwą konkurencję.
5. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 pzp w zw. z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WEfDz.U.UE.L.2014.94.65) zwanej dalej „dyrektywą 2014/24/UE" oraz dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2017/17/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.243) zwanej dalej „dyrektywą 2014/25/UE" – przez sformułowanie w treści części III SIWZ, załącznika nr 1 do SIWZ pkt 1, załącznika nr 2

do SIWZ i załącznika nr 2 a do SIWZ takiego podziału zamówienia na części, wedle którego w ramach zadania nr 1 jego przedmiotem jest leasing finansowy wraz z dostawą 18 nowych ciągników spalinowych kolejek podwieszonych o mocy silnika min. 80 kW i sile uciągu: min. 80 kN –-11 szt. min. 100 kN – 6 szt. oraz min. 120 kN – 1 szt., w sytuacji gdy dla ciągników spalinowych kolejek podwieszonych o mocy silnika min 80 kW i siłach uciągu 80 kN , 100 kN i 120 kN pozostałe zadania, tj. zadania nr 2,3

obejmują zdecydowanie mniejsze ilości ciągników kolejek podwieszonych będących przedmiotem tamtych zadań, gdyż obejmują odpowiednio 5 i 7 sztuk tych ciągników przy 18 sztukach w ramach zadania nr 1; przy czym Zamawiający przenosi na wykonawcę koszt finansowy pozyskania ciągników do leasingu i zamierza te koszty zwracać w perspektywie 36 miesięcy, a z SIWZ nie sposób odczytać jakichkolwiek obiektywnych, uzasadnionych kryteriów takiego podziału zamówienia w zakresie zadań nr 1, 2 i 3, chociażby poprzez powiązanie podziału na zadania z dostawą w ramach danego zadania do konkretnych oddziałów (zakładów górniczych) przedsiębiorstwa Zamawiającego, skoro miejsca dostaw Zamawiający zamierza wskazać dopiero w umowie zawartej z wybranym w danym zadaniu wykonawcą oraz mając na uwadze, że w ramach zadania nr 1 Zamawiający zamierza uzyskać 7 spośród 18 ciągników wyposażonych w system metanomierza z sygnalizacją przekroczenia dopuszczalnych stężeń metanu i możliwością wyłączenia maszyny w przypadku ich przekroczenia, co oznacza, że zadanie nr 1 mogło, a nawet powinno zostać podzielone na zadania obejmujące mniejsze ilości ciągników jakie mają być przedmiotem leasingu, aby umożliwić ubieganie się o takie zadania większej ilości potencjalnych wykonawców, w szczególności z sektora małych i średnich przedsiębiorstw, którzy będą w stanie udźwignąć w perspektywie 36 miesięcy ciężar finansowania zadania w ramach tak podzielonego zamówienia, skoro Zamawiający nie dysponuje środkami finansowymi, aby w ramach zamówienia publicznego zakupić od razu ciągniki spalinowe kolejek podwieszonych niezbędnych mu jako środki produkcji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian SIWZ:

1. Część V SIWZ – Termin wykonania zamówienia oraz treści harmonogramów dostaw – wskazania w ramach zadań nr 1, 2, 3 i 4 miejsc dostaw poszczególnych ciągników do poszczególnych oddziałów (zakładów górniczych) przedsiębiorstwa Zamawiającego.
2. Części III – Przedmiot zamówienia, załącznika nr 1 do SIWZ pkt 1 Przedmiot zamówienia, załącznika nr 2 do SIWZ – Formularz oferty – jednoznaczne opisanie kryteriów uzyskania zamówienia w ramach zawartych umów na większą liczbę niż gwarantowana liczbę ciągników, to jest wskazanie czy: takie zamówienie opcjonalne

w ramach zadania nr 1, 2 i 3 dla ciągnika o mocy min 80 kW i sile uciągu min. 80 kN uzyska wykonawca, którego oferta nie została wybrana w zadaniu, w ramach którego będzie udzielane zamówienie opcjonalne, ale została wybrana przynajmniej w jednym z pozostałych zadań, a przy tym cena jednostkowa takiego ciągnika jest najniższą spośród cen jednostkowych takiego ciągnika zaoferowanych w każdym z tych 3 zadań; takie zamówienie opcjonalne w ramach zadania nr 1, 2 i 3 dla ciągnika o mocy min 80 kW i sile uciągu min. 120 kN uzyska wykonawca, którego oferta nie została wybrana w zadaniu, w ramach którego będzie udzielane zamówienie opcjonalne, ale została wybrana przynajmniej w jednym z pozostałych zadań, a przy tym cena jednostkowa takiego ciągnika jest najniższą spośród cen jednostkowych takiego ciągnika zaoferowanych w każdym z tych 3 zadań.

3. Załącznika nr 2 do SIWZ – Formularz oferty (str. 21) – przez takie jej opracowanie, aby umożliwiała wskazanie cen z rozbiciem na ceny ciągników o sile uciągu 80 kN, 100 kN i 120 kN w wykonaniu z układem automatycznego metanomierza i bez tego układu metanomierza.
4. Część III – Przedmiot zamówienia SIWZ, załącznika nr 1 do SIWZ pkt 1 Przedmiot zamówienia, załącznika nr 2 do SIWZ – Formularz oferty i załącznika nr 2a do SIWZ – przez podział obecnego zadania nr 1 na trzy odrębne dodatkowe zadania np. poprzez wydzielenie jako odrębnego zadania leasingu finansowego wraz z dostawą 7 nowych ciągników spalinowych kolejek podwieszonych o mocy silnika min. 80 kW i sile uciągu: min. 80 kN, min. 100 kN oraz min. 120 kN w ilościach wymaganych przez Zamawiającego z systemem metanomierza oraz wydzielenie z obecnego zadania nr 1 dalszych dwóch zadań na leasing finansowy wraz z dostawą obejmujących proporcjonalnie podzielone 11 sztuk ciągników spalinowych kolejek podwieszonych o mocy silnika min. 80 kW i sile uciągu: min. 80 kN, min. 100 kN oraz min. 120 kN,

w ilościach i asortymencie uciągu wymaganych przez Zamawiającego z odpowiednią modyfikacją treści SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano dodatkowe okoliczności faktyczne i prawne w odniesieniu do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 2-4 listy zarzutów}

Zarzuty wycofane.

{ad pkt 5 listy zarzutów}

Zdaniem Odwołującego ponieważ ciężar sfinansowania zakupu lub wytworzenia poszczególnych ciągników przeniesiony został na wykonawcę, podczas gdy świadczenie wzajemne Zamawiającego rozłożone jest aż na 36 miesięcy, w świetle art. 7 ustawy pzp, interpretowanego z uwzględnieniem przesłanek opisanych w dyrektywach 2014/24/UE i 2014/25/UE, Zamawiający powinien w taki sposób podzielić przedmiot zamówienia (proporcjonalny i adekwatny podział na zadania), aby umożliwić jak największej liczbie wykonawców, zwłaszcza z sektora małych i średnich przedsiębiorstw, ubieganie się o udzielenie zamówienia.

Zdaniem odwołującego w świetle treści SIWZ nie sposób zrekonstruować, jakie cechy przedmiotu zamówienia (parametry techniczne) czy inne kryteria podziału (np. ze względu na użytkownika – konkretny oddział przedsiębiorstwa Zamawiającego) zdecydowały o istniejącym w świetle zapisów SIWZ podziale na zadania nr 1, 2 i 3. Nie da się tego podziału również powiązać z wymaganiem wyposażenia w metanomierz (w zdaniach nr 2 i 3 wszystkie ciągniki objęte zamówieniem gwarantowanym mają być wyposażone w metanomierz, a w ramach zadania nr 1 tylko 7 spośród 18 w tym zadaniu), przy czym oddziałów przedsiębiorstwa Zamawiającego, gdzie mogą być eksploatowane ciągniki bez metanomierza jest więcej niż jeden. Stąd nie wiadomo dlaczego zadaniem nr 1 jest objęte aż 18 ciągników, przy zdecydowanie mniejszej ich ilości w zadaniach nr 2 i 3. Taki podział przy formule finansowania wymaganej przez Zamawiającego negatywnie wpływa na konkurencyjność w zadaniu nr 1, przez eliminację słabszych ekonomicznie wykonawców, którzy w razie podziału tego zadania na mniejsze części mogliby złożyć ofertę, zwiększając szansę Zamawiającego na uzyskanie lepszej ceny.

{KIO 2287/17}

30 października 2017 r. Odwołujący F(1) s.r.o. z siedzibą w F(2) nad O. (C.) {dalej również: „F(1)”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w stosownej formie elektronicznej odwołanie (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w poniżej sprecyzowanym zakresie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 – przez przygotowanie część III SIWZ oraz załącznik nr 1 do SIWZ pkt 1 w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności, z uwagi na podział zamówienia na części w sposób, który nie jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami

zamawiającego, a jednocześnie uniemożliwia wykonawcom złożenie oferty.

2. Art. 29 ust. 1 – przez opisanie w części III SIWZ przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały oraz bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zastosowanie prawa opcji zakupu dodatkowych urządzeń bez dokładnego określenia ich ilości oraz wyposażenia dodatkowego, co uniemożliwia wykonawcom przygotowanie oferty

i obliczenie ceny.

3. Art. 29 ust. 1 – przez opisanie w części V pkt 1 SIWZ przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na wskazanie, że „Dopuszcza się wcześniejsze wykonanie dostaw niż wg harmonogramu" i brak poinformowania wykonawców, jakie będą warunki wykonania wcześniejszych dostaw, w szczególności, czy to zmawiający może wyznaczyć wcześniejszy termin dostawy obligatoryjny dla wykonawcy, czy wykonawca ma prawo wcześniejszej dostawy.
4. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 – przez zażądanie w części XVI pkt 2 SIWZ dołączenia do oferty kopii dopuszczenia przedmiotu oferty do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych wydanego przez Prezesa WUG, mimo że nie jest to dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania.
5. Art. 82 ust. 1 – przez zażądanie w części XVIII pkt 3.7 SIWZ złożenia oferty na nośniku elektronicznym w formacie *.pdf.
6. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 3a – przez sporządzenie Załącznik nr 2 do SIWZ Formularz oferty w zw. z zapisem części XXII pkt 3 w sposób uniemożliwiający wpisanie ceny netto w formularzu oferty.
7. Art. art. 7 ust 1 i art. 29 ust. 2 w związku z art. 577 i nast. k.c. oraz art. 709_1 i nast. k.c – przez wymaganie w załącznik nr 1 do SIWZ, pkt II.3.4., załącznik nr 2 pkt 3 Gwarancja ogólna, załącznik nr 7 Istotne postanowienia umowy § 5 zaoferowania przez wykonawcę gwarancji w okresie 36 miesięcy, mimo że przedmiotem zamówienia jest leasing finansowy, a zgodnie z treścią § 2 ust 9 istotnych postanowień umowy (załącznik nr 7 do SIWZ) „Każdy przedmiot leasingu pozostaje własnością Wykonawcy (Finansującego) przez cały okres leasingu", a zatem niemożliwe jest udzielenie gwarancji przez producenta urządzeń, będącego jednocześnie finansującym, z uwagi na brak przeniesienia własności zamawianych urządzeń.
8. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 353_1 k.c. – przez bezpodstawne zobowiązanie wykonawcy w załączniku nr 7 – Istotne postanowienia umowy w § 19 Badania kontrolne do poddania się audytowi, którego zakres znacznie wykracza poza kontrolę sposobu realizacji zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian SIWZ:

1. Podziału zamówienia na zadania według parametrów technicznych (np. siły uciągu silników) oraz odrębne uwzględnienie ciągników wyposażonych w metanomierz, a także o nakazanie równomiernego podziału zamówienia na części o podobnej ilości urządzeń.
2. Doprecyzowania prawa opcji dodatkowego zakupu przez jednoznaczne wskazanie ilości dodatkowych urządzeń oraz ich parametrów, w tym wyposażenia w metanomierz.
3. Wykreślenia zapisu dopuszczającego wcześniejsze wykonanie dostaw w stosunku do harmonogramu.
4. Wykreślenia pkt 2 części XVI SIWZ.
5. Wykreślenia z pkt 3.7 części XVIII SIWZ żądania złożenia kopii oferty.
6. Uzupełnienia formularza oferty o rubrykę pozwalającą wykonawcy na podanie informacji zgodnie z art. 91 ust. 3 pzp.
7. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców będących producentami zamawianych ciągników przez rezygnację z wymogu udzielenia gwarancji przez takich wykonawców i zastąpienie jej wymogiem serwisowania urządzeń zgodnie z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, które szczegółowo opisze w umowie.
8. Ograniczenie obowiązku poddania się przez wykonawców audytowi do zobowiązań wynikających z umowy.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że:

– w części III SIWZ Zamawiający dokonał następującego podziału na zadania przedmiotu zamówienia obejmującego leasing finansowy wraz z dostawą nowych ciągników spalinowych kolejek podwieszanych dla oddziałów PGG:

1) zadanie nr 1 – 18 ciągników spalinowych kolejek podwieszanych o mocy silnika min. 80 Kw i sile uciągu: min. 80 kN – 11 szt., min. 100 kN – 1 szt. oraz min. 120 kN – 1 szt. (dodatkowy zakres opcjonalny: min. 80 kN – 1 szt. oraz min. 120 kN – 3 szt.);
2) zadanie nr 2 – 5 ciągników spalinowych kolejek podwieszanych o mocy silnika min. 80 Kw i sile uciągu: min. 80 kN – 1 szt., min. 100 kN – 1 szt. oraz min. 120 kN – 3 szt. (dodatkowy zakres opcjonalny: min. 80 kN – 1 szt. oraz min. 120 kN – 3 szt.);
3) zadanie nr 3 – 7 ciągników spalinowych kolejek podwieszanych o mocy silnika min. 80 kW i sile uciągu: min. 80 kN – 4 szt., min. 100 kN – 2 szt. oraz min. 120 kN – 1 szt. (dodatkowy zakres opcjonalny: min. 80 kN – 1 szt. oraz min. 120 kN – 3 szt.);
4) zadanie nr 4 – 10 nowych manewrowych ciągników spalinowych kolejek podwieszanych

o mocy silnika min. 25 kW i sile uciągu: min. 40 kN (dodatkowy zakres opcjonalny: 3 szt.).

– z tabel znajdujących się na 2 str. SIWZ wynika, że Zamawiający w sumie wymaga dostarczenia:
1) 16 szt. ciągników z ciernym sposobem przeniesienia napędu o sile uciągu min. 80 kN i mocy silnika min. 80 kW,
2) 9 szt. ciągników z ciernym sposobem przeniesienia napędu o sile uciągu min. 100 kN i mocy silnika min. 80 kW,
3) 5 szt. ciągników z ciernym sposobem przeniesienia napędu o sile uciągu min. 120 kN i mocy silnika min. 80 kW,
4) 10 szt. ciągników manewrowych o sile uciągu min. 40 kN i mocy silnika min. 25 kW.

– w części V SIWZ podano, że realizacja przedmiotu zamówienia odbywać się będzie na podstawie miesięcznego harmonogramu, a za *pierwszy miesiąc dostaw określa się 3-ci miesiąc licząc od następnego miesiąca w którym zostanie zawarta umowa (przykładowo: jeżeli zawarcie umowy nastąpi 8 grudnia 2017 r. to pierwszym miesiącem dostaw w którym należy dostarczyć co najmniej określoną w harmonogramie liczbę ciągników będzie marzec 2018 r.).*

Odwołujący skonstatował, że Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części wg kryterium siły uciągu ciągnika ani podziału na równe części, ale w sposób dowolny.

W ocenie Odwołującego taki podział stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 pzp, gdyż jest sztuczny i nielogiczny, nie ma uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, a uniemożliwia złożenie oferty na zadania nr 1 i 4 mniejszym wykonawcom, których możliwości produkcyjne nie pozwalają na dostarczenie tak znacznej ilości ciągników. Zdaniem Odwołującego taki podział ma na celu umożliwienie złożenia oferty na te zadania wyłącznie określonemu wykonawcy, „który już w momencie składania oferty wyprodukował zamawiane ciągniki". Odwołujący podkreślił, że jedną z postaci naruszenia zasady równego traktowania wykonawców jest celowa eliminacja wykonawców przez zamawiającego i doprowadzenie do sytuacji, w której tylko jeden z nich weźmie udział w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że dla uznania naruszenia art. 29 ust. 2 pzp wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji, co jego zdaniem w tej sprawie nastąpiło.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z art. 7 ust. 1 pzp wynika również obowiązek zachowania przez zamawiającego zasady proporcjonalności, co oznacza, że wszelkie jego działania w ramach procedury udzielania zamówienia publicznego winny respektować cele tego postępowania przy zastosowaniu adekwatnych środków zmierzających do uzyskania

zamierzonych wyników tego postępowania, tj. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców.

{ad pkt 2-3 listy zarzutów}

Zarzuty wycofane.

{ad pkt 4 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że w części XVI pkt 2 SIWZ Zamawiający żąda dołączenia do oferty kopii dopuszczenia przedmiotu oferty do stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych wydanego przez Prezesa WUG.

Odwołujący zarzucił, że stanowi to naruszenie art. 25 ust. 1 pzp, który ogranicza możliwość żądania od wykonawców dokumentów do takich, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a zatem nie do wykonania zawartej w jego wykonaniu umowy. Zdaniem Odwołującego powyższy dokument nie jest niezbędny na etapie prowadzenia postępowania, a może być zażądany jedynie od wybranego wykonawcy przy realizacji umowy.

Odwołujący dodał, że wskazanie w § 8 Istotnych postanowień, że powyższy dokument jest wymagany do odbioru końcowego każdego ciągnika, potwierdza jego zbędność na etapie prowadzenia postępowania.

{ad pkt 5-6 listy zarzutów}

Zarzuty wycofane.

{ad pkt 7 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że:
– Zamawiający wymaga od wykonawców zaoferowania gwarancji na okres 36 miesięcy (załącznik nr 1 do SIWZ w pkt II.3.4., załącznik nr 2 w pkt 3, załącznik nr 7 – Istotne postanowienia umowy w § 5);
– zgodnie z § 2 ust. 9 Istotnych postanowień umowy każdy przedmiot leasingu pozostaje własnością wykonawcy (finansującego) przez cały okres leasingu.

Zdaniem Odwołującego skoro przepisy Kodeksu cywilnego regulują gwarancję jako uprawnienie kupującego przy umowie sprzedaży, brak jest podstaw do żądania gwarancji

przy innych stosunkach cywilnoprawnych, szczególnie wówczas, gdy nie dochodzi do przeniesienia własności rzeczy, co zachodzi właśnie w przypadku umowy leasingu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 709_{1} kc przez umowę leasingu finansujący oddaje określoną rzecz korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków, a korzystający obowiązany jest utrzymywać rzecz w należytym stanie, w szczególności dokonywać jej konserwacji i napraw niezbędnych do zachowania rzeczy w stanie niepogorszonym, z uwzględnieniem jej zużycia wskutek prawidłowego używania, oraz ponosić ciężary związane z własnością lub posiadaniem rzeczy (art. 709_{7} § 1 kc), nadto finansujący nie odpowiada wobec korzystającego za wady rzeczy (art. 709_{8} § 1 kc). Wreszcie zgodnie z treścią art. 709_{17} kc do odpowiedzialności finansującego za wady powstałe na skutek okoliczności, za które finansujący ponosi odpowiedzialność stosuje się przepisy o najmie.

Odwołujący zarzucił, że wykonawca, który jest jednocześnie producentem zamawianych ciągników, nie może udzielić Zamawiającemu jako korzystającemu udzielić gwarancji w rozumieniu Kodeksu cywilnego, gdyż w takim przypadku finansujący, z uwagi na brak przeniesienia własności zamawianych urządzeń, nie może wydać dokumentu gwarancyjnego. Według Odwołującego w konsekwencji złożenie oferty przez producenta wiąże się z ryzykiem stwierdzenia naruszenia prawa, a w konsekwencji oferta może zostać odrzucona przez Zamawiającego.

{ad pkt 8 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z § 19 załącznika nr 7 Istotnych postanowień wykonawca ma poddać się w terminie i zakresie wskazanym przez Zamawiającego audytowi, który może dotyczyć w szczególności:
1) warunków techniczno-organizacyjnych oraz zgodności procesu realizacji umowy

z zapisami umownymi,
2) kwalifikacji i uprawnień pracowników w zakresie zgodności z wymaganiami Zamawiającego,
3) przestrzegania przepisów powszechnie obowiązujących oraz wewnętrznych uregulowań Zamawiającego w zakresie ochrony środowiska i BHP,
4) przestrzegania przepisów powszechnie obowiązujących oraz wewnętrznych uregulowań Zamawiającego w zakresie dyscypliny i czasu pracy,
5) zgodności realizacji umowy z jej postanowieniami,
6) posiadania przez wykonawcę wymaganych dopuszczeni i certyfikatów.

Zdaniem Odwołującego całkowicie bezpodstawne jest domaganie się poddania

audytowi w zakresie wykraczającym poza kontrolę sposobu realizacji zamówienia, tj. w zakresach wskazanych w pkt 3, 4 i 6, tym bardziej, że Zamawiający nie określa, jakie przepisy będzie uwzględniał przy kontroli lub jakie dopuszczenia i certyfikaty uznaje za niezbędne.

Odwołujący zarzucił, że żądanie poddania się audytowi w powyższym zakresie należy uznać za wymaganie nadmierne, niemające związku z realizacją przedmiotu zamówienia, stanowiące naruszenie art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 353^1 kc.

{KIO 2261/17, KIO 2269/17, KIO 2270/17, KIO 2287/17}

Do postępowania odwoławczego w innych sprawach zgłoszono przystąpienia po stronie odwołującej się:
– F. – w sprawach o sygn. akt: KIO 2269/17, KIO 2270/17, KIO 2287/17;
– SMT S. – w sprawie o sygn. akt KIO 2261/17.

Wobec dokonania powyższych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tych przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp (nie było w tym zakresie odmiennych wniosków ze strony uczestników postępowania odwoławczego).

7 listopada 2017 r. do Izby wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym poinformował, że w związku m.in. z wniesionymi odwołaniami dokonał zmian specyfikacji, uwzględniając część żądań.

8 listopada 2017 r. w toku posiedzenia Odwołujący w związku ze zmianami specyfikacji wycofali część zarzutów.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawy zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie w zakresie podtrzymanych zarzutów, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępujących, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, zgłoszeniach przystąpień, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę

w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazali spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba zaznacza, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp sprawy zostały rozpoznane w granicach podniesionych w odwołaniach zarzutów. Zgodnie z tym przepisem Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}. Z tego względu przedmiotem rozstrzygnięcia nie były okoliczności podniesione przez Odwołujących dopiero na rozprawie.

Izba stwierdziła, że zarzuty wspólne dla wszystkich odwołań są niezasadne.

Według art. 36aa ust. 1 pzp zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części.

Art. 7 ust. 1 pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Nie tylko literalne brzmienie pierwszego z powyżej przywołanych przepisów wskazuje, że podział zamówienia na części jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem instytucji zamawiającej. Jednym z celów uchwalenia ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, która wprowadziła art.

36aa, było wdrożenie do polskiego systemu zamówień publicznych norm dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.65) {dalej: „dyrektywa 2014/24/UE} oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2017/17/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.243) {dalej: „dyrektywa 2014/25/UE”}. W motywie 78 do dyrektywy 2014/24/UE prawodawca europejski wskazał, że zamówienia publiczne powinny być dostosowane do potrzeb MŚP, w tym celu oraz aby zwiększyć konkurencję, instytucje zamawiające należy w szczególności zachęcać do dzielenia dużych zamówień na części. Jednocześnie państwa członkowskie powinny zachować możliwość podejmowania dalszych starań w celu ułatwiania MŚP udziału w rynku zamówień publicznych, rozszerzając zakres obowiązku rozważenia celowości podziału zamówień na mniejsze części, żądając od instytucji zamawiających uzasadnienia decyzji o niedokonywaniu podziału zamówień na części lub czyniąc ten podział obowiązkowym pod pewnymi warunkami. Z kolei jak można przeczytać w uzasadnieniu projektu wspomnianej nowelizacji ustawy pzp: „mimo, iż nowa dyrektywa klasyczna i sektorowa upoważniają państwa członkowskie do wprowadzenia obowiązku podziału zamówienia na części, projekt przewiduje swobodę wyboru dla zamawiającego w tym zakresie”. Nie powinno być zatem wątpliwości, że ustawodawca krajowy świadomie podjął decyzję, że nie skorzysta z wynikającego z art. 46 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE upoważnienia do wprowadzenia obowiązku podziału zamówienia w celu wsparcia MŚP.

Izba podzieliła zatem stanowisko, że art. 36aa pzp nie nakłada bezwzględnego obowiązku podziału zamówienia na części, stanowi natomiast o uprawnieniu zamawiającego do podziału zamówienia i nie zawiera wprost obowiązku wyjaśniania przez zamawiającego przyczyn, dla których nie zastosował podziału zamówienia na części. Taki obowiązek wynika natomiast z normy ujętej w art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy pzp, dotyczącej prowadzenia protokołu postępowania {tak w wyroku Izby z 2 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 2373/160}.

Z kolei w rozstrzyganej sprawie naruszenie tego ostatniego przepisu nie było i nie mogło być przedmiotem zarzutu, gdyż Zamawiający dokonał podziału zamówienia na części. Innymi słowy ponieważ art. 36aa ust. 1 pzp nie określa w jakich przypadkach należy podzielić zamówienie na części, decyzja w tym zakresie pozostawiona jest autonomicznej woli zamawiającego, który kieruje się w tym zakresie swoim potrzebami, w szczególności mając na uwadze zakres przedmiotu zamówienia.

Natomiast za nieprzekonujące, a tym bardziej nieudowodnione, Izba uznała zarzuty

jakoby dokonany przez Zamawiającego podział zamówienia w odniesieniu do części 1 i 4 powodował ograniczenie uczciwej konkurencji i był przejawem nierównego traktowania wykonawców.

Odwołujący stanowią *de facto* komplet wykonawców, który ubiegali się i realizowali zamówienia dotyczące analogicznego przedmiotu zamówienia na rzecz kopalni aktualnie zarządzanych przez Zamawiającego w poprzednich latach {co wynika zarówno z wyciągów dokumentacji postępowań z lat 2014-2016 złożonych przez Odwołujących, jak i z zestawień aktualnie realizowanych umów przygotowanego przez Zamawiającego}. Jednocześnie Odwołujący podkreślali, że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia rynek ten jest specyficzny i wąski, a ponadto niełatwy z uwagi na trudną sytuację finansową kopalń. Wreszcie Odwołujący podnosili również, że wszyscy znajdują się w analogicznej sytuacji. Zdaniem Izby w tych okolicznościach zarzut, że podział zamówienia w aktualnie prowadzonym postępowaniu prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami lub ich nierównego traktowania, jest nieadekwatny, gdyż nie sposób stwierdzić, że zamawiający ma na celu preferowanie określonego wykonawcy lub odmiennie traktuje poszczególnych wykonawców.

Co prawda Odwołujący wskazywali jednocześnie, że skala zadania nr 1 (względnie zadania nr 4) preferuje wykonawcę, który już wyprodukował i ma na magazynie przedmiot dostawy, ale takie stanowisko jest niezgodne z powyżej ustalonym stanem faktycznym, również na podstawie informacji przedstawionych przez Odwołujących, co do stabilności i hermetyczności krajowego rynku ciągników spalinowych kolejek podwieszonych. Ponadto jest to hipoteza nieudowodniona i niespójna z argumentacją Odwołujących, że racjonalnie działający wykonawca może mieć na stanie co najwyżej podzespoły do wyprodukowania kilku sztuk, gdyż bazuje na danych historycznych.

Izba zważyła, że podnoszone przez Odwołujących trudności (jak to określali, natury ekonomicznej i technicznej) w sprostaniu skali zamówienia objętego zadaniem nr 1 sprowadzają się w istocie do kwestii sposobu finansowania i terminu realizacji zamówieni, a nie zobiektywizowanej niemożliwości wyprodukowania i dostarczenia 18 szt. ciągników spalinowych przez jednego wykonawcę. Jednakże żadne z odwołań nie zawiera zarzutu dotyczącego terminu realizacji zamówienia czy przyjętej formuły jego finasowania. Nie wiadomo jednak, w jaki sposób podział zadania nr 1 (względnie zadania nr 4) miałoby umożliwić Odwołującym realizację zamówienia w terminie wymaganym przez Zamawiającego, skoro jednocześnie twierdzili oni na rozprawie, że do produkcji potrzebują tych samych komponentów, których podaż w takim okresie czasu jest zbyt mała.

Nie dopatrując się antykonkurencyjnego porozumienia pomiędzy Odwołującymi, w ocenie Izby dążą oni do zachowania swoistego *status quo* z poprzednich lat, polegającego

na tym, każdy z nich uzyskiwał mniej więcej zbliżony udział w realizacji zamówień na dostawy nowych ciągników spalinowych kolejek podwieszanych. Ponieważ każdemu z Odwołujących najwyraźniej odpowiada taka sytuacja, nie są zainteresowani możliwością uzyskania zamówienia na większą skalę niż dotychczas. W przypadku niezakłóconej konkurencji obarczone jest to przecież ryzykiem, że zamówienie uzyska inny wykonawca, a dla pozostałych będzie mniej do podziału.

W ocenie Izby nie ma również powodów, aby deprecjonować wyjaśnień Zamawiającego, że dokonany przez

niego podział
zamówienia na części wynika z działań
optymalizacyjnych, gdyż dąży do obniżenia kosztów między innymi przez ujednolicenie
parku maszynowego, co z kolei przekłada się na oszczędności kosztów ich serwisowania.
Wyrazem tej optymizacji w specyfikacji jest podział na kopalnie zespolone, czyli twory obejmujące większą liczbę kopalń połączonych organizacyjnie i technicznie. Stąd między
innymi wspólny zakup dla kopalń objętych zadaniem pierwszym. Niewątpliwie ujednolicenie
taboru, choćby w skali zamówienia udzielanego w danym roku, może być korzystne
ekonomicznie dla Zamwiającego.

{KIO 2287/17}

Pozostałe zarzuty odwołania F(1) również okazały się niezasadne.

{ad pkt 4 listy zarzutów i pkt IV uzasadnienia odwołania}

Z art. 25 ust. 1 pzp wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający
może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do
przeprowadzenia postępowania, w tym potwierdzających spełnianie przez oferowane
dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.
Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r.
(Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać
zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (wydanego na
podstawie delegacji wynikającej z art. 25 ust. 2 pzp) w celu potwierdzenia, że oferowane
roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez
zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności certyfikatu wydanego przez
jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę
jednostkę, jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub
cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach
realizacji zamówienia.

Z art. 113 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze (t.j. Dz.U.
2017 poz. 2126) wynika w szczególności, że:
– w ruchu zakładu górniczego stosuje się wyroby, które zostały określone w przepisach
wydanych na podstawie ust. 15, spełniają wymagania techniczne określone w tych
przepisach {dalej: „wymagania techniczne”}, zostały dopuszczone do stosowania
w zakładach górniczych oraz oznakowane w sposób określony w tych przepisach (ust. 1
pkt 2);
– decyzję w sprawie dopuszczenia wyrobu do stosowania w zakładach górniczych, {dalej:
„dopuszczenie”}, wydaje Prezes Wyższego Urzędu Górniczego {dalej: Prezes WUG}, jeżeli
wyrób spełnia wymagania techniczne (ust. 2);
– przed złożeniem wniosku o wydanie dopuszczenia wyrób podlega badaniom, w oparciu
o wymagania techniczne, dokonywanym w akredytowanej jednostce certyfikującej wyroby
(ust. 3).

Niesporne było, że zamawiane ciągniki spalinowe kolejek podwieszanych stanowią
według przepisów Prawa geologicznego i górniczego wyrób, który wymaga uzyskania
dopuszczenia do stosowania w zakładach górniczych wydawanego przez Prezesa WUG.
Odwołujący nie kwestionował również konieczności zażądania przez Zamawiającego
takiego dokumentu w odniesieniu do ciągników, które będą dostarczane przez wykonawcę,
z którym zostanie zawarta umowa, nie kwestionując zasadności przedstawienia
dopuszczenia w ramach odbioru końcowego każdego ciągnika.
Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest bezzasadny, gdyż zażądanie dopuszczenia
dla oferowanych ciągników kolejek podwieszanych nie wykracza poza uprawnienie
wynikające z art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp. Co prawda z z art. 2 pkt 7a) wynika jedynie,
że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w celu wyłonienia wykonawcy,
z którym zostanie zawarta umowa, jednak istotne jest, aby umowa została wykonana
i zaspokojone zostały potrzeby zamawiającego, które były przyczyną wszczęcia

postępowania. Gdyby Zamawiający nie zażądał dopuszczenia jako dokumentu wymaganego przed wyborem najkorzystniejszej oferty, nie miałby pewności, że zawiera umowę, która zapewni mu dostawy ciągników spalinowych kolejek podwieszanych, które będzie mógł eksploatować w kopalniach. Dzięki zażądaniu dopuszczenia na takim etapie Zamawiający uniknie również konieczności przeprowadzenia kolejnego postępowania, gdyby okazało się, że wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona nie dysponuje dopuszczeniem.

Izba zważyła również, że zarzut w istocie sprowadza się do wytknięcia zdublowania w specyfikacji tego samego dokumentu, natomiast Odwołujący nie podnosił, że zażądanie dokumentu przed zawarciem umowy jest nadmierne, bo naraża go niepotrzebnie na

dodatkowe koszty lub z innych powodów jest uciążliwe.

{ad pkt 7 listy zarzutów i pkt VII uzasadnienia odwołania}

Umowa leasingu została uregulowana w tytule XVII[1] Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 709 1 kc, pierwszym przepisem tego tytułu, przez umowę leasingu finansujący zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu w uzgodnionych ratach wynagrodzenie pieniężne, równe co najmniej cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez finansującego.

Ostatnim przepisem jest art. 709 18 kc który stanowi, że do umowy, przez którą jedna strona zobowiązuje się oddać rzecz stanowiącą jej własność do używania albo do używania i pobierania pożytków drugiej stronie, a druga strona zobowiązuje się zapłacić właścicielowi rzeczy w umówionych ratach wynagrodzenie pieniężne, równe co najmniej wartości rzeczy w chwili zawarcia tej umowy, stosuje się odpowiednio przepisy niniejszego tytułu.

Na podstawie treści odwołania domniemywać można, że Odwołujący upatruje naruszenia zasad uczciwej konkurencji w tym, że jako producent jest zmuszany do złożenia oferty z naruszeniem prawa cywilnego, gdyż wbrew przepisom regulującym gwarancję jakości oraz kodeksowemu uregulowaniu umowy leasingu, Zamawiający wymaga udzielenia na dostarczone ciągniki spalinowe kolejek podwieszanych gwarancji na okres 36 miesięcy, co może narazić go na odrzucenie oferty jako niezgodnej z tymi przepisami. W przeciwieństwie do wykonawców niebędących producentami, którzy mogą złożyć ofertę na warunkach określonych w s.i.w.z., gdyż zgodnie z przepisami kc w razie zawarcia umowy mogą oni przekazać Zamawiającemu dokument gwarancji jakości udzielonej przez producenta zaoferowanych ciągników spalinowych kolejek podwieszanych.

Zarzut odwołania jest oczywiście niezasadny, gdyż Odwołujący nie uwzględnia dyspozytywnego charakteru norm kodeksu cywilnego, a w tym przypadku zupełnie pomija istnienie przytoczonego powyżej art. 709 18 , regulującego tzw. leasing bezpośredni, w którym, odmiennie niż przy tzw. leasingu pośrednim (którego dotyczą wszystkie pozostałe przepisy tytułu XVII 1 k.c.), właściciel lub producent przedmiotu leasingu jest jednocześnie leasingodawcą. Z uwagi na ta zasadniczą różnicę przepis nakazuje odpowiednie stosowanie przepisów poprzedzających dotyczących leasingu pośredniego, co oznacza że mogą one znaleźć zastosowanie wprost, z modyfikacjami lub w ogóle. Przy stosowaniu przepisów art. 709 1 –709 17 do leasingu bezpośredniego w miejsce finansującego należy podstawić

właściciela, który w wyniku zawarcia umowy staje się leasingodawcą. W rezultacie okazuje się, że podnoszone przez Odwołującego przepisy art. 709 4 kc (w szczególności co do braku odpowiedzialności finansującego wobec korzystającego za przydatność rzeczy do umówionego użytku czy obowiązku wydania przez finansującego korzystającemu m.in. odpisu dokumentu gwarancyjnego co do jakości rzeczy, otrzymanego od zbywcy lub producenta) i 709 8 kc (w tym co do zasady braku odpowiedzialności finansującego za wady rzeczy) nie mogą znaleźć żadnego zastosowania, gdyż w przypadku leasingu

bezpośredniego odpowiedzialność za wady rzeczy przypisana jest leasingodawcy.

{ad pkt 8 listy zarzutów i pkt VIII uzasadnienia odwołania}

Co prawda w odwołaniu adekwatnie przywołano treść § 19 ust. 1 wzoru umowy, jednak Odwołujący błędnie wskazuje, że zakresy wyszczególnione w pkt 3 i 4 dotyczą bliżej niesprecyzowanych przepisów powszechnie obowiązujących, skoro w jednym przypadku chodzi o przepisy w zakresie ochrony środowiska i BHP, a w drugim – przepisy odnośnie dyscypliny i czasu pracy. Z kolei oczywiste jest, że w pkt 6 przedmiotem audytu może być posiadanie przez wykonawcę dopuszczeni i certyfikatów, które są niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Izba zważyła, że zawarta § 19 regulacja badań kontrolnych (audytu) kończy się ust. 8, z którego wynika, że podstawą odstąpienia od umowy z winy wykonawcy mogą być wyłącznie wyniki audytu stwierdzające niezgodność realizacji umowy z jej zapisami lub przepisami prawa, a nie naruszenie przepisów prawa niezwiązanych w żaden sposób z realizacją zamówienia.

Obawy Odwołującego są więc nieuzasadnione, a zarzut naruszenia wynikającej z art. 353^1 kc zasady swobody umów nieadekwatny do zaistniałych okoliczności.

{KIO 2261/17, KIO 2269/17, KIO 2270/17, KIO 2287/17}

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w każdej ze spraw orzeczono stosownie do jej wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczone przez Odwołujących wpisy – zgodnie z § 3 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Ponadto zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Zamawiającego w każdej ze spraw

poniesione przez niego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: ……

……

……