

WYROK

z dnia 15 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 października 2018 r. **odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej** w dniu 1 października 2018 r. **przez odwołującego:** konsorcjum firm: 1) Centralna Stacja Ratownictwa Górniczego S.A. ul. Chorzowska 25, 41-902 Bytom (członek) 2) Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego CEN - RAT Sp. z o.o. ul. Chorzowska 25, 41-902 Bytom (lider), w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Polska Grupa Górnicza S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża konsorcjum firm: 1) Centralna Stacja Ratownictwa

Górniczego S.A. ul. Chorzowska 25, 41-902 Bytom (członek) 2) Centrum Usług

Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego CEN - RAT Sp. z o.o. ul. Chorzowska 25, 41-902 Bytom (lider) i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum firm: 1) Centralna Stacja Ratownictwa Górniczego S.A. ul. Chorzowska 25, 41-902 Bytom (członek) 2) Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego CEN - RAT Sp. z o.o. ul. Chorzowska 25, 41-902 Bytom (lider) tytułem wpisu od odwołania

2.2. nie zasądza od konsorcjum firm: 1) Centralna Stacja Ratownictwa Górniczego S.A. ul. Chorzowska 25, 41-902 Bytom (członek) 2) Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego CEN - RAT Sp. z o.o. ul. Chorzowska 25, 41-902 Bytom (lider) na rzecz Polska Grupa Górnicza S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice kwoty 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione na wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący: **Uzasadnienie**

Informacje ogólne

Odwołanie złożyło konsorcjum firm:

1) Centralna Stacja Ratownictwa Górniczego S.A. ul. Chorzowska 25, 41-902 Bytom

2) Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego CEN - RAT Sp. z o.o. ul. Chorzowska 25 41-902 Bytom (lider), zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie prowadzi Polska Grupa Górnicza S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice zwany dalej „Zamawiającym”.

Odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na sformułowaniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu

• Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy

Prawo zamówień publicznych (dalej także: PZP lub ustawa).

Sformułowanie, a następnie opublikowanie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej także: SIWZ) z naruszeniem wskazanych poniżej przepisów ustawy, polegającym na wprowadzeniu do jego treści postanowień niezgodnych m.in. z art. 29 § 1 PZP poprzez nieprecyzyjne, niejednoznaczne, niepełne i wewnętrznie sprzeczne opisanie przedmiotu zamówienia, naruszające także przepisy Kodeksu cywilnego, a w szczególności jego art. 693 § 1, a także art. 29 ust. 2 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może zachwiać uczciwą konkurencją, co utrudnia bądź wręcz uniemożliwia złożenie prawidłowo skalkulowanej oferty, stanowiąc tym samym naruszenie normy art. 7 ustawy, nadto niespójność treści SIWZ z treścią ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zwięzłe przedstawienie zarzutów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przy formułowaniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a także ogłoszenia o zamówieniu poniżej wskazanych przepisów, które może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1) art. 29 ust. 1 i 2 PZP poprzez jego niezastosowanie polegające na wadliwym opisie przedmiotu zamówienia w zakresie:

a)nieprawidłowego opisanie przedmiotu nabycia jako dzierżawy urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego (i wykonanie usług inertyzacji), podczas gdy przedmiotem nabycia winna być usługa inertyzacji (z wykorzystaniem urządzeń niezbędnych do jej świadczenia), co stanowi również naruszenie art. 139 ust. 1 PZP w zw. 693 § 1

Kodeksu cywilnego;

b)nieprawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia poprzez niespójne wskazywanie czy Zamawiający zamierza nabyć jedynie dzierżawę urządzeń czy również usługę inertyzacji;

c)zawarcie w SIWZ zapisów pozwalających na zmniejszenie zakresu zamówienia bez określenia obiektywnych okoliczności, w których jest to możliwe lub na podstawie swobodnego i arbitralnego uznania Zamawiającego, a także bez wskazania dopuszczalnego limitu takiego zmniejszenia;

2) art. 22 ust. 1a) w zw. z art. 22d) i art. 36 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez jego niezastosowanie, polegające na nieprecyzyjnym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia określeniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie:

a)opisanie zdolności technicznej lub zawodowej, zawartej w Części VIII pkt 1) ppkt 1) SIWZ;

b)określenia wymogu ilościowego dysponowania urządzeniami technicznymi w celu wykonania zamówienia, zawartego w Części VIII pkt 1) ppkt 2) SIWZ, co stanowi również naruszenie art. 22d ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy;

3)art 29 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 PZP poprzez ich niezastosowanie, polegające na pominięciu w SIWZ jakichkolwiek uregulowań dotyczących prawa opcji, w szczególności poprzez niewskazanie okoliczności, w których Zamawiający z prawa opcji może skorzystać, bądź też - z uwagi na wskazany brak - zrównanie zamówienia realizowanego w ramach prawa opcji z zamówieniem, którego realizacja jest gwarantowana;

4)art. 36 i 41 w zw. z art 7 ust. 1 PZP poprzez niespójność treści Specyfikacji Istotnych

Warunków Zamówienia z treścią ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w zakresie:

a)przedmiotu zamówienia;

b)przesłanek fakultatywnych wykluczenia Wykonawcy;

a także wewnętrzną sprzeczność zapisów w ramach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

5) art. 353¹ w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 PZP poprzez sformułowanie postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, polegający przede wszystkim na wprowadzeniu do SIWZ (Istotnych postanowień umowy) możliwości nabycia prawa własności dzierżawionych urządzeń w zamian za zapłatę rażąco niskiego odszkodowania oraz możliwości nałożenia na Wykonawcę wygórowanych i niezasadnionych kar umownych.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący, wskazując na powyższe zarzuty, wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania;

2.nakazanie zmiany kwestionowanych w niniejszym Odwołaniu zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie i brzmieniu proponowanym poniżej, w sposób usuwający niezgodności ich brzmienia z ustawą Prawo zamówień publicznych;

3. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania, wraz z kosztami zastępstwa radcowskiego, według norm przepisanych.

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania: I. Interes prawny:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania od wskazanych wyżej czynności Zamawiającego, gdyż przez sformułowanie postanowień specyfikacji i ogłoszenia, w sposób naruszający przepisy PZP, Zamawiający w znaczny sposób utrudnia, a wręcz uniemożliwia Odwołującemu przygotowanie i złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia, podczas gdy ten jest zainteresowany złożeniem oferty i miałby szansę wygrać postępowanie i uzyskać możliwość realizacji zamówienia. Ponadto naruszenie przez Zamawiającego zasad prawa zamówień publicznych powoduje, iż Odwołujący nie może w pełni prawidłowo skalkulować oferty i zaferować przedmiot, który spełnia wymagania określone w zamówieniu, ponieważ informacje zawarte w SIWZ powodują, że nie jest możliwe poprawne i rzetelne obliczenie ceny z uwagi na niemożność przewidzenia rzeczywistego zmniejszenia zakresu umowy.

Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, poprzez nieosiągnięcie przychodów możliwych do uzyskania w toku wykonywania zamówienia. Odwołujący jest podmiotem zawodowo i profesjonalnie trudniącym się świadczeniem usług inertyzacji i mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału Wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu i tym samym braku możliwości uzyskania zamówienia i zysku związanego z jego realizacją. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego Wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. Kwestię tę rozstrzygnęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 lipca 2014 r. (sygn. akt: KIO 1423/14): „Na etapie postępowania, przed otwarciem ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia”, a także w tezie 1) wyroku z dnia 8. maja 2013 r. (sygn. akt: KIO 915/13): „Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań dotyczących postanowień SIWZ przyjąć należy, iż wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jeśli nie zachodzi obiektywna niemożliwość uczestniczą tego wykonawcy w postępowaniu

II. Uzasadnienie zarzutów:

W dniu 20 września 2018 r. Zamawiający - Polska Grupa Górnicza S.A. opublikowała w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia dla zamówienia sektorowego o wartości szacunkowej co najmniej 443.000 Euro na „Dzierżawę urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji i wykonanie usług inertyzacji dla Oddziałów Polskiej Grupy Górnicznej S.A, w latach 2019 - 2021 z podziałem na zadania” [pisownia oryginalna]. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na cztery zadania, obejmujące dostawę (dzierżawę) i usługę dla kopalń:

- 1.KWK ROW + KWK Sośnica - 14 urządzeń (w ramach opcji: 12 + 2);
- 2.KWK Piast - Ziemowit - 3 urządzenia (w ramach opcji: 2 + 1);
- 3.KWK Ruda - 6 urządzeń (w ramach opcji: 4 + 2);
- 4.KWK Mysłowice-Wesoła, KWK Murcki-Staszic, KWK Wujek - 6 urządzeń (w ramach opcji: 4 + 2).

Z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wynika również, iż Zamawiający zamierza skorzystać z prawa opcji.

W ocenie Odwołującego, postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia naruszają szereg przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 22 ust. 1 a), art. 36 ust. 1 pkt 5), art. 82 ust 3, art. 36, art. 41, art. 7, godzą także w definiowaną w art. 693 § 1 Kodeksu cywilnego istotę umowy dzierżawy, pozostając wreszcie w sprzeczności z treścią ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, co jest sytuacją wadliwą.

Taka redakcja SIWZ, w szczególności w zakresie nieprawidłowości opisu przedmiotu zamówienia, uniemożliwia Wykonawcom złożenie prawidłowo skalkulowanej oferty.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że zarzuty odwołania dotyczące postanowień umownych są w istocie zarzutami wobec treści SIWZ, Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedziała się w kwestii własnej kognicji w zakresie rozpoznawania zarzutów naruszania przez zamawiających przepisów Kodeksu cywilnego. Z pewnością mieści się w niej ocena naruszenia istoty (*essentialia negotii*) umowy nazwanej, jaką jest umowa dzierżawy. Swoją kompetencję w tym zakresie potwierdziła KIO w tezie 1 wyroku z dnia 27. marca 2014 r. (sygn. akt: KIO 487/14): „Zamawiający jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Kształtując treść umowy, musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353¹ k.c., a także z innej zasady prawa cywilnego (art. 5 k.c.), zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego”.

1) Odwołujący zarzuca Zamawiającemu nieprawidłowości w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, stanowiące naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP, co uniemożliwia Wykonawcom złożenie w postępowaniu prawidłowo skalkulowanej oferty.

a) W pierwszej kolejności Odwołujący stoi na stanowisku, że nieprawidłowo został przez Zamawiającego określony przedmiot nabycia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jako dzierżawa urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego i wykonanie usługi inertyzacji.

Przed przejściem do meritum wskazać trzeba, iż przez szereg lat Zamawiający, a właściwie jego poprzednik prawny - Kompania Węglowa S.A., a następnie Polska Grupa Górnicza Sp. z o.o. nabywał identyczny przedmiot zamówienia jako usługę inertyzacji, która świadczona była przez Wykonawcę przy użyciu generatorów azotu, W taki sam sposób przedmiot zamówienia nadal określają inni zamawiający - spółki górnicze, dla których Odwołujący świadczy swe usługi, a to Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. oraz Węglkokoks Kraj S.A.

W ocenie Odwołującego, zmiana wprowadzona aktualnie przez Polską Grupę Górniczą S.A. stanowi jednak naruszenie przepisów prawa - zarówno art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i mającego na jego podstawie zastosowanie art. 693 § 1 Kodeksu cywilnego. Przedmiot zamówienia winien bowiem być opisany w sposób jednoznaczny, a za taki nie można przyjąć określenia go w sposób niezgodny z innymi powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Istotą umowy dzierżawy (jej *essentialia negotii*) jest zobowiązanie wydzierżawiającego do oddania dzierżawcy rzeczy do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, w zamian za zapłatę umówionego czynszu. Jak wskazuje Aneta Biały w komentarzu do Kodeksu cywilnego pod red. Mariusza Frasa: *„Umowa dzierżawy jest przykładem stosunku prawnego regulującego korzystanie z cudzej rzeczy (samodzielne władanie, eksploatawanie) lub praw i została ukształtowana w kodeksie cywilnym poprzez odwołanie do umowy najmu z modyfikacjami wynikającymi z odrębności, jakie charakteryzują dzierżawę (...)”* I dalej: *„Przedmiotem umowy dzierżawy mogą być rzeczy ruchome i nieruchomości, prawa majątkowe, zespół zorganizowanych praw majątkowych (w tym nawet firma przedsiębiorstwa), jeśli ich charakter zezwala na ich używanie i pobieranie z nich pożytków (naturalnych i cywilnych) przez dzierżawcę. Podobnie wskazuje Grzegorz Koziół w komentarzu do art. 693 KC pod red. Andrzeja Kidyby, iż „Dzierżawa jest stosunkiem prawno- zobowiązaniowym, podlegającym zasadzie swobody umów, mocą którego jedna jej strona (wydzierżawiający) udostępnia odpłatnie korzystanie z rzeczy albo praw (art. 709 k.c.) drugiej stronie (dzierżawcy), przy czym aby umowa nabrała cech dzierżawy, osoba korzystająca z cudzej rzeczy (albo praw) - dzierżawca, uprawniona musi być także do pobierania z niej pożytków”. Immanentną cechą umowy dzierżawy jest zatem oddanie przez wydzierżawiającego rzeczy do korzystania dzierżawcy (i pobierania z niej pożytków). Podmiotem korzystającym, eksploatującym przedmiot dzierżawy staje się zatem dzierżawca.*

Zdefiniowanie przedmiotu zamówienia w ten sposób, iż ma nim być dzierżawa urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego i wykonywanie usługi inertyzacji, tworzy zatem swoistą hybrydę prawną, w której Zamawiający oczekuje oddania mu do korzystania generatorów azotu, z których *de facto* sam korzystać nie zamierza, pozostawiając owe korzystanie wydzierżawiającemu (Wykonawcy). Stąd też, w ocenie Odwołującego, prawidłowa była dotychczasowa praktyka Zamawiającego oraz trwająca praktyka pozostałych spółek górniczych, polegająca na określeniu przedmiotu zamówienia jako nabywaniu usługi inertyzacji, która w istocie wykonywana musiała być przy użyciu urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu prawidłowego określenia przedmiotu zamówienia, poprzez wskazanie, iż jest nim świadczenie usług inertyzacji dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej SA w latach 2019 - 2021 wraz ze stosowną modyfikacją związanych z tym postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (oraz ogłoszenia), w szczególności w zakresie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert oraz projektu mającej być zawartą w następstwie udzielenia zamówienia umowy.

b) Niezależnie od powyższych wywodów dotyczących przekazania dzierżawcy (Zamawiającemu) korzystania z rzeczy na podstawie umowy dzierżawy, Odwołujący zwraca uwagę, iż lektura SIWZ nie pozwala na jednoznaczne określenie czy przedmiotem zamówienia ma być samo dzierżawienie urządzeń czy też dzierżawa wraz ze świadczeniem usługi inertyzacji, O ile bowiem na to drugie rozwiązanie wskazuje opis Przedmiotu zamówienia zawarty w Części III SIWZ („Dzierżawa urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji i wykonanie usługi inertyzacji dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. w latach 2019 - 2021 z podziałem na zadania”), o tyle lektura dalszej części Specyfikacji takiej pewności już nie daje.

Uregulowany bowiem w Części IV Termin wykonania zamówienia odnosi się wyłącznie do dzierżawy urządzeń, wskazując na termin ich dostawy, datę rozpoczęcia dzierżawy oraz ilość jej dni, pomijając zupełnie kwestię terminu świadczenia usług inertyzacji.

W Załączniku Nr 1 do SIWZ, w jego punkcie 7) - obowiązki Wykonawcy, w podpunkcie 2) Polska Grupa Górnicza S.A. zastrzegła, iż „Wykonawca jest odpowiedzialny za konserwację oraz naprawę urządzeń, a wszelkie naprawy oraz zmiany miejsca ich ustawienia będą przeprowadzane na koszt Wykonawcy z wyjątkiem, napraw, będących następstwem niewłaściwej eksploatacji i urządzeń bądź ich nienależytego zabezpieczenia i ochrony przez Zamawiającego”, co budzi wątpliwość kto w istocie ma eksploatować urządzenia celem wytworzenia gazów inertych.

Podobnie w punkcie 8) Załącznika Nr 1 - Obowiązki Zamawiającego, w podpunkcie 3) Zamawiający zobowiązał się używać urządzeń Wykonawcy z należytą starannością i przyjął na siebie odpowiedzialność za szkody wynikłe z ich niewłaściwej eksploatacji, powielając tenże obowiązek w § 6 punkt II, podpunkt 1) Istotnych postanowień umowy (str. 40 SIWZ).

Zborne z powyższym założeniem eksploatacji urządzeń przez Zamawiającego jest sformułowanie przez niego obowiązku przedłożenia przez Wykonawcę instrukcji obsługi urządzeń już na etapie składania ofert, zawarte w Części XV SIWZ oraz w Załączniku Nr 1 punkt 9).

Dalej: brak jest wskazania w tytule postępowania, zawartego w formularzu ofertowym (Załącznik Nr 2 do SIWZ, str. 24), Zobowiązaniu innego podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia (Załącznik Nr 7 do SIWZ, str. 33) oraz Istotnych postanowieniach, które zostaną wprowadzone do treści umowy, w tym określeniu przedmiotu umowy, zawartego w § 2 ust. 1 (Załącznik Nr 8 do SIWZ, str. 34), iż przedmiotem procedury o udzielenie zamówienia publicznego jest również usługa inertyzacji.

Jeszcze większe wątpliwości na temat tego, co wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia nasuwa treść nazwy postępowania, zawarta w punkcie II. 1.1) ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - „Dzierżawa urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. w latach 2019 - 2021”, podczas gdy już poszczególne części tegoż zamówienia, Zamawiający opisał jako „Wykonywanie usługi inertyzacji z wykorzystaniem urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego” (vide: punkt II.2.1 ogłoszenia).

Nie tylko zatem w samej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zachodzi niespójność w opisie przedmiotu zamówienia, ale powielona ona została również w treści ogłoszenia.

Wobec powyższego, Odwołujący podtrzymując w całej rozciągłości opisany w lit. a) zarzut niewłaściwego przyjęcia, iż przedmiotem postępowania jest udzielenie zamówienia na dzierżawę urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego zamiast usługi inertyzacji, z ostrożności, na wypadek niepodzielenia zasadności tychże twierdzeń przez Wysoką Izbę, wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do doprecyzowania w treści SIWZ (i ogłoszenia) czy obowiązkiem Wykonawcy będzie dzierżawa urządzeń do wytwarzania gazów inertych czy też ich dzierżawa wraz ze świadczeniem przez Wykonawcę usług inertyzacji.

c) Wreszcie Odwołujący zarzuca, iż w Opisie przedmiotu zamówienia zachodzą istotne braki w zakresie sformułowania możliwości zmniejszenia zakresu lub wartości zamówienia, utrudniające lub uniemożliwiające Wykonawcy prawidłowe skalkulowanie wysokości wynagrodzenia w składanej ofercie. Lektura Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie pozwala bowiem Wykonawcy na jednoznaczne i precyzyjne ustalenie jaka część umowy może, z przyczyn niezależnych od niego, nie zostać zrealizowana, co z kolei uniemożliwia uwzględnienie tegoż ryzyka przy ustalaniu wysokości wynagrodzenia Wykonawcy (czynszu dzierżawnego i stawki za wyprodukowany gaz inertych).

(tak w Załączniku Nr 1 SIWZ, w punkcie 4) podpunkt 4) Zamawiający wskazał, iż „Zakres ilościowy przedmiotu zamówienia jest zakresem szacunkowym określonym przez Zamawiającego z należytą starannością. Zamawiający

pomimo dochowania należytej staranności, z uwagi na charakter prowadzonej działalności, nie zapewnia realizacji zamówienia w pełnym zakresie”.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o zmianę punktu 4) podpunkt 4) Załącznika Nr 1 do SIWZ i nadanie mu następującej treści:

„Zakres ilościowy przedmiotu zamówienia jest zakresem szacunkowym określonym przez Zamawiającego z należyłą starannością. Zamawiający pomimo dochowania należytej staranności, z uwagi na charakter prowadzonej działalności, nie zapewnia realizacji zamówienia w pełnym zakresie, gwarantując jednak jego wykonanie na poziomie co najmniej 90% dla każdego z zadań”.

Podobny zapis zawarty został w § 4 ust. 3 Istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy (Załącznik Nr 8 do SIWZ): „(...)Dzierżawca ustalił czas dzierżawy i ilość urządzeń z należyłą starannością, jednak nie gwarantuje wykorzystania wszystkich urządzeń i pełnego czasu także dla urządzeń w opcji”.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o zmianę zapisu § 4 ust. 3 Załącznika Nr 8 do SIWZ i nadanie mu następującej treści:

„Dzierżawca ustalił czas dzierżawy i ilość urządzeń z należyłą starannością, jednak nie gwarantuje wykorzystania wszystkich urządzeń i pełnego czasu także dla urządzeń w opcji, zapewniając jednakże ich wykorzystanie na poziomie nie mniejszym niż 90%, co dotyczy zarówno części gwarantowanej, jak i opcji”.

Dalej, w treści tegoż samego § 4 Załącznika Nr 8 do SIWZ, w punkcie 8) Zamawiający wskazał: *„Wprzypadku przymusowego, niemożliwego do przewidzenia wcześniej oraz niezależnego od Wydierżawiającego postoju przedmiotu dzierżawy następuje zawieszenie naliczania stawki dzierżawy na okres uzgodniony przez Strony nie dłużej jednak niż 90 dni”.*

Jakkolwiek cytowany zapis zakłada, że czas przestoju ma zostać uzgodniony pomiędzy Stronami, to jednak w zdaniu kolejnym niweczy to uzgodnienie poprzez stanowcze stwierdzenie, iż *„Rozpoczęcie zawieszenia następuje z dniem rozpoczęcia faktycznego postoju”*, nie pozostawiając w tym zakresie Wykonawcy żadnej decyzyjności. Co więcej, postanowienie to zakłada, że postój dotyczyć ma okoliczności niezależnych od Wydierżawiającego, a zatem Wykonawcy, co z kolei implikuje pełną swobodę Zamawiającego w sytuacjach, gdy przestój dotyczy okoliczności zależnych od PGG S.A. Zamawiający nie doprecyzował wreszcie czy wskazywane przez niego 90 dni na zawieszenie naliczania czynszu dzierżawnego dotyczy całego okresu trwania umowy, czy może być ponawiane wielokrotnie, np. w odstępie kilku dni.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o wykreślenie § 4 ust. 8 w Załączniku Nr 8 do SIWZ, względnie skrócenie okresu zawieszania naliczania opłaty do 30 dni z doprecyzowaniem, iż jest to limit dla całego okresu obowiązywania umowy.

Jeszcze dalej idący sprzeciw Odwołującego budzi zapis § 4 ust. 10 Załącznika Nr 8 do SIWZ, w którym Zamawiający zakłada również zawieszenie naliczania stawki dzierżawy na okres do 150 dni łącznie w związku ze zmianą lokalizacji przedmiotu dzierżawy. W ocenie Odwołującego jest to kolejna, niezależna od niego okoliczność, która z uwagi na proporcję do całego okresu trwania umowy, wprowadza dość duży element niepewności w szacowaniu ceny ofertowej. Wykonawca nie ma także żadnego wpływu na przedłużanie przez Zamawiającego okresu alokacji urządzeń, które spowoduje u niego realną szkodę w postaci utraty czynszu dzierżawnego.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o wykreślenie § 4 ust. 10 w Załączniku Nr 8 do SIWZ, względnie skrócenie okresu zawieszania naliczania stawki dzierżawy do 30 dni ze wskazaniem, iż jest to limit dla całego okresu obowiązywania umowy.

Wszystkie powyższe, kwestionowane przez Odwołującego uregulowania SIWZ, utrudniające, a wręcz uniemożliwiające skalkulowanie oferty z uwagi na wadliwość opisu przedmiotu zamówienia stają się jeszcze bardziej jaskrawe w kontekście innych rozwiązań przyjętych przez Zamawiającego. Mianowicie zasadniczo, jako termin dostawy urządzeń przewidział on datę 31 grudnia 2018 r., jednakże w § 4 ust. 2 Istotnych postanowień umowy zastrzegł, iż może on jednostronnie przyspieszyć ten termin o 14 dni. Z drugiej strony naliczanie stawki dzierżawy uzależnia od podpisania przez siebie Protokołu odbioru technicznego, co może nastąpić w ciągu 30 dni od dostawy (vide: § 4 ust. 4 projektu umowy). Podobne zawieszenie na 30 dni z uwagi na konieczność podpisania protokołu odbioru dotyczy sytuacji zmian lokalizacji (vide: § 4 ust. 5 projektu umowy). Dalej po zakończeniu okresu dzierżawy termin zwrotu urządzeń może przedłużyć się do 30 dni. Wszystkie powyższe zapisy, stwarzają dość dużą dozę niepewności co do realnego,

generującego dla Wykonawcy zysk okresu dzierżawy, których maksymalne wykorzystanie przez Zamawiającego spowoduje dla Wykonawcy znaczną stratę, tudzież konieczność w kalkulowaniu jej w ofertę, co z kolei przeczy idei zamówień publicznych, zakładających racjonalną gospodarowanie środkami Zamawiającego.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o wykreślenie § 4 ust. 2 Istotnych warunków umowy i nadanie odpowiedniego oznaczenia kolejnym ustępom, oraz skrócenie terminu na podpisanie Protokołu odbioru do 7 dni w § 4 ust. 4 i § 4 ust. 5.

- 2) Odwołujący zarzuca Zamawiającemu również naruszający ustawę Prawo zamówień publicznych, a to art. 22 ust. 1a) w zw. z art. 22d) i art. 36 ust. 1 pkt 5) PZP, opis warunków udziału w postępowaniu, zawarty w Części VIII SIWZ
- a) Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprecyzyjny i budzący wątpliwości sformułował wymóg legitymowania się zdolnością techniczną lub zawodową, opisaną w Części VIII pkt 1):

„Wykonawca wykaże się zdolnością techniczną lub zawodową, to znaczy:

- 1) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje:
- a) dla zadania Nr 1 - co najmniej dwie dostawy urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji lub wykonanie usług inertyzacji o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł;
- b) dla zadania Nr 2 - co najmniej dwie dostawy urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji lub wykonanie usług inertyzacji o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł;
- c) dla zadania Nr 3 - co najmniej dwie dostawy urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji lub wykonanie usług inertyzacji o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł; dla zadania Nr 4 - co najmniej dwie dostawy urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza
- d) atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji lub wykonanie usług inertyzacji o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł,”

Z powyższych uregulowań nie sposób jednoznacznie wywieść czy Wykonawca ma się jedynie legitymować wykonaniem usług o wskazywanej przez Zamawiającego wartości czy też próg kwotowy określony dla każdego z zadań dotyczy także dostawy urządzeń. Po wtóre: jakkolwiek postępowanie dotyczy (poza dzierżawą) specyficznej usługi inertyzacji świadczonej celem dostarczania gazu do wyrobisk górniczych przy użyciu specjalistycznych urządzeń dostarczających gaz, to Zamawiający w żaden sposób nie dookreślił wymogów dotyczących samych maszyn (ich wydajności i parametrów gazu), podobnie jak uczynił to w aspekcie oczekiwań wobec dzierżawionych w następstwie udzielenia zamówienia urządzeń. Po wtóre wreszcie: tak sformułowany zapis nie zabezpiecza interesu Zamawiającego poprzez określenie jedynie dolnego progu ilości wykonanych usług (lub również zrealizowanych dostaw), albowiem PGG S.A. wymaga, aby oferent wykazał się wykonaniem usług inertyzacji o łącznej wartości nie mniejszej niż wskazywane przez niego, który to warunek zostanie spełniony przez podmiot świadczący rozliczne, lecz drobne i niekoniecznie odpowiadające rygorom przemysłu górniczego usługi (np. hipotetycznie dla zadania 4 - 400 usług o wartości 10.000,00 zł każda). Jeśli próg kwotowy miałby dotyczyć dostawy urządzeń, to analogicznie zarzucić można, iż wymóg ten spełni każdy wykonawca, który zrealizował wiele dostaw drobnych generatorów azotu np. na potrzeby przemysłu spożywczego, którego specyfika jest jakże różna od potrzeb PGG S.A.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o zmianę zapisu Części VIII SIWZ punkt 1).

Jeśli uwzględniony zostanie zarzut niewłaściwego przyjęcia dla zakupu umowy dzierżawy, to poprzez wykreślenie dla każdego z zadań słów: „co najmniej dwie dostawy urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji lub”.

W przeciwnym wypadku, o nadanie mu następującego brzmienia:

„Wykonawca wykaże się zdolnością techniczną lub zawodową, to znaczy:

- 1) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest

krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje:

- a) dla zadania Nr 1 - co najmniej dwie dostawy urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji podziemnych wyrobisk górniczych lub wykonanie usług inertyzacji podziemnych wyrobisk górniczych o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł;

dla zadania Nr 2 - co najmniej dwie dostawy urządzeń do wytwarzania azotu z

- a) powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji podziemnych wyrobisk górniczych lub wykonanie usług inertyzacji podziemnych wyrobisk górniczych o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł;

- b) dla zadania Nr 3 - co najmniej dwie dostawy urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji podziemnych wyrobisk górniczych lub wykonanie usług inertyzacji podziemnych wyrobisk górniczych o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł;

- c) dla zadania Nr 4 - co najmniej dwie dostawy urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji podziemnych wyrobisk górniczych lub wykonanie usług inertyzacji podziemnych wyrobisk górniczych o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł.”

b) W sposób sprzeczny z ustawą, albowiem naruszający wymóg proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia, Zamawiający określił w Części VIII punkt 1) ppkt 2) wymóg dysponowania przez Wykonawcę urządzeniami w celu wykonania zamówienia. To samo rozwiązanie powielone zostało

w Załączniku Nr 4 - Wykaz narzędzi/wyposażenia zakładu/urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w zakresie niezbędnym dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Mianowicie, jakkolwiek z Szacowanego (planowanego) zagospodarowania urządzeń, zawartego w Załączniku Nr 1 do SIWZ, punkt 2) wynika, iż dla realizacji zadania 1 Zamawiający przewiduje 14 urządzeń, to wymaga aby Wykonawca składając ofertę nań wykazał się dysponowaniem aż 42 generatorami azotu; dla wykonania zadania 2 Zamawiający przewiduje 3 urządzenia oraz legitymowanie się przez Wykonawcę dysponowaniem aż 9; dla zadania 3 i 4 Zamawiający przewiduje po 6 urządzeń, oczekując nieadekwatnie dysponowania przez Wykonawcę 18 maszynami dla każdego z nich,

W ocenie odwołującego, Zamawiający formułując takie oczekiwanie wobec oferentów w sposób jaskrawy, a przede wszystkim nieuzasadniony, naruszył statuowaną w art. 22 ust. 1a) w zw. z art. 22d) PZP zasadę proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia.

O konieczności zachowania warunku proporcjonalności wypowiedział się m.in.

Włodzimierz Dzierżanowski w komentarzu do art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych (Lex, Wolters Kluwer): „Określenie warunków powinno być dokonane w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Po pierwsze więc, punktem odniesienia dla ustalenia prawidłowej konkretyzacji warunku jest przedmiot zamówienia. Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia (...). W przypadku zdolności technicznej lub zawodowej powiązanie z przedmiotem zamówienia również opiera się na uwzględnieniu w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku takich elementów, które występują w przyszłej umowie (składają się na kształt przyszłego zobowiązania). Ustawa nakazuje też dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków, tak by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. „Proporcjonalny” oznacza, zgodnie z definicją zawartą w Uniwersalnym słowniku języka polskiego, mający określony stosunek części do całości, zachowujący proporcje z czymś porównywanym. Przyjęcie definicji językowej jednakże nie wnosi oczekiwanej wskazówki co do dokonywania konkretyzacji warunków, gdyż przy założeniu, że warunek jest związany z przedmiotem zamówienia, zawsze pozostaje on w jakiejś proporcji do niego. Dlatego też niezbędne wydaje się interpretowanie określenia „proporcjonalny” przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, gdzie przymiotnik „proporcjonalny”

używany jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. Warunek proporcjonalny oznacza więc tyle co warunek nienadmierny. W wyroku z 16.09.1999 r., C414/97, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, ECR 1999, nr 8-9A, s. 105585. Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. W wyroku z 27.10.2005 r., C-234/03, Contse S.A., Vivisol Sri, Oxigen Salud SA v.

Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Jngesa), ECR 2005, nr 10B, s. 1-09315, Trybunał Sprawiedliwości uznał za nieproporcjonalny warunek posiadania potencjału technicznego, gdyż żądanie zamawiającego wykazania się przez wykonawcę potencjałem było nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia, W wyroku z 23.12.2009 r., C-376/08, Serrantoni Sri i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano, ECR 2009, nr 12B, s. 1-12169, Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu, którzy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a ewentualne ograniczania konkurencji winny być jak najmniejsze i stosowane jedynie w zakresie niezbędnym dla osiągnięcia celów danego zamówienia.

Pojęciem proporcjonalności w prawie gospodarczym wielokrotnie zajmował się Trybunał Konstytucyjny, kształtując reguły zachowania państwa przy konieczności ingerencji w swobody konstytucyjne. W celu oceny respektowania zasady proporcjonalności Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 26.03.2007 r., K 29/06, OTK-A 2007/3, poz. 30, wskazał na trzy wytyczne, które w odniesieniu do czynności przy udzielaniu zamówienia publicznego można sformułować następująco:

- 1) reguły postępowania ustalone przez zamawiającego są w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków, tj. zaspokojenia interesów zamawiającego (zasada przydatności);
- 2) są one niezbędne dla ochrony interesu zamawiającego (zasada konieczności);
- 3) ich efekty są istotniejsze niż skutki ograniczeń nakładanych na wykonawcę.

Badanie zachowania zasady proporcjonalności wymaga zawsze wskazania konkurujących ze sobą dóbr chronionych, tj. innych zasad ustawowych. Ważne jest więc ustalenie, jakie interesy istotniejsze od zachowania zasady jawności, swobody prowadzenia działalności gospodarczej, ochrony uczciwej konkurencji czy też równego traktowania chroni czynność zamawiającego ograniczająca przy stosowaniu szczegółowych przepisów normy wynikającej z tych zasad.

W określaniu warunków udziału w postępowaniu zastosowanie się do zasady proporcjonalności oznacza tyle co zakaz ustanawiania ograniczeń o zaburzonej proporcji pomiędzy dostępem wykonawców do wykonywania zadań publicznych a rangą podlegającego ochronie interesu zamawiającego”.

W kwestii wykładni art. 22 ust. 1a) ustawy PZP głos zabrał również Józef Edmund Nowicki: „Nowelizacja z 22.06.2016 r, pozostawiła jednak punkt spójny pomiędzy już nieobowiązującym art: 22 ust. 4 a obowiązującym art. 22 ust. 1a. Określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu nadal mają być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Tym samym w tym zakresie aktualne pozostaje całe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądowne dotyczące nieobowiązującego art. 22 ust. 4. W wyroku z 14.03.2017 r., KIO 371/17, LEX nr 2261024, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu - ich wielkość, znaczenie, zakres przedmiotowy - „musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy, tj. zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, których posiadana wiedza i doświadczenie zapewniają należyte wykonanie zamówienia. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej podkreślenia wymaga to, że „niezmiennie, niezależnie od tego czy wymagania kształtowane w postępowaniu przez zamawiającego stanowią opis sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu (jak to było dotychczasowo), czy też są warunkami udziału w postępowaniu (obecnie) to zamawiający musi je określać w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalny - czyli adekwatny środek tzn. taki, aby co do którego wymagania jakie Zamawiający ukształtował pozawalały na osiągnięcie celu, czyli wyboru wykonawcy, który będzie zdolny realizować zamówienie przy jednoczesnym zachowaniu naczelných zasad systemu zamówień publicznych. Ta swoista równowaga pomiędzy znajdującymi się we wzajemnej kolizji wartościami (uczciwą konkurencją i zasadą równego traktowania wykonawców a wyborem wykonawcy zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia) wymaga doboru odpowiednich środków i metod pozwalających na jednoczesne urzeczywistnienie pozostających wobec siebie w opozycji wartości. Osiągnięcie tej równowagi wymaga po stronie zamawiającego zaangażowania w prowadzoną procedurę, znajomości relacji panujących na rynku, znajomości przedmiotu zamówienia oraz rynku właściwego dla danego typu dostaw, usług lub robót budowlanych - tak aby zastosowane przez zamawiającego metody i środki zmierzające do osiągnięcia zakładanych celów nie skutkowały zaburzeniem wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia równowagi. Znajomość przez zamawiającego metodyki określenia dla zamawianego przedmiotu zamówienia kręgu zainteresowanych podmiotów pozwala na precyzyjne określenie możliwości i potencjału tych wykonawców, z jednej strony gwarantującego należyte

spełnienie świadczenia oraz jednocześnie takie sformułowanie warunków udziału w postępowaniu aby nie doprowadzić za ich pomocą do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Izba wskazuje, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości określenie »proporcjonalny« używane jest w znaczeniu »zachowujący właściwą proporcję» (...). Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękopisami należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu» (vide: komentarz do art. 22 PZP, Lex, Wydawnictwo Wolters Kluwer).

Taka nieprawidłowość w konstruowaniu warunków udziału w postępowaniu uznana została przez judykaturę i doktrynę za na tyle istotne uchybienie, iż stanowić ona może przesłankę jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) PZP, jeśli doprowadzi do wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady, albowiem uniemożliwia ona zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Takie stanowisko, potwierdzające prawidłowość unieważnienia przez Zamawiającego postępowania z uwagi na brak proporcjonalności w określeniu warunków udziału w postępowaniu, wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza uzasadnieniu wyroku z dnia 22 lutego 2017 r. (sygn. akt: KIO 262/17), wskazując, że „unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jest obligatoryjne, tym samym jest obowiązkiem Zamawiającego, którego to obowiązku nie niweczy np. niedochowanie w czasie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ciężących na Zamawiającym obowiązków, jak również nie niweczy tego obowiązku błąd w działaniu Zamawiającego. Zamawiający obowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy) jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ww. przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze - musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie - wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie - wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy. Orzecznictwo wypracowało spójną linię orzecniczą, w oparciu o którą umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się szczególnej przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 ustawy zgodnie z którym, określone zostało uprawnienie procesowe dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnieniu umowy. Ustawodawca w tym przepisie zawarł również przesłankę materialną takiego wystąpienia o unieważnieniu umowy, tj. takiego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ustawodawca zatem przewidział, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do określonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Izba podkreśla w tym miejscu, że przepis zawiera dwie podstawy materialne unieważnienia umowy. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo rozważył okoliczności jakie zaistniały w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba uznała, że w tej konkretnej sytuacji, przed zawarciem umowy Zamawiający prawidłowo ocenił stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie unieważnił postępowanie. Zaznaczyć należy, że prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia ma na celu udzielenie tego zamówienia i zawarcie ważnej umowy z wykonawcą, który w realnych warunkach konkurencji mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wykazał, że ukształtowany przez niego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej odnośnie nawierzchni asfaltowych (warstwy ścieralnej) z betonu asfaltowego lub SMA na drogach lub ulicach klasy min. G na łącznej powierzchni min. 200 000 m² w ciągu jednego roku (rozumianego jako kolejnych 12 miesięcy) był nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego w kosztorysie ofertowym ”.

Na marginesie jedynie, Odwołujący pragnie wskazać, iż powyższy warunek stawiany przez

Zamawiającego w zakresie dysponowania urządzeniami jest - przynajmniej w zakresie zadania 1 - niemożliwy do spełnienia, albowiem żaden ze znanych mu przedsiębiorców świadczących usługi inertyzacji nie dysponuje aż 42 urządzeniami o wymaganych przez Polską Grupę Górniczą S.A. parametrach.

Odwołujący wnosi o zmianę ilości urządzeń, którymi winien legitymować się wykonawca (określonymi w Części VIII pkt 1) ppkt. 2) SIWZ oraz Załączniku Nr 4): dla zadania 1 z 42 na

14, dla zadania 2 z 9 na 3, dla zadania 3 z 18 na 6 i dla zadania 4 z 18 na 6 generatorów azotu.

2) Z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wynika również, iż Zamawiający zamierza dokonać

zakupu korzystając z prawa opcji. Informację taką przykładowo wywieść można z zapisu Części VIII punkt 2), który wskazuje na gwarantowaną ilość urządzeń, z Szacowanego zagospodarowania urządzeń, zawartego w Załączniku Nr 1 do SIWZ, z treści Formularza ofertowego w Załączniku Nr 2 czy Wykazu narzędzi ujętego w Załączniku Nr 4. W całej jednakże Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia próżno szukać informacji o zakresie (ilości dni), jak i okolicznościach, w których dojść może do skorzystania z tego prawa. Komentując

instytucję prawa opcji, Urząd Zamówień Publicznych wskazał: „Zamawiający przewidując prawo opcji, jest więc zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach A zatem instytucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać (...). Realizacja opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od zapotrzebowania zamawiającego i na skutek jego dyspozycji w tym zakresie, przy czym zarówno zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich dojść może do skorzystania z tego prawa, powinny być opisane stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy PzpZ (<https://www.uzp.gov.pl/bazawiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/prawoopcji-w-ustawie-prawo-zamowien-publicznych>).

Zamawiający korzystając z prawa opcji, musi zatem precyzyjnie określić wielkość lub zakres zamówienia, które zostaną przez niego zrealizowane, gdyż umożliwia to wykonawcom prawidłowe obliczenie ceny oferty. W wyroku z dnia 23 lipca 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1447/10) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: „7. Opis przedmiotu zamówienia powinien zostać tak sporządzony przez Zamawiającego, aby wykonawca składający ofertę miał możliwość przygotowania tej oferty z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na sposób sporządzenia oferty oraz dokonanie jej wyceny. 2. Wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia zawarty w dokumentacji przetargowej, poprzedzający przedmiot następnie zawieranej umowy nie podlega, po wyborze oferty najkorzystniejszej, negocjacji, dookreśleniom ani innym zabiegom mających na celu sprecyzowanie przedmiotu, a zakres świadczenia, jaki został zaoferowany przez wykonawcę musi być tożsamy z tym zawartym w umowie. Wprost o rygorach zastosowania prawa opcji wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 listopada 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 2376/10): „7. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez Zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężar jego dookreślenia przy jednoczesnym, niczym nieograniczonym, prawie dokonywania zmian w realizacji zamówienia przez Zamawiającego (...). 4.

Zamawiający przewidując prawo opcji zobowiązany jest do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. Zastosowanie zatem przez Polską Grupę Górnictwa S.A. w przedmiotowym postępowaniu konstrukcji opcji, bez jakiegokolwiek dookreślenia warunków jego realizacji, stanowi naruszenie ustawowego wymogu precyzyjnego opisywania przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji uniemożliwia Wykonawcy złożenie w postępowaniu prawidłowo skonstruowanej oferty. Co do rygorów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego prawa opcji wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26, czerwca 2017 r. (sygn. akt: KIO 1078/17): „Prawo opcji, o ile jest przewidziane, jest niezbędnym składnikiem opisu przedmiotu zamówienia. Jest to bowiem czynnik objęty koniecznością jego wskazania zgodnie z art. 29 ust. 1 p.z.p. Prawo opcji stanowi część przedmiotu zamówienia, czyli przedmiotu umowy zawieranej pomiędzy zamawiającym i wykonawcą”, W niniejszym postępowaniu Polska Grupa Górnictwa S.A. przedmiotu zamówienia w ramach opcji jednakże w ogóle nie uregulowała, co stanowi zasadnicze naruszenie przepisów ustawy.

Co więcej, lektura Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia momentami pozwala na wysnucie przypuszczenia o zrównaniu przez Zamawiającego gwarantowanej części zamówienia z tym realizowanym opcjonalnie, co czyni wprowadzenie do SIWZ prawa opcji - jako niczym nieodróżniającego się od zamówienia gwarantowanego - bezprzedmiotowym. Mianowicie wskazanie w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik Nr 1 do SIWZ) ilości dni, w których realizowana ma być opcja (bez dookreślenia szczegółowych okoliczności skorzystania z niej) sugeruje, iż Polska Grupa Górnictwa S.A. zamierza dzierżawić urządzenia te przez identyczną ilość dni, jak urządzenia dostarczane w ramach zamówienia gwarantowanego. Nie ma zatem żadnego uzasadnienia prawnego dla dzielenia ilości wytwornic na dwie grupy. Co więcej, takie wskazanie ilości dni i niedookreślenie warunków, w jakich Zamawiający może domagać się dzierżawy urządzeń w ramach opcji, nasuwające jedynie hipotezę, iż wszystkie te urządzenia mają być

oddane do dyspozycji Zamawiającego jednocześnie i pozostawione na cały czas trwania umów, nakazuje uwzględnienie ich czynszu dzierżawnego w ofercie, co znacznie podroży wynagrodzenie Wykonawcy, w sytuacji gdy skorzystanie z prawa opcji jest możliwością, ale nie obowiązkiem Zamawiającego, ziszczającym się jedynie po zaistnieniu precyzyjnie wskazanych przesłanek. Spowoduje to de facto konieczność zapłacenia przez tego ostatniego za świadczenie, z którego wcale skorzystać nie musi, co stanowi rażące naruszenie idei zamówień publicznych (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29. sierpnia 2017 r.; sygn. akt: KIO 1686/17: „Zamawiający,

wydatkujący środki publiczne, musi działać w sposób celowy i gospodarny), a przede wszystkim godzi w zasadę uczciwej konkurencji, pozbawiając Wykonawców możliwości rzetelnego przygotowania oferty, uwzględniającej niemożliwe tu do przewidzenia ryzyko. Niedopuszczalność takiego, jak w przedmiotowym postępowaniu skonstruowania prawa opcji, została jednoznacznie wyrażona przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 10. listopada 2015 r. (sygn. akt: KIO 2311/15): „Zamawiający chcąc skorzystać z prawa opcji może to uczynić przez rozszerzenie zamówienia o konkretny przedmiot, ale nietożsamy z przedmiotem zamówienia, niemniej związany z zamówieniem podstawowym. W innym przypadku skorzystanie z prawa opcji stanowi obejście przepisów p.z.p., co ma miejsce w sytuacji rozszerzenia przedmiotu zamówienia o dostawy lub usługi tożsame z przedmiotem zamówienia

Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o usunięcie z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zapisów dotyczących prawa opcji, bądź też doprecyzowanie przez

Zamawiającego zakresu oraz okoliczności, w których ten z niego skorzysta, w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 PZP.

- 3) Zamawiający naruszył nadto wymogi art. 36 i 41 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez doprowadzenie do niespójności (sprzeczności) uregulowań zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i tych ujętych w ogłoszeniu o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Mianowicie w Części III SIWZ Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest

„Dzierżawa urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji i wykonanie usługi inertyzacji dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. w latach 2019 - 2021 z podziałem na zadania”, podczas gdy w ogłoszeniu o zamówieniu wskazuje się, iż jest to „Dzierżawa urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. w latach 2019 - 2021” (punkt II. 1.1.), pomijając już usługę inertyzacji, która natomiast sama wyraźnie wyartykułowana została jako przedmiot poszczególnych części przedmiot zamówienia.

W sposób niespójny w obydwu dokumentach Polska Grupa Górnicza S.A. określiła również fakultatywne przesłanki wykluczenia Wykonawcy, wskazując w ogłoszeniu o zamówieniu, iż podstawę takiego usunięcia z procedowania stanowią będą okoliczności określone w art. 24 ust. 5 pkt. 1) ustawy, podczas gdy Specyfikacja zakłada dodatkowo taką możliwość o nieujęte w ogłoszeniu podstawy z art. 24 ust. 5 pkt. 2) i 4) Prawa zamówień publicznych.

O konieczności zachowania zgodności pomiędzy treścią obydwu dokumentów wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 września 2014 r. (sygn. akt: KIO 1804/14), wskazując w sentencji orzeczenia, iż „Z art. 38 ust. 4a, art. 12a ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 p.z.p. należy wyprowadzić normę nakazującą zgodność postanowień SIWZ z treścią opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu (teza 4). SIWZ może zawierać więcej treści niż ogłoszenie o zamówieniu. Taka konstatacja wynika z analizy art. 36 ust. 1 i 2 oraz art. 41 p.z.p., jednak jeżeli zamawiający decyduje się zawrzeć w ogłoszeniu więcej informacji niż wymagane art. 41 p.z.p. minimum, to również i w tym zakresie dla równego traktowania a wykonawców musi zachodzić zgodność pomiędzy treścią ogłoszenia a treścią SIWZ (teza 5). Norma zgodności treści SIWZ z treścią ogłoszenia wynika przede wszystkim z nakazu równego traktowania wykonawców. Nie można bowiem uznać za równe traktowanie wykonawców sytuacji, gdy wykonawcy będą brali udział w postępowaniu na odmiennych zasadach, opierając się jedni na treści SIWZ, inni na treści ogłoszenia (teza 6). Nie podziela się stanowiska, że porównywalność ofert, to wyłącznie możliwość oceny w kryteriach oceny ofert. Porównywalność ofert, to również stosowanie jednakowych przesłanek wykluczenia i odrzucenia ofert w stosunku do wszystkich wykonawców, a także niedopuszczanie do sytuacji braku możliwości jednoznacznego ustalenia kręgu ofert, które mogą być poddane ocenie merytorycznej, gdyż nie stosuje się do nich art. 89 ust. 1 p.z.p. (teza 7)

Na potrzebę unieważnienia postępowania z uwagi na rozbieżność pomiędzy zapisami SIWZ a ogłoszenia o zamówieniu, z uwagi na obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy (art. 93 ust. 1 pkt 7) PZP) wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8. lipca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1512/13): „W ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ muszą znaleźć się finalne takie same dane dotyczące kryteriów oceny ofert i ich znaczenia - zamawiający, który odkrył, że w jego procedurze wystąpiła opisywana różnica między treścią ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji może (jest obowiązany) na każdym etapie procedury, do

czasu zawarcia umowy, unieważnić postępowanie, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.

Niespójność dotyczy jednak również samych Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W Załączniku Nr 1 do SIWZ, w jego punkcie 10) ppkt 3) Zamawiający wskazał, iż przybycie serwisu przedstawiciela Wykonawcy musi nastąpić w ciągu 12 godzin od otrzymania powiadomienia o awarii, a w przypadku niemożności jej usunięcia w ciągu 36 godzin, Wykonawca zobowiązany jest do podstawienia urządzenia zastępczego, zaś w § 6 ust. 4 Załącznika Nr 8 do SIWZ - Istotne postanowienia umowne, Zamawiający oczekuje przyjazdu ekipy serwisowej w ciągu 8 godzin oraz usunięcia awarii do 12 godzin od chwili jej przybycia.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do zmodyfikowania zapisu § 6 ust. 4 projektu umowy i dostosowanie go do brzmienia punktu 10) ppkt 3) Załącznika Nr 1 do SIWZ.

5 Przyjęta przez Zamawiającego redakcja Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a dokładniej Załącznika Nr 8 do niej - Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy stanowi również rażące naruszenie art. 353¹ w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący kwestionuje w tym zakresie w szczególności dwa zapisy: § 10 ust. 1 w zw. z ust. 4 i § 10 ust. 5 projektu umowy.

W pierwszym z nich na wypadek utraty przez Zamawiającego (niekompatybilnie z nomenklaturą nazwanego tu Dzierżawcą) przedmiotu dzierżawy z przyczyn leżących po jego stronie, zobowiązany jest on do wypłaty Wykonawcy odszkodowania, które w ocenie tego drugiego pozostaje bez jakiegokolwiek związku z realną wartością urządzeń (bowiem np. na skutek utraty urządzenia po 24 miesiącach trwania umowy, właściciel uzyska odszkodowanie w wysokości jedynie 40% wartości generatora) w zamian za nabycie prawa własności do niego (§ 10 ust. 4). Odwołujący kwestionuje taki sposób ustalenia wartości odszkodowania, który jest dla niego dalece krzywdzący, podkreślając, iż zastosowane tu rozwiązanie stanowi zapewne niefortunny lapsus, który ostał się w Specyfikacji z postępowania Zamawiającego na dzierżawę kombajnów ścianowych. Te bowiem, z uwagi na ich wykorzystywanie do pracy w warunkach zagrożenia wskutek nieprzewidywalnych zdarzeń, czasem muszą pozostać w przestrzeniach otamowanych na dole kopalni. Urządzenia będące przedmiotem dzierżawy w następstwie przeprowadzenia przedmiotowego postępowania są natomiast przechowywane na powierzchni i raczej trudno (z uwagi na ich rozmiar i stosowany system monitoringu) wyobrazić sobie ich utratę.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o zmianę brzmienia § 10 ust. 1 Załącznika Nr 8 do SIWZ na następujące:

„W przypadku, gdy Zamawiający utraci przedmiot dzierżawy z przyczyn leżących po jego stronie, zapłaci on Wykonawcy odszkodowanie w wysokości wartości rynkowej utraconego generatora azotu. Wartość ta ustalona zostanie przez rzeczoznawcę majątkowego wspólnie wskazanego przez Strony”.

W § 10 ust. 5 Istotnych postanowień umowy, Zamawiający zastrzegł, iż „Wydzierżawiający zapłaci Dzierżawcy odszkodowanie w wysokości 0,05% wartości umowy netto za każdą rozpoczętą godzinę trwania awarii powyżej zaoferowanego w postępowaniu łącznego czasu awarii wynikłej z winy Wydierżawiającego w dobie produkcyjnej Abstrahując od zarzuconej powyżej niespójności w treści SIWZ co do samego czasu na usunięcie usterki, to zwrócić należy uwagę, iż kara umowna na wypadek awarii jednego urządzenia odnoszona jest jednak do wartości całej umowy (w przypadku zadania 1 dotyczącego 14 urządzeń), po drugie, na wypadek przekroczenia tegoż czasu, Wykonawca zobowiązany jest do podstawienia urządzenia zastępczego bądź zapewnienia innych rozwiązań (np. dostaw gazu ciekłego, którego koszt podania jest wyższy niżli azotu pozyskiwanego z powietrza atmosferycznego) {vide: Załącznik Nr 1 punkt 6) ppkt 2) SIWZ}. Stosowanie zatem dodatkowo sankcji finansowych, pomimo dalszego należytego świadczenia usługi jest niczym nieuzasadnioną dla Wykonawcy dolegliwością.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o wykreślenie zapisu § 10 ust. 5 z Załącznika Nr 8 do SIWZ.

Mając na uwadze całość zaprezentowanych powyżej wywodów, odwołujący kwituje je jako zasadne uważając wniesienie odwołania za konieczne i wnosi o uwzględnienie odwołania

Ustalenia dokonane na rozprawie w związku ze złożeniem odpowiedzi na odwołanie do protokołu jak i odniesienie się odwołującego do stanowiska zamawiającego w sprawie.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie a stanowisko w sprawie jak i związane z tym oświadczenia i wyjaśnienia złożył do protokołu na rozprawie.

Na posiedzeniu strony postępowania odwoławczego złożyły następujące oświadczenia:

Na posiedzeniu rozpoznano zarzut zamawiającego odrzucenia odwołania jako wniesionego po terminie jak i dostarczenia odwołania jego kopii do zamawiającego po terminie to jest w dniu 1 października 2018 r.

Na pytanie Izby czy występują przesłanki do odrzucenia odwołania, Zamawiający wnosi o odrzucenie odwołania w trybie art. 189 ust. 2 pkt 3 jako wniesione po terminie, oraz w trybie art. 189 ust. 2 pkt 7 jako że kopia odwołania nie została doręczona Zamawiającemu przed upływem terminu do składania odwołania.

Zamawiający uzyskał informację, iż pismo, datowane na 27.09.2018, zostało złożone za wpływem bezpośrednim 01.10.2018. Termin na wniesienie odwołania w związku z ogłoszeniem w dzienniku urzędowym UE wynosi 10 dni, co nastąpiło 20.09.2018, publikacja na stronie Zamawiającego SIWZ również nastąpiła 20.09.2018. Tym samym w związku z wymogiem wniesienia odwołania w terminie 10 dni od daty publikacji ogłoszenia i SIWZ na stronie internetowej upłynął 30.09.2018 (niedziela) i nie mają tutaj zastosowania regulacje w zakresie kodeksu cywilnego o przedłużeniu terminu na kolejny roboczy dzień i w związku z tym kopia odwołania również została przekazana po terminie. Kopia odwołania również została przekazana 01.10.2018. W związku z tym wnoszę o odrzucenie odwołania.

Odwołujący wnosi o nieuwzględnienie wniosku o odrzucenie odwołania z uwagi na:

- 1- potwierdza, iż 01.10.2018 złożono odwołanie, jak i doręczono kopię odwołania do Zamawiającego, niemniej stwierdza, iż na podstawie przepisów prawa zamówień publicznych, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień wolny od pracy termin upływa dnia następnego po dniu wolnym (art. 139).

Izba nie uwzględni wniosku o odrzucenie odwołania w trybie art. 189 ust. 1 pkt 3 i 7, bowiem na podstawie art. 14 ust. 2 i 185 ust.8 ustawy pzp do terminów wykonania czynności, przypadających na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, stosuje się zasadę, że termin upływa następnego dnia po dniu lub dniach wolnych od pracy.

W tym miejscu radca prawny Zamawiającego stwierdza, że Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ i ogłoszenia w dniu 09.10.2018. W dniu 09.10.2018 dokonaliśmy pierwszej zmiany, zarówno ogłoszenia, jak i specyfikacji oraz w dniu wczorajszym 11.10.2018 nastąpiła modyfikacja specyfikacji, wprowadzono kolejne zmiany i ustalono jednolity tekst SIWZ, który zawiera zmiany zarówno z 09 jak i z 11 października, przy czym podkreślam, że Zamawiający nie uwzględnia odwołania ani w całości, ani tym bardziej w części.

Nie ma ogłoszenia drugich zmian, przy czym pierwsza zmiana jest już opublikowana

Reasumując Odwołujący zna obydwie zmiany a co odwołujący potwierdza.

W tym miejscu radca prawny Zamawiającego oświadcza, że zmiany SIWZ w dużej części treści związane były z wniesionym odwołaniem, niemniej jednak Zamawiający nie uwzględni odwołania. Potwierdzam, że zmiany, które dokonaliśmy w dniu wczorajszym, nie zostały opublikowane, ale były w dniu wczorajszym wysłane do dziennika urzędowego.

Zamawiający nie składa na piśmie odpowiedzi na odwołanie, ustosunkuje się do treści odwołania do protokołu.

W tym miejscu Zamawiający przedkłada jako dowód dokonane zmiany ogłoszenia i SIWZ z dni 09 i 11.10.2018. Składa treść pisma z dnia 11.10.2018 o zmianie SIWZ oraz przedkłada jako załącznik do tej zmiany jednolity tekst SIWZ, potwierdzony za zgodność z oryginałem, przekazuje egzemplarz Odwołującemu. W jednym egzemplarzu składa ogłoszenie o zmianach, dziennik urzędowy 2018/S/194-440124 oraz pismo z 09.10.2018 (Odwolujący stwierdza, że zna treść zmiany i publikacji). Składa dowód o przekazaniu tej drugiej zmiany z 11.10.2018 w dwóch egzemplarzach, drugi przekazuje Odwołującemu.

Pełnomocnik Odwołującego zwraca uwagę, że zgłoszona zmiana z dnia wczorajszego została przesłana do TED o godz. 12:42 dnia wczorajszego. Wywodzi z tego, że zarówno w orzecznictwie jak w doktrynie jest przyjęte, że uznaje się termin publikacji nie wcześniej jak

48h od daty przesłania. Zwraca uwagę, że SIWZ w dniu wczorajszym ukazał się około godz. 13:50.

W tym miejscu odnosząc się radca prawny Zamawiającego stwierdza, że ogłoszenie SIWZ jak przyznał pełnomocnik Odwołującego nastąpiło w dniu wczorajszym i nie ma to znaczenia dla okoliczności, że nie nastąpiła publikacja tej modyfikacji.

Poinformowano stawających, że została złożona dokumentacja potwierdzona za zgodność z oryginałem, gdzie zawarte jest pełnomocnictwo z 24.07.2017 udzielone p. K. R.

Stanowisko Odwołującego w związku z dokonanymi zmianami siwz i ogłoszenia o zamówieniu po wniesieniu odwołania.

Odwołujący odnosząc się do kolejno przez nas przedstawionych zarzutów w kontekście przedstawionych zmian do SIWZ, a w szczególności druga zmiana z 11.10.2018 wskazują na to, że Zamawiający zgodził się z większością naszych zarzutów, dostosowując SIWZ w dniach 9 i 11. Odnosząc się w szczególności do zagadnienia, czy przedmiotem jest tylko dzierżawa w rozumieniu przepisu art. 693 par. 1 KC, czyli osiągnięcie również pożytków, ponoszenie nakładów, czy jest to dostawa przedmiotu dzierżawy, ale wraz z obsługą, w tym wypadku przez pracowników wykonawcy. W wyniku dokonanych zmian z wszelkich tytułów w SIWZ wyrzucono słowo usługa. Również jest to zmiana nazwy postępowania, przy czym zaznaczam, że są to urządzenia energetyczne, które wymagają przeszkolenia, a zarówno SIWZ przed jak i po zmianie nie przewiduje takiego elementu jak szkolenie pracowników Zamawiającego. Stąd ja wywodzę, że jest tam w tym przedmiocie usługa. Ja uważam, że te zmiany, które prezentuje Zamawiający dzisiaj w trakcie posiedzenia, mają charakter pozorny. Chciałabym przywołać na tę okoliczność załącznik nr 1 OPZ i zwracam uwagę na pkt 4 ust. 1 pkt 2 str. 17 JT SIWZ, uważam, że z tego postanowienia można wywieść, że po stronie tj. zapisane jest wprost, że obowiązkiem wykonawcy będzie obsługa urządzeń, natomiast w mojej ocenie obsługa urządzeń związana jest z produkcją azotu oraz to postanowienie przewiduje obowiązek konserwacji po stronie wykonawcy. Ja stąd wnioskuję, że mimo że usunięto z tytułów SIWZ zwrot usługa, to z treści przywołanego postanowienia wynika, że ta usługa jednak wchodzi w zakres zadania. Dla potwierdzenia przywołuję jeszcze pkt 4 ust. 4 z załącznika 1, gdzie pisze, że wykonawca dochowa należytej staranności podczas wykonywania usługi dzierżawy urządzeń w zakresie dostarczania wytwarzania azotu o czystości co najmniej 97%, czyli z tego wynika, że odpowiadamy za uzyskanie czystości azotu wykonując czynność produkcji, a przecież jak przywoływałam art. 693, to przy dostawie dzierżawy wykonawca nie powinien odpowiadać za jakość i ilość pożytku z przedmiotu dzierżawy. Tez chciałabym przywołać treść naszego zapytania z 08.10.2018, chodzi o pytanie nr 16, gdzie pytaliśmy się kto będzie obsługiwał dzierżawione urządzenie, tj. czy Zamawiający będzie prowadzić obsługę celem wytworzenia azotu i przekazywania rurami do podziemnych wyrobisk górniczych. W tym miejscu na pytanie Izby p. G. M. wyjaśnia, że podstawowym celem inertyzacji jest wypieranie tlenu z atmosfery kopalnianej w przestrzeniach zagrożonych pożarem. W tym celu posługujemy się wytwornicą azotu, jest to urządzenie, które dzięki posiadanej technologii przetwarza powietrze atmosferyczne tylko na azot, w tym celu podaje się rurociągami do wyrobisk azot z minimalną ilością tlenu. Nasza usługa dotyczy tego, że produkujemy azot z powietrza atmosferycznego, serwisujemy te urządzenia i przede wszystkim obsługujemy je w kontakcie z kopalnią no i oczywiście wykonujemy czynności regulacji, przeglądu i nadzoru.

W tym miejscu dalej radca prawny kontynuuje, uzyskana odpowiedź z 11.10.2018 w naszej ocenie jest wymijająca, bo my pytamy się kto będzie obsługiwał urządzenia, a otrzymujemy odpowiedź do czego służą urządzenia.

W tym miejscu przedkłada w 1 egzemplarzu z zrzeczeniem się doręczenia egzemplarza dla Zamawiającego, który stwierdza, że posiada ten dokument, Izba odczytuje pytanie nr 16 i odpowiedź Zamawiającego z dnia 11.10.2018.

Odnosząc się do zarzutu 1 lit. b, odnosząc się do tego zarzutu to on zdezaktualizował się, ponieważ Zamawiający w wyniku dokonanych zmian usunął zwroty, dotyczące usługi, niemniej podkreślam, że nie jest to kompatybilne do treści postanowień, niemniej zarzut ten formalnie został uwzględniony.

Przechodząc do lit. c zarzut ten jest aktualny, a na dowód przywołuję w wersji JT SIWZ po pierwsze załącznik nr 1 pkt 4 ppkt 3, gdzie użyto sformułowań szacunkowy zakres, nie zapewnia się realizacji w pełnym zakresie. Podobnie par. 4 ust. 2 istotne postanowienia wprowadzane do umowy, załącznik 7, odnosi się od tego, iż znowu Zamawiający stwierdza, że nie zapewnia pełnego zakresu usługi. Oczekujemy tutaj podania chociaż minimalnego podania zakresu, tj. na poziomie 90%.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 stwierdzam, iż w wyniku modyfikacji Zamawiający w ogóle zrezygnował z wymogu zdolności technicznej lub zawodowej, a zawartej w części VIII pkt 1 ppkt 1 SIWZ, natomiast odnosząc się do kwestionowanego zapisu z lit. b dokonano modyfikacji, ale pozostaje dalej wątpliwość, bo Zamawiający oczekuje w ogóle 15 urządzeń, podaje przykładowo dla zadania 1, ale do wytwarzania i podawania precyzuje wymóg dysponowania 12 takimi urządzeniami. Ja się pytam Zamawiającego, co to mają być za 3 urządzenia pozostałe.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 dokonując modyfikacji SIWZ dokonano uregulowań prawa opcji już w jakiś sposób bardziej precyzyjnie niż poprzednio podając ilość dni, w których Zamawiający będzie mógł korzystać z prawa opcji oraz terminy,

w których będzie z tego prawa korzystał. Nadal jednak mamy zastrzeżenia, te nieprawidłowości z pierwotnego zapisu zostały usunięte, ale nadal to powoduje trudności dla wykonawcy ze skalkulowaniem ceny. Ja przywołuję załącznik 1 pkt 4 ust. 1 ppkt 3 i 4 JT SIWZ.

W tym miejscu p. M. wyjaśnia, że problem z zamówieniami opcyjnymi polega na tym, że co prawda urządzenie wytwornica znajduje się w dyspozycji Odwołującego, ale z wyprzedzeniem 7 dniowym Zamawiający może zażądać jej dostawy i uruchomienia. Są to urządzenia o wartości około 2 mln zł. Uważam, że powoływanie się na nieprzewidziane zagrożenia naturalne jest nieuzasadnione, bo te zagrożenia są zjawiskiem w kopalniach codziennym, nagminnym i pozwala w sposób dowolny Zamawiającemu uruchomić program opcji. Ja uważam, że prawo opcji wymaga od nas posiadania, konserwacji i zamrożenia używania urządzenia. Ja potwierdzam, że w naszych dotychczasowych zamówieniach nie było stosowane dotychczas prawo opcji.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 lit. a (przedmiot zamówienia) odnosząc się do braku spójności SIWZ z treścią ogłoszenia, to ja ten zarzut podtrzymuję, uwzględniając JT SIWZ z

11.10.2018 oraz aktualne ogłoszenie po zmianach z 09.10.2018 i tak podaję jeżeli chodzi o liczbę urządzeń na poszczególne zadania, to wymienia się w części VIII ust. 1 pkt 1 lit. od a do d SIWZ z 11.10.2018 przedstawia się następująco: 15, 2, 5, 6, a w ogłoszeniu o zamówieniu z 09.10.2018 kolejno liczba urządzeń przedstawia się następująco: 14, 3, 6, 6. Podtrzymuję wniosek o niespójności pomiędzy aktualnym SIWZ a aktualnym ogłoszeniem. Również chciałabym odnieść się do kwestii ogłoszenia z 20.09.2018 w zakresie niedokonania zmian w zadaniach a tylko w nazwie i tak jeżeli chodzi o ogłoszenie z 20.09.2018 to w nazwa zamówienia była sama dzierżawa a w zadaniach była sama usługa i to przez aktualne ogłoszenie z 09.10.2018 w nazwie nadal jest sama dzierżawa i w zadaniach jest nadal sama usługa, czyli nie zostało to zmienione i zwracam uwagę, że w aktualnym SIWZ z 11.10.2018 w nazwie i w zadaniach jest wyłącznie dzierżawa. W SIWZ zmieniono usługę na dzierżawę, a w ogłoszeniach z 20.09.2018 i 09.10.2018 w zadaniach cały czas jest usługa.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 lit. b (przesłanki fakultatywne wykluczenia wykonawcy) w tej chwili po wniesieniu przez nas odwołania przesłanki fakultatywne zostały naprawione, ujednoczone i jest zgodność między SIWZ a ogłoszeniem, ogłoszenie dostosowano do SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu nr 5 ja podtrzymuję ten zarzut, niemniej stwierdzam, że na dzień dzisiejszy zapis nie figuruje w SIWZ po wniesieniu przez nas odwołania, zmianą z 11.10.2018 dokonano skreślenia tego postanowienia o odszkodowaniu, teraz załącznik nr 7, zniknął par. 10, w którym było to postanowienie. Kwestionuję nadal postanowienie par. 9 ust. 7 istotnych postanowień warunków umowy, gdzie przewiduje się karę umowną 200 zł za godzinę ponad 12h trwania awarii urządzenia, przy czym podkreślam, że zgodnie z par. 6 ust. 4 Zamawiający przewidział czas reakcji w przypadku awarii następująco - 12h na dojazd serwisu i 12h na usunięcie awarii, a z tych kar wynika, że już za 13 h samej awarii płacimy karę a nie za 25h

Mój wywód odnosi się wyłącznie do aktualnego brzmienia postanowień SIWZ z 11.10.2018.

W związku ze stanowiskiem Zamawiającego, prezentowanym co do nieuwzględnienia odwołania mimo dokonanych zmian po złożeniu przez nas odwołania, przywołuję rozstrzygnięcie KIO w analogicznej sytuacji, tj. 20.07.2010 KIO 1438/10, gdzie wprowadzone przez Zamawiającego zmiany po złożeniu odwołania, idące w kierunku podniesionych zarzutów, przy nieuwzględnieniu odwołania przez Zamawiającego, zostały uznane przez Izbę jako będące uwzględnieniem odwołania mimo powyższego stanowiska Zamawiającego.

Stanowisko Zamawiającego stanowiące odpowiedź na odwołanie – do protokołu.

Zamawiający oświadcza, że podtrzymuje swoje stanowisko o nieuwzględnieniu zarzutów oraz wnioskuje o oddalenie odwołania. Zwraca uwagę, że Izba orzekając bierze pod uwagę stan rzeczy istniejący w chwili orzekania, jak również czy wskazane naruszenia w odwołaniu mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania w myśl art. 192 ust. 2. Zamawiający nie wydał oświadczenia woli ani przed ani w trakcie postępowania odwoławczego co do zmodyfikowania postanowień SIWZ w związku z przywoływaniem przez Odwołującego stosownego wyroku KIO, bowiem wszystkie modyfikacje nastąpiły przed rozprawą. Odnosząc się już do zarzutu 1 lit. a stwierdzam i oświadczam, że intencją Zamawiającego jest dzierżawa urządzeń wytwornic azotu. Przyznaję, że były lapsusy w zapisach OPZ ,ale uważam, że treść całego dokumentu przed zmianami wskazuje na to, iż przedmiotem zamówienia jest dzierżawa a nie usługa inertyzacji. Odnoszę się również do stanu faktycznego po dokonanej modyfikacji. Zamawiający potrzebuje urządzeń w celu przerabiania powietrza na niepalny azot. Efektem tego procesu jest likwidacja zarzewia pożaru, przy czym urządzenie ma być przywiezione, zamontowane na kopalni i sprawne zgodnie ze swoim przeznaczeniem. Podkreślam, ma być na stałe zamontowane, czyli Zamawiający posiada to urządzenie. Wykluczam w związku z tym usługę, bo

Zamawiający ma prawo dysponowania rzeczą. Co do nazewnictwa usługi inertyzacji chodzi o formę dysponowania urządzeniem. Co do brania pożytku to jest pobieranie azotu z powietrza tego urządzenia. Odwołujący natomiast nie twierdzi np., że powinien być to najem. Co do twierdzenia Odwołującego o pozorności dostaw, a faktycznie dostawy i usługi, to przywołanie na tę okoliczność braku szkoleń nie jest z naszej strony nieświadomym rozwiązaniem, że nie zamówiliśmy tych szkoleń i w związku z tym nie ma podstaw do wywodzenia, że oczekujemy obsługi urządzenia. Uważam, że nie mamy obowiązku tłumaczenia się co do szkoleń, tj. czy będą i kto będzie je prowadził, bowiem rolą wykonawcy w tym postępowaniu jest zapewnienie nam sprawnego urządzenia, w tym również dokonywanie napraw celem sprawności urządzenia na przywoływanym poziomie wydajności 97% azotu, a tylko 3% tlenu. Zadaniem urządzenia jest włączanie gazu, tj. azotu z pobieranego powietrza w celach gaszenia zarzewia pożaru i w związku z tym wymóg 97% powoduje, że my oczekujemy od wykonawcy, że będzie tak nadzorował to urządzenie, czy też serwisował, czy też naprawiał, że urządzenie będzie wydajne na koniecznym poziomie, tj. tak aby automatycznie włączało gaz do zrobów, tj. do przestrzeni wyeksploatowanej po wydobyciu węgla. Reasumując stwierdzam, że gdyby w trakcie realizacji Zamawiający oczekiwał innych obowiązków niż to wynika z umowy, to wykonawca powinien odmówić. Co do regulacji załącznika nr 1 to przywołuję ust. 4 pkt 2, który właśnie czynności wykonawcy określa, przy czym, mimo iż znajduje się tam obsługa urządzeń, to zakres tych obowiązków należy tłumaczyć systemowo a nie wybiórczo, tj. w rozumieniu dzierżawy, czyli udostępnienia sprawnego urządzenia. Punkt 7 załącznika nr 1, wskazuje się tam obowiązki, które są dla wykonawcy określone bardzo precyzyjnie, w tym rozciągające się od montażu do demontażu, ale nie do usługi inertyzacji. Załącznik nr 1 pkt 4 ppkt 4, przynajmniej, że pisze tam, iż wykonawca dokona usługi dzierżawy, nie wykreślono słowa usługi, przy czym uważam, że dla nie prawnika nie ma to znaczenia, a przywołuję moje oświadczenie co do oceny przedmiotu zamówienia w kontekście całej regulacji SIWZ. Jeżeli już mówimy o tzw. obsługach, to sprowadza się jak już wspomniałam do zagwarantowania we włączanym powietrzu 97% azotu. Wykonawca ma pilnować aby nie obniżyć poziomu poniżej 97%, czyli tlenu ma być tylko 3%, ale to nie oznacza, że wykonawca zapewnia usługę, bo ma tylko pilnować sprawności urządzenia. Reasumując zaznaczam, że nie można to odnosić wprost do klasycznej umowy dzierżawy, ponieważ mamy tu do czynienia ze skomplikowanym technicznie urządzeniem, stąd obowiązek zapewnienia sprawności urządzenia.

Odnosnie IPU par. 2 umowy zwracam uwagę mówi się tam o dzierżawie. W par. 3 przy wartości umowy mówi się o dzierżawie. Zwracam też uwagę na system rozliczenia, stawka stała za dzierżawę i za każdą ilość dostarczonego gazu, bo zwracam uwagę, że nie zawsze gaz jest włączany, to są inne koszty dla wykonawcy. Odpowiadając na pytanie 16, a mianowicie kto będzie obsługiwał, to przywołuję tutaj po pierwsze okoliczność, że odpowiedź była już po modyfikacjach, czyli doprecyzowaniu wyjaśnienia, że chodzi o dzierżawę bez usługi i w związku z tym uważam, że wiąże nas załącznik nr 1. Ja przywołuję na koniec, że to Zamawiający określa swoje potrzeby i precyzuje, co chce otrzymać w kontekście, czy to jest dzierżawa, czy dzierżawa i usługa.

Odnosnie zarzutu 1 lit. b sam Odwołujący dzisiaj stwierdził, że zarzut się zdezaktualizował, co ja potwierdzam. Niemniej przynajmniej, że nie padło słowo wycofuję zarzut, niemniej podkreślam, że nie ma to wpływu na wynik postępowania.

Jeżeli chodzi o zarzut 1 lit. c, co do opcji, stwierdzam, że wskazano ilości i okoliczności wystąpienia opcji wbrew słowom Odwołującego. Zakres opcji w załączniku nr 1 był od początku w formie tabeli. Wskazuje się tam ile dni jest dzierżawa urządzenia, a ile w opcji. Również odniesienie do opcji było w załączniku nr 2. Natomiast po modyfikacji zakres się nieco zmienił. Zwiększono ilość w podstawowym zakresie a zmniejszono w opcji, przywołuję załącznik nr 2, również przywołuję formularz oferty, który wskazywał co do istoty opcji, że stwierdzam, że nie ma zarzutu co do opcji, zresztą Zamawiający ma prawo co do opcji. Szacowaliśmy zamówienie, uważam, że z należytą starannością, rozumiem, że optymalnym jest określenie zakresu zamówienia w sposób sztywny, ale zwłaszcza w tym przedmiocie nie możemy rezygnować z prawa opcji, tym bardziej, że efekty działalności są dynamiczne i zmienne i nie można sztywno określać zakresu zamówień. Jeżeli chodzi o załącznik nr 1 to po zmianach z 11.10.2018 w SIWZ prawo opcji znajduje się w pkt 10, natomiast w pkt 2 do czasu modyfikacji znajdowało się szacowanie urządzeń, również teraz się zmieniło, natomiast polegało to na tym, że usunięto prawo opcji z kopalni Ziemowit, a zwiększono w innych kopalniach gwarantowane zamówienie. Również ta regulacja prawa opcji znajduje się w IPU w par. 4 ust. 2 opis opcji. Podkreślam, że prawo opcji zostało uregulowane w załączniku nr 1 pkt 4 ppkt 3 i 4.

Co do zarzutu nr 2 to w zakresie lit. a zdolność techniczną wykonawcy wykreślono 09.10.2018.

Jeżeli chodzi o zarzut nr 2 lit. b, to zarówno 1 i 2 warunek przeformowano, w szczególności co do ilości urządzeń. Wskazuję tutaj część VIII pkt 1 ppkt 1.

Odnosnie zarzutu nr 3 odnosi się również do prawa opcji. Przywołuję tutaj modyfikację 11.10.2018 załącznik 1 pkt 2, gdzie określa się zakres opcji, charakter opcji i tak, jak już podkreśliliśmy, gwarantowanym zamówieniem jest ilość

sprzętu i czas jego w naszej dyspozycji, natomiast jeżeli chodzi o opcjonalność, to dotyczy ilości gazów do wytworzenia, przy czym opcję określamy na poziomie maksymalnym.

Jeżeli chodzi o zarzut nr 4 co do lit. a, to argumentacja jak wyżej w zakresie rozumienia przedmiotu zamówienia.

Co do zarzutu 4 lit. b potwierdzamy, że była rozbieżność przesłanek fakultatywnych wykluczenia, niemniej było spowodowane względami, trudnościami technicznymi przy przeklejanii dokumentów, niemniej podkreślam, że te rozbieżności zostały sprostowane 09.10.2018. Natomiast odnosząc się co do samej rozbieżności, to chcę podkreślić, że jednak nawet jak są te rozbieżności między ogłoszeniem a SIWZ, to w ogłoszeniu odsyła się do postanowień SIWZ.

Jeżeli chodzi o zarzut 5 odnośnie zarzutu początku naliczania kar umownych zwracam uwagę, że co do początku liczenia od kiedy liczyć kary umowne, to należy podchodzić do zapisów w sposób literalnego jego rozumienia i łącznie czytać par. 9 pkt 7 z par. 6 ust. 4 lit a. Też podkreślam, iż podnoszona kwestia zagrożenia utraty została wykreślona, chodzi o par. 10 IPU, co uczyniono 11.10.2018, chodzi o wysokość odszkodowania, to zagadnienie w umowie już nie istnieje.

Wobec nie zgłaszania dalszych wniosków dowodowych Izba określiła materiał dowodowy w sprawie.

W zakres materiału dowodowego Izba przyjęła dokumentację postępowania, doręczoną przez Zamawiającego oraz doręczone w dniu dzisiejszym na posiedzeniu zmiany SIWZ, zmiany ogłoszenia zarówno z 09.10.2018 jak i 11.10.2018, również wysyłka do TED zmiany z 11.10.2018, także przywołane przez Odwołującego odpowiedzi na pytania z 11.10.2018, w szczególności nr 16.

Przed zamknięciem rozprawy w udzielonym głosie końcowym strony zajęły następujące stanowisko

Odwołujący

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania. Większość zarzutów zdezaktualizowała się, tak twierdzi Zamawiający. Zwracam uwagę, że to Zamawiający kilka miesięcy pracował nad SIWZ, a po południu dnia wczorajszego stworzył dokument około 60 stron, wprowadzający zmiany, które twierdzą, że powstały w wyniku naszego odwołania. Jeśli się wyczytam w dokument z 11.10.2018 to nie ma tam innych zmian poza spowodowanymi zarzutami naszego odwołania. Zamawiający twierdzi, że nie złożył oświadczenia co do uwzględnienia odwołania. To w takim razie czym jest zmiana SIWZ, która przyznaje nam rację, czyli powołam się tu na zasadę faktów dokonanych. Co do twierdzenia, że przedmiot zamówienia jest jednoznaczny, to zapytam się, dlaczego w zadaniach, tj. w ogłoszeniu i po 1 zmianie SIWZ mamy ciągle usługę. Tak więc co zamierza Zamawiający nabyć. Co do technicznych kwestii to twierdzą, że nie znając specyfiki skomplikowanego technicznie urządzenia, jakim jest przedmiotowa wytwornica azotu, jak można wytwarzać gaz nie znając tej specyfiki. W tym miejscu prezes M. stwierdza, że Zamawiający stwierdził dzisiaj, że może zamówić co chce, a ja twierdzą, że Zamawiający nie wie czego chce. Reasumując obrazowo, to urządzenie wymaga kierowcy. Dalej radca prawny kontynuuje, odwołuję się do poprzednich postępowań prowadzonych w tych kopalniach i przez szereg lat kupowano od nas usługę i powinna być to usługa z użyciem określonego urządzenia, które ma wytworzyć określony produkt – azot. Przywołuję tutaj załącznik 1 pkt 4 ppkt 4, skoro Zamawiający nie chce od nas usługi inertyzacji, to dlaczego oczekuje od nas, że będzie odpowiednia jakość i że ma prawo obciążyć nas karą za nieodpowiednią jakość azotu, który chce sam wytwarzać i chce na nas nałożyć kare za coś, czego my nie będziemy produkowali, chce byśmy odpowiadali za jakość produktu. W tym miejscu prezes M. uzupełniająco stwierdza, że czystość, jakość wytworzonego azotu może być zachwiana przez ingerencje w skomplikowane urządzenie techniczne, bo obowiązuje i konieczna jest kwestia nastawienia urządzenia, w zależności np. od temperatury otoczenia, a skutek może być w postaci rozrzedzenie azotu, czyli brak jakości. W tym miejscu kontynuuje radca prawny, zwracam uwagę, że w latach 2017-2018 obowiązywała usługa inertyzacji i była ta sama opłata, rodzaj opłaty co aktualnie, chodzi o sposób naliczania, za dzierżawę i ilość wytworzenia. Znajduje się w zmianie SIWZ i ogłoszenia z 09.10.2018, że Zamawiający nie zamierza udzielać zamówień podobnych, a regulacja dotycząca zamówień podobnych odnosi się do robót budowlanych i usług, a nie dostaw. Uzupełniająco prezes M. stwierdza, że istnieje potencjalne duże ryzyko uszkodzenia urządzenia, co skutkuje trwałością powierzonego w ręce osób nieprzeszkolonych tak drogiego sprzętu. Jeżeli chodzi o modyfikację z 11.10.2018 i odpowiedzią z tej samej daty, radca prawny kontynuuje, to ja z tej odpowiedzi wywodzę, że obowiązek obsługi tego urządzenia nakłada się nie wprost, ale pośrednio na wykonawcę, bo na pytanie, kto będzie obsługiwał, odpowiedź brzmi, że maszyna będzie przeznaczona do wytwarzania gazu. My pytaliśmy się, kto będzie prowadził eksploatację, wnoszę o uwzględnienie treści udzielonej odpowiedzi. Jeżeli chodzi o zarzut 4 to 4b zaktualizował się wczoraj, ale ja nie popieram stanowiska Zamawiającego, że źródłem jest SIWZ, oba dokumenty SIWZ i ogłoszenie są równorzędne i powinny być spójne. Uwaga dotyczy lit. b zdezaktualizowała się odnosi się do zarzutu 1.

Jeżeli chodzi o 1c co do opcji. Przywołuję załącznik 1 pkt 4 ust 3. Uważam, że na podstawie tego zapisu Zamawiający

nie gwarantuje realizacji przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie. Zamawiający nie gwarantuje realizacji zamówienia w zakresie podstawowym w pełnym zakresie.

Zarzut nr 2 lit. a zdolność techniczna lub zawodowa zdezaktualizowała się poprzez zmianę SIWZ w dniu wczorajszym.

Jeżeli chodzi o 2b chodzi o argumentacje z odwołania, że ma być dodatkowa ilość urządzeń, 15, a 12 ma pracować. Uważamy, że zapis z SIWZ, określone dodatkowe urządzenia, w ilości 3, nie są określone czy są to wytwornice i nie uległo to zmianie.

Jeżeli chodzi o zarzut 3 my nie kwestionujemy co do zasady prawa opcji, ale na dzień SIWZ nie były określone ani okoliczności jej uruchomienia ani jej zakres. W dniu 11.10.2018 doprecyzował Zamawiający formalne warunki w zakresie okoliczności, ilości i terminu. Naszym zdaniem w pierwotnej wersji prawo opcji równało się zamówieniu podstawowemu. Jeżeli chodzi o zarzut 4 to uważam, że nadal nie wiemy czy jest dzierżawa, czy jest dzierżawa i usługa. Uważam, że nadal na dzień dzisiejszy, uwzględniając zmiany z 11.10.2018, w SIWZ mamy dzierżawę, a jeżeli chodzi o stan ogłoszenia, na dzień dzisiejszy mamy ogłoszenie z 20.09.2018, z którego wynika, że zadania to usługa. Chciałabym zwrócić uwagę, że żaden z dokumentów ani przepisów nie precyzuje, który z tych dwóch dokumentów (SIWZ i ogłoszenie) ma pierwszeństwo przed innym dokumentem. Uważam, że te dokumenty mają charakter równoważny i informacje w nich zawarte powinny być równoważne. Nie zgadzam się z interpretacją co do literalnego interpretowania wskazanych paragrafów, bowiem z literalnego brzmienia wynika, że w każdej sytuacji placę kary od 13h awarii urządzenia, a nie jak sugeruje Zamawiający od 25h. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania, ponieważ uważa, że 4 na 5 zarzutów są nadal aktualne. Składam zgodnie z zapowiedzią fakturę Vat nr 165/2018 z 10.10.2018 na kwotę 4 428 zł.

Zamawiający

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania. Zaczynając od ostatniego zarzutu, co do interpretacji kar umownych, to uważam, że trzeba je tłumaczyć łącznie z usuwaniem awarii. Zaprzeczymy, iż nie gwarantujemy pełnego zakresu zamówienia, przy czym przedmiot zamówienia traktujemy wraz z prawem opcji. Ponownie przywołuję tabelkę, która określa zakres gwarantowany i opcji. Prawo opcji nie funkcjonuje bez zamówienia podstawowego. Prawo opcji było od początku, a 11.10.2018 doprecyzowano. Jeżeli chodzi o niespójność między SIWZ a ogłoszeniem, to usunęliśmy niespójności bez względu na brak aktualnego ogłoszenia opublikowanego co do tych zmian. Uważam, że decyduje okoliczność, że zmieniono SIWZ. Co do wątpliwości co do przedmiotu zamówienia, to twierdzę, że nam chodzi o dzierżawę bez usługi inertyzacji. Inertyzacja jest to zubożnianie atmosfery, pozbawianie jej tlenu. Odnośnie kwestii przedmiotu zamówienia trzeba też patrzeć na całość postanowień SIWZ. Nawet gdyby stwierdzić niespójność dokumentów, to uważam, że nie mają one wpływu na wynik postępowania. Odnosząc się do stwierdzenia przez Odwołującego o 60 stronach podanych 11.10.2018, to tylko kilka stron ma zmiany, a pozostałe to JT SIWZ. Ja twierdzę, że zmiany z 11.10.2018 są szersze niż tylko zarzuty odwołania. Poruszam też kwestie konkurencyjności, odpowiadając na pytanie, dlaczego zmieniliśmy aktualnie dotychczasową formułę, tj. dzierżawa i usługa na samą dzierżawę, a to dlatego, żeby otworzyć się na konkurencję, w tym również na producentów urządzeń. Też potwierdzamy, iż za tym, że chodzi nam o dzierżawę, stoi też usunięcie warunku zdolności technicznej. Uważamy też, że mamy kadrę pracowników, która zapewnia prawidłową obsługę. Podkreślamy, iż Odwołujący nie skorzystał z pytań przed upływem terminu na składanie odwołania.

W tym miejscu Odwołujący twierdzi, że skorzystał.

W tym miejscu pełnomocnik Odwołującego potwierdza, że na tę chwilę nie ma jeszcze zmiany ogłoszenia z 11.10.2018. Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania, składa fakturę Vat nr 465/2018 z 12.10.2018 na kwotę 3 600 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów, z przekazanej do akt postępowania odwoławczego dokumentacji zamawiającego, potwierdzonej za zgodność z oryginałem, jak również dowodów z dokumentów przekazanych przez zamawiającego na posiedzeniu Izby, odnoszących się do dokonanych zmian w Ogłoszeniu o zamówieniu jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po wniesieniu odwołania, ustaliła jak poniżej.

Ogłoszenie o zamówieniu

Zamawiający w dniu 20 września 2018 roku ogłosił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej o prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. Urz. UE 20/09/2018 pod poz. 2018/S 181-410847 – Ogłoszenie o zamówieniu – zamówienia sektorowe – dostawy).

W Sekcji II: Przedmiot, określając nazwę zamówienia, zamawiający przedstawił powyższe następująco: „Dzierżawa urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. w latach 2019 – 2021”, określając rodzaj zamówienia jako „Dostawy”.

W krótkim opisie (II.1.4.) zawarto następujący zapis: Dzierżawa urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. w latach 2019 – 2021. Zamówienie podzielono na 4 części.

Przy czym nazywając poszczególne części (zadania 1-4) zamówienia zamawiający użył następującego opisu: „Wykonywanie usług inertyzacji z wykorzystaniem urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego dla KWK ROW i KWK Sośnica” tak brzmiała nazwa części 1.

Kolejne nazwy części zamówienia: 2,3 i 4 brzmiały identycznie jak część 1 przy czym odnosiły się do innych kopalń to jest 2: dla KWK Piast-Ziemowit; 3: KWK Ruda; 4:KWK Mysłowice-Wesoła; KWK Murcki-Staszic; KWK Wujek.

W tym należy zaznaczyć, że poszczególne części na jakie podzielono zamówienie w każdej z nich wskazywano na zastosowanie prawa opcji.

Prawo opcji zamawiający opisał następująco: Opcje: tak: Opis opcji: Okres dzierżawy w dniach: gwarantowane:13 152 opcjonalnie: 2 192, razem :15 344; ilość gazu w m³: gwarantowane: 220 953 600 opcjonalnie: 36 825 600, razem: 257 779 200 takie ilości ustalono dla części 1 zamówienia. Dla pozostałych części zamówienia (2;3;4) według tego samego sposobu zamawiający określił wielkość zamówienia to jest ilości gwarantowane, ilości opcjonalne oraz ilości dni razem. Również w ten sam sposób określił ilość gazu w m³ to jest ilość gwarantowana, opcjonalna i razem ilość gazu.

W Sekcji III Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym warunki udziału przewidywały w zakresie zdolności zawodowej lub technicznej przewidziano wymóg dla poszczególnych części wykonanie jak również wykonanie świadczeń okresowych lub ciągłych w zakresie dostawy urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji lub wykonanie usług inertyzacji o określonej wartości indywidualnie dla każdej z czterech części zamówienia.

Również zamawiający określił warunki zdolności technicznej przez opisanie dla każdej z czterech części nazywając je zadaniami (1;2;3;4) warunku dysponowania narzędziami/urządzeniami technicznymi w celu wykonania zamówienia.

W każdym z zadań (części) określono ilość urządzeń w tym ilość gwarantowaną nazywając je jako urządzenia do wytwarzania i podawania azotu z powietrza atmosferycznego pod ziemię (wytwornica azotu) z podaniem wydajności nominalnej wskazując na min.700 Nm³/h azotu, o czystości ok. 97 %, ciśnienie podawania azotu – min.6.0bar (nadciś.) dla poszczególnych części:1,2,3,4 zamówienia.

Zamawiający, jak powyżej Izba przedstawiła w uzasadnieniu, na posiedzeniu przedłożył i omówił na rozprawie dowody świadczące o uwzględnieniu w znacznej części zarzutów odwołania, przedstawiając Ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji opublikowanych w dniu 09.11.2018 roku w Dz. Urz. U.E. pod poz. 2018/S 194-440124 a wysłanych 05/10/2018 na okoliczność zmian zamieszczonych w Sekcji VII Zmiany, które dotyczyły sekcji III.1.3. zamiast Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji: obejmujący dotychczas zdolność techniczną i zawodową obejmującą doświadczenie w wykonywaniu świadczeń dostaw urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego do potrzeb inertyzacji lub wykonania usług inertyzacji o określonej wartości brutto zróżnicowanej dla poszczególnych zadań jak również wymóg dysponowania narzędziami/ urządzeniami technicznymi w celu wykonania zamówienia również zróżnicowanymi dla poszczególnych zadań z zastrzeżeniem określonych ilości urządzeń w tym ilości urządzeń gwarantowanych zmienił postanowienia w tej części Ogłoszenia w sposób jak poniżej.

Zamawiający zrezygnował z warunku doświadczenia zawodowego w zakresie zarówno poprzednio opisanych dostaw przedmiotowych urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji jak i wymiennie (lub) wykonania usługi inertyzacji o określonej łącznej wartości brutto, pozostawiając wymóg dysponowania narzędziami/urządzeniami technicznymi w celu wykonania zamówienia zarówno co do ogólnej ilości ich posiadania jak i ilości urządzeń gwarantowanych.

Przy czym zamawiający określając na nowo wymóg ilości posiadanych urządzeń jak i gwarantowanych zmniejszył znacznie ich ilość zarówno co do ilości posiadanej jak i gwarantowanej. Odwołujący składając odwołanie kwestionował co do zasady wymóg posiadania ilości urządzeń jak i ilości gwarantowanych stwierdzając również, że nie wiadomo czy przy wymogu urządzeń wymaganych chodzi o te same urządzenia co urządzenia gwarantowane. Z kolei zamawiający tłumacząc dokonane zmiany stwierdził, że miał na uwadze przy tych zmianach szersze otwarcie na rynek wykonawców

zarówno likwidując wymóg doświadczenia zawodowego czy to w dostawach urządzeń tzw. wytwornic azotu czy wykonywania usługi inertyzacji wytworzonego azotu do podziemnych korytarzy kopalnianych zagrożonych pożarem, jak również zmniejszając z tego powodu wymóg ilości posiadanych jak i gwarantowanych wytwornic azotu.

I tak nadal w Ogłoszeniu o zamówieniu pomimo, że przedmiot zamówienia Sekcja II: Przedmiot pkt II.1.1. Nazwa widnieje „Dzierżawa urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. w latach 2019-2021” jak również w pkt II.1.4. Krótki opis widnieje zapis określający rodzaj zamówienia „Dzierżawa” to w opisie części na jakie zostało podzielone zamówienie zamawiający stwierdza w opisie zamówienia „Wykonywanie usług inertyzacji z wykorzystaniem urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego dla...”) w poszczególnych 4 częściach opisujących zamówienia (1-4 to jest pkt II.2.1 kolejno opisujących poszczególne 4 części zamówienia). Przy czym w pkt-ach II.2.11) dla poszczególnych 4 części gdzie prezentuje się informacje o opcjach zapisy są następujące: Część nr:1 Opcje: tak; Opis opcji: Okres dzierżawy w dniach :gwarantowane :13 152 opcjonalnie:2 192, razem:15 344; Ilość gazu w m³:gwarantowane:220 953 600, opcjonalnie: 36 825 600, razem:257 779 200. Dla poszczególnych zadań (części 2,3,4) zamieszczono inne wielkości poszczególnych parametrów ale we wszystkich pozostałych częściach. Użyto w Opisie opcji zwrotu :”Okres dzierżawy w dniach”.

Również w zawiadomieniu wykonawców z dnia 09.10.2018 r. na podstawie art.38 ust.4 ustawy pzp zamawiający dokonując zmian treści SIWZ przedstawiając zmiany w Części VIII SIWZ opis warunków odnoszących się do zdolności technicznej lub zawodowej w tytule zawiadomienia używa zwrotu „Dzierżawa urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji i wykonanie usług inertyzacji dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. w latach 2019 – 2021 z podziałem na zadania (nr sprawy 461 800 528)”.

Z kolei w pkt 2. tegoż pisma zatytułowanym „Część III pkt.1 SIWZ, pkt.1 w Załączniku nr 1 do SIWZ przyjmują brzmienie - Część III pkt. 1 SIWZ. Przedmiotem zamówienia jest: Dzierżawa urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. w latach 2019 – 2021 z podziałem na zadania, -Pkt.1 Załącznika nr 1 do SIWZ

1. Przedmiot zamówienia:

Dzierżawa urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. w latach 2019 – 2021 z podziałem na zadania:...”.

Przy czym opisane tam zadania nr 1- nr 4 wskazują na „wykonywanie usług inertyzacji z wykorzystaniem urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego dla” I kolejno wszystkie kopalnie wymienia się .

Odwolujący wskazując na powyższe opisy podnosi zarzut brak jednoznaczności co do opisu przedmiotu zamówienia (dzierżawa - usługa) i wywodzi, że przedmiotem zamówienia jest usługa a nie dzierżawa.

Przedstawiona przez zamawiającego kolejna zmiana SIWZ z dnia 11.10.2018 r. na podstawie art.38 ust.4 pzp pokazuje, że obejmowała ona dalsze dostosowanie, ujednoczenie rozbieżnych postanowień SIWZ między innymi przez poniżej przywołane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

I tak w Części III pkt.1 SIWZ co do przedmiotu znajduje się zapis nie budzący wątpliwości, że przedmiotem zamówienia jest dzierżawa urządzeń. W pkt 2 Część IV SIWZ opis przedmiotu zamówienia przedstawia przedmiot zamówienia jako dzierżawę urządzeń z określeniem ilości dni całkowitych w tym z podaniem ilości dni w prawie opcji.

Dalej zamawiający konsekwentnie dokonuje zmiany w przedmiocie warunku udziału pozostawiając warunek zdolności technicznej a likwidując warunek doświadczenia zawodowego.

W Części XXIX SIWZ zamawiający wprowadza w pkt nr 3 zmiany przez nadanie jej brzmienia: ”Zamawiający informuje, iż w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia ilekroć jest mowa o Zamawiającym należy rozumieć jako Dzierżawca, natomiast Wykonawca należy rozumieć jako Wydzierżawiający”.

W załączniku nr 1 do SIWZ modyfikuje się między innymi punkt 1 pn. Przedmiot zamówienia dzierżawy w poszczególnych (4) zadaniach przedstawiając je jako dzierżawę do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego dla potrzeb inertyzacji dla wymienionych czterech kopalń.

Zamawiający również przedstawił dowód przesłania z dnia 11.10.2018 roku do publikacji w Dz. Urz. U.E. kolejnych zmian odnoszących się do warunków technicznych to jest zdolności technicznej w zakresie dysponowania urządzeniami technicznymi.

Izba na podstawie powyższych ustaleń z przeprowadzonych na rozprawie dowodów, z przekazanej do akt postępowania odwoławczego dokumentacji zamawiającego, potwierdzonej za zgodność z oryginałem, jak również dowodów z dokumentów przekazanych przez zamawiającego na posiedzeniu Izby, odnoszących się do dokonanych zmian w Ogłoszeniu o zamówieniu jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po wniesieniu odwołania, zważyła jak poniżej.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Izba nie stwierdza na dzień orzekania naruszeń przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu, które miałyby wpływ na wynik postępowania w szczególności z racji dokonanych przez zamawiającego zmian postanowień Ogłoszenia o zamówieniu jak i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) a obowiązujących w dniu orzekania, uwzględniając treść art.192 ust.2 w zw. z art. 191 ust.2 ustawy Pzp. Zmiany te przedstawił i omówił w trakcie rozprawy zamawiający a odwołujący odniósł się do nich. Zamawiający na rozprawie udzielając wyjaśnień do protokołu, które stanowią odpowiedź na odwołanie w myśl art. 186 ust.1 ustawy Pzp. przyznał, że dokonał zmian zarówno dnia 9 jak i dnia 11 października 2018 roku a powodem tych zmian było odwołanie, które złożył odwołujący w dniu 1 października 2018 roku ale jak oświadczył zamawiający nie tylko z tego powodu dokonał zmian Ogłoszenia o zamówieniu jak i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W toku postępowania odwoławczego zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, iż pomimo dokonanych zmian w Ogłoszeniu o zamówieniu czy też SIWZ, nie uznaje ani w części, ani w całości odwołania.

Z kolei odwołujący odnosząc się do przedstawionych zmian w Ogłoszeniu o zamówieniu jak i w postanowieniach SIWZ, które zostały przedłożone przez zamawiającego w poczet materiału dowodowego na posiedzeniu Izby, nie wycofał zarzutów ani na posiedzeniu, ani na rozprawie co do dokonanych zmian, podtrzymując zarzuty odwołania w całości. Powyższe stanowiska zamawiającego jak i odwołującego przedstawiono powyżej w uzasadnieniu w części odnoszącej się do wyjaśnień jak i oświadczeń złożonych przez strony na rozprawie.

Ze zgromadzonego materiału w sprawie wynika, co do którego stanowiska stron były zgodne, że poprzednie postępowania na przedmiotowe zamówienie było realizowane jako usługa a nie jak aktualnie postanowił zamawiający dzierżawa urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza do inertyzacji otrzymanego gazu. Odwołujący jako świadczący dotychczas usługę na rzecz zamawiającego podniósł szereg nieścisłości zarówno w Ogłoszeniu o zamówieniu jak i w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia związanych z określeniem przedmiotu zamówienia. Zamawiający określając przedmiot zamówienia czy też posługując się nazewnictwem opisującym przedmiot zamówienia w tym poszczególne jego części (zadania:1,2,3,4) był niekonsekwentny, ponieważ w niektórych miejscach nazywał przedmiot zamówienia dzierżawą a w innych miejscach posługiwał się określeniem usługa. Te nieścisłości pomimo dokonywanych zmian przez zamawiającego najdłużej miały miejsce co do nazewnictwa przedmiotu zamówienia w opisie poszczególnych czterech części zamówienia nazywanymi „zadaniami”. Przy czym wartym podkreślenia jest to, że w opisie tychże zadań, w części odnoszącej się do opisu poszczególnych zadań, zamawiający używał zwrotu „dzierżawa” a nie „usługa”. Przyznaną okolicznością przez zamawiającego i nie budzącą wątpliwości w świetle zgromadzonego materiału w sprawie są dokonywane zmiany w Ogłoszeniu o zamówieniu jak i w SIWZ wskutek złożonego odwołania. Zamawiający, wskutek powyższych okoliczności, dokonał szeregu zmian w Ogłoszeniu o zamówieniu jak i w SIWZ, usuwając wątpliwości co do charakteru przedmiotu zamówienia precyzując go do dzierżawy urządzenia bez usługi oraz dokonując zmian mających zwiększyć konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia. Z kolei odwołujący podnosił, że nadal istnieją rozbieżności w Ogłoszeniu o zamówieniu jak i w SIWZ, ponieważ pomimo przedstawienia jednolitego tekstu SIWZ to nadal w Ogłoszeniu o zamówieniu pomimo już dokonywanych zmian istnieją zapisy w części odnoszącej się do opisu zadania (części – zadania – 1,2,3,4) widniejące nazewnictwo „usługa” a nie „dzierżawa”.

Na posiedzeniu zamawiający przedstawił w poczet materiału dowodowego również ostatnią zmianę SIWZ to jest z dnia 11.10.2018 roku, która jak poprzednie zmiany dotyczyła przede wszystkim podnoszonych zarzutów jak i wnioskami odwołania.

Odwołujący następująco określił czynność wywołującą podstawy wniesienia odwołania jak i wywiedzione na jej podstawie zarzuty

Jako niezgodną czynność z ustawą Pzp. odwołujący określił sformułowanie a następnie opublikowanie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) polegającą na wprowadzeniu postanowień niezgodnych przede wszystkim z

art. 29 § 1 ustawy Pzp. przez nieprecyzyjne, niejednoznaczne, niepełne i wewnętrznie sprzeczne opisanie przedmiotu zamówienia, naruszające także przepisy art. 693 § 1 k.c. a także art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. w związku z opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób, który może zachwiać uczciwą konkurencją, co utrudnia bądź wręcz uniemożliwia złożenie prawidłowo skalkulowanej oferty, stanowiąc tym samym naruszenie normy art. 7 ustawy, nadto niespójność treści SIWZ z treścią ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Izba rozważając ten zarzut nie stwierdziła naruszenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym naruszenia ani art.29 ust.1 ani ust.2 w związku z art.693 § 1 k.c. a w konsekwencji art.7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Doprecyzowanie tych zarzutów odwołujący dokonał w następujący sposób.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przy formułowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także ogłoszenia o zamówieniu poniżej wskazanych przepisów, które może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1) art. 29 ust. 1 i 2 PZP poprzez jego niezastosowanie polegające na wadliwym opisie przedmiotu zamówienia w zakresie:

a)nieprawidłowego opisanie przedmiotu nabycia jako dzierżawy urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego (i wykonanie usług inertyzacji), podczas gdy przedmiotem nabycia winna być usługa inertyzacji (z wykorzystaniem urządzeń niezbędnych do jej świadczenia), co stanowi również naruszenie art. 139 ust. 1 PZP w zw. 693 § 1 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący opierając się na dotychczasowych doświadczeniach współpracy z zamawiającym nie akceptuje zmiany co do przedmiotu zamówienia, który określił zamawiający jako „dzierżawę” a nie jak dotychczas „usługę”. Jak już powyżej wskazano dotychczas zamawiający zamawiał usługę wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego w celu wtlaczania do podziemnych korytarzy kopalni zagrożonych pożarem. Usługa obejmowała dostarczenie wytwornicy azotu jak i wytworzenie przy jej użyciu azotu z powietrza atmosferycznego i jego inertyzację do podziemnych korytarzy kopalni. Zamawiający w bieżącym postępowaniu zmienił przedmiot zamówienia na z usługi dostawy wytwornic azotu określając ich parametry techniczne i żądając sprawności na poziomie 97 % uzyskania azotu wytworzonego z powietrza atmosferycznego czyli na dzierżawę.

Szczegółowe obowiązki wykonawcy w tym zakresie zamawiający ustalił w załączniku nr 1 Opis przedmiotu zamówienia jak i w Załączniku nr 8 Istotne postanowienia umowy. Okolicznością bezsporną jest co przyznał zamawiający chociażby zmieniając SIWZ jak i Ogłoszenie o zamówieniu, że przykładowo powyżej wskazanych miejscach zamawiający nie usunął dotychczasowej nomenklatury używając nadal zwrotu „usługa” a nie jak powinien „dzierżawa”. Zamawiający dokonując sprostowań przez zmiany SIWZ wprowadził pojęcie „dzierżawy” usuwając zwrot „usługi”. Niemniej pominiawszy powyższe względy formalne czyli nomenklaturowe co do przedmiotu zamówienia, odwołujący kwestionował tę zmianę przedmiotu zamówienia jako merytorycznie niedopuszczalną. W jego ocenie zamawiający po pierwsze nie ma kompetencji do obsługi urządzeń, chociażby z racji braku zamówienia przeszkolenia kadr jak i zbyt dużego ryzyka powierzenia zamawiającemu drogiego stosunkowo sprzętu wytwornic osobom bez kompetencji. Reasumując pominiawszy inne argumenty przywołane za koniecznością po stronie zamawiającego zakupu usługi a nie dzierżawy odwołujący nie akceptuje co do zasady przedmiotu zamówienia jako dzierżawy urządzeń. Z kolei zamawiający na rozprawie oświadczył, że celem uruchomienia szeroko rozumianej konkurencji, dopuszcza szerszy rynek dysponentów stosownymi urządzeniami bez konieczności świadczenia usługi a zapewnienia tylko w stosownym czasie i miejscu sprawnych urządzeń. W ocenie Izby to zamawiający ma prawo i ponosi ryzyko związane z określeniem przedmiotu zamówienia w tym wypadku zamiast dotychczasowej usługi dostawę urządzeń w celu ich dzierżawy. Izba również zwraca uwagę, że jest to decyzja ekonomiczna związana z kosztami zamówienia. Jednocześnie odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 16 z dnia 11.10.2018 roku, w której to brak odpowiedzi wprost na zadane pytanie wykonawcy nie niweczy postanowień SIWZ, iż przedmiotem zamówienia jest dzierżawa urządzeń a nie usługa przy pomocy dostarczonych przez wykonawcę urządzeń, jak tego oczekuje odwołujący. W związku z powyższym zarzut nieprawidłowego opisanie przedmiotu nabycia „jako dzierżawy urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego (i wykonanie usług inertyzacji), podczas gdy przedmiotem nabycia winna być usługa inertyzacji (z wykorzystaniem urządzeń niezbędnych do jej świadczenia)” nie został wykazany, ponieważ zamawiający udowodnił, że zamawia dzierżawę urządzenia a nie usługę z dostawą urządzenia do tej usługi. Z kolei odwołujący nie wykazał braku możliwości czy to z przyczyn ekonomicznych, czy to z przyczyn technicznych albo organizacyjnych np.: kadrowych aby przedmiotem zamówienia nie mogła być dzierżawa urządzenia służącego do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego używanego dla potrzeb inertyzacji tylko jak oczekiwał tego odwołujący powinna być usługa inertyzacji (z wykorzystaniem urządzeń niezbędnych do jej świadczenia).

b)nieprawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia poprzez niespójne wskazywanie czy Zamawiający zamierza nabyć jedynie dzierżawę urządzeń czy również usługę inertyzacji.

Powyższy zarzut nie potwierdził się w związku z dokonanymi zmianami w SIWZ, które ostatecznie i jednoznacznie precyzują przedmiot zamówienia do dzierżawy czyli dostarczenia urządzeń wytwornic azotu z obsługą w zakresie kompetencji zamawiającego.

c)zawarcie w SIWZ zapisów pozwalających na zmniejszenie zakresu zamówienia bez określenia obiektywnych okoliczności, w których jest to możliwe lub na podstawie swobodnego i arbitralnego uznania zamawiającego, a także bez wskazania dopuszczalnego limitu takiego zmniejszenia;

Powyższy zarzut nie potwierdził się na co wskazują powyżej przywołane w ustaleniach postanowienia SIWZ. Zamawiający bowiem określił gwarantowane zakresy świadczeń jak i opcjonalne określając łączny wymiar świadczenia. Przy czym odpowiadając na zarzuty odwołującego wyjaśnił, że ilość wytwarzanego azotu z powietrza jest niedookreślona z powodu braku możliwości z góry określenia zagrożenia pożarowego w korytarzach kopalni.

W związku z powyższym zamawiający może określić jedynie ilość dni przedmiotowej dzierżawy urządzeń.

Tak więc zarzut o zapisach pozwalających na zmniejszenie zakresu zamówienia bez określenia obiektywnych okoliczności, w których jest to możliwe lub na podstawie swobodnego i arbitralnego uznania zamawiającego, a także bez wskazania dopuszczalnego limitu takiego zmniejszenia nie potwierdził się.

2) art. 22 ust. 1a) w zw. z art. 22d) i art. 36 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. poprzez jego niezastosowanie, polegające na nieprecyzyjnym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia określeniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie:

a)opisania zdolności technicznej lub zawodowej, zawartej w Części VIII pkt 1) ppkt 1) SIWZ;

b)określenia wymogu ilościowego dysponowania urządzeniami technicznymi w celu wykonania zamówienia, zawartego w Części VIII pkt 1) ppkt 2) SIWZ, co stanowi również naruszenie art. 22d ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy;

odnosząc się łącznie do zarzutów z lit. a) i b) należy wskazać, że zamawiający przedstawiając zmiany SIWZ z dnia 9 i 11 października 2018 roku przede wszystkim wskazał, że uchylił postanowienia odnoszące się do zdolności zawodowej. Istniejące postanowienia w zakresie zdolności zawodowej dotyczyły zarówno wymogu doświadczenia w zakresie świadczenia usługi inertyzacji wytworzonego azotu jak również dostawy takich urządzeń. Wskutek złożonego odwołania jak i otwarciem się szerszym na konkurencję według oświadczenia zamawiającego na rozprawie postanowił uchylić warunek doświadczenia zawodowego. W związku z powyższym zarzut w zakresie zdolności zawodowej kwalifikowanej na podstawie czy to doświadczenia w zakresie usług inertyzacji azotu czy też samej dostawy urządzeń do wytwarzania azotu z powietrza atmosferycznego stały się bezprzedmiotowe. Zamawiający również dokonał zmian w zakresie ilości wymaganych wytwornic gwarantowanych jak i dostępnych. Zamawiający jak wyjaśniał na rozprawie nie jest w stanie określić w sposób jednoznaczny a w szczególności przewidywalny co do zakresu wymaganego świadczenia wytwarzania azotu i jego inertyzacji, ponieważ nie dookreślone i nieprzewidywalne są zdarzenia zagrożenia czy też wystąpienia zjawisk pożarowych. W przeciwnym wypadku zamawiający mógłby określić ilości zamawianego azotu celem jego inertyzacji na urządzeniach dostarczonych przez zamawiającego. Jak już wyżej podkreślono zamawiający w sposób jednoznaczny jest w stanie określić tylko okres dzierżawy urządzenia oznaczony w dniach. W pozostałym zakresie zarzut również nie został wykazany, ponieważ w ocenie Izby użyty zwrot czy to urządzenia gwarantowanego, czy to pozostającego w dyspozycji wykonawcy może odnosić się tylko i wyłącznie do urządzenia stanowiącego przedmiot zamówienia czyli wytwornic azotu o określonych w SIWZ parametrach, które też zamawiający zmienił w związku z wniesionym odwołaniem, kierując się rozszerzeniem dostępu do zamówienia.

W związku z powyższym zarzut opisany w lit.a) oraz lit. b) nie został udowodniony to jest co do opisanie zdolności technicznej lub zawodowej, zawartej w Części VIII pkt 1) ppkt 1) SIWZ

oraz wymogu ilościowego dysponowania urządzeniami technicznymi w celu wykonania zamówienia, zawartego w Części VIII pkt 1) ppkt 2) SIWZ, co stanowi również naruszenie art. 22d ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy

3)art 29 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 PZP poprzez ich niezastosowanie, polegające na pominięciu w SIWZ jakichkolwiek uregulowań dotyczących prawa opcji, w szczególności poprzez niewskazanie okoliczności, w których Zamawiający z prawa opcji może skorzystać, bądź też - z uwagi na wskazany brak - zrównanie zamówienia realizowanego w ramach prawa opcji z zamówieniem, którego realizacja jest gwarantowana;

Powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z powodów wskazanych powyżej co do braku określenia w sposób jednoznaczny ilości gazu – azotu z uwagi na nieprzewidywalność zagrożenia pożarowego czy też samego pożaru.

Niemniej jak wyżej w ustaleniach Izby przywołano postanowienia SIWZ, które w sposób w miarę precyzyjny z uwagi na przedmiot zamówienia określiły w poszczególnych zadaniach zarówno gwarantowane zamówienie jak i opcjonalne, określając je w dniach jak i w ilościach wytwarzanego azotu z powietrza atmosferycznego do inertyzacji. Tak więc odwołujący nie wykazał naruszenia 29 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 PZP poprzez ich niezastosowanie, polegające na pominięciu w SIWZ jakichkolwiek uregulowań dotyczących prawa opcji – zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

4)art. 36 i 41 w zw. z art 7 ust. 1 PZP poprzez niespójność treści Specyfikacji Istotnych

Warunków Zamówienia z treścią ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w zakresie:

- a)przedmiotu zamówienia;
- b)przesłanek fakultatywnych wykluczenia Wykonawcy;

a także wewnętrzną sprzeczność zapisów w ramach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Powyższy zarzut nie potwierdził się w związku z przedstawionymi na posiedzeniu dowodami zmiany SIWZ jak i Ogłoszenia o zamówieniu a opisanymi w ustaleniach Izby powyżej. Zamawiający usnął wszelkie niespójności SIWZ zarówno w Ogłoszeniu jak i w SIWZ czyniąc zarzut odwołującego nieaktualnym na dzień rozpoznania odwołania.

5)art. 353¹ w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 PZP poprzez sformułowanie postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, polegający przede wszystkim na wprowadzeniu do SIWZ (Istotnych postanowień umowy) możliwości nabycia prawa własności dzierżawionych urządzeń w zamian za zapłatę rażąco niskiego odszkodowania oraz możliwości nałożenia na Wykonawcę wygórowanych i nieuzasadnionych kar umownych.

Zmawiający na rozprawie w sposób wiarygodny i przekonujący przedstawił argumentację co do zasadności uregulowań jak i okoliczności usunięcia postanowień przewidujących przejęcie urządzeń na własność za odszkodowanie a co było spowodowane nieaktualnymi zapisami odnoszącymi się do postanowień mających na uwadze urządzenie, które są umieszczone pod ziemią i koszty jego usunięcia czyli przeniesienia na powierzchnię są zbyt wysokie w stosunku do ich wartości.

W związku z powyższym powoływanie się na zasady współzycia społecznego jako okoliczności wskazujące na określenie zbyt wygórowanych kar umownych nie wykazano a w szczególności odnosi się to do interpretacji postanowień umownych związanych z początkiem terminu naliczanych kar.

W związku z powyższym odwołujący nie wykazał w toku postępowania odwoławczego, że na dzień rozpoznania odwołania nie jest w stanie skalkulować oferty w związku z niejednoznacznym określeniem przedmiotu zamówienia czy też nie sprecyzowaniem przedmiotu zamówienia przewidzianego w prawach opcji. Okoliczność, że poprzednik zamawiającego to jest Kompania Węglowa S.A. czy też inne spółki węglowe określają przedmiot zamówienia jako usługę a nie dzierżawę nie wyklucza prawa zamawiającego do skorzystania z dzierżawy w szczególności, jeżeli ma to się przyczynić do większej konkurencyjności postępowania jak i efektów ekonomicznych zamawiającego.

Reasumując skoro żaden z zarzutów nie potwierdził się a to w szczególności w związku z dokonanymi zmianami SIWZ jak i ogłoszenia o zamówieniu przez zamawiającego po wniesieniu odwołania w myśl art.192 ust.2 w związku z art. 191 ust.1 ustawy Pzp. odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego. Izba nie uwzględniła wniosku kosztowego pełnomocnika zamawiającego jako nie uzasadnionego z powodu, że zmawiający dokonał zmian jak sam przyznał na posiedzeniu i rozprawie w związku z wniesionym odwołaniem a nie uwzględnił zarzutów ani w części, ani w całości.

Przewodniczący:.....