

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 listopada 2009 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy

SSO Grażyna Jeziorowska (spr)
Przewodniczący Protokolant: SSO Olga Gornowicz - Owczarek
SSO Małgorzata Kowalska
Sędziowie: sekr. sądowy Iwona Zdebel

na rozprawie w dniu 12 listopada 2009 r. rozpoznał sprawę z odwołania
Konsorcjum

**FAMUR Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach i
Fabryki Maszyn FAMUR Spółki Akcyjnej w Katowicach**

przeciwko zamawiającemu

Południowemu Koncernowi Węglowemu Spółce Akcyjnej w Jaworznie

przy udziale po stronie zamawiającego

**JOY Maszyny Górnicze Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w
Tychach**
o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi wniesionej przez JOY Maszyny Górnicze Spółkę z
ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień
Publicznych w Warszawie
z dnia 16 września 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/1167/09

1. oddała skargę,

2. zasądza od skarżącego JOY Maszyny Górnicze Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Tychach na rzecz odwołującego Konsorcjum
FAMUR Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach i
Fabryki Maszyn FAMUR Spółki Akcyjnej w Katowicach kwotę 3.600 zł
(trzy tysiące złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 16 września 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Konsorcjum Famur Sp. z o.o. w Katowicach i Fabryki Maszyn Famur w Katowicach od rozstrzygnięcia Zamawiającego Południowy Koncern Węglowy SA w Jaworznie przy udziale po stronie Zamawiającego JOY Maszyny Górnicze Sp. z o.o. w Tychach uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz orzekła o kosztach postępowania.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na najem wraz ze świadczeniem usług serwisowych nowego kombajnu ścianowego wraz ze stacją transformatorową, wyłącznikiem i przewodem zasilającym dla ZG Sobieski na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego.

Zamawiający dopuszczał składanie ofert częściowych, odwołanie dotyczy części 1.

20 lipca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania dla części 1, w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt.3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz o odrzuceniu jego oferty, zgodnie z art.89 ust.1 pkt.5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powodem wykluczenia było to, iż złożone referencje wystawione przez Jastrzębską Spółkę Węglową SA - KWK JAS - MOS potwierdzają jedynie „należyte wykonanie usługi związanej z dostawą (sprzedaż)”, a nie należyte wykonanie dostawy.

Na tę czynność Odwołujący 24 lipca 2009 r. wniósł protest, który Zamawiający oddalił 31 lipca 2009 r. Od tego rozstrzygnięcia 10 sierpnia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art.7 ust.1, art.22 ust.1, art.24 ust.1 pkt.10, art.24 ust.2 pkt.3, art.24 ust.3, art.24 ust.4, art.89 ust.1 pkt.5 ustawy Prawo zamówień publicznych, w ten sposób, iż wykluczył z postępowania Odwołującego, mimo iż ten spełniał warunki udziału w postępowaniu i złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału i dokumenty potwierdzające spełnienie tych warunków.

Odwołujący wniósł o nakazanie przez Izbę Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wskazał Odwołujący, że w pkt.II C.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej zażądał „wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenie dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należyście”. Zgodnie z tym postanowieniem przedłożył on referencje z 17 maja 2007 r. wystawione przez Jastrzębską Spółkę Węglową SA Kopalnia Węgla Kamiennego JAS-MOS potwierdzające należyte wykonanie dostawy kombajnu ścianowego KGE-720F nr fabryczny 209. Treść przedmiotowych referencji zawiera wszystkie niezbędne elementy wskazane w §1 ust.2 pkt.2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. wartość, przedmiot, daty wykonania i odbiorców oraz oświadczenie, że te dostawy zostały wykonane należyście.

Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty, stwierdzając, że referencje te potwierdzają jedynie wykonanie „usługi związanej z dostawą (sprzedażą) wskazując, że dokument ten powinien potwierdzać należyte wykonanie zamówienia po odbiorze w ścianie i po pewnym okresie jego eksploatacji, a nie fakt dostarczenia przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego wezwanie to stanowiło rozszerzenie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia i Odwołujący nie przedłożył na wezwanie referencji, gdyż w jego ocenie złożone wraz z ofertą referencje zawierają wszystkie wymagane elementy treści referencji.

Podkreślił Odwołujący, iż zakres przedmiotu umowy handlowej nr JSW/2/18/07 z 10 stycznia 2007 r. obejmował w szczególności: zakup wraz z dostawą faktycznie nowego wysokowydajnego elektrycznego kombajnu ścianowego KGE-720F oraz nadzór na całym etapie montażu i rozruchu przedmiotu umowy na dole kopalni. 7 maja 2007 r. dokonano odbioru kompletności dostawy kombajnu i dzień ten uznano za datę ostatecznego przekazania kombajnu JSW SA KWK JAS-MOS, a 17 maja 2007 r. JSW SA KWK JAS-MOS wystawiła referencje potwierdzające należyte wykonanie dostawy kombajnu. Zatem bezsporne jest, że referencje te zostały wystawione na okoliczność należytego wykonania zobowiązania, tj. dostawy i zostały wystawione po zrealizowaniu dostawy.

Wystąpienie już po dokonanej dostawie zdarzeń takich jak wystąpienie usterek czy stwierdzenie, że kombajn nie odpowiada potrzebom podmiotu, który go nabył (podmiot ten niewłaściwie określił swoje potrzeby), nie ma wpływu na ocenę należytego wykonania dostawy i jest przedmiotem odrębnych stosunków prawnych - skorzystania z gwarancji.

Najlepszym dowodem na fakt pełnego i terminowego zrealizowania dostawy jest ugoda z 21 maja 2008 r..

Powodem zawarcia ugody było to, iż kombajn nie odpowiadał potrzebom JSW SA KWK JAS-MOS, które na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zostały właściwie ustalone.

Co do zarzutu, iż referencje zostały wystawione po odbiorze kombajnu, ale przed odbiorem technicznym w ścianie Odwołujący wskazał, że referencje są oświadczeniem odbiorcy dostawy i to on decyduje, czy dostawa została wykonana należyście.

Zamawiający podtrzymał stanowisko, że złożone przez Odwołującego referencje wystawione przez JSW SA KWK JAS-MOS potwierdzają jedynie „należyte wykonanie usługi związanej z dostawą (sprzedaż)”, a nie należyte wykonanie dostawy.

W ocenie Zamawiającego przedmiotowe referencje z dnia 17 maja 2007 r. zostały wystawione jeszcze przed realizacją nadzoru (20 lipca 2007 r.) i potwierdzają jedynie należyte wykonanie tylko jego części.

Ustaliła Krajowa Izba Odwoławcza, że w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, iż w zakresie części 1 zamówienia wykonawcy mają wykazać się należyłą realizacją dostaw kombajnów ścianowych na napięcie 3,3 kV o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 10.000.000 zł, na potwierdzenie czego mieli złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że te dostawy zostały wykonane należyście. Odwołujący przedstawił wraz z ofertą wykaz, w którym wskazał dzierżawę kombajnu KGE-1250F dla KW SA KWK Bobrek Centrum na kwotę 4.307.820 zł oraz sprzedaż kombajnu KGS-720F JSW SA KWK JAS-MOS na kwotę 5.715.700 zł. Na

potwierdzenie wykonania sprzedaży wskazanej w pozycji 2 przedstawił referencje Jastrzębskiej Spółki Węglowej (JSW) SA KWK JAS-MOS z 17 maja 2007 r. o treści: „Dotyczy: potwierdzenia należytego wykonania dostawy. Niniejszym potwierdzamy należyte wykonanie usługi związanej z dostawą (sprzedaż) fabrycznie nowego kombajnu ścianowego KGE-720F nr fabryczny 209 produkcji Fabryki Maszyn FAMUR Spółka Akcyjna, zrealizowanej na rzecz JSW SA KWK JAS-MOS. Termin dostawy: 07.05.2007 r. Wartość zamówienia: 4.685.000,00 zł. Podstawa: Umowa nr 1/2007/H (JSW/2/9/07) z dnia 10.01.2007 r.”.

Ustaliła też, że Odwołujący załączył do protestu i odwołania tekst umowy handlowej nr JSW/2/18/7, 1/2007/H z 10 stycznia 2007 r. na kwotę 4.685.000 zł netto, 5.715.700 zł brutto, której przedmiotem, zgodnie z §1 ust.1 i 2, był zakup wraz z dostawą fabrycznie nowego wysokowydajnego elektrycznego kombajnu ścianowego KGE-720F, wykonawca miał też przed dostawą dostarczyć wymaganą dokumentację oraz przeszkolić pracowników Zamawiającego (§1 ust.2.2, 2.3. i 2.5). Wykonawca zobowiązany był także zapewnić nadzór na całym etapie montażu i rozruchu przedmiotu umowy na dole kopalni (§1 ust.2 pkt.2.4).

W „Protokole odbioru kompletności dostawy fabrycznie nowego kombajnu ścianowego KGE-720F” z 7 maja 2007 r. komisja odbiorowa potwierdziła kompletność dostawy zgodnie z umową.

Do odwołania została załączona również ugoda z 21 maja 2008 r. stanowiąca aneks nr 1 do umowy z 10 stycznia 2007 r., w której strony zmieniły typ kombajnu z KGE-720F na KGE-750F. Z treści tej ugody wynika m. in., iż 20 lipca 2007 r. został dokonany kolejny odbiór techniczny kombajnu (w ścianie).

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający w postawionym warunku wymagał wykonania „dostawy” nie precyzując tego terminu poprzez wskazanie którejś z umów nazwanych opisanych w kodeksie cywilnym. Zatem pojęcie „dostawy” należy rozumieć tak, jak wskazuje definicja dostawy zawarta w art.2 pkt.2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli jako nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu.

W pozycji 2 „Wykazu dostaw” Odwołujący wskazał, iż przedmiotem zamówienia była sprzedaż kombajnu. Potwierdzają to również referencje JSW SA KWK JAS-MOS z 17 maja 2007 r., w których co prawda użyto dość osobliwego sformułowania „wykonanie usługi związanej z dostawą”, jednak w nawiasie wyjaśniono, iż chodzi o sprzedaż - całość określenia brzmi bowiem „wykonanie usługi związanej z dostawą (sprzedaż)”. Zatem z referencji wynika, iż JSW SA KWK JAS-MOS potwierdza należyte wykonanie sprzedaży kombajnu. Ponieważ zaś sprzedaż wchodzi w zakres „dostawy” w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych to Izba uznała, iż postawiony przez Zamawiającego warunek w tym zakresie został spełniony i potwierdzony wymaganymi dokumentami załączonymi do oferty.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż wymóg by dokument wystawiony w celu potwierdzenia należytego wykonania dostawy powinien potwierdzać należyte wykonanie zamówienia po odbiorze w ścianie powinien być uwidoczniony w treści warunku na etapie opublikowania ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie dopiero w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu. Wymóg taki bowiem w sposób zasadniczy zmienia treść postawionego warunku.

Izba stwierdziła również, iż zgodnie z §3 ust.4 umowy z 10 stycznia 2007 r., po realizacji całości przedmiotu umowy określonej w §1 miał zostać sporządzony protokół odbioru „z bezusterkowego wykonania” - jednak nie jest jednoznaczne, czy chodzi tu o protokół z 7 maja czy z 20 maja 2007 r. Jakkolwiek pismo JSW SA KWK JAS-MOS z 11 sierpnia 2009 r. zdaje się wskazywać, iż chodzi tu raczej o odbiór z 7 maja 2007 r. („odbiór kompletności dostawy przedmiotowego kombajnu miał miejsce w dniu 7 maja 2007 r.”). Jednak nawet gdyby chodziło tu o protokół z 20 maja 2007 r., referencje te, niezależnie od daty wystawienia, można uznać za aktualne z uwagi na to, iż odbiór ten również nastąpił pomyślnie, a więc dostawa nadal

pozostała należycie wykonana.

Odnosząc się do kwestii późniejszej pracy kombajnu dostarczonego JSW SA KWK JAS-MOS, która co prawda nie została wskazana jako podstawa wykluczenia Odwołującego, lecz poruszona została w rozstrzygnięciu protestu, Izba stwierdziła, iż z przedstawionych dokumentów tzn. umowy z 10 stycznia 2007 r. oraz aneksu do niej nie wynika jednoznacznie, czy awarie kombajnu i jego wymiana na inny model wynikały z jego wadliwości, strony odstąpiły bowiem od wskazania ich przyczyn w ugodzie, powołały się natomiast na warunki geologiczno - górnicze. Poza tym już samo zawarcie ugody i zaspokojenie swoich wzajemnych roszczeń z nią związanych zdaniem Izby może wskazywać na to, iż strony zgodnie tę umowę zrealizowały. Powyższe rozważania pozostają jednak na marginesie rozstrzygnięcia odwołania wobec konstrukcji zapisów warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, wskazującego na obowiązek wykazania się przez wykonawców dostawą określonego kombajnu bez konieczności wykazywania bezawaryjnej jego pracy przez określony czas.

Przedmiotowy wyrok w całości zaskarżyła JOY Maszyny Górnicze Sp. z o.o. w Tychach.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła naruszenie prawa materialnego oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności:

- art.65 k.c. w zw. z art.2 pkt.2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: PZP) w zw. z art.535 i nast. oraz art.605 i nast. k.c. poprzez przyjęcie, iż termin „należyte wykonanie dostawy”, o którym mowa w punkcie II lit.C1 oraz C2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia odnosi się jedynie do kompletności i terminowości dostawy i w zakresie skutków nie obejmuje dostawy rzeczy niewadliwej i użytecznej, a tym samym pominięcie dyrektyw wykładni umów określonych w art.65 k.c. oraz pominięcie specyficznego charakteru przedmiotu zamówienia, który miał polegać na wykonywaniu zobowiązania o charakterze ciągłym,
- art.24 ust.2 pkt.3 PZP poprzez przyjęcie, iż po wezwaniu Zamawiającego niezłożenie przez FAMUR dokumentów określonych w punkcie II lit.C1 oraz C2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w terminie nie stanowi przyczyny uzasadniającej wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia,
- art.2 pkt.2 ustawy PZP w zw. z art.535 i nast. k.c. oraz art.605 i nast. k.c. poprzez uznanie, że okres związania umową sprzedaży, będącą umową dostawy w rozumieniu PZP, kończy się wraz z dostarczeniem przedmiotu umowy do Zamawiającego (odbioru ilościowym towaru),
- art.144 ustawy PZP poprzez przyjęcie, iż uгода z dnia 21 maja 2008 r. zawarta pomiędzy FAMUR a Jastrzębską Spółką Węglową SA Kopalni Węgla Kamiennego JAS-MOS w Jastrzębiu Zdroju stanowi aneks do umowy z dnia 10 stycznia 2007 r. zawartej w trybie przetargu nieograniczonego regulowanym PZP, a tym samym zostało potraktowane jako uzupełnienie referencji.

Skarżący wniósł o:

1. zmianę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 września 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1167/09 poprzez oddalenie odwołania FAMUR Sp. z o.o., działającego w ramach konsorcjum FAMUR Sp. z o.o. i Fabryki Maszyn FAMUR SA w całości,
2. zasądzenie od FAMUR na rzecz Skarżącego kosztów niniejszego postępowania oraz kosztów wywołanych wniesieniem odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, w tym kosztów zastępstwa procesowego, przed Sądem oraz Krajową Izbą Odwoławczą.

Skarżący prezentowane zarzuty skargi oparł na rozumowaniu, że Zamawiający,

w postępowaniu z zakresu PZP, posiada autonomię co do oczekiwać w stosunku do przedmiotu zamówienia, zatem wszelkie dokumenty składane w jego toku, powinny być interpretowane zgodnie z jego zamiarami i celem zamówienia.

Zamawiający ma prawo, a zgodnie z art.24 PZP nawet obowiązek, by badać oferentów pod względem spełniania warunków przystąpienia do przetargu. Nadmierny formalizm nie może pozbawiać Zamawiającego tego uprawnienia, gdyż może to godzić zarówno w słuszny interes Zamawiającego, jak również w szeroko rozumiany interes społeczny, któremu służą przepisy PZP.

Uzasadniając podniesione zarzuty skarżący wskazał, że uprawnione jest stwierdzenie, że dostarczony kombajn był wadliwy i Odwołujący nie wywiązał się należycie ze swojego zobowiązania. W końcu kombajn ten został zastąpiony innym modelem, zasilanym napięciem 1kV czyli o innych parametrach niż kombajn objęty postępowaniem wszczętym przez Zamawiającego.

Oznacza to, iż Odwołujący nie wykonał dostawy w sposób należyty na rzecz KWK JAS-MOS, co uniemożliwiło mu przedstawienie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw o zbliżonym do przedmiotu postępowania rodzaju i wartości, a co z kolei uzasadniało wykluczenie FAMUR z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie złożonej przez niego oferty.

Zarzucił też, iż skoro w wyniku wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, nie przedstawił on Zamawiającemu dokumentów wskazujących na należyte wykonanie dostaw, a w dalszej kolejności wręcz wykazane zostało, iż dostawa kombajnu przez Odwołującego na rzecz JSW SA KWK JAS-MOS została zrealizowana nienależycie, wykluczenie FAMUR z postępowania było prawidłowe.

Dodatkowo wskazał skarżący, iż jedną z umów objętych definicją zawartą w art.2 pkt.2 jest umowa sprzedaży, o której mowa w art.535 i nast. k.c. Zakres umowy sprzedaży regulowany tymi przepisami jest szeroki. Nie odnosi się on wyłącznie do przekazania rzeczy lub prawa. Swoją regulacją obejmuje między innymi takie kwestie jak rękojnia czy gwarancja. W związku z tym stosunek prawny, wynikający z zawarcia umowy sprzedaży, nie kończy się z chwilą przekazania posiadania rzeczy czy prawa, lecz jest stosunkiem ciągłym.

Umowa handlowa zawarta na przedmiotowy kombajn obejmowała nie tylko sam zakup kombajnu (§1 pkt.2 umowy handlowej z 10 stycznia 2007 r.), ale także zapewnienie m. in. nadzoru na całym etapie montażu i rozruchu przedmiotu umowy na dole kopalni, przeszkolenie w zakresie montażu, eksploatacji i konserwacji dostarczonego przedmiotu umowy minimum 30 pracowników KWK JAS-MOS, a ponadto w §3 udzielił gwarancji na okres 18 miesięcy. A zatem umowa ta bez wątpliwości miała charakter ciągłego stosunku prawnego, a nie tylko zdarzenia jednorazowego.

Tymczasem referencje wystawione przez JSW SA KWK JAS-MOS z 17 maja 2007 r. zostały wystawione przed odbiorem technicznym w ścianie (który miał miejsce

20 lipca 2007 r.).

Zarzucił też skarżący, iż regulacja art.144 PZP o treści na dzień zawarcia ugody zakazywała zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla Zamawiającego. Konsekwencją zmiany umowy dokonanej z naruszeniem przedmiotowych przesłanek była nieważność umowy.

Zdaniem skarżącego wysoka awaryjność dostarczonego kombajnu, de facto od momentu dostawy, skutkująca całkowitym wycofaniem go z eksploatacji, a następnie dostarczenie kombajnu o zupełnie innych parametrach, niż przedmiot pierwotnego zamówienia, wyczerpuje dyspozycję przepisu art.144 PZP w brzmieniu na dzień

21 maja 2008 r.

W konsekwencji, dokonanie zmiany umowy z 10 stycznia 2007 r. poprzez zawarcie ugody (aneks do umowy) wypaczającej całkowicie przedmiot pierwotnego zamówienia skutkować musi nieważnością ugody (nieważnością zmiany umowy).

W pisemnej odpowiedzi na skargę Konsorcjum Famur Sp. z o.o. Katowicach i Fabryka Maszyn Famur SA w Katowicach wniosły o oddalenie skargi i o zasądzenie na rzecz konsorcjum od skarżącego zwrotu kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Zarzuty skargi są nieuzasadnione.

Skarżący uzasadniając w skardze swoje stanowisko postawił szereg też, przeciwnych od ustaleń Izby i z nich wyprowadzał wnioski wskazując na nieprawidłowości ustaleń dokonanych przez Izbę i przez to naruszenie wskazanych w skardze przepisów.

W ocenie skarżącego kombajn sprzedany JSW SA KWK JAS-MOS przez Odwołującego był od początku wadliwy, a zatem referencje wystawione przez ten podmiot w dniu 17 maja 2007 r. nie mogły potwierdzać należytego wykonania dostawy, tym bardziej, że zostały one wystawione przed wykonaniem umowy łączącej Odwołującego z JSW SA KWK JAS-MOS .

Nadto zarzucił skarżący, że zmiany umowy z dnia 10 stycznia 2007 r. zawartą ugodą (aneksem do umowy) zmieniły całkowicie przedmiot zamówienia.

W ocenie Skarżącego skutkować musi to nieważnością ugody (nieważnością zmiany umowy). Powoduje to, zdaniem Skarżącego, że przy uwzględnieniu wycofania przedmiotu zamówienia z eksploatacji, referencje z dnia 17 maja 2007 r. odnosiły się do umowy niewykonanej przez Odwołującego.

Z przedstawionym stanowiskiem Skarżącego nie sposób się zgodzić, tym bardziej, że nie znajduje ono uzasadnienia w materiale dowodowym sprawy.

Nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający Południowy Koncern Węglowy SA w Jaworznie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na najem wraz ze świadczeniem usług serwisowych nowego kombajnu ścianowego wraz ze stacją transformatorową, wyłącznikiem i przewodem zasilającym dla ZG Sobieski. W punkcie II C2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zażądał od wykonawców by w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej złożyli „wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączyli dokumenty potwierdzające, że te dostawy zostały wykonane należycie”.

Z przedmiotowego wynika, iż Zamawiający żądał od wykonawców wykazania należytego wykonania dostawy, a nie wykazania należytego wykonania umowy z dnia 10 stycznia 2007 r. Umowa ta zawierała w swej treści inne postanowienia jak np. dotyczące usług serwisowych nadzoru, czynności przeszkolenia pracowników itp.

Podzielić należy stanowisko Izby, iż zawarte w treści pkt.II C.2 SIWZ postanowienie „dostawy” należy rozumieć tak jak wskazuje definicja dostawy zawarta w art.2 pkt.2 ustawy Prawo zamówień publicznych czyli nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu.

Skarżący, nie kwestionuje ustaleń Izby, iż referencje z dnia 17 maja 2007 r. dotyczyły sprzedaży, a nie świadczenia usług, a zatem nie kwestionuje, że spełniały one wymogi postanowień SIWZ w zakresie wykazania dostaw w rozumieniu art.2 pkt.2 ustawy Prawo zamówień publicznych. To stanowisko Izby Sąd Okręgowy podziela.

Skarżący natomiast zarzuca, iż przedmiotowe referencje nie potwierdzają należytego wykonania sprzedaży.

Nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że Zamawiający jest uprawniony, a nawet zobowiązany ocenić uczestniczących w przetargu z punktu widzenia przesłanek przewidzianych art.24 ustawy Prawo zamówień publicznych. Następstwem dokonanych ustaleń o istnieniu którejkolwiek z nich jest obowiązek Zamawiającego wydania decyzji o wykluczeniu wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne. Tak też w przedmiotowym postępowaniu się stało, gdyż Zamawiający stwierdził, że dokument w postaci referencji z dnia 17 maja 2007 r. nie potwierdza warunków udziału w postępowaniu wykonawcy w zakresie jego zdolności technicznej.

Podzielić jednak należy stanowisko Izby, iż decyzja Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia a w konsekwencji odrzucenie jego ofert nie była prawidłowa.

Referencje z dnia 17 maja 2007 r. wystawione przez JSW SA KWK JAS-MOS dotyczyły wykonanej w dniu 7 maja 2007 r. sprzedaży kombajnu ścianowego KGE 720F nr fabryczny 209.

O treści referencji decydował Zamawiający. To on wskazał, że wykonanie umowy sprzedaży przedmiotowego kombajnu w oparciu o umowę z dnia 10 stycznia 2007 r. nastąpiło w dniu 7 maja 2007 r.

Stanowisko to, na co trafnie wskazała Izba, ma uzasadnienie w protokole odbioru kompletności dostawy kombajnu i w protokole odbioru końcowego. Oba te dokumenty sporządzono w dniu 7 maja 2007 r. To, że po wydaniu przedmiotowego kombajnu Odwołujący wykonywał na rzecz Zamawiającego inne usługi nie stanowi o tym, że umowa sprzedaży nie została wykonana.

Fakt, że kombajn po wydaniu go JSW SA KWK JAS MOS był później montowany na dole w kopalni i że rozruch w ścianie nastąpił w dniu 20 lipca 2007 r. dla wykonania umowy sprzedaży w świetle art.535 k.c. był bez znaczenia tym bardziej, że do obowiązków sprzedawcy zgodnie z umową z dnia 10 stycznia 2007 r. nie należały czynności montażu i rozruchu, a jedynie nadzór nad tymi czynnościami.

Skoro w treści SIWZ jest mowa o należyтым wykonaniu dostawy to dostarczenie przez Odwołującego JSW SA KWK JAS MOS kombajnu z przeniesieniem własności i wydaniem go, stanowiło w rozumieniu art.535 k.c. wykonanie umowy sprzedaży. Ponieważ zaś sprzedaż wchodzi w zakres dostawy w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych to JSW SA KWK JAS MOS był uprawniony do wydania w dniu 17.05.2007 r. dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy.

Dokument ten w swej treści odpowiadał wymogom pkt.II C2 SIWZ, a zatem Odwołujący wykazał się zdolnością techniczną do wykonania przedmiotu umowy. Wezwanie Odwołującego, w trybie art.26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oferty poprzez wykazanie należytego wykonania dostawy po odbiorze w ścianie i po pewnym okresie jego eksploatacji, stanowiło postawienie wykonawcy nowego wymogu udziału w postępowaniu co do warunków technicznych, a zatem jako nie znajdujące oparcia w treści SIWZ nie mogło, w przypadku niezłożenia takiego uzupełnienia, stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Również nie można uznać, by referencje z dnia 17 maja 2007 r. były wystawione przedwcześnie, co zarzuca skarżący.

Jak wyżej wskazano dokument ten wystawiono po wykonaniu umowy sprzedaży z dnia 10 stycznia 2007 r. tj. po wydaniu przedmiotu sprzedaży kupującemu.

Treść SIWZ nakładała na wykonawców obowiązek należytego wykonania dostawy, a te okoliczności referencje z dnia 17 maja 2007 r. potwierdzają.

Nie można podzielić stanowiska skarżącego, że kombajn wydany w dniu 7 maja 2007 r. był wadliwy już w dniu wydania.

Okoliczności te nie wynikają z akt tej sprawy, a w szczególności z treści umowy z dnia 21 maja 2008 r., gdzie strony stwierdziły, że w dniu 20 lipca 2007 r. dokonano odbioru technicznego kombajnu w ścianie i urządzenie jest sprawne pod względem elektrycznym i mechanicznym i nadaje się do eksploatacji. Dlatego też prawidłowo KIO stwierdziła, że z treści umowy wynika, iż odbiór przebiegł pomyślnie.

Niewątpliwie Odwołujący udzielił kupującemu JSW SA KWK JAS MOS gwarancji - powyższe wynika z treści umowy z dnia 10 stycznia 2007 r.

Przedmiotowa umowa stanowi o wykonaniu obowiązków z tytułu udzielonej gwarancji i wymianie urządzenia na inny model oraz o wzajemnym rozliczeniu kosztów. Na podstawie treści tej umowy nie można jednoznacznie stwierdzić przyczyn awarii kombajnu tym bardziej, że strony w przedmiotowej umowie powołały się na warunki geologiczno - górnicze.

Dlatego też stanowisko skarżącego, iż umowa, stanowiąca aneks do umowy z dnia 10 stycznia 2007 r., zmieniająca przedmiot powoduje nieważność w tym zakresie postanowień umowy, z mocy art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest trafne.

Zwrócić należy uwagę, że strony przedmiotowej umowy zgodnie ustaliły i przyjęły warunki umowy.

Nie można zatem wykluczyć, by przyczyną i podstawą porozumienia stron były właśnie przesłanki z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, a to że konieczność zmiany umowy wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te były korzystne dla Zamawiającego.

Podkreślić też należy, że w tym postępowaniu, rozpoznając skargę na wyrok KIO Sąd Okręgowy nie jest uprawniony do badania nieważności umowy zawartej w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Na marginesie zaznaczyć należy, że przywoływana przez przeciwnika skargi okoliczność, iż w dniu 1 października 2009 r. zawarł umowę z Zamawiającym pozostaje bez wpływu na postępowanie wywołane niniejszą skargą. Zgodnie z uchwałą SN z dnia 14 października 2005 r. o sygn. III CZP 73/05 zawarcie przez Zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez Sąd skargi na orzeczenie arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana.

W konsekwencji uznając skargę za bezzasadną na podstawie art. 198§2 ustawy Prawo zamówień publicznych należało ją oddalić.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 198§5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

r.

PI!