Sygn. akt KIO 603/23

WYROK

z dnia 24 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 21 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 6 marca 2023 r. przez wykonawcę FAMUR S. A. z siedzibą w Katowicach, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju Zakład Wsparcia Produkcji

przy udziale wykonawcy Joy Global (Poland) Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących zapisów SWZ oznaczonych w odwołaniu numerami 3, 4, 5, 6.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej określenia zbyt krótkiego terminu dostawy i nakazuje zamawiającemu wydłużenie terminu dostawy urządzenia na „do 30 dni od dnia zawarcia umowy".

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 1/3 zamawiającego i w 2/3 odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) oraz kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych, zero groszy) poniesioną łącznie przez zamawiającego i odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

5. Zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3 800 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset złotych, zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kosztów postępowania poniesionych przez strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 603/23

Uzasadnienie

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju Zakład Wsparcia Produkcji, dalej jako: „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP", którego przedmiotem jest dostawa do JSW S.A. KWK „Budryk" nowego kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu, numer sprawy 20/P/23.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 038-110912.

W dniu 6 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy FAMUR S. A. z siedzibą w Katowicach, dalej jako: „Odwołujący", wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy PZP poprzez przygotowanie postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję w zakresie:

- określenia krótkiego terminu realizacji przedmiotu umowy tj. 15 dni od dnia zawarcia umowy, co uprzywilejowuje wyłącznie jednego wykonawcę na rynku, który ma dostępny kombajn ścianowy odpowiadający wymaganiom technicznym określonym w SWZ,

- opisania niektórych parametrów technicznych kombajnu ścianowego będącego przedmiotem umowy w sposób, który umożliwia spełnienie tych warunków tylko jednemu wykonawcy na rynku, a jednocześnie w sposób nie uzasadniony zarówno żadnymi względami obiektywnymi, jak też słusznym interesem zamawiającego, - opisania dokumentów, których dostarczenia zamawiający oczekuje wraz z ofertą, jak również wraz z dostawą przedmiotu umowy w sposób, który umożliwia spełnienie tych warunków wyłącznie jednemu wykonawcy na rynku, a jednocześnie w sposób nie uzasadniony zarówno żadnymi względami obiektywnymi, jak też słusznym interesem zamawiającego;

2. Art. 99 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący poprzez nie podanie wykonawcom wszystkich niezbędnych parametrów pracującego u zamawiającego przenośnika ścianowego, co uniemożliwia prawidłowe określenie wszystkich wymaganych parametrów będącego przedmiotem zamówienia kombajnu ścianowego, jak również uniemożliwia złożenie oferty spełniającej wymagania zamawiającego postawione w SWZ.

Ww. zarzuty odnosiły się do następujących zapisów SWZ:

1. Pkt III.40. Załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja techniczna oraz pkt III.40. Załącznika nr 3 do Specyfikacji technicznej oraz pkt III.40. Załącznika nr 1 do Umowy -Charakterystyka techniczna – w zakresie w jakim wymagają, aby układy hamulcowe, w które ma być wyposażony dostarczany kombajn ścianowy były zasilane elektrycznie;

2. Pkt III.15. Załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja techniczna oraz pkt III.15. Załącznika nr 3 do Specyfikacji technicznej oraz pkt III. 15. Załącznika nr 1 do Umowy – Charakterystyka techniczna – w zakresie w jakim wymagają, aby ramię kombajnu było jednokomorowe, bez uszczelnień między komorowych oraz pomp smarnych;

3. Pkt VI.1. Załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja techniczna – w zakresie w jakim wymaga przedłożenia przez wykonawcę wraz z ofertą rysunków kombajnu z organami ø2000 i ø2200 w trzech rzutach wraz z wymiarami gabarytowymi, uwzględniających posadowienie na przenośnikach zgrzebłowych JOY AFC 800 i PSJZR-850 z zaznaczeniem wymiarów opisanych w pkt III.1, 5-8 Załącznika nr 1 do SWZ, nie podając jednocześnie na rysunku stanowiącym Załącznik nr 2 do Specyfikacji technicznej wszystkich wymiarów przenośnika ścianowego niezbędnych do sporządzenia przedmiotowych rysunków przez wykonawcę;

4. Załącznika nr 2 do Specyfikacji technicznej – rysunek Trasa przenośnika ścianowego Joy AFC 800 w zakresie, w jakim nie podaje wszystkich niezbędnych wymiarów przenośnika ścianowego będącego na wyposażeniu zamawiającego;

5. Punkt VI.4. Załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja techniczna - w zakresie w jakim wymaga, aby wraz z ofertą wykonawca złożył instrukcję obsługi (dokumentację techniczno-ruchową) kombajnu ścianowego w rozumieniu dyrektywy 2006/42/WE lub 2014/34/UE;

6. Punkt V.7. Załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja techniczna oraz pkt V.7. Załącznika nr 3 do Specyfikacji technicznej oraz pkt V.7. Załącznika nr 1 do Umowy Charakterystyka techniczna – w zakresie w jakim wymagają, aby wraz z przedmiotem umowy tj. kombajnem ścianowym wykonawca dostarczył do zamawiającego

dokumentację zintegrowanego systemu sterowania kompleksu wydobywczego dla JSW S.A.KWK Budryk wraz z opinią jednostki notyfikowanej i dopuszczeniem WUG;

7. Pkt 5 Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz § 2 ust. 1 Załącznika nr 5 do SWZ – wzór umowy - w zakresie w jakim wprowadzają 15 dniowy termin na realizację przedmiotu umowy licząc od dnia zawarcia umowy.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SWZ, tj.:

a. w zakresie pkt III.40. Załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja techniczna oraz pkt III.40. Załącznika nr 3 do Specyfikacji technicznej oraz pkt III.40. Załącznika nr 1 do Umowy -Charakterystyka techniczna – poprzez usunięcia wymogu, aby układy hamulcowe, w który ma być zasilany kombajn ścianowy zasilane były wyłącznie elektrycznie, a tym samym dopuszczenie zasilania hydraulicznego układów hamulcowych,

b. w zakresie pkt III.15. Załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja techniczna oraz pkt III.15. Załącznika nr 3 do Specyfikacji technicznej oraz pkt III. 15. Załącznika nr 1 do Umowy Charakterystyka techniczna – poprzez dopuszczenie stosowania także ramienia kombajnu innego niż jednokomorowe, bez uszczelnień między komorowych oraz pomp smarnych (a więc także jednokomorowych z pompami smarnymi oraz wielokomorowych),

c. w zakresie Załącznika nr 2 do Specyfikacji technicznej – rysunek Trasa przenośnika ścianowego Joy AFC 800 – poprzez podanie na rysunku wszystkich niezbędnych wymiarów przenośnika ścianowego będącego na wyposażeniu zamawiającego, w tym przede wszystkim wymiaru w zakresie położenia drabinki trackowej,

d. w zakresie pkt VI.1. Załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacji technicznej – poprzez jego usunięcie w przypadku

nie uwzględnienia żądania opisanego w literze c) powyżej tj. zobowiązanie zamawiającego do podania na rysunku stanowiącym Załącznik nr 2 do Specyfikacji technicznej wszystkich wymiarów niezbędnych do opracowania dokumentu, o którym mowa w pkt VI.1. Załącznika nr 1 do SWZ,

e. w zakresie punktu VI.4. Załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja techniczna – poprzez dopuszczenie przedłożenia przez wykonawcę instrukcji obsługi (dokumentacji techniczno-ruchową) kombajnu ścianowego w rozumieniu dyrektywy 2006/42/WE lub 2014/34/UE wraz z dostawą przedmiotu umowy – kombajnu ścianowego,

f. w zakresie punktu V.7 Załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja techniczna oraz pkt V.7. Załącznika nr 3 do Specyfikacji technicznej oraz pkt V.7. Załącznika nr 1 do Umowy charakterystyka techniczna – poprzez dopuszczenie, aby wykonawca dostarczył do zamawiającego dokumentację zintegrowanego systemu sterowania kompleksu

wydobywczego dla JSW S.A.KWK Budryk wraz z opinią jednostki notyfikowanej i dopuszczeniem WUG do momentu uruchomienia przez zamawiającego przedmiotu umowy – kombajnu ścianowego w podziemiach kopalni,

g. w zakresie pkt 5 Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz § 2 ust. 1 Załącznika nr 5 do SWZ – poprzez wydłużenie terminu dostawy przedmiotu umowy.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, co następuje:

- w zakresie zapisu SWZ określonego w punkcie a) :

W Załączniku nr 1 do SWZ zamawiający zamieścił Specyfikację techniczną przedmiotu zamówienia. W pkt III w tabeli opisane zostały parametry techniczne kombajnu ścianowego będącego przedmiotem zamówienia. W pkt III.40. zamawiający zamieścił wymóg, iż dostarczony kombajn ścianowy ma być wyposażony w zabudowane dwa niezależne układy hamulcowe zasilane elektrycznie. Podobne postanowienia zostały zamieszczone w pkt III.40. Załącznika nr 3 do Specyfikacji technicznej oraz pkt III.40. Załącznika nr 1 do Umowy Charakterystyka techniczna. W ocenie odwołującego nie istnieje żadne uzasadnienie dla żądania, aby układy hamulcowe, w które wyposażony będzie dostarczany kombajn ścianowy zasilane były elektrycznie. To w połączeniu z faktem, że do tej pory jedynym dostawcą dla zamawiającego kombajnów ścianowych, których układy hamulcowe zasilane są elektrycznie była firma Joy Global (Polska) sp. z o.o. powoduje, że opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie stanowi oczywiste naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz wymogu opisania przedmiotu zamówienia z zachowaniem tej zasady. Jak kontynuował Odwołujący, wyjaśnienia wymaga, że kombajn ścianowy może być wyposażony w dwojakiego rodzaju układy hamulcowe – elektryczny lub hydrauliczny. Obydwa rodzaje układów spełniają dokładnie taką samą rolę, a pomiędzy nimi nie ma żadnej różnicy zarówno pod względem obsługi kombajnu ścianowego, jak też pod względem jego funkcjonalności oraz niezawodności z punktu widzenia bezpieczeństwa. W największym uproszczeniu zadziałanie hamulca jest spowodowane brakiem zasilania kombajnu (bez zasilania hamulec jest zawsze włączony przez mechaniczne zadziałanie sprężyny). Jego wyłączenie (odhamowanie) polega na drodze elektrycznej lub hydraulicznej. Ponadto, wyraźnego zaznaczenia wymaga, że niemal we wszystkich postępowaniach na przestrzeni ostatnich lat, których przedmiotem była dostawa (lub ewentualnie dzierżawa/najem) kombajnów ścianowych, zamawiający nie wymagał, aby przedmiot zamówienia wyposażony był w układy hamulcowe zasilane elektrycznie. Tym samym zamawiający w pełni akceptował dostarczenie kombajnów wyposażonych zarówno w układy hamulcowe elektryczne, jak i hydrauliczne.

Tytułem przykładu Odwołujący wskazał na następujące postępowania:

1. Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 80/P/21 na najem na okres 760 dni kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu wraz z niezbędnym osprzętem dla potrzeb JSW S.A. KWK „Budryk”,

2. Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 56/P/22 na najem kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu na okres 1090 dni dla JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka” Ruch „Borynia” – w pkt III.30 Załącznika nr 1 do SWZ Specyfikacja techniczna, wyraźnie wskazano, że zamawiający wymaga dwóch układów hamulcowych, jednak bez stawiania co do nich żadnych dodatkowych wymogów,

3. Najem kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu wraz z niezbędnym osprzętem dla potrzeb JSW S.A. KWK „Budryk” nr 29/P/21.

Jak podkreślił Odwołujący, podobnie było w przetargu nr 88/P/22 na dostawę do JSW S.A. KWK „Budryk” nowego kombajnu ścianowego w wyniku, którego w dniu 27 grudnia 2022 r. podpisana została umowa nr 082200837 pomiędzy odwołującym, a zamawiającym na dostawę do JSW S.A. KWK „Budryk” nowego kombajnu ścianowego. Pomimo, że przetarg ten został ogłoszony zaledwie 3,5 miesiąca przed przetargiem, którego dotyczy niniejsze odwołanie, zamawiający dopuszczał stosowanie obydwu rodzajów układów hamulcowych, co nie stanowiło dla niego problemu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że na przestrzeni ostatnich lat wyłącznie dwa przetargi ogłoszone w 2022 r. na dostawę kombajnów ścianowych dla KWK „Pniówek” zawierały wymóg, aby kombajn wyposażony był w układ hamulcowy zasilany elektrycznie (postępowanie nr 55/P/22 oraz postępowanie nr 13/P/22) i w obydwu tych postępowaniach ofertę złożyła wyłącznie jedna firma tj. Joy Global (Polska) Sp. z o.o. Zgodnie z wiedzą odwołującego, w kopalniach węgla kamiennego zamawiającego aktualnie nie pracuje ani jeden kombajn ścianowy wyposażony w układy hamulcowe zasilane wyłącznie elektrycznie pochodzący od firmy innej niż Joy Global (Polska) sp. z o.o. Wszystko powyższe

wskazuje na fakt, że zamawiający opisał wymagane parametry techniczne przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i ograniczający w sposób bezpodstawny krąg podmiotów, którzy spełniają wymagania SWZ i są w stanie złożyć niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Ponadto, uwzględniając fakt, że zamawiający powszechnie do tej pory dopuszczał w postępowaniach przetargowych zaoferowanie kombajnów ścianowych wyposażonych w układy hamulcowe z dowolnym sposobem zasilania, należy uznać, że nie istnieje żaden uzasadniony interes zamawiającego, który wymagałby zaoferowanie takiego właśnie kombajnu w niniejszym postępowaniu.

- w zakresie zapisu SWZ określonego w punkcie b) :

W Załączniku nr 1 do SWZ zamawiający zamieścił Specyfikację techniczną przedmiotu zamówienia. W pkt III w tabeli opisane zostały parametry techniczne kombajnu ścianowego będącego przedmiotem zamówienia. W pkt III.15. zamawiający zamieścił wymóg, iż dostarczony kombajn ścianowy ma być wyposażony w ramię kombajnu ścianowego – jednokomorowe (bez uszczelnień międzykomorowych oraz pomp smarnych). Podobne postanowienia zostały zamieszczone w pkt III.15. Załącznika nr 3 do Specyfikacji technicznej oraz pkt III.15. Załącznika nr 1 do Umowy Charakterystyka techniczna. Zdaniem odwołującego, taki opis przedmiotu zamówienia powoduje, że wymagany przedmiot zamówienia może zaoferować tylko jeden podmiot na rynku tj. firma Joy Global (Polska) Sp. z o.o. Innym, powszechnie dostępnym rozwiązaniem, jest wyposażenie kombajnu ścianowego w ramię wielokomorowe. Podobnie jak w przypadku wymogu zamieszczonego w pkt III.40 Załącznika nr 1 do SWZ, podkreślenia wymaga, że jest to także zupełnie nowy wymóg, wcześniej nie stawiany przez zamawiającego. Ostatnie postępowanie przetargowe, w którym zamawiający wymagał dostawy kombajnu ścianowego wyposażonego w ramię jednokomorowe, przeprowadzone było przez zamawiającego w roku 2013, a więc 10 lat temu. Od tego czasu, we wszystkich postępowaniach na dostawę lub dzierżawę/najem kombajnów ścianowych zamawiający dopuszczał obydwa rozwiązania lub nie stawiał takiego wymogu. Tak samo było w przetargu, o którym mowa w odniesieniu do pkt III.40 powyżej tj. 88/P/22 na dostawę do JSW S.A. KWK „Budryk" nowego kombajnu ścianowego, jak również w postępowaniu nr 13/P/22 oraz 55/P/22.

Zaznaczenia wymaga, że rozwiązanie w postaci ramienia jednokomorowego zdecydowanie nie jest lepszym rozwiązaniem technicznym i z tego względu nie istnieją po stronie zamawiającego żadne racjonalne argumenty, które pozwalają na uzasadnienie stawiania takiego wymogu potencjalnym wykonawcom. Ramię kombajnu ma za zadanie przeniesienie momentu obrotowego z silnika elektrycznego poprzez zespół przekładni na organ urabiający. Przekładnia ramienia umieszczona jest w korpusie ramienia, tworząc komory olejowe, w których następuje smarowanie i chłodzenie kół zębatych oraz łożysk tocznych. W przypadku zastosowania pojedynczej komory olejowej (jednokomorowej) zespół przekładni pracuje w jednej komorze. W przypadku potencjalnej awarii, cały zespół przekładni narażony jest na uszkodzenie. Zasadniczą wadą tego typu rozwiązania smarowania przekładni w ramionach kombajnów ścianowych jest praca ramienia w skrajnych wychyleniach gdzie cały środek smarny spływa do najniższego położenia komory. Takie położenie ramienia powoduje nieciągłość smarowania przekładni powodując z czasem przegrzewanie kół zębatych i łożysk. Dłuższa praca w takich warunkach może również skutkować uszkodzeniem zespołu przekładni. W przypadku zastosowania kilku pojedynczych komór olejowych (np. trzech

komór) przekładnia pracuje w trzech oddzielnych komorach rozdzielonych uszczelnieniami. Takie rozwiązanie poprawia smarowanie i chłodzenie kół zębatych oraz łożysk, a w przypadku potencjalnej awarii tylko część przekładni może ulec uszkodzeniu. Z tego względu, w ocenie odwołującego, taki opis przedmiotu zamówienia zmierza tylko i wyłącznie do jednego celu – możliwości złożenia oferty wyłącznie przez jeden ściśle określony podmiot, co w sposób oczywisty stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

- w zakresie zapisu SWZ określonego w punkcie g) :

W pkt 5 Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz § 2 ust. 1 Załącznika nr 5 do SWZ – wzór umowy zamawiający wskazał 15 dniowy termin na dostawę przedmiotu umowy licząc od dnia zawarcia umowy. Uwzględniając fakt, że kombajn ścianowy będący przedmiotem umowy stanowi urządzenie dedykowane wyłącznie pod dane postępowanie i opisane w nim parametry techniczne, nie ma obiektywnej możliwości wyprodukowania kombajnu ścianowego w tym terminie. Zatem ofertę może złożyć wyłącznie podmiot, który posiada urządzenie o wskazanych parametrach wyprodukowane już na moment składania oferty. Z wiedzy odwołującego wynika, że taki podmiot na rynku aktualnie jest jeden. Urządzenia przeznaczone do pracy w podziemiach kopalni węgla kamiennego każdorazowo są urządzeniami unikalnymi, bądź produkowanymi w całości pod konkretne postępowanie przetargowe, bądź też dostosowywane pod konkretne wymagania techniczne. Zatem, konieczne jest uwzględnienie czasu niezbędnego do wyprodukowania lub dostosowania kombajnu do danej umowy. 15 dniowy termin na realizację przedmiotu umowy jest najkrótszym terminem zastosowanym kiedykolwiek przez zamawiającego.

Wszystko powyższe pozwala domniemywać, że wymogi przetargowe w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, jak również niektórych wymaganych dokumentów zostały stworzone i opisane pod ściśle określony kombajn ścianowy, który jeden określony wykonawca ma już wyprodukowany i posiada dla niego dokumentację. Taki stan rzeczy w sposób jawny i oczywisty narusza zasadę uczciwej konkurencji. Szereg wymagań stawianych przez zamawiającego całkowicie odbiega od wymagań, które zamawiający stawiał do tej pory w odniesieniu do analogicznych przedmiotów zamówienia tj. dostawy lub najmu kombajnów ścianowych.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 20 marca 2023 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie w całości. Jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę na zmiany dokumentacji postępowania, które jego zdaniem czynią zadość części z żądań odwołującego.

W pozostałym zakresie Zamawiający przedstawił argumentację merytoryczną.

- w zakresie zapisu SWZ określonego w punkcie a) :

Zamawiający wskazał, że prowadzi na bieżąco analizę przyczyn wypadków, a także dokonał weryfikacji zasad działania oraz konserwacji elektrycznego i hydraulicznego układu zasilania układu hamulcowego. Wyniki przedmiotowej analizy prowadzą do następujących wniosków:

Układ hamulcowy zasilany elektrycznie charakteryzuje się następującymi właściwościami i sposobem użytkowania:

a. sterowanie układem odbywa się z poziomu komputera zintegrowanego z systemem czujników zabudowanych w kombajnie, przez to opisywane rozwiązanie jest mniej awaryjne, bardziej wydajne, a obsługa kontroli układu jest całkowicie zautomatyzowana poprzez wykorzystanie szeregu czujników,

b. system monitorujący pracę kombajnu automatycznie wykrywa powstanie awarii w obwodzie lub przekroczenie zadanej prędkości, po wykryciu zagrożenia następuje natychmiastowe zatrzymanie kombajnu bez wykorzystywania jakichkolwiek elementów pośrednich,

c. czas usunięcia powstałej awarii przez pracowników kopalni lub serwisu jest znacznie krótszy ze względu na prostotę zabudowanego układu,

d. wykorzystanie czujników np. informujących o stanie zużycia szczęk hamulcowych pozwala na skróceniu czasu obsługi i konserwacji kombajnu, nie występuje bowiem konieczność zabezpieczenia ociosu węglowego do kontroli układu hamulcowego, ponieważ system monitoruje go automatycznie i w odpowiednim czasie informuje o konieczności wymiany szczęk hamulcowych. Czas kontroli układu zajmuje kilka minut,

e. kontrola tygodniowa układu hamulcowego nie wymaga zabezpieczenia kombajnu ścianowego, co wpływa na zminimalizowanie czasu postoju kombajnu.

Układ hamulcowy zasilany hydraulicznie charakteryzuje się następującymi właściwościami i sposobem użytkowania:

a. układ wymaga stałego nadzoru nad elementami złącznymi, takimi jak magistrala hydrauliczna, w skład której wchodzą przewody hydrauliczne, złączki, trójniki,

b. kontrola dzienna, tygodniowa i miesięczna obejmuje szereg czasochłonnych prac, co znacznie wpływa na efektywność eksploatacji kombajnu,

c. kombajn wymaga wykonywania ręcznego pomiaru grubości okładzin hamulcowych za pomocą narzędzi pomiarowych (suwmiarki),

d. kombajn wymaga czasochłonnego sprawdzenia przyczyn powstania awarii, przy czym przedmiotowej czynności towarzyszy szereg prac związanych z zabezpieczeniem kombajnu.

Zamawiający dodał, że elektryczne zasilanie układu hamulcowego nie występuje wyłącznie w kombajnach wytwarzanych i oferowanych przez przystępującego Joy Global (Poland) sp. z o.o. Zamawiający wskazuje, że tożsame rozwiązanie stosuje również spółka Eickhoff Polonia Ltd. sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, czego potwierdzeniem jest oferta ww. dostawcy, złożona w postępowaniu nr 29/P/21 na najem kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu. Przedmiotem oferty była dostawa kombajnu wyposażonego w elektryczne zasilanie układu hamulcowego. Powyższe wynika także z treści oświadczenia Eickhoff Polonia Ltd. sp. z o.o. z dnia 17.03.2023 r. W związku z tym zupełnie bezpodstawne jest stanowisko odwołującego o uprzywilejowanej pozycji przystępującego w niniejszym postępowaniu.

Zdaniem Zamawiającego, uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że wprowadzenie przez Zamawiającego wymogu aby układy hamulcowe, w które wyposażone ma być dostarczony kombajn ścianowy zasilane były wyłącznie elektrycznie uzasadnia obiektywna potrzeba, jak również obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa osób świadczących pracę w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych Zamawiającego. Stąd zupełnie chybiony jest zarzut odwołującego, zgodnie z którym treść pkt III.40. Specyfikacji technicznej, pkt III.40. Załącznika nr 3 do Specyfikacji technicznej oraz pkt III.40. Załącznika nr 1 do wzoru umowy narusza przepisu art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 pzp, co sprawia, że odwołanie w powyższym zakresie jest bezpodstawne i jako takie nie może zostać uwzględnione.

- w zakresie zapisu SWZ określonego w punkcie b) :

Zamawiający wskazał, że podstawą wprowadzenia przedmiotowego warunku było porównanie parametrów technicznych, właściwości i sposobu użytkowania pomiędzy kombajnem zawierający ramię jednokomorowe i ramię wielokomorowe. Przedmiotowe porównanie prowadzi do poniższych wniosków:

Ramię jednokomorowe:

a. olej przekładniowy może być chłodzony przy użyciu jednego wymiennika ciepła (płaszcz wodny), który utrzymuje stałą wartość temperatury oleju,

b. zawiera jedno zewnętrzne uszczelnienie obrotowe olejowe, które w przypadku uszkodzenia spowoduje widoczny wyciek oleju. Wyciek doprowadza do spadku poziomu oleju co powoduje głośniejszą pracę przekładni,

która jest słyszalna przez operatora kombajnu,

c. średni czas usuwania awarii w przypadku konieczności wymiany uszczelnienia, jak i kół zębatych przekładni szybkobieżnej wynosi od 4 do 10 godzin,

d. techniczne rozwiązania w przypadku budowy ramienia jednokomorowego skracają czas kontroli poprzez zastosowanie jednego punktu napełniania i jednego punktu kontroli poziomu oleju (wziernik lub bagnet), co znacznie wpływa na czas wykonywania kontroli (ok. 2 minut) oraz ergonomię pracownika kontrolującego. Powyższe rozwiązanie nie wymaga zabezpieczenia ociosu węglowego,

e. zmniejsza ryzyko do minimum wystąpienia wypadku pracowników zabezpieczających ocios węglowy.

Ramię wielokomorowe:

a. wymaga zastosowania wyżej wymienionych elementów dla każdej z komór zwiększając tym samym ilość zastosowanych elementów i zwiększając możliwość wystąpienia awarii. Np. zwiększona ilość punktów dostępowych zwiększa możliwość dostania się do środka zanieczyszczeń, co może spowodować uszkodzenie uszczelnień międzykomorowych czego konsekwencją może być awaria przekładni ramienia urabiającego,

b. w przekładni wielokomorowej wyciek oleju może nastąpić w każdej z komór i doprowadzić do awarii podzespołów,

c. średni czas usuwania awarii w przypadku konieczności wymiany kół zębatych ramienia wielokomorowego przekładni wynosi od 16 do 36 godzin.

d. postój związany z usuwaniem awarii kół zębatych ramienia wielokomorowego stwarza dodatkowo zagrożenie dla zdrowia i życia ludzkiego w postaci konieczności wykonania robót niebezpiecznych, polegających na zabezpieczeniu ociosu węglowego,

e. wymaga prowadzenia kontroli trzech punktów smarnych (a nie jednego – jak w przypadku ramienia jednokomorowego), spośród których jeden znajduje się od strony ociosu węglowego, czas wykonania kontroli wynosi ok. 1 godz. na zmianę (4 godziny na dobę),

f. ramiona wielokomorowe w znacznym stopniu wpływają na awaryjność kombajnów ścianowych w zakładach Zamawiającego, czego dowodem jest przedstawiona poniżej statystyka (Zamawiający przedstawił tabele z danymi statystycznymi dotyczącymi czasów awarii kombajnów z poszczególnymi rodzajami ramion).

Zamawiający dodał, że ramię jednokomorowe nie występuje wyłącznie w kombajnach wytwarzanych i oferowanych przez przystępującego Joy Global (Poland) sp. z o.o. Zamawiający wskazuje, że tożsame rozwiązanie stosuje również spółka Eickhoff Polonia Ltd. sp. z o.o. w Katowicach, czego potwierdzeniem jest oferta ww. dostawcy, złożona w

postępowaniu nr 29/P/21 na najem kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu (punkt III.13 Charakterystyki technicznej), przedmiotem której była dostawa kombajnu wyposażonego w ramię jednokomorowe oraz oświadczenie Eickhoff Polonia Ltd. sp. z o.o. z dnia 17.03.2023 r. W związku z tym zupełnie bezpodstawne jest stanowisko odwołującego o uprzywilejowanej pozycji przystępującego w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający podkreślił, iż mając na uwadze przedstawione powyżej aspekty, a także bezpieczeństwo pracy, zasady ekonomiki, potrzebę zapewnienia jakości odpowiadającej specyfice pracy w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, a także niezawodność nabywanych urządzeń należy uznać, że wprowadzenie wymogu przewidzianego w pkt III.15. Specyfikacji technicznej, pkt III.15. Załącznika nr 3 do Specyfikacji technicznej oraz pkt III.15. Załącznika nr 1 do wzoru umowy, zgodnie z którym dostarczony kombajn ścianowy posiadał będzie wyłącznie ramię jednokomorowe, bez uszczelnień między komorowych oraz pomp smarnych nie narusza przepisu art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 pzp.

- w zakresie zapisu SWZ określonego w punkcie g) :

Zamawiający zwrócił uwagę, że w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 88/P/22 odwołujący w dniu 28.12.2022 r. zawarł z zamawiającym umowę nr 082200837 na dostawę kombajnu ścianowego typu FS-300. Wstępny odbiór techniczny przedmiotowego kombajnu nastąpił w dniu 29.12.2022 r., a zatem w następnym dniu po zawarciu umowy. Odbiór obejmował weryfikację zgodności kompletnie zmontowanego kombajnu, jego uruchomienie oraz posadowienie na trasie przenośnika ścianowego, z którym kombajn będzie współpracował. Uwzględniając powyższe, a zwłaszcza fakt, że odwołujący był władny dokonać wstępnego odbioru technicznego w dniu następującym po zawarciu umowy należy stwierdzić, że zupełnie bezpodstawny jest jego zarzut, że realizacja umowy w terminie określonym w punkcie 5 swz oraz § 2 ust. 1 wzoru umowy jest niemożliwa.

Ponadto Zamawiający podniósł, że ustanowienie kwestionowanego przez odwołującego terminu uzasadnia obiektywna potrzeba uruchomienia ściany Bw-3 w pokładzie 402 we wcześniejszym niż pierwotnie zakładano terminie, co wynika z wcześniejszego zakończenia eksploatacji ściany Cz-3 w pokładzie 405/1. Kombajn ścianowy jest istotnym elementem wchodzącym w skład kompleksu ścianowego. Elementy składowe kombajnu ścianowego muszą zostać dostarczone przed zabudową urządzeń odstawczych zlokalizowanych w chodniku transportowym przystosowanym do transportu dużych gabarytów. Mając na uwadze zatrudnienie wykwalifikowanych pracowników do wykonywania prac związanych z przygotowaniem do eksploatacji ściany, opóźnienie uruchomienia eksploatacji ściany Bw-3 w

pokł. 402 spowoduje przesunięcie planowanych terminów uruchomienia ścian wydobywczych mających kluczowe znaczenie dla sytuacji ekonomicznej zamawiającego.

Powołał się również na wyrok KIO w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 93/09.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 21 marca 2023 r. stanowisko w sprawie zajął również Przystępujący Joy Global (Poland) Sp. z o. o. wnosząc o oddalenie odwołania i przedstawiając stosowną argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę Joy Global (Poland) Sp. z o. o., dalej jako: „Przystępujący". Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody:

Dowody Odwołującego:

a. Specyfikacja techniczna kombajnu ścianowego wraz z osprzętem w postępowaniu na: „Najem kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu wraz z niezbędnym osprzętem dla potrzeb JSW S.A. KWK „Budryk", postępowanie numer: 29/P/21;

b. Specyfikacja techniczna kombajnu ścianowego wraz z osprzętem w postępowaniu na: „Najem kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu na okres 1090 dni dla JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka" Ruch „Borynia", numer postępowania: 56/P/22;

c. Charakterystyka techniczna w postępowaniu na: „Najem na okres 760 dni kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu wraz z niezbędnym osprzętem dla potrzeb JSW S.A. KWK „Budryk", numer postępowania 80/P/21;

d. Charakterystyka techniczna w postępowaniu na: „Dostawę do JSW S.A. KWK „Budryk" nowego kombajnu ścianowego", numer postępowania: 88/P/22;

e. Specyfikacja techniczna w postępowaniu na: „Najem kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu dla potrzeb JSW S.A. KWK „Pniówek", numer postępowania 55/P/22;

f. Charakterystyka techniczna w postępowaniu na: „Najem na okres 640 dni kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu dla JSW S.A. KWK „Pniówek", numer postępowania 13/P/22;

g. Oferta handlowa 2305/02/2023/3 dotycząca wykonania dokumentacji zintegrowanego systemu zasilania i sterowania kompleksu wydobywczego oraz przeprowadzenia procesu dopuszczeniowego dla JSW S.A. KWK Budryk;

h. Oferta L.dz.EH-313/2023/DHK na wykonanie systemu monitoringu i wizualizacji kombajnu ścianowego dla JSW S.A. KWK „Budryk";

i. Rysunek ukazujący rozwiązania konstrukcyjne ramienia kombajnu, na którym

uwidoczniono trzy komory lub jedną komorę olejową;

j. SIWZ z postępowań prowadzonych przez Polską Grupę Górniczą na okoliczność

powszechnego stosowania przez tego zamawiającego ramion wielokomorowych oraz jednokomorowych z pompą smarującą (numery postępowań: 431701351;

411800131; 472101416; 471101416);

k. Wyciąg z postępowań prowadzonych przez Polską Grupę Górniczą oraz przez Zamawiającego na okoliczność stosowanych terminów dostaw kombajnu ścianowego;

l. Wyciąg z postępowań prowadzonych przez Zamawiającego na okoliczność terminu dostawy sprzętu niezbędnego do pracy zamawianego kombajnu;

m. Zestawienie tabelaryczne na okoliczność terminu wykonania poszczególnych elementów kombajnu.

Dowody Zamawiającego:

a. Rysunki techniczne obrazujące usytuowanie miejsc kontroli, na okoliczność sposobu przeprowadzenia kontroli w tego rodzaju ramienia;

b. Oferta wykonawcy Eickhoff Polonia Ltd. Sp. z o.o. w postępowaniu na najem kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu wraz z niezbędnym osprzętem dla potrzeb JSW S.A. KWK „Budryk", numer postępowania 29/P/21;

c. Oświadczenie Eickhoff Polonia Ltd Sp. z o.o.;

d. Pismo z dnia 27 października 2022 r. skierowane do FAMUR S.A. dotyczące awarii kombajnu ścianowego KSW 880EU/1000V nr fabr. 457;

e. Modyfikacja dokumentów zamówienia z dnia 16 marca 2023 r. w postępowaniu 20/P/23;

f. Protokół wstępnego odbioru technicznego z dnia 29 grudnia 2022 r. dotyczący wstępnego odbioru technicznego kombajnu FS 300 nr fabr. 451 dla KWK „Budryk";

g. Umowa nr 082200837 z dnia 28 grudnia 2022 r. zawarta w postępowaniu 88/P/22;

Izba wydając rozstrzygnięcie oparła się tylko na niektórych dowodach, co znajdzie wyraz w treści uzasadnienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa do JSW S.A. KWK „Budryk" nowego kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu, numer sprawy 20/P/23.

Zgodnie z zapisami załącznika nr 1 do SWZ pn. „Specyfikacja techniczna":

- pkt III.40: „Kombajn zostanie wyposażony w zabudowane dwa niezależne układy hamulcowe zasilane elektrycznie. Zasady użytkowania hamulców muszą być opisane w DTR."

Tożsamy zapis znalazł się również w załączniku nr 3 do „Specyfikacji technicznej" oraz załączniku nr 1 do wzoru umowy.

- pkt III.15: „Ramię kombajnu ścianowego – jednokomorowe (bez uszczelnień międzykomorowych oraz pomp smarnych)".

Tożsamy zapis znalazł się również w załączniku nr 3 do „Specyfikacji technicznej" oraz załączniku nr 1 do wzoru umowy.

Zgodnie z sekcją V SWZ pn. „Termin i sposób wykonania zamówienia":

- „Termin dostawy urządzenia: do 15 dni od daty zawarcia umowy".

Zgodnie z wzorem umowy, stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ:

§ 2 ust. 1: „Termin dostawy urządzenia wynosi do 15 dni od daty zawarcia umowy."

Izba zważyła, co następuje:

Zakres umorzony:

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy PZP odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. W trakcie posiedzenia Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zapisów SWZ wskazanych w odwołaniu w punktach: 3, 4, 5 i 6. Z tego względu zasadnym było umorzenie postępowania w tym zakresie. Rozpoznaniu merytorycznemu podlegały zatem zarzuty skierowane wobec zapisów SWZ określonych w punktach 1, 2 oraz 7.

Termin dostawy:

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy PZP, poprzez określenie krótkiego terminu realizacji przedmiotu umowy tj. 15 dni od dnia zawarcia umowy – zdaniem Izby zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Na wstępie należy zwrócić uwagę na treść art. 99 ust. 4 ustawy PZP, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania

niektórych wykonawców lub produktów.

Zgodnie przyjmuje się na gruncie ww. przepisu, że dla wykazania jego naruszenia wystarczające jest uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji, a nie jej udowodnienie. Już sama potencjalna możliwość wystąpienia sytuacji utrudnienia uczciwej konkurencji może uzasadniać stwierdzenie naruszenia ww. przepisu (tak np.: wyrok KIO z dnia 9 września 2021 r., KIO 2130/21, wyrok KIO z dnia 27 maja 2022 r., KIO 1262/22, wyrok KIO z dnia 14 lutego 2022 r., KIO 248/22).

Uprawdopodobnienie jest środkiem zastępczym dowodu wskazującym na wiarygodność (prawdopodobieństwo) twierdzenia o danym fakcie. W piśmiennictwie uprawdopodobnienie określane jest jako ułatwione postępowanie dowodowe zmierzające do uwiarygodnienia twierdzeń, środek zastępczy dowodu niedający pewności, lecz przymiot wiarygodności. Nie wymaga się zatem pełnego udowodnienia utrudnienia uczciwej konkurencji, a za wystarczające należy uznać wykazanie realnego prawdopodobieństwa takiego utrudnienia.

Z kolei zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy PZP jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach.

Zdaniem Izby Odwołujący uprawdopodobnił, że ustalenie przez Zamawiającego 15-dniowego terminu na dostawę kombajnu potencjalnie może utrudniać uczciwą konkurencję, a Zamawiający nie sprostał obowiązkowi wykazania, że ww. wymaganie ma oparcie w jego uzasadnionych potrzebach.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że w zasadzie niespornym między stronami było, że ustalony przez Zamawiającego termin jest najkrótszym kiedykolwiek ustalonym terminem w postępowaniach na dostawę lub najem kombajnów ścianowych. Nawet Przystępujący broniąc obowiązujących zapisów SWZ przyznał, że termin ten jest terminem wymagającym i jego dotrzymanie wymaga odpowiedniego zaplanowania procesu technologicznego.

Następnie wskazać należy, że nie można z góry przesądzić o nieprzydatności dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu dowodów, które odnoszą się do innych postępowań o udzielenie zamówienia, dotyczących podobnego przedmiotu zamówienia. Dowody w postaci wyciągów z postępowań prowadzonych przez PGG (a także innych postępowań Zamawiającego), która jest jednym z największych zamawiających działających w analogicznej branży, mogą stanowić pewną sugestię jak kształtują się terminy dostawy kombajnów ścianowych czy też poszczególnych elementów tych kombajnów. Skoro zatem rygor dowodowy po stronie Odwołującego jest ograniczony do uprawdopodobnienia, Izba uznała dowody przedłożone przez odwołującego za wiarygodne i uprawdopodobniające, że ustalenie 15-dniowego terminu dostawy potencjalnie może naruszać uczciwą konkurencję. Z przedłożonych przez Odwołującego dowodów wynika, że najkrótsze stosowane do tej pory terminy oscylowały na poziomie 30 dni od dnia podpisania umowy – co było zbieżne z żądaniem odwołania. Zakres żądania odwołania był tak nieznaczny, że zdaniem Izby, wyklucza to tylko i wyłącznie dążenie przez Odwołującego do zabezpieczenia własnych interesów ekonomicznych przez wydłużenie niekorzystnego dla niego terminu, a świadczy o faktycznym ograniczeniu konkurencji przez Zamawiającego.

Skoro Odwołujący sprostał wymogowi uprawdopodobnienia, w takiej sytuacji ciężar dowodu został przeniesiony na Zamawiającego, który dla odparcia zarzutu powinien był wykazać, że ustalenie 15-dniowego terminu dostawy ma oparcie w jego uzasadnionych potrzebach.

Zamawiający w ramach argumentacji znajdującej się w odpowiedzi na odwołanie, a także wypowiadając się na rozprawie, podjął próby przekonania Izby w zakresie istnienia jego uzasadnionych potrzeb, wskazując na różne okoliczności, które jego zdaniem uzasadniały

ustalenie tak krótkiego terminu. Izba biorąc pod uwagę całokształt wypowiedzi stron, a także przedstawiony materiał dowodowy uznała, że Zamawiający nie wykazał, że ustalenie 15-dniowego terminu dostawy kombajnu ma faktyczne uzasadnienie w jego realnych potrzebach.

Zamawiający wskazywał na okoliczności dotyczące rynny erozyjnej czy też strat, jakie może ponieść w wyniku przesunięć harmonogramu. Izba uznała jednak, że argumenty te nie uzasadniają ustanowienia tak krótkiego terminu dostawy, w zasadzie preferującego wykonawców, którzy już w momencie ogłoszenia postępowania dysponują sprzętem o dokładnie takiej specyfikacji jak wymaga zamawiający. Dodatkowo twierdzenia Zamawiającego w żaden sposób nie zostały poparte dowodami, w przeciwieństwie do twierdzeń Odwołującego.

Wskazać należy, że przesunięcia w harmonogramach zawsze powodują pewne niedogodności czy też straty po stronie podmiotów prowadzących działalność gospodarczą – jest to ryzyko, jakie podejmuje każdy podmiot działający na rynku. Nie jest to jednak okoliczność nadzwyczajna. Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie w trybie otwartym na konkurencję, a więc powinien tak ustanowić jego warunki by tę konkurencję zapewnić. Ustalenie tak krótkiego terminu dostawy i ograniczenie w związku z tym konkurencji, zdaniem Izby, nie jest okolicznością która mogłaby zostać uzasadniona potencjalnymi stratami Zamawiającego wynikającymi z przesunięć w harmonogramach. Dodatkowo – Zamawiający w żaden sposób okoliczności tej nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił.

To samo dotyczy rzekomej potrzeby uruchomienia ściany Bw-3 w pokładzie 402 we wcześniejszym niż pierwotnie zakładano terminie, co wynika z wcześniejszego zakończenia eksploatacji ściany Cz-3 w pokładzie 405/1. Zamawiający nie poparł tej okoliczności żadnym dowodem.

Również okoliczność związana z wystąpieniem rynny erozyjnej nie powinna być uzasadnieniem dla ustalenia tak krótkiego terminu dostawy. Wskazać należy, że tak jak w przypadku dwóch ww. okoliczności – twierdzenia

Zamawiającego nie zostały w żaden sposób wykazane. Dodatkowo podkreślić należy, iż Zamawiający w trakcie rozprawy wskazał, że okoliczność związana z rynną erozyjną ujawniła się na etapie szacowania wartości zamówienia – a więc przed jego formalnym wszczęciem. Powyższe każe twierdzić, iż Zamawiający, będąc profesjonalistą, powinien tak zaplanować harmonogram postępowania by wszczęto i zakończono je szybciej – jeśli faktycznie okoliczność związana z rynną erozyjną jest podstawą dla ustalenia krótszego terminu dostawy. Skoro Zamawiający

tego nie zrobił to nie może teraz przerzucać konsekwencji swojej opieszałości na wykonawców narzucając im tak krótki termin dostawy urządzenia.

Z powyższych względów Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał istnienia jego uzasadnionych potrzeb w kontekście ustalenia 15- dniowego terminu dostawy, a co za tym idzie, zasadnym jest wydłużenie terminu zgodnie z żądaniem odwołania.

Układ hamulcowy:

Przechodząc do zakresu oddalonego, Izba wskazuje, co następuje:

Zachowując ww. ogólne uwagi dotyczące rozkładu dowodu przy zarzucie naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy PZP, Izba pragnie dodać, że na gruncie tego przepisu aktualnym jest również stanowisko, że zamawiający nie ma obowiązku dostosowywania wymagań do wszystkich wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w danym postępowaniu. Okoliczność, że wykonawcy nie posiadają w swojej ofercie przedmiotu zamówienia, który pozwoliłby im na ubieganie się o udzielenie zamówienia z powodu nie spełnienia wymagań określonych przez Zmawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie przesądza o tym, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców (podobnie również: wyrok KIO z dnia 2 maja 2022 r., KIO 786/22 oraz wyrok KIO z dnia 25 maja 2022 r., KIO 1194/22).

Następnie wskazać należy, że sam Odwołujący w treści odwołania przyznał, że Zamawiający w poprzednio prowadzonych postępowaniach wprowadzał wymóg posiadania układu hamulcowego zasilanego elektrycznie. Nie jest to zatem żadna nowość czy też wymóg, którym wykonawcy mogliby być zaskoczeni. Nie można więc uznać, jak twierdzi Odwołujący, że „zamawiający powszechnie do tej pory dopuszczał w postępowaniach przetargowych zaoferowanie kombajnów ścianowych wyposażonych w układy hamulcowe z dowolnym sposobem zasilania". Wymagania Zamawiającego były różne w różnych postępowaniach.

Dodatkowo wskazać należy, że okoliczność podnoszona przez Odwołującego, tj. że w postępowaniach na dostawę kombajnów z układem hamulcowym zasilanym elektrycznie ofertę składała wyłącznie jedna firma – nie została przez Odwołującego wykazana, a uzyskanie stosownych dowodów nie powinno stanowić dla Odwołującego problemu. Inicjatywa dowodowa jest obowiązkiem Odwołującego i to Odwołujący powinien wyposażyć Izbę w materiał, którego ocena pozwoli na uwzględnienie jego argumentacji, a nie oczekiwać, że w działaniu tym zostanie wyręczony przez Izbę. Wskazać bowiem należy, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny. Oznacza to, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia

faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy PZP). Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (tak: wyrok z dnia 28 lutego 2022 r., KIO 315/22).

Podkreślić przy tym należy, że Zamawiający przedłożył dowody w postaci oferty i oświadczenia wykonawcy Eickhoff Polonia Ltd. Sp. z o.o., z których wnika jednoznacznie, że po pierwsze: 1) podmiot ten składał już oferty w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego oraz 2) rozwiązanie przez niego oferowane obejmuje układ hamulcowy sterowany wyłącznie elektrycznie. Stąd nieprawdziwe są twierdzenia Odwołującego:

- że żaden inny podmiot na rynku nie jest w stanie złożyć oferty w niniejszym postępowaniu,

- że rynek podmiotów oferujących dostawy kombajnów ścianowych ograniczony jest wyłącznie do dwóch podmiotów, a tym samym, że Zamawiający w nieuzasadniony sposób ogranicza konkurencję.

To Odwołujący po prostu nie dysponuje urządzeniem, które chce nabyć Zamawiający, a tylko z tego względu zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy PZP nie może zostać uwzględniony. Oczywistym jest, że oba układy hamulcowe różnią się, jednak obowiązkiem odwołującego jest uprawdopodobnienie, że takie wymaganie zamawiającego - ograniczone wyłącznie do układu zasilanego elektrycznie, jest nadmierne i nieuzasadnione jego potrzebami, a co za tym idzie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji poprzez uniemożliwienie wykonawcom złożenia oferty. W takim wypadku ciężar dowodu przeszedłby na zamawiającego, ale wg. Izby odwołujący powyższego nie uprawdopodobnił. Co więcej, to zamawiający przedstawił dowody na to, że istnieją na rynku podmioty mogące zaoferować pożądane przez niego rozwiązanie. Podkreślić ponownie należy, że Zamawiający nie musi opisywać OPZ w taki sposób by każdy z oferentów mógł złożyć ofertę. Okoliczność, że wykonawcy nie posiadają w swojej ofercie przedmiotu zamówienia, który pozwoliłby im na ubieganie się o udzielenie zamówienia z powodu nie spełnienia wymagań określonych przez Zmawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie przesądza o tym, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podsumowując, zdaniem Izby, treść odwołania i argumentacja przedstawiona na poparcie tezy Odwołującego są niewystarczające dla uprawdopodobnienia naruszenia przez Zamawiającego konkurencji poprzez wymaganie posiadania

przez zamawiany kombajn układu hamulcowego zasilanego elektrycznie. Odwołujący nie poparł stawianych przez

siebie twierdzeń żadnym dowodem. Okoliczność, że w poprzednio prowadzonych postępowaniach Zamawiający dopuszczał również innego rodzaju napęd, nie może stanowić wyłącznego argumentu dla uwzględnienia zarzutu postawionego przez Odwołującego. Potrzeby zamawiającego mogą bowiem ulegać zmianie na przestrzeni czasu, a Odwołujący nie uprawdopodobnił, że są one nadmierne i w nieuzasadniony sposób ograniczają konkurencję.

Ramię kombajnu:

Odnosząc się z kolei do zapisów SWZ, w których Zamawiający wymaga dostawy kombajnu wyposażonego w ramię jednokomorowe, bez uszczelnień międzykomorowych oraz pomp smarnych, Izba pragnie zauważyć, że aktualne pozostają ww. ogólne uwagi dotyczące interpretacji art. 99 ust. 4 ustawy PZP. Poza tym wskazać należy, że Zamawiający przedstawił w ramach podnoszonej argumentacji szczegółowe dane świadczące o tym, że pozostałe rozwiązania, tj. których dopuszczenie do zaoferowania postuluje Odwołujący, są rozwiązaniami znacznie bardziej awaryjnymi od rozwiązania jednokomorowego bez pomp smarnych. Z danych przedstawionych przez Zamawiającego wynika, że:

- łączny czas awarii kombajnów z ramieniem wielokomorowym (17.5 dnia łącznego czasu awarii przy liczbie kombajnów wynoszącej 16) jest ponad trzykrotnie dłuższy niż czas awarii podobnej liczby kombajnów z ramieniem jednokomorowym bez pomp smarnych (5.7 dnia łącznego czasu awarii przy liczbie kombajnów wynoszącej 20);

- łączny czas awarii jednego kombajnu z ramieniem jednokomorowym z pompami smarującymi (łączny czas awarii 1 kombajnu 5 dni) jest niemal identyczny jak łączny czas awarii 20 kombajnów z ramieniem jednokomorowym bez pomp smarnych (5.7 dnia).

Izba w tym zakresie podziela pogląd wyrażony przez Przystępującego w piśmie procesowym, że nabycie przez Zamawiającego produktu o większej niezawodności może stanowić obiektywną potrzebę uzasadniającą sformułowanie wymogu konkretnego rozwiązania technologicznego. Dane przedstawione przez Zamawiającego nie zostały w żaden sposób zakwestionowane przez Odwołującego, a Izba nie znalazła powodów by odmówić im wiarygodności. Awaryjność ramion jednokomorowych bez pomp smarnych jest wyraźnie niższa niż pozostałych rozwiązań, a co za tym idzie, nie można czynić zarzutu Zamawiającemu z tego powodu, że chce nabyć rozwiązanie mniej awaryjne. Zwłaszcza, że jak wskazywał Zamawiający, czas pracy jednego kombajnu szacowany jest na około 8 lat, co tym bardziej czyni argumentację Zamawiającego zasadną.

Dodać również należy, że tak jak w przypadku układów hamulcowych, Zamawiający wykazał, iż na rynku istnieją również inne podmioty oferujące oczekiwane przez Zamawiającego rozwiązania.

Zdaniem Izby dowody przedstawione przez Odwołującego – a odnoszące się do historycznych postępowań o udzielenie zamówienia na najem/dostawę kombajnów ścianowych czy też dotyczące innych zamawiających – nie mogą mieć w przypadku tego zarzutu przesądzającego charakteru. Wskazać należy, że pod pojęciem uzasadnionych potrzeb zamawiającego należy rozumieć pewne oczekiwania zamawiającego odnoszące się do nabywanego dobra, których spełnienie pozwoli na uzyskanie określonych efektów. Przy czym należy mieć na uwadze, że potrzeby te mogą się zmieniać w czasie. Zamawiający udzielając licznych zamówień nabywa stosowne doświadczenie i wyciąga wnioski dotyczące dokonywanych zakupów. Nie można zatem odmówić mu prawa do tego, że na podstawie dokonywanych na bieżąco analiz z pewnych rozwiązań, które do tej pory stosował – rezygnuje. Taka sytuacja ma również miejsce w niniejszym postępowaniu. Trafnie do tego zagadnienia odniosła się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 stycznia 2021 r., w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 8/21, gdzie w uzasadnieniu wyroku wskazano, że: ”zamawiający może dopasować zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb, ale powinien umieć wykazać, że to zawężenie gwarantuje mu wyższą jakość, większą użyteczność czy trwałość. Zasada przejrzystości postępowania wymaga bowiem tego, aby wydatkując środki publiczne zamawiający był w stanie wykazać ich celowość i efektywność. Przedmiot zamówienia powinien odpowiadać potrzebom zamawiającego, jego możliwościom finansowym, brać pod uwagę bieżący stan wiedzy”. Zdaniem Izby Zamawiający w dostateczny sposób wykazał, że preferowane przez niego rozwiązanie w zakresie ramienia kombajnu jest dużo mniej awaryjne niż pozostałe rozwiązania, a zatem uprawniony był do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób.

Z powyższych względów, zdaniem Izby, ww. zarzuty dotyczące konkretnych rozwiązań technologicznych należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Odwołanie, w zakresie rozpoznawanym merytorycznie, okazało się zasadne w części 1/3 oraz chybione w części 2/3. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi zatem

Odwołujący w części 2/3 i Zamawiający w części 1/3. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego i Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej wysokości 7.200,00 zł (3.600, 00 zł x 2) ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy (łącznie 22.200,00 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600,00 zł tytułem wpisu od

odwołania oraz kosztów pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 14 800 zł (22.200 zł x 2/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3 800 zł (18 600 zł – 14 800 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi przez odwołującego, a kosztami za jakie odwołujący odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: ……