

WYROK

Warszawa, dnia 15 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Anna Osiecka-Baran

Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawcę Iwent Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie przy udziale uczestników:

A.wykonawcy HENNLICH s.r.o. z siedzibą w Litoměřicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B.wykonawcy KONKO S.A. z siedzibą w Mysłowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

C.wykonawcy PATENTUS S.A. z siedzibą w Pszczynie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

D.wykonawcy PRZEDSIĘBIORSTWO HYDROMEL Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich zgłaszające przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

E.wykonawcy REMONTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów opisanych w pkt 2 i pkt 6 petitum odwołania z powodu uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego;
2. umarza postępowanie w zakresie zarzutów opisanych w pkt 1; pkt 4 w części tj. w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia odnoszącego się do: pomp (wskazanie na Innoxihp), stacji uzdatniania wody (wskazanie na MPI), pociągu aparaturowego (wskazanie na Carbomech); pkt 5 lit. h i lit. k petitum odwołania z powodu wycofania zarzutów przez odwołującego;
3. uwzględnia odwołanie w zakresie opisanym w pkt 3 petitum odwołania i nakazuje zamawiającemu dokonania zmiany treści warunku udziału w postępowaniu (opisanego w części 4 pkt 4.1 ppkt 4.1.4. Specyfikacji Warunków Zamówienia) poprzez:
 - 3.1. obniżenie ilości sekcji ze „150 sekcji” do „30 sekcji” oraz, w dalszych punktach, z „75 sekcji” do „15 sekcji,
 - 3.2. zmianę wymagań dotyczących podziałki poprzez dopuszczenie, jako alternatywnej wobec podziałki 1,75 m, również podziałki 1,5 m,
 - 3.3. usunięcie wymagań dotyczących sterowania pilotowego lub elektrohydraulicznego poprzez usunięcie fragmentu: „ze sterowaniem pilotowym lub elektrohydraulicznym” oraz w dalszych punktach „ze sterowaniem pilotowym lub elektrohydraulicznym” i „ze sterowaniem hydraulicznym”,
 - 3.4. usunięcie wymogu dotyczącego średnicy stojaków hydraulicznych poprzez usunięcie fragmentu „o średnicy min. 380 mm” oraz w dalszych punktach „o średnicy minimum 400 mm”,a także zmianę treści Ogłoszenia o zamówieniu w tym zakresie;
4. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
5. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Iwent Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku w części 2/3 i zamawiającego w części 1/3, i:
 - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Iwent Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 808 zł 60 gr (słownie: trzy tysiące osiemset osiem złotych sześćdziesiąt groszy) poniesioną przez wykonawcę Iwent Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 5.2. zasądza od zamawiającego Południowego Koncernu Węglowego S.A. z siedzibą w Jaworznie na rzecz wykonawcy Iwent Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku kwotę 7 469 zł 50 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta sześćdziesiąt dziewięć złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu na rozprawę w

części w jakiej odpowiada za wynik postępowania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 994/24

Uzasadnienie

Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie(dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Modernizacja oraz dostawa urządzeń układu kompleksu ścianowego dla Południowego Koncernu Węglowego S. A. - Zakład Górniczy Janina nr postępowania nadany przez zamawiającego: PZP/TWD/00922/2024/33/P/MNQ(dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej przekraczające progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 53/2024: 154197-2024 z dnia 14 marca 2024 r. W tym też dniu zamawiający zamieścił na stronie prowadzonego postępowania Specyfikację Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”).

W dniu 25 marca 2024 r. wykonawca Iwent Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku(dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia oraz wobec treści dokumentów zamówienia, zarzucając zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

- 1.art. 16 pkt 1 w zw. art. 99 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji naruszenie zasady uczciwej konkurencji i doprowadzenie do sytuacji, w której zgodnie z najlepszą wiedzą odwołującego, jedynie jeden podmiot jest w stanie złożyć ofertę w postępowaniu ze względu na zagregowanie w jednym zamówieniu różnych zamówień, które mogą (i powinny) stanowić samodzielne przedmioty odrębnych zamówień lub części zamówienia (przedmiot ofert częściowych), podczas gdy zamawiający zobowiązany jest przygotować i prowadzić postępowanie w taki sposób, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji, a w konsekwencji art. 16 pkt 1 i pkt 3 oraz art. 112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i w związku z tym nieproporcjonalne ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu poprzez ich odniesienie do całości przedmiotu zamówienia (to jest połączonych zamówień częściowych), podczas gdy warunki te winny być odpowiednio skorelowane z wydzielonymi częściami zamówienia i powinny odnosić się do konkretnych części zamówienia;
- 2.art. 16 pkt 1 w zw. art. 99 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji naruszenie zasady uczciwej konkurencji i doprowadzenie do sytuacji, w której zgodnie z najlepszą wiedzą odwołującego, jedynie jeden podmiot jest w stanie złożyć ofertę w postępowaniu ze względu na fakt, że modernizacji kombajnu ścianowego może dokonać wyłącznie jego producent, a ewentualne oferty innych podmiotów z założenia nie będą w żaden sposób konkurencyjne, podczas gdy zamawiający zobowiązany jest przygotować i prowadzić postępowanie w taki sposób, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji;
- 3.art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie lub błędne zastosowanie, a w konsekwencji postawienie warunku udziału w postępowaniu (opisanego w części 4 pkt 4.1 ppkt 4.1.4. SWZ), który jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nie pozwala na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i nie wyraża się jako „minimalny poziom zdolności”, a przez to jest sprzeczny z zasadą proporcjonalności i narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ zmierza do sztucznego zawężenia konkurencji w postępowaniu, nie dopuszczając do postępowania wykonawców zdolnych wykonać należycie zamówienie, czym zamawiający zmierza do naruszenia zasady gospodarności, wyrażonej w art. 17 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, a to do udzielenia zamówienia w sposób niezapewniający najlepszej jakości dostaw w ramach środków, które zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz niezapewniający uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów;
- 4.art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 4, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie lub błędne zastosowanie, a w konsekwencji opis przedmiotu zamówienia który narusza konkurencję w sposób pośredni, gdyż opisane w tych fragmentach parametry urządzeń nie są możliwe do osiągnięcia przez żadne inne urządzenia (np. „równoważne”), ale wyłącznie przez konkretne urządzenia konkretnych producentów, a wskazanie „lub równoważne” jest wskazaniem pustym (pozbawionym jakichkolwiek desygnatów), gdyż ze względu na zastosowany przez zamawiającego opis, zamawiający wykluczył jakiekolwiek urządzenia „równoważne” (dot. m.in. transformatorów oraz wizualizacji (wskazanie na Elgór Hansen - np. poprzez użycie wielokrotnie nazwy własnej „SmartMine”); pomp

(wskazanie na Inoxihp); stacji uzdatniania wody (wskazanie na MPI); pociągu aparaturowego (wskazanie na Carbomech), co zostało opisane m.in. w postanowieniach pkt VII.3.5.1 SWZ, pkt VII.4.4 SWZ, pkt VIII.2 SWZ, VIII.2 SWZ, VIII.5 SWZ, VIII.6 SWZ), podczas gdy zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a opis przedmiotu zamówienia nie może dopuszczać wyłącznie urządzeń konkretnych producentów, bez faktycznej możliwości zastosowania jakichkolwiek urządzeń równoważnych;

5.art. 99 ust. 6 w zw. z art. 99 ust. 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji opis przedmiotu zamówienia (dot. postanowień: VII.3.2.15. SWZ; VII.3.3.9. SWZ; VII.3.3.15. SWZ; VII.3.3.17. SWZ; VII.3.5.2. lit. i), j), l), m), n) SWZ; VII.4.1.16. lit. b) SWZ; VII.4.1.48. SWZ; VII.4.1.50. lit. f) SWZ; VII.6.4. SWZ; VIII.5. SWZ; IX.3.6. SWZ) który nie zawiera kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, a zatem „równoważność” opisana w opisie przedmiotu zamówienia jest jedynie fikcyjna, bowiem wykonawcy nie znają parametrów, które muszą spełniać urządzenia, aby były uznane za urządzenia „równoważne”, podczas gdy przepisy ustawy Pzp nakazują określenie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, w przypadku opisu przedmiotu zamówienia w sposób opisany w art. 99 ust. 5 ustawy Pzp;

6.art. 16 pkt 1 w zw. art. 99 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji naruszenie zasady uczciwej konkurencji i doprowadzenie do sytuacji, w której zgodnie z najlepszą wiedzą odwołującego, jedynie jeden podmiot jest w stanie złożyć ofertę w postępowaniu ze względu na fakt, że modernizacji ognioszczelnej górniczej stacji transformatorowej typu EH-1500/6/3,3, może dokonać wyłącznie jej producent, a ewentualne oferty innych podmiotów z założenia nie będą w żaden sposób konkurencyjne, podczas gdy zamawiający zobowiązany jest przygotować i prowadzić postępowanie w taki sposób, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji;

oraz, z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 2 i/ lub nr 6 (zarzut ewentualny do zarzutu głównego nr 2 i nr 6):

7.art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie udostępnienia przez zamawiającego dokumentacji technicznej kombajnu ścianowego typu JOY 4LS20 oraz dokumentacji technicznej ognioszczelnej górniczej stacji transformatorowej typu EH-1500/6/3,3, która jest niezbędna do wykonania modernizacji (co prowadzi do tego, że modernizacji ww. kombajnu ścianowego oraz ww. stacji transformatorowej mogą dokonać wyłącznie ich producenci), podczas gdy zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1.dokonania podziału zamówienia na części, poprzez wydzielenie odrębnych rodzajowo zamówień (lub dopuszczenie składania ofert częściowych na te zamówienia) - to jest zamówień, które stanowią odrębne „zadania” a przynajmniej zamówień, które stanowią odrębne „etapy” (zob. pkt I Opisu Przedmiotu Zamówienia - załącznik nr 5 do SWZ) wraz z odpowiednim dostosowaniem oraz przyporządkowaniem warunków udziału w postępowaniu do wydzielonych części zamówienia oraz wydzieleniem odpowiednich wysokości wadium, przystosowaniem opisu przedmiotu zamówienia oraz wzorów formularzy w postępowaniu, jak również dostosowaniem projektowanych postanowień umownych do wydzielonych części zamówienia;
- 2.w przypadku nieuznania wniosku jak wyżej - dokonania podziału zamówienia na części poprzez wydzielenie odrębnych rodzajowo zamówień (lub dopuszczenie składania ofert częściowych na te zamówienia) - to jest zamówień na modernizację: kombajnu ścianowego typu JOY 4LS20, ognioszczelnej górniczej stacji transformatorowej typu EH-1500/6/3,3, wraz z odpowiednim dostosowaniem oraz przyporządkowaniem warunków udziału w postępowaniu do wydzielonych części zamówienia oraz wydzieleniem odpowiednich wysokości wadium, przystosowaniem opisu przedmiotu zamówienia oraz wzorów formularzy w postępowaniu, jak również dostosowaniem projektowanych postanowień umownych do wydzielonych części zamówienia;
- 3.w przypadku nieuznania wniosku jak wyżej - dopuszczenia obok modernizacji: kombajnu ścianowego typu JOY 4LS20, ognioszczelnej górniczej stacji transformatorowej typu EH-1500/6/3,3, również dostarczenia przez wykonawcę własnych: kombajnu ścianowego typu JOY 4LS20, ognioszczelnej górniczej stacji transformatorowej typu EH-1500/6/3,3, wraz z odpowiednim przystosowaniem opisu przedmiotu zamówienia oraz dostosowaniem projektowanych postanowień umownych do dostawy ww. urządzeń (zamiast modernizacji ww. urządzeń);
- 4.dokonania zmiany warunku udziału w postępowaniu (opisanego w części 4 pkt 4.1 ppkt 4.1.4. SWZ) poprzez:
 - a)obniżenie ilości sekcji ze „150 sekcji” do „30 sekcji” (oraz w dalszych punktach: z „75 sekcji” do „15 sekcji),
 - b)usunięcie wymogu dotyczącego podziałki poprzez usunięcie fragmentu „o podziałce 1,75m” względnie dopuszczenie - jako alternatywnej - również podziałki 1,5m,
 - c)usunięcie wymogu dotyczącego sterowania pilotowego lub elektrohydraulicznego poprzez usunięcie fragmentu: „ze sterowaniem pilotowym lub elektrohydraulicznym” (oraz w dalszych punktach „ze sterowaniem pilotowym

lub elektrohydraulicznym" oraz „ze sterowaniem hydraulicznym”,

d) usunięcie wymogu dotyczącego średnicy stojaków hydraulicznych poprzez usunięcie fragmentu „o średnicy min. 380mm” (oraz w dalszych punktach „o średnicy minimum 400mm”;

5. dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia (dot. m.in. transformatorów oraz wizualizacji (wskazanie na Elgór Hansen - np. poprzez użycie wielokrotnie nazwy własnej „SmartMine”); pomp (wskazanie na Inoxihp); stacji uzdatniania wody (wskazanie na MPI); pociągu aparaturowego (wskazanie na Carbomech), co zostało opisane m.in. w postanowieniach pkt VII.3.5.1 SWZ, pkt VII.4.4 SWZ, pkt VIII.2 SWZ, VIII.2.2 SWZ, VIII.5 SWZ, VIII.6 SWZ) na który nie narusza uczciwej konkurencji, to jest w taki sposób, aby możliwe było spełnienie wskazanych parametrów przez więcej niż jedno urządzenie;
 6. dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia (dot. postanowień: VII.3.2.15. SWZ; VII.3.3.9. SWZ; VII.3.3.15. SWZ; VII.3.3.17. SWZ; VII.3.5.2. lit. i), j), k) l), m), n) SWZ; VII.4.1.16. lit. b) SWZ; VII.4.1.48. SWZ; VII.4.1.50. lit. f) SV VII.6.4. SWZ; VIII.5. SWZ; IX.3.6. SWZ) poprzez określenie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności sposób, który nie narusza uczciwej konkurencji, to jest w taki sposób, aby możliwe było spełnienie wskazanych parametrów przez więcej niż jedno urządzenie;
 7. udostępnienia dokumentacji technicznej kombajnu ścianowego typu JOY 4LS20 oraz dokumentacji technicznej ognioszczelnej górniczej stacji transformatorowej typu EH-1500/6/3,3, umożliwiających dokonanie ich modernizacji przez podmioty, które nie są ich producentami;
- a także przeprowadzenia dowodów z dokumentacji postępowania oraz dowodów wskazanych w treści niniejszego odwołania.

Ponadto, na wypadek kwestionowania przez zamawiającego okoliczności opisanych w treści niniejszego odwołania - przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, zgodnie z treścią niniejszego odwołania.

Jednocześnie z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby zmiany w dokumentach zamówienia powodowały taki skutek, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania lub unieważnienia postępowania w związku z istotną zmianą charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym (art. 256 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 137 ust. 7 ustawy Pzp) lub też, na wypadek, gdyby przed wydaniem wyroku Izby w niniejszej sprawie doszło do otwarcia ofert w postępowaniu, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności otwarcia ofert oraz unieważnienia postępowania lub unieważnienia postępowania.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący przypomniał, iż zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również zamawiający może: (a) udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia lub (b) dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania. Jakkolwiek przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zawiera sformułowanie „może”, to jednak bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (w szczególności odnośnie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz odpowiadającego mu przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r.) wskazuje na to, że używany w ustawie wyraz „może” należy wyklądać jako „musi” - w przypadku, gdyby niezastosowanie przez zamawiającego wskazanej w ustawie Pzp możliwości prowadzić miało do naruszenia podstawowych zasad zamówień publicznych (np. zasady zachowania uczciwej konkurencji). Powyższe potwierdzają wyroki KIO (odwołujący przytoczył w tym miejscu szereg fragmentów uzasadnienia: wyroku KIO z dnia 23 maja 2017 r., sygn. akt KIO 920/17; wyroku KIO z dnia 31 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1680/20 oraz wyroku KIO z dnia 1 października 2020 r., sygn. akt KIO 2223/20; wyroku z dnia 29 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 1051/20; wyroku KIO z dnia 27 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2366/17). Zauważył także, że zaprezentowane w nich poglądy potwierdza również stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych.

Zaznaczył, że w niniejszym postępowaniu zamawiający dokonał skumulowania kilku odmiennych rodzajowo zamówień, których zamierza udzielić w ramach jednego postępowania, w którym nie dopuścił do składania ofert częściowych. Z kolei takie zagregowanie odrębnych przedmiotów oraz usług, jest po pierwsze nieuzasadnione i niewystępujące na rynku węgla, a po drugie wyłącza możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy byłiby w stanie wykonać określone części zamówienia, gdyby zostało ono podzielone na części, bowiem poszczególne części zamówienia wykonywane są przez podmioty fachowe, które jednak nie posiadają możliwości złożenia oferty na zamówienie, które nie zostało w żaden sposób podzielone.

Na szczególną uwagę, jego zdaniem, zasługuje połączenie przez zamawiającego zamówienia na dostawy urządzeń z zamówieniami na modernizację: kombajnu ścianowego typu JOY 4LS20 oraz ognioszczelnej górniczej stacji transformatorowej typu EH-1500/6/3,3. Zamawiający nie dopuścił, aby wybrany wykonawca dostarczył własne urządzenia (własny kombajn oraz własną stację transformatorową), ale dopuszcza jedynie modernizację posiadanych urządzeń. Jednocześnie też nie przekazał wykonawcom dokumentacji technicznych ww. urządzeń, które to dokumentacje są niezbędne do wykonania modernizacji (abstrahując od możliwości dokonania modernizacji przez

podmioty niebędące producentami tych urządzeń). W tym zakresie wyjaśnił, że modernizacji (remontu) wskazanych przez zamawiającego urządzeń może dokonać wyłącznie: (1) producent danego urządzenia, (2) podmiot mający upoważnienie producenta danego urządzenia, (3) podmiot mający ocenę zdolności do wykonania takiego remontu wydaną przez jednostkę certyfikowaną. Mając na uwadze, że producent urządzenia jest podmiotem zainteresowanym danym postępowaniem: pozostali wykonawcy nie są takim producentem, pozostali wykonawcy nie uzyskają upoważnienia producenta do realizacji modernizacji/ remontu, pozostali wykonawcy mogliby - wyłącznie i czysto hipotetycznie - ubiegać się o uzyskanie oceny zdolności do wykonania takiego remontu uprzedniego wejścia w posiadanie urządzenia przez wykonawcę (przed postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego) wykonania remontu tego urządzenia. Przy czym zaznaczył, że uzyskanie takiej oceny zdolności, w warunkach niniejszego zamówienia, jest niemożliwe a przynajmniej rażąco nieopłacalne, co automatycznie powoduje, że oferta wykonawcy, który nie jest producentem byłaby skrajnie niekonkurencyjna, bowiem wymagałoby: (1) uprzedniego wejścia w posiadanie urządzenia przez wykonawcę (przed postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego), (2) wykonania remontu tego urządzenia, (3) przygotowania dokumentacji do badań (przez jednostkę certyfikowaną), (4) uzyskania w ten sposób oceny zdolności do wykonania takiego samego remontu - już na etapie realizacji zamówienia, (5) uzyskania zamówienia, (6) wykonania jednostkowego remontu. Na dowód powyższych twierdzeń odwołujący przywołał artykuł A. Figiel „Zasady prowadzenia napraw i remontów urządzeń przeznaczonych do stosowania w atmosferach wybuchowych w aspekcie bezpieczeństwa” [w:] „Maszyny górnicze” nr 3/2018 dla stwierdzenia faktu podmiotu, który może wykonywać remonty urządzeń, ilości czynności, które musiałby podjąć podmiot niebędący producentem, dla możliwości wykonania remontu urządzenia.

Dalej wywodził, iż ogromne koszty wykonania powyższych punktów dla podmiotu niebędącego producentem (które nigdy się nie zwrócą, ponieważ jest to jednostkowa modernizacja, a zatem uzyskana ocena zdolności również nie mogłaby być wykorzystana w przyszłości) musiałby być przerzucone na zamawiającego w ramach ceny oferty, co automatycznie powodowałoby, że oferta taka w porównaniu z ofertą producenta, byłaby skrajnie niekonkurencyjna, a zatem wykonawca nie mógłby jej złożyć, a gdyby się na to zdecydował, byłby skazany na porażkę, a zatem byłoby to jedynie fikcyjne dopuszczenie konkurencji w postępowaniu (od razu skazanej na porażkę).

Zgodnie z najlepszą wiedzą odwołującego zamówienie w takiej formule (bez żadnego podziału) jest w stanie zrealizować wyłącznie jeden podmiot (konsorcjum), które jako jedyny podmiot zrealizowało podobne zamówienie w USA. Niemniej jednak sytuacja taka prowadzi do faktycznego monopolu i zmonopolizowania rynku przez wskazane konsorcjum (będące konsorcjum tzw. „stałym” - a zatem składającym się z tych samych podmiotów, które czasami dopuszczają do siebie inne podmioty). To z kolei powoduje, że ofertę w postępowaniu może złożyć wyłącznie ten jeden podmiot, a to z kolei prowadzi do narzucenia zamawiającemu całkowicie niekonkurencyjnej ceny (z natury rzeczy wynika, że monopolista nie jest w żaden sposób ograniczony cenowo). Odwołującemu znane jest wyłącznie jedno postępowanie o udzielenie zamówienia, w ramach którego zamawiający - Polska Grupa Górnicza planowała zamówienie całego kompleksu (składającego się z kilkudziesięciu urządzeń) i nie dokonała podziału zamówienia na mniejsze ani nie dopuściła składania ofert częściowych (zamówienie pn.: „Dostawa nowych urządzeń wyposażenia kompleksu ścianowego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Piast-Ziemowit Ruch Ziemowit”, numer postępowania 432302590/01, dostępne na stronie internetowej postępowania). W postępowaniu tym, zgodnie z przewidywaniami odwołującego, ofertę złożyło wspomniane konsorcjum wykonawców (wyłącznie jeden podmiot), a cena oferty tego konsorcjum (jedyne wykonawcy) przekraczała posiadany przez zamawiającego budżet (237 340 701,60 zł. brutto) o ponad 180 milionów złotych brutto (wynosząc 418 144 650,00 zł brutto).

W sytuacji, gdy przedmiot zamówienia nadaje się do podziału, zamawiający winien podziału takiego dokonać, aby dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców z kręgu mikro, małych i średnich przedsiębiorców (MŚP), co stanowi podstawę kolejnych zmian w ustawie Pzp oraz dyrektywach unijnych w sprawie zamówień publicznych. O tym, że przedmiot niniejszego zamówienia nadaje się do podziału świadczy choćby fakt jego faktycznego podzielenia przez zamawiającego na cztery odrębne zadania i opisu każdej części zamówienia (każdego zadania) w odrębnym i wydzielonym rozdziale OPZ (zob. punkt I Opisu przedmiotu zamówienia - załącznik nr 5 do SWZ). Już choćby z powyższego wynika, że zamówienie składa się z kilku mniejszych, co umożliwia ich podział. Dodatkowo zamówienie zostało podzielone na dwa odrębne etapy, które realizowane są po sobie, co również świadczy o możliwości podziału zamówienia, choćby na dwa mniejsze, zgodne z podziałem na etapy (zob. pkt III.17, pkt V Opisu przedmiotu zamówienia - załącznik nr 5 do SWZ).

W ocenie odwołującego taki sposób ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia (zagregowanego z kilku różnych elementów, które mogą stanowić przedmiot odrębnych zamówień) jest niestosowana w praktyce rynku górniczego. W dotychczasowych zamówieniach, przykładowo organizowanych przez Polską Grupę Górniczą, zamawiano - prawidłowo - każdy przedmiot odrębnie (w ramach odrębnego zamówienia), w tym np. sekcje obudowy zmechanizowanej odrębnie od pozostałych części zamówienia. Odwołujący wymienił trzy takie postępowania, zaś jako

dowód wskazywał dokumenty SWZ z tych postępowań.

Poszczególne zamówienia zagregowane przez zamawiającego w przedmiocie zamówienia nie stanowią jednorodnej całości, której nie da się wydzielić. Urządzenia te mogą funkcjonować odrębnie i mogą być zamówione odrębnie, jako przedmiot osobnych zamówień lub jako przedmiot ofert częściowych, w przypadku ich dopuszczenia. Powyższe w żaden sposób nie uchybia ich kompatybilności oraz możliwości zestawienia całego zespołu w jeden funkcjonujący ze sobą zespół - czego dowodem są funkcjonujące w Polsce kopalnie.

Skoro dotychczas w postępowaniach zamawiano odrębnie różne elementy kompleksów ścianowych i kopalnie funkcjonują, to znaczy niezbicie o tym, że odrębne zamówienia nie powodują niekompatybilności urządzeń (dla stwierdzenia faktu odrębności urządzeń, możliwości autonomicznego funkcjonowania urządzeń, możliwości odrębnego zamówienia urządzeń odwołujący wnosił o powołanie biegłego oraz dopuszczenie dowodu z wydanej przez niego opinii, jako że do ustalenia ww. faktów niezbędna jest wiedza specjalna, której nie da się zastąpić innymi dowodami np. opiniami prywatnymi czy własnymi oświadczeniami tak odwołującego jak i zamawiającego). Jego zdaniem z kolei brak wydzielenia części zamówienia pociąga za sobą dalej idące konsekwencje, takie jak sposób ukształtowania warunków udziału w postępowaniu (które dotyczą całego połączanego ze sobą przedmiotu zamówienia składającego się de facto z wielu różnych zamówień), które są nie do spełnienia przez jednego wykonawcę oraz konsorcjum kilku wykonawców; wartość zamówienia, a co za tym idzie koszty niezbędne do poniesienia podczas realizacji zamówienia, jak również koszty wadium, które przekraczają możliwości jednego wykonawcy oraz konsorcjum kilku wykonawców.

Zwracając uwagę na powyższe odwołujący zaznaczył, że niezbędne jest dokonanie podziału zamówienia i, zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, udzielenie kilku zamówień albo podział zamówienia na części i dopuszczenie składania ofert częściowych. W pierwszej kolejności wnioskował o podział zamówienia na cztery części, odpowiadające czterem zadaniom wskazanym w punkcie I Opisu przedmiotu zamówienia, ewentualnie o podział zamówienia na dwie części, odpowiadające dwóm etapom zamówienia wskazanym w punkcie III.17 oraz V Opisu przedmiotu zamówienia.

Niemniej jednak, z ostrożności sformułował również zarzuty niewyodrębnienia z przedmiotu zamówienia dwóch elementów, które są całkowicie rodzajowo odmienne od pozostałych - to jest usług modernizacji dwóch urządzeń, która została w niezrozumiały (i skrajnie ograniczający konkurencję) sposób zestawiona z zamówieniami na dostawy różnych urządzeń (nowych), dla których producentem może być nowo wybrany wykonawca - tj. zarzuty główne nr 2 i nr 6. W tym zakresie odwołujący postawił wniosek o podział zamówienia choćby na część dotyczącą dostaw oraz część dotyczącą usług (modernizacji).

Z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek gdyby w wyniku uwzględnienia odwołania zachodziły przesłanki opisane w art. 90 ust. 3 oraz art. 137 ust. 7 ustawy Pzp tj. w związku z ww. zmianami nastąpiłaby istotna zmiana charakteru zamówienia, w porównaniu z pierwotnie określonym charakterem zamówienia - odwołujący sformułował także wniosek ewentualny o nakazanie unieważnienia postępowania lub unieważnienie postępowania na podstawie art. 256 ustawy Pzp (zgodnie z art. 90 ust. 3 oraz art. 137 ust. 7 ustawy Pzp).

Odnosnie sformułowania przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy (doświadczenia), opisanego w części 4 pkt 4.1 ppkt 4.1.4. SWZ, z naruszeniem art. 16 pkt 1 i pkt 3 oraz art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący przedstawił następującą argumentację. Przypomniawszy jego treść wskazując, iż zamawiający wymaga aby wykonawcy wykazali się m.in. doświadczeniem w dostawie (w okresie ostatnich 5 lat): 150 sekcji obudowy zmechanizowanej / 75 sekcji obudowy zmechanizowanej, o podziałce 1,75 m, ze sterowaniem pilotowym lub elektrohydraulicznym / ze sterowaniem elektrohydraulicznym, ze stojakami o średnicy min. 380 mm / min. 400 mm.

Odwołujący przypomniał, że zamawiający ma obowiązek określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności (art. 112 ust. 1 ustawy Pzp). Ponadto, stosownie do art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz, zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny. Z powyższego wynika więc, że ustawa Pzp kładzie szczególny nacisk (zasadę) na: proporcjonalność, równe traktowanie wykonawców, uczciwą konkurencję.

Powyższe pryncypia ustawy Pzp nie zostały zrealizowane przez zamawiającego, który postawił w postępowaniu warunek udziału, który jest nieproporcjonalny, sztucznie zawęża konkurencję (w efekcie prowadząc do nieuzasadnionego wzrostu cen ofert, ze względu na zmniejszenie konkurencyjności w postępowaniu, a zatem naruszenia również zasady gospodarności wyrażonej w przepisie art. 17 ustawy Pzp).

Zgodnie z przywołanym warunkiem udziału w postępowaniu, zamawiający wymaga wykazania przez wykonawców, że w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie) wykonali dostawy siedmiu rodzajowo odmiennych urządzeń, w tym: kombajnu ścianowego,

sekcji obudowy zmechanizowanej, przenośnika zgrzeblowego ścianowego, przenośnika zgrzeblowego podścianowego, urządzenia przekładkowego, kruszarki urobku oraz stacji transformatorowych, przy czym na uwagę zasługuje fakt, że wyłącznie w zakresie sekcji obudowy zmechanizowanej, zamawiający precyzuje swoje wymagania co do milimetra danego urządzenia (a przy pozostałych urządzeniach nie precyzuje absolutnie wymagań co tychże urządzeń). Powyższe wskazuje na naruszenie przez zamawiającego konkurencji poprzez nieuzasadnione i nieproporcjonalne postawienie nie tylko zawyżonych, ale wręcz rażąco zawyżonych warunków udziału w postępowaniu tylko i wyłącznie w odniesieniu do sekcji obudowy zmechanizowanej, czyli w zakresie w którym na rynku obserwowana jest najszersza konkurencja. To z kolei może świadczyć o zamiarze sztucznego ograniczenia konkurencji wyłącznie do jednego podmiotu (wskazanego konsorcjum „stałego”), o czym może z kolei świadczyć porównanie niniejszego zamówienia do wskazywanego już postępowania prowadzonego przez Polską Grupę Górniczą S.A. - w którym również zawyżono warunki udziału w postępowaniu odnoszące się właśnie do sekcji obudowy zmechanizowanej, w sposób niemal tożsamy z niniejszym zamówieniem (dla porównania - warunek udziału w postępowaniu postawiony w ww. postępowaniu PGG S.A.: Zamawiający stosuje warunki udziału w postępowaniu - zdolności technicznej lub zawodowej; Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie) wykonał co najmniej jedną dostawę obejmującą minimum. 90 sekcji obudowy zmechanizowanej o podziałce nie mniejszej niż 1,75 m ze sterowaniem elektrohydraulicznym współdziałającym w integracji ze sterowaniem i układem automatyki kombajnu ścianowego, które były eksploatowane w zautomatyzowanym kompleksie ścianowym. Powyższy opis spowodował, że do postępowania nie mogły przystąpić podmioty konkurencyjne, dające rękojmię należytego wykonania zamówienia i w postępowaniu została złożona wyłącznie jedna oferta - wskazanego wcześniej konsorcjum „stałego” - która przewyższyła budżet tamtego zamawiającego o ponad 180 milionów złotych.

W świetle postawionych zarzutów, odwołujący sprecyzował, że w zacytowanym warunku udziału w postępowaniu wskazuje nieprawidłowości w: ilości wymaganych sekcji obudowy zmechanizowanej (min. 150 sztuk / min. 75 sztuk w jednym zamówieniu) w obliczu powtarzalności każdej sekcji obudowy zmechanizowanej; wymogu zastosowania konkretnej podziałki (1,75 m) w obliczu braku większych różnic w urządzeniach o innej podziałce (która sprowadza się do szerokości urządzenia); wymogu, aby urządzenia referencyjne wyposażone były w sterowanie pilotowe lub elektrohydrauliczne (a w odniesieniu do 75 sztuk - w sterowanie wyłącznie elektrohydrauliczne) w obliczu możliwości zastosowania dowolnego sterowania; braku tego rodzaju urządzeń na rynku krajowym (ergo braku możliwości zdobycia wymaganego doświadczenia przez wykonawców); wymogu zastosowania określonej średnicy (min. 380 mm /min. 400 mm) stojaka hydraulicznego, podczas gdy średnica stojaka wynika stricte z zastosowanej podziałki, a stosowanie różnych stojaków nie ma wpływu na doświadczenie wykonawców.

W zakresie pierwszego z elementów wyjaśniał, że sekcja obudowy zmechanizowanej jest urządzeniem, które służy do podtrzymywania stropu węglowego w chodnikach kopalni, prezentując na rysunku jak wygląda taka sekcja. Wskazywał, że w ramach jednej dostawy dostarcza się od kilkunastu do kilkadziesiątu takich samych sekcji obudowy zmechanizowanej, które łącznie składają się na obudowę chodnika. W związku z powyższym, jak twierdził, każda sekcja obudowy jest jednakowa (w tym zakresie istnieją drobne różnice pomiędzy sekcjami liniowymi (w środku ciągu), a sekcjami skrajnymi (na początku i na końcu ciągu), produkcja każdej sekcji jest taka sama, dostawa każdej sekcji jest taka sama, montaż każdej sekcji jest taki sam. Wynika to również z definicji obudowy zmechanizowanej, jako: powtarzalnych zestawów (sekcji) obudowy, rozpartych w górotworze między stropem a spągami, których celem jest prawidłowe zabezpieczenie wyrobiska, maszyn i urządzeń oraz ludzi. Dodatkowo służy ona do przemieszczania maszyny urabiającej oraz przenośnika ścianowego razem z postępowaniem eksploatacji ściany (odwołujący wniósł o powołanie biegłego oraz dopuszczenie dowodu z wydanej przez niego opinii, jako że do ustalenia ww. faktów niezbędna jest wiedza specjalna, której nie da się zastąpić innymi dowodami np. opiniami prywatnymi czy własnymi oświadczeniami tak odwołującego jak i zamawiającego, dla stwierdzenia faktu czym są sekcje obudowy zmechanizowanej, jednakowego sposobu produkcji, dostawy i montażu sekcji, bez względu na ich liczbę/ ilość).

Skoro produkcja, dostawa i montaż sekcji są czynnościami powtarzalnymi, a zatem doświadczenie nabywa się już przy pierwszej sekcji, a potwierdza je dostawa drugiej sekcji, co ugruntowane jest dostawą trzeciej i następnych sekcji obudowy zmechanizowanej, to prawidłowy warunek udziału w postępowaniu powinien dotyczyć dostawy kilku sekcji obudowy zmechanizowanej. W tym miejscu odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, jako że do ustalenia ww. faktów niezbędna jest wiedza specjalna, której nie da się zastąpić innymi dowodami np. opiniami prywatnymi czy własnymi oświadczeniami tak odwołującego jak i zamawiającego, na okoliczność stwierdzenia faktu powtarzalności produkcji, dostawy i montażu sekcji obudowy zmechanizowanej, różnic w doświadczeniu po wykonaniu 10, 30, 90 sekcji obudowy zmechanizowanej.

W związku z powyższym wskazał, że za w pełni wystarczający należy uznać wymóg doświadczenia w dostawie 30 sekcji obudowy zmechanizowanej, która to dostawa w pełni wyczerpuje skomplikowanie w dostawie kilkadziesiąt sztuk sekcji obudowy zmechanizowanej.

Odwołujący złożył także wyjaśnienia w zakresie dotyczącym „podziałki”, które to sformułowanie odnosi się po prostu do szerokości samej sekcji. Wyjaśnił, iż w Polsce powszechnie stosowane są sekcje obudowy zmechanizowanej o podziałce 1,5 m oraz stosunkowo rzadko o podziałce 1,75 m. A zatem różnica w podziałce sprowadza się do ilości materiału zastosowanego do produkcji sekcji oraz jej wagi, a przez to do kosztów wyprodukowania jednej sekcji (odwołujący w tym zakresie wniósł o powołanie biegłego oraz dopuszczenie dowodu z wydanej przez niego opinii, jako że do ustalenia ww. faktów niezbędna jest wiedza specjalna, której nie da się zastąpić innymi dowodami np. opiniami prywatnymi czy własnymi oświadczeniami tak odwołującego jak i zamawiającego dla stwierdzenia faktu czym różnią się sekcje obudowy zmechanizowanej o podziałce 1,75 m od sekcji o podziałce 1,5 m.).

W związku z powyższym za zgodny z przepisami ustawy Pzp należy uznać warunek udziału w postępowaniu, w którym wykreślona zostanie podziałka 1,75 m, ewentualnie w którym dopuszczona będzie - jako alternatywna - podziałka 1,5 m.

Zamawiający wymaga również doświadczenia w dostawie sekcji z konkretnym sterowaniem (sterowaniem pilotowym lub elektrohydraulicznym bądź wyłącznie ze sterowaniem elektrohydraulicznym). W tym zakresie odwołujący wskazał z kolei, że układ niezbędny do sterowania podlega zwykle odrębnemu zakupowi od producentów konkretnych systemów sterowania. W Polsce występują układy sterowania hydraulicznego, a nie układy sterowania elektrohydraulicznego. Niemniej jednak nie stanowi problemu dołożenie do sekcji obudowy dowolnego systemu sterowania - czy to hydraulicznego, czy elektrohydraulicznego (w tym zakresie wniósł o powołanie biegłego oraz dopuszczenie dowodu z wydanej przez niego opinii, jako że do ustalenia ww. faktów niezbędna jest wiedza specjalna, której nie da się zastąpić innymi dowodami np. opiniami prywatnymi czy własnymi oświadczeniami tak odwołującego jak i zamawiającego dla stwierdzenia faktu sposobu montażu sterowania w sekcji obudowy zmechanizowanej, sterowania sekcji występującego w Polsce).

Dodatkowo wskazał, że jak pokazuje praktyka, zamawiający często zamawiają sekcje obudowy zmechanizowanej bez sterowania, które to sterowanie zamawiane jest osobno - w ramach odrębnego zamówienia.

W związku z powyższym za zgodny z przepisami ustawy Pzp należy uznać warunek udziału w postępowaniu, w którym wykreślony zostanie wymóg, aby w dostawach referencyjnych sekcje były wyposażone w sterowanie pilotowe / elektrohydrauliczne.

Zamawiający wymaga wreszcie doświadczenia w dostawie sekcji ze stojakami hydraulicznymi o średnicy min. 380 mm lub min. 400 mm. W zakresie stojaków wyjaśniał, że każda sekcja ma stojak. Średnica stojaka wynika z kolei z zastosowanej podziałki (przy podziałce 1,5 m stojak 380 mm lub 400 mm się nie zmieści, przy podziałce 1,75 stojaki rozpoczynają się od 370 mm). Wykonanie stojaka o określonej średnicy zależy więc od podziałki samej sekcji, przy czym wielkość stojaka - pod kątem zaprojektowania, wyprodukowania, dostawy i montażu - nie ma żadnego znaczenia dla doświadczenia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Przez analogię można byłoby porównać to do różnic w dostawie pojazdów sedan oraz pojazdów kombi, przy zachowaniu tożsamej marki oraz modelu pojazdu - logicznym i powszechnie wiadomym jest, że wykonawca mający doświadczenie w dostawie 10 pojazdów marki X w typie sedan, da sobie radę z dostawą 10 pojazdów tej samej marki w typie combi (w tym zakresie także wniósł o powołanie biegłego oraz dopuszczenie dowodu z wydanej przez niego opinii, jako że do ustalenia ww. faktów niezbędna jest wiedza specjalna, której nie da się zastąpić innymi dowodami np. opiniami prywatnymi czy własnymi oświadczeniami tak odwołującego jak i zamawiającego dla stwierdzenia faktu sposobu montażu sterowania w sekcji obudowy zmechanizowanej, sterowania sekcji występującego w Polsce).

W związku z powyższym za zgodny z przepisami ustawy Pzp należy uznać warunek udziału w postępowaniu, w którym wykreślona zostanie średnica minimalna stojaków.

Dodatkowo odwołujący podnosił, że ukształtowane w ten sposób warunki udziału w postępowaniu nie tylko naruszają zasadę proporcjonalności ale również zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bowiem zgodnie z najlepszą wiedzą odwołującego - istnieje jedynie jeden podmiot (konsorcjum składające się z tych samych firm, biorące udział w postępowaniach organizowanych przez zamawiającego), który wykonał taki konglomerat urządzeń w USA i który byłby w stanie spełnić tak postawione warunki udziału w postępowaniu oraz złożyć ofertę w postępowaniu, które zostało ukształtowane w sposób opisany w niniejszym odwołaniu, co powoduje skrajne naruszenie zasady uczciwej konkurencji, bowiem prowadzi do całkowitego zmonopolizowania tego postępowania oraz dopuszczenia do postępowania wyłącznie tego jednego podmiotu, z wyłączeniem jakichkolwiek innych wykonawców, dających rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący podnosił także zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1 oraz art. 99 ust. 4, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp. Przypomniawszy, że zgodnie z przywołanymi normami zamawiający zobowiązany jest przygotować i prowadzić postępowanie w sposób, który nie zakłóca uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W szczególności zakazany jest taki opis przedmiotu zamówienia, który wskazywałby produkty konkretnego producenta czy konkretnego wykonawcy, jeśli prowadzi to do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych

wykonawców lub produktów.

Ustawa dopuszcza warunkowo posłużenie się nazwami własnymi, pod takim jednak warunkiem, że jest to wyjątek od reguły, zamawiający dopuści również rozwiązania równoważne i wskaże kryteria stosowane w celu ustalenia co zamawiający rozumie przez sformułowanie „lub równoważne” (kryteria stosowane w celu oceny równoważności). W treści SWZ zamawiający wielokrotnie stosuje nazwy własne wskazujące na produkty konkretnego producenta (o czym świadczy mnogość użytych w całym SWZ, a przede wszystkim Opisie przedmiotu zamówienia sformułowań „lub równoważne”, które pojawia się w dokumentacji bez mała 87 razy. Z powyższego wynika, że zamawiający z wyjątku uczynił de facto regułę, opisując cały przedmiot zamówienia przez wskazanie konkretnych produktów konkretnych producentów. Jednocześnie wskazania te zostały co prawda opatrzone, jak chce tego art. 99 ust. 6 ustawy Pzp, dodatkiem „lub równoważne”, jak również zostały szeroko opisane, jak chce tego art. 99 ust. 7 ustawy Pzp kryteria stosowane w celu oceny równoważności, niemniej jednak kryteria te zostały wskazane jedynie prowizorycznie i dla uzyskania iluzji, że zamawiający stosuje przepisy art. 99 ust. 6 i ust. 7 ustawy Pzp, bowiem kryteria te zostały zaczerpnięte z kart katalogowych oraz dokumentacji konkretnych urządzeń (opisanych poprzez zastosowanie nazwy własnej) i nie są do spełnienia przez jakiegokolwiek inne urządzenia dostępne na rynku.

Powyższe dotyczy choćby transformatorów oraz wizualizacji (poprzez wskazanie na Elgór Hansen np. poprzez użycie wielokrotnie nazwy własnej „SmartMine” to jest produktu producenta Elgór Hansen); pomp (poprzez wskazanie na Inxihp); stacji uzdatniania wody (poprzez wskazanie na MPI); pociągu aparaturowego (poprzez wskazanie na Carbomech), a przykładowe postanowienia Opisu przedmiotu zamówienia, w których znajdują się te odesłania, to choćby postanowienia, jak np.: pkt VII.3.5.1 SWZ, pkt VII.4.4 SWZ, pkt VIII.2 SWZ, VIII.2.2 SWZ, VIII.5 SWZ, VIII.6 SWZ.

Odwolujący przypomniat, że w doktrynie oraz orzecznictwie z obszaru zamówień publicznych powszechnie przyjmuje się, że naruszenie konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia może przyjmować formę jawną ale również ukrytą - poprzez taki opis przedmiotu zamówienia, który co prawda nie operuje nazwami własnymi ale jest tak szczegółowy i restrykcyjny, że nie daje żadnych alternatyw i spełnia go jedynie jeden produkt/ jeden producent/ jeden wykonawca.

W niniejszym postępowaniu mamy więc do czynienia z połączeniem pierwszego i drugiego sposobu zakłócenia konkurencji. Z jednej bowiem strony zamawiający wskazuje nazwy własne, po czym sprawia wrażenie, że dopuszcza produkty „równoważne”, z drugiej jednak strony opis tej równoważności prowadzony jest w taki sposób, że de facto sprowadza się ponownie do pierwotnego produktu - a zatem dochodzi ponownie do naruszenia konkurencji (tym razem w sposób niejawni).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie będzie faworyzował konkretnych produktów oraz producentów, jednocześnie wyłączając możliwość stosowania produktów innych producentów.

Dodatkowo, w odniesieniu do wizualizacji w systemie SmartMine, który jest własnością firmy Elgór Hansen, a to w odniesieniu do punktu VIII.6 Opisu przedmiotu zamówienia brzmi: Wykonawca zapewni nadzór nad montażem ognioszczelnych wyłączniko - rozruszników oraz uruchomi przedmiotowe urządzenia bezpośrednio na dole kopalni wraz z podłączeniem ich do zintegrowanego system automatycznego sterowania i wizualizacji SmartMine (w posiadaniu zamawiającego) w terminie ustalonym z zamawiającym. Jeżeli zachodzi konieczność konwersji sygnałów z innego systemu do współpracy to wykonawca zapewni niezbędne urządzenie do konwersji oraz załączy opinię odpowiedniej jednostki badawczej potwierdzającej możliwość współpracy, odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do zmiany przedmiotowego wymogu na: Zamawiający zleci firmie Elgór Hansen wizualizację w systemie SmartMine parametrów dostarczonych wyłączniko - rozruszników. Zamawiający udostępni pełny opis protokołu komunikacyjnego oraz parametry iskrobezpieczne interfejsu urządzenia importującego dane do systemu SmartMine.

Zwrócił bowiem uwagę, że potencjalny wykonawca, który nie jest firmą Elgór Hansen nie posiada wiedzy o tym, czy system SmartMine może przyjąć dane z innego systemu. Co więcej, wykonawca nie ma również żadnego wpływu na firmę Elgór Hansen, od której dobrej lub złej woli będzie zależała realizacja powierzonego przez zamawiającego zadania. Stąd pozostawienie ww. postanowienia w niezmienionym kształcie jednoznacznie wskazuje na uprzywilejowanie firmy Elgór Hansen, kosztem pozostałych potencjalnych wykonawców.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 99 ust. 6 w zw. z art. 99 ust. 5 ustawy Pzp odwołujący w pierwszej kolejności zaznaczył, co wynika z przywołanych norm, że w przypadku stosowania przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nazw własnych wskazujących na konkretnych producentów lub konkretne produkty, zamawiający zobowiązany jest opatrzyć taki opis słowami „lub równoważny” oraz wskazaniem kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności (art. 99 ust. 7 ustawy Pzp).

Przypomniał, że wymóg wskazywania kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności został wprowadzony do obecnej ustawy Pzp w związku z obserwowanym (na gruncie ustawy z 2004 r.) opisem przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie „lub równoważny”, ale bez opisu co dla zamawiającego znaczy „lub równoważny”, co w

konsekwencji prowadziło do arbitralnego uznawania jednych produktów za równoważne, a innych za nierównoważne. Aby ukrócić tego rodzaju praktyki, ustawodawca nakazał zamawiającemu opisanie jakie kryteria musi spełnić dany produkt „równoważny” aby mógł zostać uznany przez zamawiającego za rzeczywiście równoważny.

Abstrahując w tym miejscu od nieprawidłowo opisanych przez zamawiającego kryteriów równoważności, które nadal wskazują na konkretny produkt (bez możliwości zastosowania produktów równoważnych), co przeczy samej idei równoważności, to zamawiający - pomimo zastosowania sformułowania „lub równoważne” nie opisał żadnych kryteriów tej „równoważności”, a zatem zaniechał wykonania obowiązku, który został na niego nałożony w ramach art. 99 ust. 7 ustawy Pzp w odniesieniu do urządzeń opisanych w punktach: VII.3.2.15. SWZ; VII.3.3.9. SWZ; VII.3.3.15. SWZ; VII.3.3.17. SWZ; VII.3.5.2. lit. i), j), k) l), m), n) SWZ; VII.4.1.16. lit. b) SWZ; VII.4.1.48. SWZ; VII.4.1.50. lit. f) SWZ; VII. SWZ; VIII.5. SWZ; IX.3.6. SWZ.

W związku z powyższym wykonawca wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany opisu przedmiotu zamówienia oraz opisanie jakie kryteria zamawiający stosuje w celu ustalenia równoważności urządzeń, przy czym kryteria te nie powinny wskazywać na wyłącznie jedno urządzenie ale powinny być możliwe do spełnienia przez co najmniej kilka urządzeń.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpili wykonawcy: (1) HENNLICH s.r.o. z siedzibą w Litoměřicach (dalej „HENNLICH”); KONKO S.A. z siedzibą w Mysłowicach (dalej „KONKO”); PATENTUS S.A. z siedzibą w Pszczynie (dalej „PATENTUS”); PRZEDSIĘBIORSTWO HYDROMEL Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (dalej „HYDROMEL”); REMONTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (dalej „REMONTEX”).

Zamawiający w dniu 8 kwietnia 2024 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym oświadczył, że uwzględnia przedmiotowe odwołanie w części dotyczącej zarzutu nr 2 i zarzutu nr 6 odwołania. W konsekwencji zadeklarował, że dokona modyfikacji SWZ poprzez zmianę Zadania 1, uzupełniając to zadanie o dostawę nowego kombajnu ścianowego i zmianę Zadania nr 3 uzupełniając to zadanie o dostawę nowej ognioszczelnej stacji transformatorowej. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 1 sentencji.

Izba umorzyła ponadto postępowanie w zakresie zarzutów opisanych w pkt 1; pkt 4 w części tj. w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia odnoszącego się do: pomp (wskazanie na Inoxhp), stacji uzdatniania wody (wskazanie na MPI), pociągu aparaturowego (wskazanie na Carbomech); pkt 5 lit. h i lit. k petitum odwołania, z powodu wycofania zarzutów przez odwołującego, o czym orzekła w pkt 2 sentencji.

Zarzut opisany w pkt 7 petitum odwołania nie podlegał rozpoznaniu z tego powodu, że był zarzutem alternatywnym do zarzutów nr 2 i nr 6. Wniosek w tym zakresie sformułował także odwołujący na posiedzeniu w dniu 9 kwietnia 2024 r. Z tego względu Izba, nie orzekając w tym przedmiocie, nie rozstrzygała w tym w sentencji wyroku.

Ponadto odwołujący złożył do akt sprawy pismo z 8 kwietnia 2024 r., w którym zaprezentował swoje stanowisko w sprawie, uzupełniając argumentację zawartą w odwołaniu.

Swoje stanowisko w sprawie zaprezentował także przystępujący HENNLICH, składając do akt sprawy pismo procesowe z 5 kwietnia 2024 r., zgłaszając wnioski dowodowe.

Na posiedzeniu w dniu 9 kwietnia 2024 r. przystępujący HYDROMEL złożył pismo procesowe, prezentując swoje stanowisko i wnosząc o przeprowadzenie dowodów w nim opisanych.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, argumentacją zawartą w pismach procesowych, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący jest podmiotem, który oferuje na rynku dostawę produktów wchodzących w skład zagregowanego przedmiotu zamówienia - to jest sekcji obudów zmechanizowanych. Odwołujący twierdzi, że możliwość złożenia oferty w postępowaniu i ubiegania się o zamówienie zostały mu odebrane w związku z nieprawidłowym (niezgodnym z przepisami ustawy Pzp) sformułowaniem dokumentów zamówienia (SWZ), które spowodowały naruszenie zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu, bowiem zgodnie z najlepszą wiedzą odwołującego, wyłącznie jeden podmiot na rynku krajowym (konsorcjum) jest w stanie złożyć ofertę w tak ukształtowanym postępowaniu.

Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, możliwość uzyskania zamówienia została bowiem odwołującemu odebrana, a co za tym idzie utracił szansę na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i oceniła dowody przedłożone przez strony i przystępujących, załączone do pism procesowych i złożone na posiedzeniu, inne niż stanowiące element dokumentacji postępowania, na okoliczności przez nich wskazane.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, na okoliczności przez niego wskazane w treści odwołania. Należy zaznaczyć, że kluczową cechą wyróżniającą dowód w postaci opinii biegłego od pozostałych środków dowodowych, są zawarte w wydanej opinii wiadomości specjalne, mające istotne znaczenie dla rozpoznawanej sprawy. Opinia biegłego, specjalizującego się w konkretnej dziedzinie, ma na celu rozstrzygnięcie wątpliwości pojawiających się w toku postępowania i pozwala prawidłowo ustalić stan faktyczny danej sprawy w sytuacji, kiedy niemożliwe jest wydanie orzeczenia na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, zaś ocena materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie pozwalała składowi orzekającemu na wydanie orzeczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z SWZ jest: Modernizacja oraz dostawa urządzeń układu kompleksu ścianowego dla Południowego Koncernu Węglowego S. A. - Zakład Górniczy Janina.

Zamawiający w tym zakresie w części 2 SWZ odesłał do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, zamieszczonego w Załączniku nr 5 do SWZ.

W Załączniku nr 5 do SWZ zawarł następującą informację: I. Z uwagi na obszerny zakres przedmiotu zamówienia w celach organizacyjnych wydzielono w jego ramach cztery zadania, które łącznie stanowią kompletny układ kompleksu ścianowego wymaganego przez zamawiającego. I.1. Zadanie 1: Modernizacja kombajnu ścianowego typu JOY 4LS20 wraz z dostawą i uruchomieniem systemu automatyzacji procesu urabiania. I.2. Zadanie 2: Dostawa fabrycznie nowych przenośników zgrzeblowych: ścianowego i podścianowego. I.3. Zadanie 3: Dostawa fabrycznie nowego oraz modernizacja wyposażenia elektrycznego do zasilania kombajnu ścianowego oraz przenośników zgrzeblowych: ścianowego i podścianowego. I.4. Zadanie 4: Dostawa 175 szt. fabrycznie nowej kompletnej ścianowej obudowy zmechanizowanej do ścian o wysokości do 4,0 m.

Dalej, w pkt III.17. zastrzegł, iż: Z uwagi na ujawnione na obecnym etapie postępowania warunki górniczo - geologiczne panujące w pokładzie przewidzianym do eksploatacji, zamawiający przewiduje dwuetapową realizację dostawy przedmiotu zamówienia: I etap obejmować będzie: Dostawę zmodernizowanego kombajnu ścianowego oraz dostawę i uruchomienie systemu automatyzacji procesu urabiania w ramach zadania 1, Dostawę przenośnika ścianowego do ściany o długości 250 m oraz przenośnika podścianowego w ramach zadania 2, Dostawę i modernizację wyposażenia elektrycznego w ramach zadania 3, Dostawę: obudowy zmechanizowanej wraz z sterowaniem elektrohydraulicznym, magistralą wewnątrz sekcijną i systemem zraszającym w stropnicy w ilości 145 kpl. (137 sekcji liniowych, 8 sekcji skrajnych), instalacji oświetlenia ściany, magistral dosilających i prac pomocniczych, stacji filtracyjno-uzdatniającej wodę ppoż., zespołu pompowego zasilającego obudowę zmechanizowaną, stacji filtracyjnej cieczy hydraulicznej, belki transportowej, jednostek transportowych, dodatkowego wyposażenia obudowy zmechanizowanej w ramach zadania 4. II etap obejmować będzie: Dostawę trasy przenośnika ścianowego o długości 52,5 m (24 kompletnych segmentów trasy zamkniętych i 6 kompletnych segmentów trasy zamkniętych inspekcyjnych) w ramach zadania 2, Uwaga: Poprzez kompletny segment trasy rozumie się rynnę (ostrogorynnę) wraz z prowadnicą kablową, drabinkami o podziałce 147 mm i wszystkimi elementami łącznymi, bez łańcucha i zgrzebeł. Dostawę obudowy zmechanizowanej wraz z sterowaniem elektrohydraulicznym, magistralą wewnątrz sekcijną i systemem zraszającym w stropnicy w ilości 30 sekcji liniowych w ramach zadania 4.

W dalszej części Załącznika nr 5 zamawiający opisał szczegółowo poszczególne zadania, w tym w zakresie w jakim odwołujący zapisy powyższe kwestionował wskazał wielokrotnie na konieczność połączenia i współpracy zamawianego przedmiotu zamówienia ze zintegrowanym systemem automatycznego sterowania i wizualizacji SmartMine, będącym w posiadaniu zamawiającego.

W zakresie postanowień kwestionowanych przez odwołującego, w załączniku nr 5 do SWZ zawarto następujący opis wymagań.

W pkt VII (Szczegółowy opis zadania 2: Dostawa fabrycznie nowych przenośników zgrzeblowych: ścianowego i podścianowego; ppkt VII.3.2 Wymagania techniczno-konstrukcyjne kruszarki do przenośnika ścianowego), VII.3.2.15. Kruszarka wyposażona w zderzak mocowany w odpowiednim miejscu na drabince Mega Track (lub równoważnej) o podziałce 147 mm, eliminujący kolizję kombajnu z kruszarką; ppkt VII.3.3. Wymagania techniczno-konstrukcyjne trasy przenośnika ścianowego, VII.3.3.9. Wyposażona w drabinki wykonane w systemie Mega Track lub równoważnym (np.

Ultra Track 2000, Jumbo Track) w technologii kucia, o podziałce 147 mm i zapewniać przenoszenie maksymalnej siły pochodzącej od kombajnu o wartości w przedziale od 800 do 1000 kN; VII.3.3.15. Konstrukcja członu trasy powinna umożliwiać, po najechaniu kombajnem na inspekcyjną prowadnicę kablową, o której mowa w punkcie VII.3.3.16.c) dostęp do elementów napędu kombajnu współpracujących z drabinkami Mega Track (lub równoważnymi); VII.3.3.17. Ponad elementy niezbędne do prawidłowego funkcjonowania trasy przenośnika ścianowego, zgodnie z wymaganiami punktów: VII.3.3.1. ÷ VII.3.3.16. wraz z dostawą, wykonawca dodatkowo dostarczy: a) Segment trasy (pasowy) bez odjazdu z możliwością regulacji przepięcia sekcji o 250 mm na całej długości segmentu (komplet z prowadnicą kablową, drabinkami i łącznikami) o długości: 584, 881 i 1172 mm - po 2 kpl., b) Segment trasy (liniowy - komplet z prowadnicą kablową, drabinkami i łącznikami) - 5 (4 + 1 inspekcyjna) kpl., c) Segmenty trasy odjazdowe od strony napędu wysypowego, o których mowa w punkcie VII.3.1.14. - 1 kpl., d) Segmenty trasy odjazdowe od strony napędu zwrotnego, o których mowa w punkcie VII.3.4.13. - 1 kpl., e) Łącznik rynien - 30 szt., f) Złącze uniwersalne łańcucha (oprócz złączy wymienionych w punkcie VII.3.3.13. - 8 szt., g) Zgrzebło kompletne (z obejmą i elementami złącznymi) - 50 kpl., h) Drabinki Mega Track (lub równoważne) wraz ze sworzniami i zabezpieczeniami - 20 kpl., i) Prowadnica kablowa inspekcyjna (z elementami złącznymi) - 4 szt., j) Układak kablowy UKT-53ZO lub równoważny, opisany w punkcie VI.3.29. - 150 mb. W ppkt VII.3.5 System automatyki górniczej do przenośnika ścianowego, VII.3.5.2. W skład łączności głośnomówiącej, sygnalizacji i blokad wymienionego w punkcie VII.3.5.1., winny wchodzić co najmniej: i) zasilacze do zasilania kompleksu ścianowego 9 szt. typu ZIS-15/10/1.45 lub równoważne, j) transparent optyczny typu TEO-SIM lub równoważny, k) skrzynki rozgałęźne typu PSTi-120 (3 szt. z 20 włotami każda, 120 zacisków) lub równoważne, l) skrzynki rozgałęźne ISR-94/1 - 8 szt., lub równoważne, m) wyłącznik awaryjny KFS-5i lub równoważny do bramki najazdowej n) sygnalizatory SDL99/1(SB-04,SD-04) 3szt., ASO - 1 szt., lub równoważne. Ppkt VII.4.1. Wymagania techniczno-konstrukcyjne przenośnika podścianowego; VII.4.1.16. Napęd wyposażony w dwie jednostki napędowe, każda składająca się z następujących podzespołów: lit. b) sprzęgła hydrodynamicznego olejowego o stałym napełnieniu VOITH 650 TVVSC lub równoważnego, przystosowanego do przeniesienia mocy $P = 315 \text{ kW}$, przy obrotach ok. 1480 obr/ min, wraz z obudową sprzęgła (łącznikiem sprzęgłowym) i tarczą hamulcową przystosowaną do pomiarów jej obrotów, za pomocą czujnika obrotów o którym mowa w punkcie VII.4.1.28.3.; VII.4.1.48. Na przenośniku winien zostać zabudowany zbiornik o pojemności min. 1,5 m³ do odprowadzenia wody technologicznej z chłodzenia jednostek napędowych, z którego woda będzie odprowadzona do systemu zraszania i chłodzenia kombajnu lub odwadniania kopalni. W zbiorniku winna być zainstalowana pompa zatapialna typu P1B lub równoważna, tj. nie posiadająca gorszych parametrów technicznych niż pompa P1B. Konstrukcja zbiornika powinna uniemożliwić przedostanie się wody na trasę przenośnika podścianowego w przypadku zaniku napięcia. Wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego działania ww. układu odprowadzenia wody, wchodzi w zakres dostawy; VII.4.1.50. Ponad elementy niezbędne do prawidłowego funkcjonowania przenośnika podścianowego, zgodnie z wymaganiami punktów od VII.4.1.1. do VII.4.1.48. Wykonawca dostarczy, lit. f) Kompletny zespół sprzęgła zębatego zastosowany na połączeniu gwiazda napędowa - przekładnia PKPL 15 lub równoważna (z półsprzęglami, tuleją zębatą i elementami złącznymi) - 1 kpl. Ppkt VII.6. Pozostałe elementy niezbędne do prawidłowej pracy i pierwszego uruchomienia kombajnu ścianowego oraz przenośników: ścianowego i podścianowego, VII.6.4. Klucz udarowy 1" elektryczny akumulatorowy o momencie obrotowym min. 2500 Nm MILWAUKEE, lub równoważny, tj. o parametrach nie gorszych niż MILWAUKEE, do montażu zgrzebeł i napędów wraz z kompletem nasadek, ładowarką i dwoma akumulatorami - 2 szt. Ppkt VIII.5. Wymagania podstawowe dotyczące pociągu aparaturowego: Pociąg aparaturowy produkcji Carbomech Sp. z o.o. przeznaczony do magazynowania i przemieszczania kabli i przewodów zasilających kompleks ścianowy nad przenośnikiem taśmowym w chodniku przyścianowym, składający się z: a) Samohamowne urządzenie przesuwające typ 20-101 - 1 szt. b) Zapora przednia typ 20-105 - 1 szt. c) Palety typ 1-489.1 - 5 szt. d) Zapora tylna typ 1-107 - 1 szt. e) Układ do wspomaganie przemieszczania typu Janina 2 - 1 szt. f) Wózek nośny typ 20-363.2 - 1 szt. g) Ograniczniki ruchu typ 20-409.3 - 2 szt. h) Wózek nośny 1-604 - 30 szt. i) Pasy nośne typ DH 150 - 30 szt. j) Cięgno typ C-1-604 - 30 szt. k) Drażek typ 20-371 - 7 szt. l) Drażek do palet typ 1-489.1 - 5 szt. m) Wózki nośne do palet typ 1-489.1 - 10 szt. n) Zawiesie agregatu hydraulicznego typ 20-301.1 - 1 szt. o) Agregat hydrauliczny 20-0006A - 1 szt. p) Belka zaczepowa wraz z bezpiecznikiem mechanicznym 30 kN, wózkiem typ 20-363.2 i cięgnem łączącym typ 20-374 do układu wspomaganie przemieszczania wiązki przewodów elektrycznych i hydraulicznych typ Janina 2 wg DTR 1/2017- 1 kpl. lub równoważny. Ppkt IX.3. Wymagania techniczno-konstrukcyjne obudowy zmechanizowanej, IX.3.6. Sekcje winny posiadać możliwość zabudowy lamp oświetlenia typu ŚWIT-14 lub równoważnych.

W części 4 SWZ zamawiający opisał jakie warunki musi spełnić wykonawca, który zamierza ubiegać się o zamówienie oraz przedmiotowe środki dowodowe, których złożenia będzie wymagał. W pkt 4.1 ppkt 4.1.4. określił warunki w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w następujący sposób: Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykonawca wykaże, że: w okresie ostatnich 5 lat zrealizował należycie zamówienia obejmujące swoim zakresem: Dostawę lub modernizację

kombajnu ścianowego; Dostawę co najmniej 150 sztuk fabrycznie nowych sekcji obudowy zmechanizowanej o podziałce 1,75 m ze sterowaniem pilotowym lub elektrohydraulicznym i stojakami hydraulicznymi o średnicy min. 380mm, w tym: przynajmniej jedno zamówienie obejmujące zaprojektowanie, wykonanie i dostawę minimum 75 sztuk fabrycznie nowych sekcji obudowy zmechanizowanej o podziałce 1,75 m ze sterowaniem pilotowym lub elektrohydraulicznym i stojakami hydraulicznymi o średnicy minimum 400 mm; oraz przynajmniej jedno zamówienie obejmujące dostawę minimum 75 sztuk fabrycznie nowych sekcji obudowy zmechanizowanej o podziałce 1,75 mm ze sterowaniem elektrohydraulicznym; Dostawę przenośnika zgrzeblowego ścianowego; Dostawę przenośnika zgrzeblowego podścianowego; Dostawę urządzenia przekładkowego; Dostawę kruszarki urobku; Dostawę lub modernizację co najmniej 2 sztuk stacji transformatorowych. Łączna wartość powyższych dostaw brutto zrealizowanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat musi być nie mniejsza niż 100 000 000,00 zł. Zamawiający wymaga posiadania przez wykonawcę doświadczenia w pełnym opisanym powyżej zakresie, przy czym zamawiający nie wymaga, aby doświadczenie było uzyskane w ramach realizacji jednej umowy lub jednego zamówienia.

W razie wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez kilku wykonawców zamawiający dopuszcza spełnienie warunku łącznie przez wykonawców.

W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę powyższego warunku wykonawca dostarczy: Wykaz dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Wzór Wykazu stanowi Załącznik nr 8 do SWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, tj. w zakresie opisanym w pkt 3 petitum odwołania, gdyż jak wykazał odwołujący sformułowany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, opisany w części 4 pkt 4.1 ppkt 4.1.4. SWZ w zakresie wymaganego doświadczenia, narusza przepisy art. 16 pkt 1 i pkt 3 oraz art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, został bowiem sformułowany w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Z tych powodów Izba uwzględniła odwołanie w tym zakresie, nakazując zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ, w sposób opisany w sentencji.

W pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty odwołania za niepotwierdzone, w konsekwencji odwołanie w tej części podlegało oddaleniu, co znalazło wyraz w pkt 4 sentencji.

Na wstępie konieczne jest przypomnienie treści przepisów, które znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

Przepis art. 57 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Przepis art. 99 ust. 1 stanowi, iż przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ust. 2 wskazano, iż zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Ust. 4 tego przepisu zakazuje z kolei takiego opisu przedmiotu zamówienia, 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 z ust. 5 przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. W ust. 6 przewidziano, że jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Odnosząc powyżej wskazane przepisy i zasady do okoliczności ustalonych w rozpoznawanej sprawie, Izba w pierwszej kolejności pragnie odnieść się do podnoszonego przez odwołującego zarzutu opisanego w pkt 3 petitum odwołania, polegającego na naruszeniu

art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie lub błędne zastosowanie, a w konsekwencji postawienie warunku udziału w postępowaniu (opisanego w części 4 pkt 4.1 ppkt 4.1.4. SWZ), który jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nie pozwala na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i nie wyraża się jako „minimalny poziom zdolności”, a przez to jest sprzeczny z zasadą proporcjonalności i narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ zmierza do sztucznego zawężenia konkurencji w postępowaniu, nie dopuszczając do postępowania wykonawców zdolnych wykonać należycie zamówienie, czym zamawiający zmierza do naruszenia zasady gospodarności, wyrażonej w art. 17 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, a to do udzielenia zamówienia w sposób niezapewniający najlepszej jakości dostaw w ramach środków, które zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz niezapewniający uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów.

Zarzut w tym zakresie Izba uznała za zasadny, uwzględniając odwołanie w tej części z niżej opisanych powodów. Na wstępie należy przypomnieć, że treść art. 57 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Z przepisu tego wynika, że zamawiający ma swobodę decydowania o tym, czy i w jakim zakresie warunki udziału w postępowaniu zostaną ustanowione. Określając jednak te warunki zamawiający ma obowiązek uwzględnić obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa, w szczególności art. 112 ust. 2 ustawy Pzp wskazujący czego mogą dotyczyć ustanowione w postępowaniu warunki, a przede wszystkim pamiętać o ograniczeniach, wynikających z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis wprowadza obowiązek, aby określone warunki były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiały ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności należy je sformułować w taki sposób, aby wyrażały minimalne poziomy zdolności. Powyższe wytyczne należy interpretować przede wszystkim jako zakaz ustanawiania zbyt rygorystycznych warunków udziału w postępowaniu, powinny być one zatem określone na poziomie minimalnym, w tym znaczeniu, że mają być wystarczające, aby zweryfikować zdolności wykonawcy do należytego zrealizowania zamówienia.

Z kolei opisanie zdolności na poziomie wykraczającym poza minimalny poziom, nie może stanowić warunków dopuszczających wykonawcę do realizacji danego zamówienia publicznego. Takie bowiem ograniczenia mogą powodować, że wiele podmiotów zdolnych do wykonania prac objętych przedmiotem postępowania, nie będzie mogło wziąć w nim udziału.

Ponownie należy wskazać w tym kontekście na regulację art. 57 pkt 2 ustawy Pzp wskazując, że takie ustanowienie warunków udziału w postępowaniu, które umożliwiają wzięcie udziału w postępowaniu możliwie najszerszemu kręgowi wykonawców, co do zasady należy uznać za dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp, skoro przepisy tejże ustawy dopuszczają w ogóle możliwość odstąpienia od ustalania warunków udziału w postępowaniu. Jak wskazano w Komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych wydanie II pod red. H. Nowaka i M. Winiarza (Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 225): W odróżnieniu od podstaw wykluczenia, które są określone ustawowo, warunki udziału w postępowaniu są kształtowane przez samego zamawiającego z uwzględnieniem jego potrzeb. Swoboda określenia przez zamawiającego warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną w ogóle określone. Zgodnie bowiem z art. 57 pkt 2 Pzp o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający zatem może, ale nie musi, określać warunki udziału w postępowaniu.

W podobnym tonie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 31 października 2023 r., sygn. akt KIO 3054/23 przypominając jednocześnie zasady, jakie obowiązują zamawiającego przy konstruowaniu warunków udziału w postępowaniu, w świetle cytowanych wyżej przepisów i zwracając uwagę, że warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, wystarczającym do należytego zrealizowania zamówienia. Z kolei zdolności wykraczające poza ten minimalny poziom mogą być przedmiotem kryteriów oceny ofert.

Odnosząc powyższe zasady do realiów rozpoznawanej sprawy przypomnienie wymaga, iż zamawiający w niniejszym postępowaniu, w części 4 pkt 4.1 ppkt 4.1.4. SWZ opisał warunki udziału w postępowaniu w zakresie

wymaganego doświadczenia precyzując, że oczekuje, aby wykonawcy wykazali się m.in. doświadczeniem w dostawie (w okresie ostatnich 5 lat): 150 sekcji obudowy zmechanizowanej/ 75 sekcji obudowy zmechanizowanej, o podziale 1,75 m, ze sterowaniem pilotowym lub elektrohydraulicznym/ ze sterowaniem elektrohydraulicznym, ze stojakami o średnicy min. 380 mm/ min. 400 mm.

Zgodnie z przywołanym warunkiem udziału w postępowaniu, zamawiający wymaga zatem wykazania przez wykonawców, że w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie) wykonali dostawy siedmiu rodzajowo odmiennych urządzeń, w tym: kombajnu ścianowego, sekcji obudowy zmechanizowanej, przenośnika zgrzeblowego ścianowego, przenośnika zgrzeblowego podścianowego, urządzenia przekładkowego, kruszarki urobku oraz stacji transformatorowych, formułując jednocześnie wymagania szczegółowe wyłącznie w zakresie sekcji obudowy zmechanizowanej. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie uzasadnia powyższe specyfiką zamówienia i wysoko specjalistycznym charakterem zamawianych urządzeń, nie wyjaśnia jednak w żaden sposób z jakich to powodów tak precyzyjnie opisał wymagania, wyłącznie w zakresie sekcji obudowy zmechanizowanej, określając przy tym takie warunki brzegowe, że ich spełnienie możliwe jest wyłącznie przez ograniczony krąg wykonawców.

Jak wskazywał zarówno odwołujący, jak i przystępujący po jego stronie wykonawcy, to właśnie ograniczenia w tym zakresie powodują, że o udzielenie tego zamówienia nie będą mogli ubiegać się wykonawcy którzy, chociaż posiadają zdolność do jego realizacji, nie spełnią wymogów dotyczących parametrów tej sekcji. Izba doszła do przekonania, co wynikało z przedłożonych przez wykonawcę HENNLICH dowodów w postaci dokumentacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego pn. Dostawa nowych urządzeń wyposażenia kompleksu ścianowego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Piast-Ziemowit Ruch Ziemowit, nr sprawy: 43230259 (Specyfikacji Warunków Zamówienia, Informacji z otwarcia ofert) oraz treści korespondencji z tym zamawiającym, w sprawie nie złożenia oferty w postępowaniu przez tego wykonawcę (załączone do pisma procesowego z dnia 5 kwietnia 2024 r.), że w przypadku, w którym warunki udziału w postępowaniu odnoszące się właśnie do sekcji obudowy zmechanizowanej zostaną sformułowane w analogiczny sposób (dla porównania - warunek udziału w postępowaniu postawiony w ww. postępowaniu PGG S.A.: Zamawiający stosuje warunki udziału w postępowaniu - zdolności technicznej lub zawodowej; wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert - a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie - wykonał co najmniej jedną dostawę obejmującą minimum. 90 sekcji obudowy zmechanizowanej o podziale nie mniejszej niż 1,75 m ze sterowaniem elektrohydraulicznym współdziałającym w integracji ze sterowaniem i układem automatyki kombajnu ścianowego, które były eksploatowane w zautomatyzowanym kompleksie ścianowym) istnieje duże prawdopodobieństwo, że jedynym podmiotem, który złoży swoją ofertę będzie to samo konsorcjum, składające się z trzech wykonawców.

Powyższe potwierdza stanowisko odwołującego, jak też pięciu przystępujących po jego stronie wykonawców, którzy wskazywali na okoliczność, że to wymagania we wskazywanym zakresie prowadzą do ograniczenia konkurencji wyłącznie do jednego podmiotu (wskazanego konsorcjum, które złożyło ofertę w postępowaniu zorganizowanym przez Polską Grupę Górniczą S.A.). Zamawiający wprawdzie wskazywał, że znane mu są podmioty, w tym zarejestrowane i działające w Polsce, które samodzielnie będą w stanie spełnić opisywane wymagania, jednakże nie sprecyzował na jakiej podstawie formułuje takie wnioski, czy przeprowadził stosowne rozeznanie rynku, czy może znane mu są postępowania, w których przy określeniu wymagań w sposób tożsamy czy podobny do tych, które określił zamawiający w SWZ - swoje oferty złożyło wielu wykonawców.

Izba pragnie ponownie podkreślić, że określenie warunków udziału w postępowaniu musi być proporcjonalne. Sformułowanie to z kolei należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie wykonawców do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. W niniejszym postępowaniu doszło, zdaniem Izby, do takiego ograniczenia, gdyż zamawiający określił nadmierne wymogi zarówno co do ilości wymaganych sekcji obudowy zmechanizowanej (min. 150 sztuk / min. 75 sztuk w jednym zamówieniu), co do wymogu zastosowania konkretnej podziałki (1,75 m), żądając dodatkowo, aby urządzenia referencyjne wyposażone były w sterowanie pilotowe lub elektrohydrauliczne, w końcu też precyzując wymogi zastosowania określonej średnicy (min. 380 mm / min. 400 mm) stojaka hydraulicznego. Żadnego z nich nie sposób uznać jako określonego na poziomie niezbędnym, minimalnym dla oceny zdolności wykonawców do realizacji zamówienia publicznego. Z kolei określenie tych zdolności na takim poziomie spowoduje, że wiele podmiotów, które z powodzeniem mogłyby wziąć udział w tym postępowaniu z powodu określenia kilku, lub niektórych z elementów składających się na treść tych wymagań - będzie musiała zrezygnować z ubiegania się o niniejsze zamówienie.

Odnosząc się do wymagania w zakresie pierwszego z elementów, tj. ilości wymaganych sekcji obudowy

zmechanizowanej, który został określony na poziomie min. 150 szt./ 75 szt. Izba wzięła pod uwagę z jednej strony wyjaśnienia odwołującego i przystępujących, którzy wskazywali w tym zakresie, że obudowa zmechanizowana to urządzenie służące do podtrzymywania stropu węglowego w chodnikach kopalni. Budowa każdego z tych elementów jest jednakowa, pomimo pewnych różnic występujących pomiędzy sekcjami liniowymi (w środku ciągu), a sekcjami skrajnymi (na początku i na końcu ciągu), zatem ich produkcja jest powtarzalna, dostawa poszczególnych sekcji nie różni się, także ich montaż odbywa się na takich samych zasadach.

Nie sposób zatem podzielić stanowiska zamawiającego, że określenie warunku udziału w postępowaniu na tak wysokim poziomie, tj. 150 szt./ 75 szt. dopiero stanowi gwarancję, jak twierdzi zamawiający w swoim piśmie procesowym, sprawdzenia poprawności zintegrowanego działania wszystkich elementów kompleksu ścianowego. Jeśli jest tak jak argumentuje i tak istotne dla niego jest zweryfikowanie doświadczenia związanego z dostarczeniem i pracą takiego układu w całej ścianie - to powyższy wymóg powinien zostać sformułowany nie poprzez określenie ilości zamawianych sekcji, gdyż ta nie świadczy o nabyciu takiego doświadczenia, którego zdaje się zamawiający oczekiwać, ale poprzez wymagania wykonania takiego kompleksu.

Zamawiający także, wbrew twierdzeniom o tym jak istotnym elementem jest współpraca pomiędzy sekcjami a kombajnem i, że inne problemy mogą występować w rejonie napędu, końcówki i środka ściany oraz, że inna jest współpraca z sekcjami skrajnymi i liniowymi - również w tym zakresie wymagań nie sformułował.

Izba wzięła pod uwagę treść opinii sporządzonej przez dr hab. Inż. Marka Borowskiego prof. Akademii Górniczo Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie (dalej „Opinia”), w której wskazał on, że od strony technicznej nie ma różnic w dostawie różnych ilości sekcji. Niezależnie, czy dany wykonawca produkuje 10, 30 czy 90 szt. główne, techniczne podejście jest jednakowe. Seryjność produkcji może wpływać jedynie na kwestie kosztów takiej produkcji z uwagi na zastosowanie automatyzacji i bardziej zoptymalizowane koszty produkcji (str. 3 Opinii). Jakkolwiek jest to opinia prywatna, pozyskana przez odwołującego na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego, stanowi ona potwierdzenie okoliczności, że to nie ilość wyprodukowanych sekcji ma znaczenie dla oceny posiadanych przez wykonawcę zdolności do realizacji tego zamówienia.

Stąd, mając na uwadze, że zarówno produkcja, dostawa i montaż sekcji są czynnościami powtarzalnymi, a zatem doświadczenie nabywa się już przy pierwszej sekcji, a wystarczającym jego potwierdzeniem będzie dostawa drugiej i kolejnych sekcji, co ugruntowane zostaje za pomocą dostawy trzeciej i następnych sekcji obudowy zmechanizowanej, za zasadne Izba uznała żądanie odwołującego, polegające na ustaleniu tego wymogu na poziomie 30 sekcji oraz, w dalszych punktach, obniżenie ich do 15 sekcji obudowy zmechanizowanej.

Nieuzasadnione, zdaniem składu orzekającego, są także wymagania zamawiającego w zakresie dotyczącym „podziałki”, które to sformułowanie odnosi się do szerokości samej sekcji. Jak wyjaśniali odwołujący i przystępujący po jego stronie wykonawcy, w Polsce powszechnie stosowane są sekcje obudowy zmechanizowanej o podziałce 1,5 m oraz stosunkowo rzadko o podziałce 1,75 m. Stąd wymaganie w tym zakresie prowadzi w istocie do ograniczenia możliwości ubiegania się o to zamówienie tych wykonawców, którzy nie nabyli jeszcze doświadczenia w produkcji sekcji o takiej, konkretnej podziałce, co nie oznacza, że nie zajmują się tego rodzaju działalnością i nie są zdolni do wykonania takiego zadania.

To z kolei jakie są różnice w sposobie produkcji podziałek 1,75 m od podziałek 1,5 m wyjaśnia przywołana już wcześniej Opinia. Na str. 3-4 czytamy, iż: produkcja obudów zmechanizowanych o różnych podziałkach, takich jak 1,5 m i 1,75 m, jest bliźniacza pod względem konstrukcji i procesu technologicznego. Główna różnica polega tylko na wykorzystaniu większych średnicowo stojaków hydraulicznych, aby zapewnić odpowiednio większą nośność sekcji obudów zmechanizowanych o podziałce 1,75 m. Proces technologiczny w obydwu przypadkach jest identyczny, w przypadku identycznych zakresów geometrycznych pracy (minimalnej oraz maksymalnej wysokości) sekcji o wymienionych różnych podziałkach, obudowy o podziałce 1,75 m będą miały tylko zastosowaną większą ilość materiału z tytułu różnicy szerokości całego zestawu o 0,25 m (25 cm), a zarazem wspomnianej większej nośności (odporności na przenoszone większe naprężenia powstałe w materiale oraz połączeniach spawanych). Od strony technicznej - dostawa sekcji o podziałce 1,5 m oraz o podziałce 1,75 m nie niesie za sobą żadnych różnic.

Podobny pogląd został wyrażony w opinii Instytutu Badawczego KOMAG z dnia 8 kwietnia 2024 r. (dalej „Opinia KOMAG”), pozyskanej przez przystępującego HYDROMEL złączonej do pisma procesowego z dnia 8 kwietnia 2024 r. Z jej treści wynika, że niezależnie od wielkości parametru w postaci 1,5 m czy 1,75 m nie występują różnice formalno-prawne w zakresie dotyczącym projektowania, wykonywania oraz procedur oceny zgodności. Tym samym, jak wyjaśniał przystępujący na rozprawie, w przypadku każdej z takich sekcji, niezależnie od użytej podziałki, zastosowanie mają te same wymagania w zakresie produkcji, bezpieczeństwa i ochrony zdrowia. W Opinii KOMAG przywołano w tym zakresie wymagania opisane w Załączniku I Dyrektywy 2006/42/WE, które można potwierdzić poprzez spełnienie odpowiednich wymagań norm PN-EN 1804-1:2021-05, PN-EN 1804-2:2021-05 oraz PN-EN 1804-3:2021-06.

#x200eOdwołujący również powołał się w tym zakresie na treść normy PN-EN 1804-1+A1 - Maszyny dla górnictwa

podziemnego. Wymagania bezpieczeństwa dla obudowy zmechanizowanej. Część 1: Sekcje obudowy i wymagania ogólne oraz PN-EN 1804-2+A1 - Maszyny dla górnictwa podziemnego. Wymagania bezpieczeństwa dla obudowy zmechanizowanej. Część 2: Stojaki i pozostałe siłowniki (przedłożone na posiedzeniu jako dowód) wywodząc, że z ich treści nie wynika, aby normy te różnicowały w jakikolwiek sposób zasady w zakresie produkcji czy bezpieczeństwa dla sekcji, w zależności od zastosowania określonej podziałki.

Analogiczne stanowisko zawarto w opinii, złożonej przez przystępującego IWENT jako dowód, przygotowanej przez TECHNICKÉ LABORATOŘE OPAVA (podpisana przez dipl. inż. Vít Hendrych - kierownik Laboratoria badań), w której to stwierdzono, że w przypadku zmiany szerokości obudowy wymagane będzie przeprowadzenie nowej certyfikacji, ale samo projektowanie, proces produkcji i obliczenia pozostaną zasadniczo takie same.

Zamawiający z kolei oparł się jedynie na twierdzeniach, jakoby występowały znaczne różnice w zakresie budowy, sposobie produkcji, a co za tym idzie w zakresie doświadczenia i umiejętności osób je wytwarzających.

Mając jednak na uwadze, że na tę okoliczność zamawiający nie przedstawił żadnych opinii czy dowodów, które wskazywałyby na to, że do wykonania takiej sekcji niezbędny jest wyższy poziom posiadanej technologii i zdecydowanie większe doświadczenie w jej projektowaniu i wykonaniu, z kolei ustanowienie takiego wymagania w sposób znaczący ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, a zarówno odwołujący, jak i przystępujący HYDROMEL wykazali innymi dowodami w postaci opinii prywatnych, że takie kluczowe różnice nie występują. Izba uznała, że zasadnie odwołujący domaga się usunięcia tego wymagania z treści warunku jako nadmiernego i nie uzasadnionego specyfiką zamówienia, a ograniczającego krąg potencjalnych wykonawców.

W związku z powyższym za zgodny z przepisami ustawy Pzp należało uznać warunek udziału w postępowaniu, w którym dopuszczona zostanie, jako alternatywna, podziałka 1,5 m.

Kolejną kwestią, którą podnosił odwołujący był wymóg dotyczący posiadania doświadczenia w dostawie sekcji z konkretnym sterowaniem (sterowaniem pilotowym lub elektrohydraulicznym, bądź wyłącznie ze sterowaniem elektrohydraulicznym). W tym zakresie odwołujący, jak i przystępujący wskazywali, że układ niezbędny do sterowania podlega zwykle odrębnemu zakupowi od producentów konkretnych systemów sterowania. W Polsce występują układy sterowania hydraulicznego, a nie układy sterowania elektrohydraulicznego, tym niemniej nie stanowi problemu dołożenie do sekcji obudowy dowolnego systemu sterowania - czy to hydraulicznego, czy elektrohydraulicznego, jednak wymóg w tym zakresie może być barierą dla potencjalnych wykonawców.

Izba wzięła pod uwagę treść Opinii, w której odniesiono się do kwestii zbrojenia sekcji (str. 4). Przesądza ona, że od strony technicznej dostawa sekcji, niezależnie od sposobu sterowania, nie niesie za sobą żadnych różnic.

Zamawiający z kolei nie wskazał, jak wymaganie w tym zakresie wpłynie na ocenę zdolności wykonawcy do realizacji tego zadania, czy wykonawca, który np. dotychczas dostarczał takie sekcje bez sterowania, nie będzie w stanie, i z jakich powodów takiego zamówienia wykonać. Sama tylko argumentacja podnoszona przez zamawiającego, że sterowanie takie poprawia w znacznym stopniu bezpieczeństwo i, że w tym zamówieniu jest kluczowe, pozostaje bez związku z wymaganiem sformułowanym w odniesieniu do treści warunków udziału w postępowaniu. Nie można bowiem mylić wymagań odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia (gdyż ten w tym przypadku jest uzasadniony) z oczekiwaniem od wykonawcy, aby wykazał się doświadczeniem w realizacji dokładnie takiego samego przedmiotu zamówienia. Przy tak specjalistycznych zamówieniach, jak to będące przedmiotem aktualnego postępowania, trudno jest oczekiwać, że istnieje szerokie grono wykonawców, którzy zrealizowali wcześniej przedmiot zamówienia o parametrach tożsamych do oczekiwanych w tym postępowaniu.

Izba pragnie podkreślić, że nie kwestionuje tego, że zamawiający ma prawo oczekiwać przedmiotu zamówienia w pełni spełniającego jego wymagania co do zapewnienia bezpieczeństwa osób pracujących w kopalni, zwiększonych w tym przypadku ze względu na to, że zamawiane urządzenia pracowały będą w trudnych warunkach i w zakładzie narażonym na wstrząsy górotworu i działające na nie siły i ogromne ciśnienie, jednakże wymagania w zakresie przedmiotu zamawianego w ramach postępowania nie zawsze muszą przenosić się na wymogi w zakresie niezbędnego doświadczenia.

W związku z powyższym Izba, za zgodny z przepisami ustawy Pzp, uznała taki warunek udziału w postępowaniu, w którym wykreślony zostanie wymóg, aby w dostawach referencyjnych sekcje były wyposażone w sterowanie pilotowe / elektrohydrauliczne.

Odnosząc się do ostatniego z wymagań, związanego z doświadczeniem w dostawie sekcji ze stojakami hydraulicznymi o średnicy min. 380 mm lub min. 400 mm., wymaganie to związane jest nierozłącznie z wymogiem dotyczącym podziałki. Sam zamawiający w piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie wskazał bowiem, że: w sekcji obudowy zmechanizowanej o podziałce 1,5 m maksymalnym stojakiem jaki można w niej zabudować ze względu na ograniczone gabaryty jest stojak o średnicy 320 mm. Stąd też uwzględnienie odwołania w tym zakresie stanowi konsekwencję dopuszczenia przez Izbę podziałki 1,5, jako alternatywnej.

Za zgodny z przepisami ustawy Pzp należy uznać zatem warunek udziału w postępowaniu, w którym wykreślona

zostanie średnica minimalna stojaków.

Izba, uwzględniając odwołanie w tym zakresie, nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ. Powyższe zmiany, które zostaną wprowadzone przez zamawiającego do treści SWZ zapewnią, w ocenie Izby, zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jednocześnie dając zamawiającemu gwarancję, że wyłoni w tym postępowaniu wykonawcę dającego rękojmię należytej realizacji zamówienia.

Jak wskazał bowiem Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w Wyroku z dnia 6 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 6/22: Warunek udziału w postępowaniu ustalony przez Zamawiającego podlega ocenie pod kątem proporcjonalności do opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia oraz zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Warunek ten nie może być nadmierny oraz w nieuzasadniony sposób eliminować z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawców zdolnych do jego wykonania. Nie tylko wynika to z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, lecz także znajduje bezpośrednie potwierdzenie w treści ust. 1 in fine komentowanego przepisu, stanowiącego o minimalnych poziomach zdolności. Wykroczenie poza całokształt działalności wykonawcy lub poza zasoby niezbędne do realizacji umowy uznaje się za nieproporcjonalne.

Na oddalenie zasługiwały zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 4, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie lub błędne zastosowanie, a w konsekwencji opis przedmiotu zamówienia który narusza konkurencję w sposób pośredni, ze względu na fakt, że opisane w tych fragmentach parametry urządzeń nie są możliwe do osiągnięcia przez żadne inne urządzenia (np. „równoważne”), ale wyłącznie przez konkretne urządzenia konkretnych producentów, a wskazanie „lub równoważne” jest wskazaniem pustym (pozbawionym jakichkolwiek desygnatów), gdyż ze względu na zastosowany przez zamawiającego opis, zamawiający wykluczył jakiegokolwiek urządzenia „równoważne” (zarzut opisany w punkcie 4 petitum odwołania), w części w jakiej nie zostały cofnięte przez odwołującego na posiedzeniu, tj. w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia odnoszącego się do transformatorów oraz wizualizacji (wskazanie na Elgór Hansen - np. poprzez użycie wielokrotnie nazwy własnej „SmartMine”).

Odwołujący zwracał uwagę, że zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a opis przedmiotu zamówienia nie może dopuszczać wyłącznie urządzeń konkretnych producentów, bez faktycznej możliwości zastosowania jakichkolwiek urządzeń równoważnych. Wywodził, że poprzez użycie wielokrotnie w dokumentacji nazwy własnej: „SmartMine” zamawiający ogranicza możliwość zaoferowania produktów innych, niż oferowane przez firmę Elgór Hansen.

Zamawiający z kolei wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie, że System SmartMine jest to system informatyczny, który pozwala na integrację, sterowanie i scentralizowane monitorowanie urządzeń pracujących w zakładzie górniczym. System ten jest u zamawiającego rozwijany od ok. 10 lat i współpracują z nim wszystkie kluczowe maszyny i urządzenia i to niezależnie od producenta, od którego pochodzą. Opisował również szeroko, zarówno w piśmie procesowym, jak też na rozprawie, jaki jest cel wdrożenia takiego oprogramowania, a jest nim gromadzenie danych z różnych systemów, które dotychczas działały oddzielnie, i umożliwienie zarządzania całością procesów z jednego miejsca. Dzięki temu zamawiający zyskał niezależność od konkretnych urządzeń fizycznych, różnych producentów, które na bieżąco są dołączane, unifikację danych potrzebnych do przetwarzania i analizy, a także szybki i łatwy dostęp do wszystkich informacji.

W ocenie Izby zamawiający w sposób wyczerpujący uzasadnił, że celowe jest jego utrzymywanie i dalsze jego rozbudowywanie, gdyż dzięki funkcjonowaniu tego systemu zamawiający ma możliwość monitorowania awarii, przestojów, planowania przeglądów czy serwisów maszyn.

Izba dała wiarę tym wyjaśnieniom zamawiającego i przyjęła deklarację, że możliwa jest współpraca tego systemu z innymi maszynami i urządzeniami, niezależnie od tego kto jest producentem urządzenia. Z kolei odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, które podważałyby powyższe twierdzenia.

W tym miejscu przypomnieć należy, że ciężar dowodu w postępowaniu przed Izbą, na mocy odesłania do przepisów Kodeksu cywilnego, spoczywa na odwołującym. Analogicznie jak w przypadku art. 6 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, tak też w postępowaniu odwoławczym Izba bierze pod uwagę i ocenia twierdzenia i dowody składane przez strony postępowania, przy czym ciężar wykazania zasadności stawianych zarzutów zawsze spoczywa na odwołującym. W tym zakresie przywołać należy także przepis art. 534 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (ust. 1), Izba może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę (ust. 2). W konsekwencji, jeśli okoliczności będące podstawą odwołania, nie znajdują potwierdzenia w przeprowadzonym przed KIO postępowaniu dowodowym, skutkować to powinno oddaleniem odwołania (tak też w Wyroku SO w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych z 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 86/22).

Tym samym, mając na uwadze, że twierdzenia odwołującego nie zostały poparte żadnym dowodem, a zamawiający w sposób wyczerpujący i wiarygodny uzasadnił z jakich powodów wprowadził takie zapisy do dokumentacji postępowania, jak też wyjaśnił, że jest to jedyny system funkcjonujący w kopalni, otwarty w tym znaczeniu, że można go połączyć z innymi urządzeniami, niezależnie od tego kto jest producentem tych urządzeń - Izba zarzut ten uznała za niezasadny.

Z tych też powodów skład orzekający oddalił zarzuty naruszenia art. 99 ust. 6 w zw. z art. 99 ust. 5 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia (dot. postanowień: VII.3.2.15. SWZ; VII.3.3.9. SWZ; VII.3.3.15. SWZ; VII.3.3.17. SWZ; VII.3.5.2. lit. i), j), k) I), m), n) SWZ; VII.4.1.16. lit. b) SWZ; VII.4.1 SWZ; VII.4.1.50. lit. f) SWZ; VII.6.4. SWZ; VIII.5. SWZ; IX.3.6. SWZ), który nie zawiera kryteriów stosowanych do celu oceny równoważności, a zatem „równoważność” opisana w opisie przedmiotu zamówienia jest jedynie fikcyjna, bowiem wykonawcy nie znają parametrów, które muszą spełniać urządzenia, aby były uznane za urządzenia „równoważne”, podczas gdy przepisy ustawy Pzp nakazują określenie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, w przypadku opisu przedmiotu zamówienia w sposób opisany w art. 99 ust. 5 ustawy Pzp.

Izba wzięła pod uwagę cytowane wyżej regulacje tj. przepisy art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, który to nakazuje zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, art. 99 ust. 4 ustawy Pzp wskazujący, iż 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, w końcu także cytowany przez odwołującego art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, który stanowi, że przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” oraz art. 99 ust. 6 ustawy Pzp wprowadzający zasadę, że jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Analiza poszczególnych zapisów SWZ, w zakresie opisu urządzeń, na które odwołujący wskazywał, nie daje podstaw do twierdzenia, że doszło do naruszenia cytowanych wyżej norm. W pierwszej kolejności nie sposób jest stwierdzić, jak wywodził odwołujący, że opisy zawarte w kwestionowanych punktach i wskazywana tam „równoważność” jest jedynie fikcyjna, a wykonawcy nie znają parametrów, które spełniać muszą urządzenia, aby spełnione zostały kryteria równoważności.

Izba zgadza się z odwołującym, że z treści art. 99 ust. 6 ustawy Pzp wynika bezspornie, że warunkiem sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób w nim wskazany, jest podanie przez zamawiającego kryteriów równoważności. Przepis ten przesądza wprost obowiązek zamawiającego, polegający na wskazaniu w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności. Tym samym samo dopuszczenie równoważności nie jest wystarczające, konieczne jest również określenie parametrów lub zakresu tej równoważności. Równoważność nie polega bowiem na zaoferowaniu przedmiotu zamówienia identycznego do produktu referencyjnego, ale jej istotą jest możliwość zaoferowania takiego produktu, który spełnia minimalne wymagania co do określonych parametrów czy funkcjonalności.

Z powyższego nie wynika jednak, że obowiązkiem zamawiającego jest określenie wszystkich parametrów, którymi charakteryzuje się materiał, urządzenie czy system, ale opisanie tych ich elementów, które uzna za najistotniejsze. Przy czym należy zauważyć, że jak najbardziej szczegółowe opisanie tych kryteriów leży w interesie samego zamawiającego, gdyż w przypadku zaoferowania rozwiązań równoważnych przez wykonawcę wszelkie wątpliwości, wobec braku szczegółowych opisów w tym zakresie - należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy (zwróciła na powyższe uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 7 marca 2022 r., sygn. akt KIO 414/22).

Co istotne w niniejszej sprawie, wskazywane postanowienia w zarzucie opisanym w pkt 5 petitum odwołania w literze od a) do g): VII.3.2.15. SWZ; VII.3.3.9. SWZ; VII.3.3.15. SWZ; VII.3.3.17. SWZ; VII.3.5.2. lit. i), j), k) I), m), n) SV VII.4.1.16. lit. b) SWZ; VII.4.1.48. SWZ; lit i) oraz j) - VII.6.4. SWZ; VIII.5. SWZ - nie wskazują, że zamawiający w tym zakresie ograniczył się jedynie do wskazania produktu, wraz z towarzyszącym mu określeniem „lub równoważny”, ale kryteria tej równoważności opisał. Wyjaśnienia w tym zakresie w sposób wyczerpujący zamawiający zawarł w piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie, a które to Izba przyjęła, uznając za wystarczające dla opisanie równoważności. Z tych też powodów przytaczanie i powielanie całej argumentacji zamawiającego w tym zakresie, należy uznać za zbędne.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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).

Przewodnicząca:.....

Członkowie:

.....