Sygn. akt: KIO 3113/23

WYROK
z dnia 6 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Rams
Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2023 r. przez wykonawcę **EL-Platforma Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Mikołowie,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju,**

przy udziale wykonawców:

A.DPMtech Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

B.SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicachzgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu wprowadzenie następujących zmian w dokumentach zamówienia:

a)Wykreślenie wprowadzonego przez zamawiającego odpowiedziami z dnia 11 października 2023 r. na pytania nr 39 i 40 oświadczenia o treści: „*trudności w uzgodnieniu zakresu modernizacji z producentem podajników*" albo wprowadzenia postanowień określających procedurę weryfikacji stwierdzonych trudności w uzgodnieniu zakresu modernizacji z producentem przez zespół niezależnych od producenta i wykonawcy ekspertów;

b)Wprowadzenie postanowień opisujących procedurę konsultacji pomiędzy wykonawcami, a producentem istniejących trójkomorowo – rurowych podajników w sposób gwarantujący każdemu wykonawcy równe prawo do przeprowadzenia takich konsultacji, w tym wprowadzenia postanowień regulujących zasady sporządzenia protokołu z konsultacji oraz wskazania, że podmiotem odpowiedzialnym za zorganizowanie konsultacji jest zamawiający.

2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy EL-Platforma Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Mikołowiekwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący ……

Sygn. akt: KIO 3113/23

UZASADNIENIE

W dniu 20 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy EL-Platforma Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Mikołowie (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Jastrzębskiej Spółce Węglowej S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju (dalej „Zamawiający") ukształtowanie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") w postępowaniu przetargowym, prowadzonym przez na rozbudowę powierzchniowej centralnej stacji klimatyzacji przy szybie VI dla schładzania wyrobisk dołowych z zastosowaniem zawiesiny lodowej w JSW S.A. KWK „Budryk" (dalej: „Postępowanie"), w sposób niezgodny z przepisami PZP, poprzez (a) wprowadzenie do pkt III. 5 oraz do pkt V. 2.1.3.4 specyfikacji technicznej stanowiącej Załącznik nr 5 do SWZ (dalej „Specyfikacja techniczna") uzupełnienia w ramach odpowiedzi z dnia 11 października 2023 r. na pytania nr 39 i 40 poprzez wymóg, aby w przypadku modernizacji istniejących trójkomorowo-rurowych podajników PES-200 zakres modernizacji przed złożeniem oferty został bezwzględnie skonsultowany z producentem PES-200 tj. SIEMAG TECBERG, czyli wprowadzenie wymogu uzyskania przez wykonawców na etapie składania ofert potwierdzenia możliwości modernizacji istniejącego podajnika lub jej braku od podmiotu trzeciego wobec zamawiającego, który może mieć status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, a przez to może mieć – poprzez dowolne i arbitralne działanie nie objęte zakresem swojego zobowiązania zawartego w oświadczeniu z dnia 25 września 2023 r. – negatywy wpływ dla

innych wykonawców biorących udział w postępowaniu; (b) pisanie – w pkt III. 5 oraz w pkt V. 2.1.3.4 specyfikacji technicznej uzupełnionych odpowiedziami z dnia 11 października 2023 r. na pytania nr 39 i 40 – niejasnych przesłanek przemawiających za brakiem możliwości modernizacji istniejących trójkomorowo-rurowych podajników PES-200 do zasilania zawiesiną lodową, spełnienie których może być w pełni zależne od decyzji podmiotu trzeciego wobec zamawiającego i mogącego mieć status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu a które zaistnieć mogą na etapie składania ofert w ramach obligatoryjnych uzgodnień; (c) opisanie – w pkt III. 5 specyfikacji technicznej uzupełnionego odpowiedziami z dnia 11 października 2023 r. na pytania nr 39 i 40 - przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie przesłanek braku możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową przy jednoczesnym nie doprecyzowaniu przez Zamawiającego w specyfikacji technicznej parametrów lub wartości brzegowych określających brak możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 99 ust. 1 i ust. 5 PZP oraz art. 16 PZP, poprzez opisanie – w pkt III. 5 oraz w pkt V. 2.1.3.4 specyfikacji technicznej uzupełnionych odpowiedziami na pytania nr 39 i 40 z dnia 11 października 2023 r. - przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców w Postępowaniu tj. wprowadzenie wymogu, by w przypadku modernizacji istniejących trójkomorowo-rurowych podajników PES-200 zakres modernizacji przed złożeniem oferty należy bezwzględnie skonsultować z producentem PES-200 tj. SIEMAG TECBERG, czyli wprowadzenie wymogu uzyskania przez wykonawców potwierdzenia możliwości modernizacji istniejącego podajnika lub jej braku od podmiotu trzeciego wobec zamawiającego, który może mieć status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, a przez to może mieć – poprzez dowolne i arbitralne działanie nie objęte zakresem zobowiązania zawartego w oświadczeniu z dnia 25 września 2023 r. – negatywy wpływ dla innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, co nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, a ogranicza konkurencję w postępowaniu; 2) art. 99 ust. 1 i ust. 5 PZP oraz art. 16 PZP, poprzez opisanie – w pkt III. 5 oraz w pkt V. 2.1.3.4 specyfikacji technicznej uzupełnionych odpowiedziami na pytania nr 39 i 40 z dnia 11 października 2023 r. - w sposób nieprecyzyjny i niejasny, który ogranicza uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców w Postępowaniu tj. wprowadzenie ocenianych na etapie złożenia oferty niejasnych przesłanek przemawiających za brakiem możliwości modernizacji istniejących trójkomorowo-rurowych podajników PES200 do zasilania zawiesiną lodową, spełnienie których może być w pełni zależne od decyzji podmiotu trzeciego wobec zamawiającego i mogącego mieć status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, co nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, a ogranicza konkurencję w postępowaniu; 3) naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 5 PZP oraz art. 16 PZP, poprzez opisanie – w pkt III. 5 specyfikacji technicznej uzupełnionym odpowiedziami na pytania nr 39 i 40 z dnia 11 października 2023 r. - przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejasny, który ogranicza uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców w Postępowaniu tj. wprowadzenie iż w przypadku braku możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową należy zainstalować (w wyrobiskach wyznaczonych przez Zamawiającego) nowe podajniki, o parametrach technicznych dostosowanych do instalacji, z pełnym wyposażeniem towarzyszącym, m.in. układami pompowymi, zasilaniem, AKPiA oraz zabudować armaturę wraz z rurociągami umożliwiającymi wpięcie do istniejących rurociągów obiegu pierwotnego (szybowego) i wtórnego (obieg dołowy), przy jednoczesnym nie określeniu przez Zamawiającego parametrów lub wartości brzegowych braku możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową.

W konsekwencji, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści SWZ poprzez: 1)wykreślenie pkt V. 2.1.3.4 specyfikacji technicznej oraz jednocześnie wprowadzenie do pkt III.5 Specyfikacji technicznej jasnych i precyzyjnie sformułowanych parametrów i wartości brzegowych umożliwiających jednoznaczną weryfikację przez wykonawców braku możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową i konieczność zaoferowania nowych podajników, o parametrach technicznych dostosowanych do instalacji, z pełnym wyposażeniem towarzyszącym, ewentualnie 2) wykreślenie zmian w pkt II.11, pkt III.5 oraz pkt V.2.1.3.4. specyfikacji technicznej wprowadzonych odpowiedziami z dnia 11 października 2023 r. na pytania nr 39 i 40. Odwołujący wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę oraz wynagrodzenia zastępstwa procesowego, które będą wynikać z faktury VAT, które to rachunki zostaną złożone do akt postępowania odwoławczego podczas posiedzenia lub rozprawy.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający w ramach opracowanych dokumentów zamówienia, wprowadził do specyfikacji technicznej będącej załącznikiem do Specyfikacji Warunków Zamówienia zapis pkt III.5 Specyfikacji technicznej, zgodnie z którym: „W ramach zamówienia należy zwiększyć przepływ medium

chłodzącego do 460 m3/h, obniżyć temperaturę wody lodowej do maksymalnie 1,0 oC w chłodziarce (lub zespole chłodziarek) amoniakalnej o minimalnej wydajności 2,1 MW oraz uruchomić układ produkcji drobin lodu. Docelowo, w zamian stosowanego dotychczas medium chłodzącego, tj. wody lodowej, należy zastosować tzw. zawiesinę lodową. W związku z powyższym należy zmodernizować również dwa pracujące podajniki trójkomorowo-rurowe PES 200 firmy Siemag Tecberg zabudowane na poziomach 1050 i 1290. W przypadku braku możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową należy zainstalować (w wyrobiskach wyznaczonych przez Zamawiającego) nowe podajniki, o parametrach technicznych dostosowanych do instalacji, z pełnym wyposażeniem towarzyszącym, m.in. układami pompowymi, zasilaniem, AKPiA oraz zabudować armaturę wraz z rurociągami umożliwiającymi wpięcie do istniejących rurociągów obiegu pierwotnego (szybowego) i wtórnego (obieg dołowy). Następnie należy wyregulować parametry pracy podajników oraz rozpływ medium w instalacji na poz. 1050 i 1290."

W świetle pkt V. 2.5 Specyfikacji technicznej, w zakres prac wchodzi m.in.: „Modernizacja istniejących trójkomorowo-rurowych podajników cieczy typu PES 200 na poz. 1050 i poz. 1290, produkcji Siemag Tecberg do zasilania zawiesiną lodową wraz z modernizacją układu sterowania w oparciu o oryginalne części, lub budowa nowych trójkomorowo-rurowych podajników cieczy (w wyrobiskach wyznaczonych przez Zamawiającego) o parametrach technicznych dostosowanych do instalacji, z pełnym wyposażeniem towarzyszącym, m.in. układami pompowymi, zasilaniem, AKPiA oraz zabudowa armatury wraz z rurociągami umożliwiającymi wpięcie do istniejących rurociągów obiegu pierwotnego (szybowego) i wtórnego (obieg dołowy)."

W dalszej części Specyfikacji technicznej, tj. w pkt V. 2.1.3.4. Specyfikacji technicznej Zamawiający wymagał, iż „w przypadku modernizacji istniejących trójkomorowo-rurowych podajników PES-200 zakres modernizacji należy bezwzględnie skonsultować z producentem PES-200 tj. SIEMAG TECBERG".

Powyższe zapisy stały się przedmiotem odwołania Odwołującego złożonego w dniu 15 września 2023 r., a sprawa zawisła pod sygn. akt KIO 2735/23. Termin rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą wyznaczony został na dzień 28 września 2023 r. Zamawiający na dzień przed rozprawą, tj. w dniu 27 września 2023 r. zmodyfikował pkt V.2.1.3.4. specyfikacji technicznej dodając do tego zapisu sformułowanie, iż oświadczenie producenta PES-200 o podjęciu konsultacji dotyczących modernizacji istniejących podajników trójkomoroworurowych z dnia 25 września 2023 r. wraz z jego pismem z dnia 10 marca 2023 r. stanowi załącznik do specyfikacji technicznej. Zgodnie z tymże oświadczeniem producenta, SiemagTecberg z dnia 25 września 2023 r., podmiot ten zobowiązał się do podjęcia się: „współpracy z wykonawcą wyłonionym w wyniku rozstrzygnięcia postępowania w zakresie niezbędnym do należytej realizacji inwestycji tj. wykonania modernizacji podajników PES przy spełnieniu warunków zdefiniowanych w piśmie nr GAM/0020/03/2023 z 10 marca 2023 r." Analogiczne oświadczenie Siemag-Tecberg załączył do odpowiedzi na odwołanie Odwołującego w ramach przystąpienia przez ten podmiot do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Szczegółowe warunki związane z możliwą modernizacją podajnika PES 200 zostały natomiast zawarte w piśmie Siemag-Tecberg z dnia 10 marca 2023 r.

W wyniku powyższej modyfikacji treść SWZ, Odwołujący cofnął odwołanie w dniu 27 września 2023 r. w sprawie pod sygn. akt KIO 2735/23.

Następnie, Zamawiający w dniu 11 października 2023 r. opublikował na stronie postępowania wyjaśnienie treści SWZ, gdzie w odpowiedzi na pytanie nr 39, doprecyzował pkt III. 5 specyfikacji technicznej określając iż: „Jako brak możliwości istniejących trójkomorowo-rurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową Zamawiający rozumie brak możliwości technicznych modernizacji zależnych od wykorzystanej technologii produkcji drobin lodu lub trudności w uzgodnieniu zakresu modernizacji z producentem podajników lub brak możliwości uzyskania parametrów końcowych zgodnych z wymaganiami Zamawiającego". Co więcej, w odpowiedzi na pytanie nr 40, Zamawiający określił termin wymaganych - na podstawie pkt V.2.1.3.4 specyfikacji technicznej - konsultacji z producentem istniejących podajników PES 200, wskazując, iż wykonawcy powinni dokonać uzgodnień z producentem PES 200 zakres koniecznych modernizacji już na etapie sporządzania ofert, czym zmodyfikował pkt II.11 specyfikacji technicznej, z którego wynikało że analiza przez wykonawcę istniejącego układu wytwarzania wody lodowej (tj. urządzenia wchodzące w skład istniejącej Powierzchniowej Centralnej Stacji Klimatyzacji) oraz jej transportu i rozdziału, a także parametry wody lodowej w miesiącach zimowych oraz letnich (przepływ na poz. 1050 i 1290, temperatura) nastąpi przed przystąpieniem do prac projektowych, a zatem po wyborze przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty. Wprowadzenie przez Zamawiającego zmian do treści SWZ poprzez odpowiedzi na pytanie nr 39 i 40 skutkowało zarazem nieaktualnością oświadczenia producenta PES 200, SiemagTecberg z dnia 25 września 2023 r. dotyczącego zobowiązania tego podmiotu do współpracy z dowolnym wykonawcą w ramach uzgodnień dotyczących zakresu modernizacji, albowiem podmiot ten wyraźnie zobowiązał się do współpracy z wykonawcą, dopiero który zostanie wyłoniony w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. Powyższe działania Zamawiającego stały się podstawą do złożenia w dniu 12 października 2023 r. do

Zamawiającego wniosku o zmianę treści SWZ, a następnie wniesieniem niniejszego odwołania.
Zarzuty z pkt 1 i 2 petitum odwołania
Odwołujący wskazał, że zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 5 PZP oraz art. 16 PZP, poprzez opisanie – w pkt III. 5 oraz w pkt V. 2.1.3.4 specyfikacji technicznej uzupełnionych odpowiedziami na pytania nr 39 i 40 z dnia 11 października 2023 r. - przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców w Postępowaniu tj. wprowadzenie wymogu, by w przypadku modernizacji istniejących trójkomorowo-rurowych podajników PES-200 zakres modernizacji przed złożeniem oferty należy bezwzględnie skonsultować z producentem PES-200 tj. SIEMAG TECBERG, czyli wprowadzenie wymogu uzyskania prze wykonawców potwierdzenia możliwości modernizacji istniejącego podajnika lub jej braku od podmiotu trzeciego wobec zamawiającego, który może mieć status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, a przez to może mieć – poprzez dowolne i arbitralne działanie nie objęte zakresem zobowiązania zawartego w oświadczeniu z dnia 25 września 2023 r. – negatywy wpływ dla innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, co nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, a ogranicza konkurencję w postępowaniu oraz naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 5 PZP oraz art. 16 PZP, poprzez opisanie – w pkt III. 5 oraz w pkt V. 2.1.3.4 specyfikacji technicznej uzupełnionych odpowiedziami na pytania nr 39 i 40 z dnia 11 października 2023 r. - w sposób nieprecyzyjny i niejasny, który ogranicza uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców w Postępowaniu tj. wprowadzenie ocenianych na etapie złożenia oferty niejasnych przesłanek przemawiających za brakiem możliwości modernizacji istniejących trójkomorowo-rurowych podajników PES200 do zasilania zawiesiną lodową, a które to przesłanki mogą być w pełni zależne od podmiotu trzeciego wobec zamawiającego, mogącego mieć status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, co nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, a ogranicza konkurencję w postępowaniu.
Uzasadnienie zarzutów
Odwołujący wskazał, że 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 (art. 99 ust. 1 PZP). Zgodnie z art. 99 ust. 4 PZP, 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 przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający (w pkt III. 5 oraz V 2.5. Specyfikacji technicznej) wprawdzie dopuścił dwa warianty wykonania instalacji, albo z możliwością modernizacji istniejących trójkomorowo-rurowych podajników cieczy typu PES 200 na poz. 1050 i poz. 1290, produkcji Siemag Tecberg albo budową nowych trójkomorowo-rurowych podajników cieczy (w wyrobiskach wyznaczonych przez Zamawiającego) o parametrach technicznych dostosowanych do instalacji, ale w odniesieniu do kwestii modernizacji owa wariantowość jest oparta na nieprecyzyjnych i niejasnych przesłankach. W odniesieniu do modernizacji istniejących podajników, Zamawiający w pkt V.2.1.3.4. Specyfikacji technicznej zastosował obligatoryjną konsultację możliwości modernizacji z producentem istniejących trójkomorowo-rurowych podajników cieczy typu PES 200, firmą Siemag Tecberg, przy czym zmodyfikowany przez Zamawiającego w dniu 27 września 2023 r. pkt V.2.1.3.4. specyfikacji technicznej otrzymał sformułowanie, iż oświadczenie producenta PES-200 o podjęciu konsultacji dotyczących modernizacji istniejących podajników trójkomorowo-rurowych z dnia 25 września 2023 r. wraz z jego pismem z dnia 10 marca 2023 r. stanowić miało integralną część specyfikacji technicznej. Zgodnie z tymże oświadczeniem producenta, Siemag-Tecberg z dnia 25 września 2023 r., podmiot ten zobowiązał się do podjęcia się: „współpracy z wykonawcą wyłonionym w wyniku rozstrzygnięcia postępowania w zakresie niezbędnym do należytej realizacji inwestycji tj. wykonania modernizacji podajników PES przy spełnieniu warunków zdefiniowanych w piśmie nr GAM/0020/03/2023 z 10 marca 2023 r.”. Zamawiający w dniu 11 października 2023 r. opublikował na stronie postępowania wyjaśnienie treści SWZ, gdzie w odpowiedzi na pytanie nr 39, doprecyzował pkt III. 5 specyfikacji technicznej określając iż: „Jako brak możliwości istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową Zamawiający rozumie brak możliwości technicznych modernizacji zależnych od wykorzystanej technologii produkcji drobin lodu lub trudności w uzgodnieniu zakresu modernizacji z producentem podajników lub brak możliwości uzyskania parametrów końcowych zgodnych z wymaganiami Zamawiającego”. Co więcej, w odpowiedzi na pytanie nr 40 dokonanej tego samego dnia, Zamawiający określił termin wymaganych - na podstawie pkt V.2.1.3.4 specyfikacji technicznej - konsultacji z producentem istniejących podajników PES 200, wskazując, iż wykonawcy powinni dokonać uzgodnień z producentem PES 200 zakres koniecznych modernizacji już na etapie sporządzania ofert, czym zmodyfikował pkt II.11 specyfikacji technicznej, z którego wynikało że analiza przez wykonawcę istniejącego układu wytwarzania wody lodowej (tj. urządzenia wchodzące w skład istniejącej Powierzchniowej Centralnej Stacji Klimatyzacji) oraz jej transportu i rozdziału, a także parametry wody lodowej w miesiącach zimowych oraz letnich (przepływ na poz.

1050 i 1290, temperatura) nastąpi przed przystąpieniem do prac projektowych, a zatem po wyborze przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty. Wprowadzenie przez Zamawiającego zmian do treści SWZ poprzez odpowiedzi na pytanie nr 39 i 40 skutkowało nieaktualnością oświadczenia producenta PES 200, Siemag-Tecberg z dnia 25 września 2023 r. dotyczącego zobowiązania się tego podmiotu do współpracy z dowolnym wykonawcą w ramach uzgodnień dotyczących zakresu modernizacji, albowiem podmiot ten zobowiązał się do współpracy z wykonawcą, który został wyłoniony w wyniku rozstrzygnięcia postępowania.

W ocenie Odwołującego, obecnie ukształtowane przez pytania nr 39 i 40 zapisy specyfikacji technicznej (pkt III.5 oraz V.2.1.3.4.) mogą mieć dalekosiężne konsekwencje dla wykonawców, gdyż Zamawiający w pkt V.5 Specyfikacji technicznej wskazał, iż w przypadku braku możliwości dostosowania istniejących trójkomorowo - rurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową należy zainstalować nowe podajniki. W związku z modyfikacją treści pkt III. 5 specyfikacji technicznej dokonaną poprzez odpowiedź na pytanie nr 39 z dnia 11 października 2023 r. dojdzie zatem do sytuacji, gdzie SIEMAG TECBERG, który jest podmiotem trzecim wobec Zamawiającego i który jednocześnie może mieć status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, będzie de facto decydować o tym, czy dany wykonawca który planuje modernizację istniejącego podajnika ma możliwość jego modernizacji czy też jej nie ma. Poprzez wprowadzenie - za pośrednictwem odpowiedzi na pytanie nr 39 - do pkt III.5 specyfikacji technicznej niejasnego i nieprecyzyjnego pojęcia: „trudności w uzgodnieniu zakresu modernizacji z producentem podajników" jako przesłanki braku możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników, sprzyjać to może dowolnym i arbitralnym decyzjom wskazanego podmiotu, który będąc bezpośrednio zainteresowany udziałem w postępowaniu może dowolnie kształtować treść swoich stanowisk, jak również powstrzymać się w ogóle od jej udzielenia wykonawcom. Zatem, w tak ukształtowanym (poprzez odpowiedź na pytanie nr 39 i 40) pkt III.5 specyfikacji technicznej, to podmiot trzeci, a nie Zamawiający będzie decydować o ostatecznym kształcie ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że wariant przewidujący budowę nowej podajników będzie wariantem znacznie droższym niż modernizacja dotychczasowych podajników, co w razie opisanych powyżej działań producenta, może mieć realny wpływ na wysokość cen ofertowych składanych w postępowaniu i tym samym uprzywilejowaną sytuację SIEMAG TECBERG który wykluczając możliwość modernizacji istniejącego podajnika przez konkurentów złoży swoją ofertę w zakresie modernizacji podajnika, która będzie korzystniejsza cenowo od reszty ofert zawierających koszt dostawy i montażu nowych urządzeń. Takie działanie będzie działaniem sprzecznym z uczciwą konkurencją jak i zasadą równego traktowania wykonawców, a jego zaistnienia – dokonując analizy zapisów SWZ nie sposób wykluczyć. W każdym razie, producent PES 200 poprzez obligatoryjne konsultacje na etapie przed złożeniem ofert pozna koncepcje prezentowaną przez jego konkurentów, co da mu na tym etapie nieuzasadnioną przewagę nad pozostałymi wykonawcami.

W wyniku prowadzonych konsultacji z producentem istniejącego podajnika, może dojść do niezasadnego (i nie podlegającego jakiejkolwiek weryfikacji przez Zamawiającego ani inny organ kontroli procesów udzielania zamówień publicznych) uznania, iż „brak możliwości technicznych modernizacji zależnych od wykorzystanej technologii produkcji drobin lodu", co oznacza spełnienie przesłanki pierwszej. W tym przypadku, w razie utrzymania w mocy zaskarżonego w niniejszym odwołaniu pkt III.5 oraz pkt V 2.1.3.4. specyfikacji technicznej, zachodzi poważne ryzyko próby odrzucania ofert przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP jako sprzecznych z warunkami zamówienia poprzez argumentację, iż zachodzi przewidziany w pkt III.5 specyfikacji technicznej brak możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową i konieczność zaoferowania i zastosowania nowych podajników, zwłaszcza że w odpowiedzi na pytanie nr 40, Zamawiający określił termin wymaganych - na podstawie pkt V.2.1.3.4 specyfikacji technicznej - konsultacji z producentem istniejących podajników PES 200, wskazując, iż powinno się to odbyć na etapie sporządzania ofert. Ta modyfikacja doprowadziła z kolei do dezaktualizacji oświadczenia producenta PES 200, Siemag-Tecberg z dnia 25 września 2023 r. dotyczącego zobowiązania się tego podmiotu do współpracy z dowolnym wykonawcą w ramach uzgodnień dotyczących zakresu modernizacji, albowiem podmiot ten zobowiązał się do współpracy z wykonawcą, który został wyłoniony w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. Zatem, zobowiązanie Siemag Tecberg do współpracy z wykonawcami, nie obowiązuje do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Odwołującego może zaistnieć również i taka sytuacja, w której producent istniejącego podajnika z dowolnych pobudek odmówi dokonania konsultacji z danym wykonawcą, względnie zaniecha odpowiedzi na zapytania, co może być ocenione w świetle aktualnego brzmienia pkt III.5 i pkt V 2.1.3.4. specyfikacji technicznej jako przejaw „trudności w uzgodnieniu zakresu modernizacji z producentem podajników" i tym samym wyczerpaniem przesłanki „braku możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników" o którym mowa w pkt III.5 Specyfikacji technicznej. Oferent, który napotka takowe przeszkody i który mimo wszystko zaoferuje przedmiot zamówienia uwzględniający modernizację istniejących podajników PES 200 może zostać negatywnie oceniony przez Zamawiającego w rezultacie którego może dojść do próby odrzucania takiej ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP jako sprzecznej z warunkami zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż przedmiotowe postępowanie jest drugim postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego w zakresie rozbudowy powierzchniowej centralnej stacji klimatyzacji przy szybie VI dla schładzania wyrobisk dołowych z zastosowaniem zawiesiny lodowej w JSW S.A. KWK „Budryk". W poprzednim postępowaniu prowadzonym w 2022 r. (Nr sprawy: nr 3/P/22) firma Siemag Tecberg brał w nim udział jako wykonawca. Przetarg został unieważniony przez Zamawiającego na podstawie art. 255 pkt 3 PZP z uwagi iż cena najkorzystniejszej oferty (oferty Siemag Tecberg wynosząca niemal 150 000 000 zł netto, oferta Odwołującego wynosząca niemal 90 000 000 zł została odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia) przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (była to kwota rzędu 60 000 000 zł). Istnieje zatem duże prawdopodobieństwo ponownego startu wskazanego podmiotu w postępowaniu a skonstruowane zapisy dokumentów zamówienia umożliwiają mu wpływ na oferty przeciwników.

Z wyżej przytoczonych przyczyn zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 5 PZP oraz art. 16 PZP PZP należy uznać za zasadny.

Zarzut z pkt 3 petitum odwołania

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 5 PZP oraz art. 16 PZP, poprzez opisanie – w pkt III. 5 specyfikacji technicznej uzupełnionym odpowiedziami na pytania nr 39 i 40 z dnia 11 października 2023 r. - przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejasny, który ogranicza uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców w Postępowaniu tj. wprowadzenie iż w przypadku braku możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową należy zainstalować (w wyrobiskach wyznaczonych przez Zamawiającego) nowe podajniki, o parametrach technicznych dostosowanych do instalacji, z pełnym wyposażeniem towarzyszącym, m.in. układami pompowymi, zasilaniem, AKPiA oraz zabudować armaturę wraz z rurociągami umożliwiającymi wpięcie do istniejących rurociągów obiegu pierwotnego (szybowego) i wtórnego (obieg dołowy), przy jednoczesnym nie określeniu przez Zamawiającego parametrów lub wartości brzegowych braku możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową.

Odwołujący wskazał, że 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 (art. 99 ust. 1 PZP). W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w pkt III. 5 Specyfikacji technicznej wprowadził zapis, iż w przypadku braku możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową należy zainstalować (w wyrobiskach wyznaczonych przez Zamawiającego) nowe podajniki, o parametrach technicznych dostosowanych do instalacji, z pełnym wyposażeniem towarzyszącym, m.in. układami pompowymi, zasilaniem, AKPiA oraz zabudować armaturę wraz z rurociągami umożliwiającymi wpięcie do istniejących rurociągów obiegu pierwotnego (szybowego) i wtórnego (obieg dołowy). Zamawiający publikując na stronie postępowania odpowiedź na pytanie nr 39, doprecyzował pkt III. 5 specyfikacji technicznej określając iż: „Jako brak możliwości istniejących trójkomorowo-rurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową Zamawiający rozumie brak możliwości technicznych modernizacji zależnych od wykorzystanej technologii produkcji drobin lodu lub trudności w uzgodnieniu zakresu modernizacji z producentem podajników lub brak możliwości uzyskania parametrów końcowych zgodnych z wymaganiami Zamawiającego". Z kolei, w odpowiedzi na pytanie nr 40 dokonanej tego samego dnia, Zamawiający określił termin wymaganych - na podstawie pkt V.2.1.3.4 specyfikacji technicznej - konsultacji z producentem istniejących podajników PES 200, wskazując, iż wykonawcy powinni dokonać uzgodnień z producentem PES 200 zakres koniecznych modernizacji już na etapie sporządzania ofert. Zamawiający nie określił jednak w treści dokumentów postępowania parametrów lub wartości brzegowych umożliwiających weryfikację braku możliwości technicznych modernizacji zależnych od wykorzystanej technologii produkcji drobin lodu dostosowania skutkujących uznaniem przez Zamawiającego przesłanki braku możliwości technicznych modernizacji zależnych od wykorzystanej technologii produkcji drobin lodu, odsyłając w tym zakresie (w pkt V 2.1.3.4. specyfikacji technicznej) do obowiązkowych konsultacji z producentem istniejących trójkomorowo-rurowych podajników cieczy typu PES 200 na poz. 1050 i poz. 1290, firmą Siemag Tecberg, co do którego rozwiązania potencjalne działania zaburzające uczciwą konkurencję zostały omówione w zarzucie z pkt 1 petitum odwołania. Zwrócić uwagę należy, iż w związku z odpowiedziami na pytania nr 39 i 40 nie jest już aktualne wskazane w pkt V.2.1.3.4. specyfikacji technicznej zapewnienie producenta PES-200 o podjęciu konsultacji dotyczących modernizacji istniejących podajników trójkomorowo-rurowych z dnia 25 września 2023 r. wraz z jego pismem z dnia 10 marca 2023 r. Świadczy o tym następujące argumenty:

- po pierwsze, zgodnie z tymże oświadczeniem producenta, Siemag-Tecberg z dnia 25 września 2023 r., podmiot ten zobowiązał się do podjęcia się: „współpracy z wykonawcą wyłonionym w wyniku rozstrzygnięcia postępowania w zakresie niezbędnym do należytej realizacji inwestycji tj. wykonania modernizacji podajników PES przy spełnieniu warunków zdefiniowanych w piśmie nr GAM/0020/03/2023 z 10 marca 2023 r.", a zatem zobowiązanie nie obowiązuje na etapie przed złożeniem ofert;

- po drugie, poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego sformułowania „brak możliwości technicznych modernizacji zależnych od wykorzystanej technologii produkcji drobin lodu" jako przejawu braku możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową o którym mowa w pkt III.5 specyfikacji twchnicznej, uchylono zatem zastosowanie warunków zdefiniowanych w piśmie Siemag Tecberg nr GAM/0020/03/2023 z 10 marca 2023 r.

W ocenie Odwołującego, w obecnym kształcie pkt III.5 specyfikacji technicznej brak jest precyzyjnych parametrów brzegowych określających dopuszczalność przeprowadzenia modernizacji podajników PES 200. Zatem poprzez zmiany treści SWZ dokonane w dniu 11 października 2023 r. Zamawiający nie tylko wrócił do stanu, sprzed wniesienia przez Odwołującego odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2735/23, ale również wprowadził więcej wątpliwości co do przejrzystości zapisów SWZ. Z wyżej przytoczonych przyczyn zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 5 PZP oraz art. 16 PZP należy uznać za zasadny.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę powierzchniowej centralnej stacji klimatyzacji przy szybie VI dla schładzania wyrobisk dołowych z zastosowaniem zawiesiny lodowej w JSW S.A. KWK „Budryk".

Izba ustaliła, że Załącznikiem nr 1B do SWZ jest Specyfikacja techniczna. Izba ustaliła, że w III.5 Specyfikacji technicznej, Zamawiający wskazał:

„W ramach zamówienia należy zwiększyć przepływ medium chłodzącego do 460 m3/h, obniżyć temperaturę wody lodowej do maksymalnie 1,0 oC w chłodziarce (lub zespole chłodziarek) amoniakalnej o minimalnej wydajności 2,1 MW oraz uruchomić układ produkcji drobin lodu. Docelowo, w zamian stosowanego dotychczas medium chłodzącego, tj. wody lodowej, należy zastosować tzw. zawiesinę lodową. W związku z powyższym należy zmodernizować również dwa pracujące podajniki trójkomorowo-rurowe PES 200 firmy Siemag Tecberg zabudowane na poziomach 1050 i 1290. W przypadku braku możliwości dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową należy zainstalować (w wyrobiskach wyznaczonych przez Zamawiającego) nowe podajniki, o parametrach technicznych dostosowanych do instalacji, z pełnym wyposażeniem towarzyszącym, m.in. układami pompowymi, zasilaniem, AKPiA oraz zabudować armaturę wraz z rurociągami umożliwiającymi wpięcie do istniejących rurociągów obiegu pierwotnego (szybowego) i wtórnego (obieg dołowy). Następnie należy wyregulować parametry pracy podajników oraz rozpływ medium w instalacji na poz. 1050 i 1290."

Izba ustaliła, że w pkt V. 2.5 Specyfikacji technicznej, w zakres prac wchodzi m.in.: „Modernizacja istniejących trójkomorowo-rurowych podajników cieczy typu PES 200 na poz. 1050 i poz. 1290, produkcji Siemag Tecberg do zasilania zawiesiną lodową wraz z modernizacją układu sterowania w oparciu o oryginalne części, lub budowa nowych trójkomorowo-rurowych podajników cieczy (w wyrobiskach wyznaczonych przez Zamawiającego) o parametrach technicznych dostosowanych do instalacji, z pełnym wyposażeniem towarzyszącym, m.in. układami pompowymi, zasilaniem, AKPiA oraz zabudowa armatury wraz z rurociągami umożliwiającymi wpięcie do istniejących rurociągów obiegu pierwotnego (szybowego) i wtórnego (obieg dołowy)."

W pkt V. 2.1.3.4. Specyfikacji technicznej Zamawiający wskazał: „W przypadku modernizacji istniejących trójkomorowo-rurowych podajników PES-200 zakres modernizacji należy bezwzględnie skonsultować z producentem PES-200 tj. SIEMAG TECBERG".

Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 15 września 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2735/23). Zamawiający w dniu 27 września 2023 r. zmodyfikował pkt V.2.1.3.4. specyfikacji technicznej dodając do tego zapisu sformułowanie, iż oświadczenie producenta PES-200 o podjęciu konsultacji dotyczących modernizacji istniejących podajników trójkomoroworurowych z dnia 25 września 2023 r. wraz z jego pismem z dnia 10 marca 2023 r. stanowi załącznik do specyfikacji technicznej.

Izba ustalił, że w oświadczeniu z dnia 25 września 2023 r. producent firma Siemag Tecberg z zobowiązał się do podjęcia się: „współpracy z wykonawcą wyłonionym w wyniku rozstrzygnięcia postępowania w zakresie niezbędnym do należytej realizacji inwestycji tj. wykonania modernizacji podajników PES przy spełnieniu warunków zdefiniowanych w piśmie nr GAM/0020/03/2023 z 10 marca 2023 r." Izba ustaliła, że Odwołujący cofnął odwołanie w dniu 27 września 2023 r. w sprawie pod sygn. akt KIO 2735/23.

Izba ustaliła, że w dniu 11 października 2023 r. Zamawiający opublikował na stronie postępowania wyjaśnienie treści SWZ. W zakresie podniesionych zarzutów, Izba ustaliła, że następujące treść pytań wykonawców i odpowiedzi Zamawiającego:

39.„Dotyczy Załącznika nr 1B Specyfikacji Technicznej, pkt III ppkt 5 (str. 5/26) - Czy Zamawiający pod pojęciem „...braku możliwości dostosowania istniejących trójkomorowo — rurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową" rozumie brak możliwości technicznych"

Odpowiedź zamawiającego:

Intencją zamawiającego jest maksymalne wykorzystanie istniejącej infrastruktury, w tym dwóch istniejących podajników PES-200, dopuszczalne jest natomiast zainstalowanie nowych podajników we wskazanych wyrobiskach w przypadku braku możliwości dostosowania istniejących podajników. Jako brak możliwości dostosowania istniejących trójkomorowo-rurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową zamawiający rozumie brak możliwości technicznych modernizacji zależnych od wykorzystanej technologii produkcji drobin lodu lub trudności w uzgodnieniu zakresu realizacji modernizacji z producentem podajników lub brak możliwości uzyskania parametrów końcowych zgodnych z wymaganiami Zamawiającego,

40.„Dotyczy Załącznika nr IB Specyfikacji Technicznej, pkt III ppkt 5„W przypadku braku możliwości dostosowania istniejących trójkomorowo — rurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową należy zainstalować (w wyrobiskach wyznaczonych przez Zamawiającego) nowe podajniki, o parametrach technicznych dostosowanych do instalacji ". Kto w zamyśle Zamawiającego ma oceniać brak możliwości dostosowania istniejących trójkomorowo — rurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową? Czy o braku możliwości ma zdecydować i poinformować Wykonawca któremu brakuje należytego doświadczenia, wiedzy, zaplecza technicznego oraz na jakim etapie procedury przetargowej?„

Odpowiedź zamawiającego:

Wykonawcy na etapie sporządzania ofert powinni uzgodnić z producentem podajników PES-200 technologię produkcji drobin lodu oraz zakres koniecznych modernizacji podajników PES-200. Wynika to wprost z intencji Zamawiającego którą jest maksymalne wykorzystanie istniejącej infrastruktury. W przypadku braku możliwości dostosowania podajników PES-200 z powodów technicznych dopuszczalna jest budowa nowych podajników we wskazanych wyrobiskach razem

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby, Odwołujący wykazał naruszenie art. 99 ust. 1 i 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp. Przyjęte przez Zamawiającego rozwiązania w SWZ – Specyfikacji technicznej, doprecyzowane w ramach udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 39 i 40 z dnia 11 października 2023 r. wprowadzają do dokumentów zamówienia pojęcia niejasne oraz nieostre, które stwarzają niezasadne ryzyko dowolnej oceny oferty wykonawcy i stawiają w uprzywilejowanej pozycji w postępowaniu przetargowym producenta trójkomorowo – rurowych podajników obecnie funkcjonujących u Zamawiającego.

Na wstępie Izba wskazuje, że podmiotem odpowiedzialnym za sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest Zamawiający. Czynność ta jest jedną z najistotniejszych czynności w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Prawidłowe opisanie potrzeb publicznych, jak i sposobu ich realizacji gwarantuje efektywne wydatkowanie środków publicznych. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający związany jest zasadami wynikającymi z art. 16 ustawy Pzp oraz regulacjami wynikającymi z art. 99 ustawy Pzp. Przepisy te wskazują jednoznacznie, że obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób: (i) jednoznaczny; (ii) wyczerpujący; (iii) z uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie ma jednej uniwersalnej formuły opisu przedmiotu zamówienia, która gwarantowałaby zachowanie powyższych wytycznych. Każde postępowanie charakteryzuje się swoją odrębnością. Potrzeby i uwarunkowania podmiotów publicznych są determinowane ich indywidualną sytuacją oraz celami, które mają zostać osiągnięte poprzez dane postępowanie przetargowe.

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje, że nie było sporne w sprawie, że Zamawiający ma obecnie zainstalowane trójkomorowo-rurowe podajnik PES-200, których producentem jest firma SIEMAG TECBERG. Nie było również sporne że firma SIMEG TECBER w ramach unieważnionego poprzednio postępowania utworzyła wraz z przystępującym DPMtech konsorcjum, które ubiegało się o przedmiotowe zamówienia. Nie jest również sporne w sprawie, że w obecnie prowadzonym postępowaniu producent podajników jest również zainteresowany złożeniem oferty, czemu dał wyraz przystępując do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wyrażając w ten sposób aprobatę wobec przyjętych przez Zamawiającego rozwiązań w dokumentach zamówienia. To co sporne pozostawało pomiędzy stronami to sposób w jaki Zamawiający opisał i wyjaśnił wykonawcom obowiązek przeprowadzenia konsultacji z producentem podajników oraz okoliczności uzasadniające zamontowanie nowych podajników.

Zamawiający w Specyfikacji technicznej wskazał w Rozdziale V, pkt 2.1.3.4, że w przypadku modernizacji podajników zakres modernizacji należy bezwzględnie skonsultować z producentem. Ponadto, w Rozdziale III, pkt 5 Zamawiający wskazał, że w przypadku braku możliwości dostosowania istniejących podajników do zasilania zawiesioną lodową należy zainstalować nowe podajniki o parametrach technicznych dostosowanych do instalacji, z pełnym wyposażeniem towarzyszącym, m.in. układami pompowymi, zasilaniem, AKPiA oraz zabudować armaturę wraz z rurociągami umożliwiającymi wpięcie do istniejących rurociągów obiegu pierwotnego (szybowego) i wtórnego (obieg dołowy). Następnie należy wyregulować parametry pracy podajników oraz rozpływ medium w instalacji na poz. 1050 i 1290.

Ponadto Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców, w dniu 11 października 2023 r. wyjaśnił w odpowiedzi na pytanie nr 39, doprecyzował pkt III. 5 specyfikacji technicznej określając iż: „Jako brak możliwości istniejących

trójkomorowo-rurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową Zamawiający rozumie brak możliwości technicznych modernizacji zależnych od wykorzystanej technologii produkcji drobin lodu lub trudności w uzgodnieniu zakresu modernizacji z producentem podajników lub brak możliwości uzyskania parametrów końcowych zgodnych z wymaganiami Zamawiającego". W odpowiedzi na pytanie nr 40, Zamawiający określił termin wymaganych - na podstawie pkt V.2.1.3.4 specyfikacji technicznej konsultacji – Zamawiający wskazał, że wykonawcy przed złożeniem oferty powinni uzgodnić z producentem technologię produkcji drobin lodu oraz konieczny zakres modernizacji podajników. Zdaniem Izby, w/w założenia co do procesu konsultacji oraz sposobu uzgodnień z producentem podajników sposobu wykonania zamówienia, przy jednoczesnym bezspornym fakcie, że producent również jest zainteresowany udziałem w postępowaniu stanowią niezasadne uprzywilejowanie producenta i potencjalnych podmiotów z nim współpracujących w ramach np. konsorcjum, bez zagwarantowania pozostałym wykonawcom rzeczywistej możliwości przeprowadzenia takich konsultacji i realizacji zamówienia poprzez modernizację istniejących podajników, nie zaś ich wymianę.
Po pierwsze, Izba wskazała powyżej, że podmiotem odpowiedzialnym za sporządzenie dokumentacji zamówienia jest Zamawiający. Skoro zatem Zamawiający nakłada na wykonawców obowiązek odbycia konsultacji z producentem podajników funkcjonujących u Zamawiającego i ustalenia przed złożeniem oferty technologii produkcji i zakresu koniecznych modernizacji, to również obowiązkiem Zamawiającego jest umożliwienie każdemu wykonawcy przeprowadzenie takich konsultacji na równych zasadach. Zdaniem Izby sposób przeprowadzenia takich konsultacji winien być określony w dokumentach zamówienia, zaś z ich przebiegu sporządzony protokół. Pozostawianie wykonawcy na łaskę bądź niełaskę producenta urządzeń, konkurującego z wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu i zainteresowanego uzyskaniem zamówienia, jest oczywistym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i przerzuceniem na wykonawcę odpowiedzialności za działania/zaniechania podmiotu trzeciego tj. producenta. Należy zadać sobie pytanie jaki obiektywnie interes ma producent w udzieleniu konkurencyjnemu wykonawcy jakichkolwiek informacji o funkcjonujących podajnikach, skoro ten właśnie producent ubiega się o przedmiotowe zamówienia. Zamawiający nie powołał się na żadne uregulowania umowne z producentem, które zobowiązywałby producenta do rzetelnej współpracy z wykonawcami, a w przypadku uchylania się do takiej współpracy dawałby Zamawiający możliwość nałożenia jakiejkolwiek sankcji na producenta. Izba zauważa, że to Zamawiający nabywał podajniki w 2014 oraz 2018 r. i to Zamawiający w relacji umownej z producentem winien był uregulować zasady ewentualnego udostępnienia przed producenta informacji związanych z urządzeniami. Na pytanie Izby podczas rozprawy czy Zamawiający analizował zawarte umowy z firmą SIEMAG przed wszczęciem postępowania, Zamawiający udzielił odpowiedzi, że nie.
W ocenie Izby, postawa Zamawiającego jest wyłącznie próbą przerzucenia na wykonawcę ryzyk związanych z wadliwym opisem przedmiotu zamówienia. Oczywistym dla Izby jest to, że producent, który popierał stanowisko Zamawiającego przystępując do postępowania po jego stronie, ma prawo nie udostępnić wymaganych danych innym wykonawcom lub udostępnić je w ograniczonym zakresie, odmówić pewnych informacji powołując się chociażby na tajemnicę przedsiębiorstwa, co w konsekwencji może odbić się na doborze technologii i wycenie kosztów realizacji zamówienia. Skoro producent dąży do uzyskania zamówienia, to obiektywnie nie ma żadnego interesu w dzieleniu się z konkurencyjnym wykonawcą swoją wiedzą. Izba zaznacza, że to nie producent podajników jest związany zasadą równego traktowania wykonawców, ale Zamawiający i to Zamawiający jest zobowiązany tak zorganizować postępowanie, aby ta zasada miała realne przełożenie na każdego wykonawcę zainteresowanego złożeniem oferty, na porównywalnych zasadach. Tymczasem w analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia z wypaczeniem zasady równego traktowania wykonawców i z działaniem, które de facto prowadzi do monopolizacji rynku przez producenta, bowiem możliwość oceny przez wykonawców przeprowadzenia modernizacji podajników została uzależniona od jego dobrej woli. Zdaniem Izby, nie stanowi sam w sobie naruszenia art. 99 ust. 1 i 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp wymóg przeprowadzenia przed złożeniem oferty przez wykonawcę konsultacji z producentem istniejących podajników. Stanowi natomiast naruszenie w/w przepisów brak określenia w dokumentach zamówienia zasad i procedury przeprowadzenia takich konsultacji, jak również brak wskazania, że to Zamawiający jest zobowiązany do zapewnienia wszystkim wykonawcom na równych zasadach możliwości przeprowadzenia takich konsultacji (skoro sam formułuje taki wymóg), jak i możliwości zgłaszania zastrzeżeń do protokołu z ich przeprowadzenia. Nie ulega wątpliwości, że producent podajników obiektywnie znajduje się w lepszej sytuacji niż inni wykonawcy zainteresowani złożeniem oferty. Jest producentem urządzeń, a zatem posiada już wiedzę co do ich technologicznego funkcjonowania. Niemniej jednak, Zamawiający decydując się na przeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego jest zobowiązany do zachowania zasady równego traktowania wykonawców i równego dostępu do informacji warunkujących możliwości złożenia porównywanych ofert w postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, że konieczność przeprowadzenia konsultacji przez wykonawcę przed złożeniem oferty stanowi niejako narzędzie do zabezpieczenia jego interesów przed żądaniem wykonawcy na etapie realizacji zamówienia zmiany wysokości wynagrodzenia z uwagi na zmianę technologii wykonania modernizacji podajników. Zdaniem Zamawiającego, wykonawca ustali taką technologię z producentem przed złożeniem oferty, wyceni ją, a

ewentualna późniejsza jej zmiana nie będzie stanowiła podstawy do żądania zmiany wynagrodzenia. Izba wskazuje w tym zakresie, przyjęta przez Zamawiającego konstrukcja zakłada, że wykonawca ujawni swojemu konkurentowi (przed złożeniem oferty) sposób wykonania zamówienia. Zdaniem Izby zobowiązanie wykonawcy do takich czynności nie jest uprawnione i w sposób niezasadny i nieuprawniony faworyzuje producenta urządzeń. Uzyskałaby on bowiem przed upływem terminu na złożenie ofert wiedzę o planowanych technologiach wykonania zamówienia przez konkurentów. O ile zatem, Zamawiający może wymagać od wykonawców przeprowadzenia konsultacji z producentem, o tyle to wyłączoną decyzją danego wykonawcy jest określenie jakie informacji chciałby uzyskać od producenta w celu weryfikacji czy zakładany przez niego sposób modernizacji podajników będzie mógł być zrealizowany. To wykonawca składa ofertę w postępowaniu i to wykonawca decyduje na podstawie informacji przekazanych przez Zamawiającego czy będzie w stanie zmodernizować podajniki przy zastosowaniu zakładanej technologii. To wykonawca też ponosi ostateczną odpowiedzialność za prawidłową realizację zamówienia. Producent nie jest stroną umowy pomiędzy wykonawcą, a Zamawiającym i nie ponosi względem Zamawiającego żadnej odpowiedzialności za udzielone odpowiedzi wykonawcy, a mimo to, Zamawiający uzależnia przyjęte rozwiązania technologiczne danego wykonawcy od ich pozytywnej akceptacji przez producenta. Zamawiający argumentował, że inwestycja na istotne znaczenie w jego działalności i musi spełniać najwyższe standardy bezpieczeństwa. Izba w pełni zgadza się z tymi stwierdzeniami, tyle tylko, że, w ocenie Izby, Zamawiający zakłada, że wyłącznie producent podajników jest w stanie zapewnić te najwyższe standardy bezpieczeństwa, a w związku tym powinien udzielić aprobaty dla rozwiązań wybranych przez danego wykonawcę. Izba nie podziela takiego stanowiska. Zamawiający ma możliwość wprowadzenia odpowiednich regulacji umownych w celu weryfikacji zasad bezpieczeństwa przed oddaniem przedmiotu zamówienia. Co więcej, we wzorze umowy opisał szczegółowe poszczególne etapy odbioru i ich weryfikację.

Zdaniem Izby określenie w dokumentach zamówienia procedury konsultacji, w tym wskazanie, że z ich przebiegu będzie sporządzony protokół, w którym wykonawca będzie mógł zgłosić ewentualne zastrzeżenia co zachowań czy oświadczeń producenta, jest narzędziem, które zagwarantuje zachowanie zasady równego traktowania wykonawców, w sposób realny i rzetelny. Protokół takich negocjacji będzie też istotnym dokumentem dla Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia w przypadku żądania przez wykonawcę dodatkowego wynagrodzenia z powodu konieczności zmiany technologii modernizacji. Skoro w ocenie Zamawiającego konieczne jest zaangażowanie producenta istniejących podajników przez złożeniem oferty, to opis tego zaangażowania (vide zasady przeprowadzenia konsultacji) muszą zostać w sposób precyzyjny określone w dokumentach zamówienia.

Odnosząc się do oświadczenia producenta SIEMAG z dnia 26 października 2023 r. o podjęciu współpracy z każdym z wykonawców, które Zamawiający złożył wraz z odpowiedzią na odwołanie, zdaniem Izby dokument ten nie stanowi żadnej realnej gwarancji, że producent taką rzetelną współpracę podejmie. Oświadczenie producenta może być w każdym czasie odwołane (Zamawiający nie wskazał czy łączy go z producentem jakakolwiek relacja umowna, na podstawie której, Zamawiający miałby możliwość egzekwowania od producenta takiej współpracy), oświadczenia nie jest obarczone żadnymi sankcjami w przypadku uchylania się przez producenta od takiej współpracy. Co więcej z jego treści w żaden sposób nie wynika obowiązek udzielenia wykonawcy jakichkolwiek informacji o technologicznych uwarunkowaniach związanych z modernizacją podajników. Ponadto, jak Izba wskazała powyżej, to zamawiający jest podmiotem odpowiedzialnym za umożliwienie przeprowadzenie takich konsultacji, bo to Zamawiający jest związany zasadami określonymi w art. 16 ustawy Pzp, nie zaś firma SIEMAG i to Zamawiający wymaga przeprowadzenia takich konsultacji przed złożeniem oferty.

Zdaniem Izby, w analizowanym stanie faktycznym Odwołujący wykazał, że wymagana przez Zamawiającego procedura konsultacji z producentem przed złożeniem oferty stanowi realne ryzyko niezasadnego uprzywilejowania producenta w postępowaniu, potencjalnego wykonawcy. Zamawiający narzuca wykonawcom obowiązek konsultacji z producentem urządzeń, obowiązek ustalenia z producentem technologii modernizacji przed złożeniem oferty, pomijając oczywisty konflikt interesów pomiędzy tymi konkurencyjnymi podmiotami oraz przerzucają na wykonawcę ryzyko braku współpracy producenta. Zdaniem Izby takie działanie Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę. Izba uznała, że zasadnym jest nakazanie Zamawiającemu uregulowanie w dokumentach zamówienia procedury takich konsultacji, wraz ze sporządzeniem protokołu konsultacji jako dokumentu referencyjnego dla samego Zamawiającego na etapie faktycznej realizacji zamówienia. Zamawiający jest również zobowiązany do zorganizowania takich konsultacji, bowiem to Zamawiający wymaga takich konsultacji jako elementu niezbędnego do złożenia oferty.

Odnosząc się do zarzut dotyczącego oświadczenia Zamawiającego zawartego w odpowiedzi dnia 11 października 2023 r. na pytania nr 39 i 40 poprzez które Zamawiający wskazał, że przez brak możliwości dostosowania istniejących podajników do zasilania zawiesioną lodową należy zakwalifikować również trudności w uzgodnieniu zakresu modernizacji z producentem podajników, Izba uznała zarzut za zasadny. Zdaniem Izby oświadczenie to wprowadza niejednoznaczne i niejasne kryteria dopuszczalności modernizacji podajników, pozostawiając w wyłącznej gestii producenta niczym nieograniczoną swobodę decyzji co do możliwości realizacji zamówienia poprzez modernizacje

podajników. Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu wykreślenie w/w oświadczenia albo wprowadzenia postanowień określających procedurę weryfikacji stwierdzonych trudności w uzgodnieniu zakresu modernizacji z producentem przez zespół niezależnych od producenta i wykonawcy ekspertów. Zdaniem Izby takie rozwiązanie stanowił narzędzie eliminujące subiektywny i dowolny element oceny pozostawiony producentowi. Izba zaznacza w zakresie omawianego zarzutu, że zgodnie z umowa – załącznik nr 5 – to wybrany wykonawcy zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia w sposób gwarantujący osiągniecie parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego. Producent nie jest stroną umowy o wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Izba ma wątpliwości w jakim celu Zamawiający tak szeroko zakreślił rolę producenta na etapie przygotowania oferty i wykonania zamówienia. Zamawiający pozostawia w gestii producenta ogromny zakres decyzyjny co do możliwości wykonania modernizacji podajników, a jednocześnie nie wskazał jaką odpowiedzialność producent będzie ponosił względem Zamawiającego i wykonawców za udzielone informacje. Działanie Zamawiającego budzi poważne wątpliwości co zasadności przyjętych rozwiązań i rzeczywistej możliwości realizacji zamówienia poprzez modernizację podajników. Zdaniem Izby pozostawienie oświadczenia Zamawiającego o tym, iż o modernizacji podajników decydować mogą bliżej nieokreślone trudności w uzgodnieniu z producentem zakresu modernizacji *de facto* umożliwia producentowi manipulowanie w dowolny sposób ofertą konkurencyjnego wykonawcy. Producent może celowo stwarzać takie trudności narzucając wykonawcy konieczność zakupu nowych podajników, których on sam może być producentem. Izba nie znajduje podstaw do akceptowania takiej praktyki. Zdaniem Izby, przedmiotowe oświadczenie powinno być wykreślone. Alternatywnie Izba wskazała, że przy pozostawieniu przez Zamawiającego kwestionowanego oświadczenia, Zamawiający winien określić procedurę weryfikacji takich trudności przez zespół niezależnych ekspertów, tak aby wykonawca, jak i sam Zamawiający miał pewność, że są to rzeczywiste, obiektywne technologiczne uwarunkowania uniemożliwiające realizację modernizacji w technologii zakładanej przez wykonawcę, nie zaś zaś trudności sprokurowane przez producenta.

Odnosząc się do argumentów Zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie, Izba wskazuje, co następuje. Zamawiający wskazał cyt. (…) Przedmiotowy zapis nie wprowadza również obowiązku uzyskania zgody producenta trójkomorowego podajnika rurowego PES-200 na jego modernizację. Przedmiotowy zapis nakłada na wykonawcę jedynie obowiązek podjęcia ustaleń dotyczących przedmiotu i zakresu ewentualnej modernizacji.” Izba zauważa, że w udzielonej odpowiedzi na pytania wykonawców Zamawiający wskazał, że wykonawca na etapie złożenia oferty ma obowiązek uzgodnić z producentem technologię produkcji drobin lodu oraz zakres modernizacji. Określenie „uzgodnienie” oznacza, że obie strony zgodzą się na daną rzecz, a więc również producent pojemników musi zgodzić się na rozwiązane zaproponowane przez wykonawcę. Tym samym, Zamawiający uzależnia możliwość złożenia oferty przez wykonawcę od zgody producenta, która może być udzielona dowolnie, i nie jest w żaden sposób zweryfikowana ani przez Zamawiającego, ani przez żaden inny niezależny podmiot. Zdaniem Izby, takie działanie nie może być uznane za prawidłowe. Jak Izba wskazała powyżej, jeśli już Zamawiający wymaga przeprowadzenia konsultacji, to winny to zostać uregulowane w sposób szczegółowy w dokumentach zamówienia, co Izba szczegółowo wyjaśniła powyżej.

Dalej odnosząc się do oświadczenia Zamawiającego, że Odwołujący cyt.: „w żaden sposób nie wykazał, że spółka Siemag Tecber Polska sp. z o.o. miałaby odmawiać współpracy w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia w postępowaniu nr 831P/ 23”, Izba wskazuje, że twierdzenia takie nic nie wnoszą do sprawy, a stanowią wyłącznie pustą retorykę. W jaki sposób Odwołujący miały wykazywać takie okoliczności? Ustawodawca po to wprowadził możliwość zaskarżania postanowień SWZ, aby eliminować z dokumentów zamówienia postanowienia, które właśnie stwarzają potencjalne ryzyko naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba wskazała powyżej, że producent nie ma żadnego obiektywnego interesu w tym, aby taką rzetelną współpracę prowadzić z konkurencyjnym wykonawcą. Opierania się na idealistycznym założeniu Zamawiającego, że przecież producent będzie współpracował i wszystko dobrze się ułoży nie jest rzeczywistym i realnym narzędziem dzięki którymi Zamawiający eliminuje czy minimalizuje ryzyko nierównego traktowania wykonawców. Stwierdzenia Zamawiającego, że

Odwołujący nawet nie wyjaśnił na jakiej podstawie należy wywieść przytoczone powyżej przypuszczenie jest niezadane. Odwołujący dokładnie wyjaśnił na jakiej podstawie przyjmuje takie założenia. Producent ubiegał się o to zamówienie poprzednio i jest obecnie zainteresowany złożeniem oferty. Jest to wystarczająca okoliczność do stwierdzenia, że w analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia z konfliktem interesów pomiędzy potencjalnymi wykonawcami, a Zamawiający nie podjął żadnych działań w celu jego minimalizowania. Rzekoma, zdaniem Zamawiającego, hipotetyczna odmowa współpracy jest realnym ryzykiem. Izba podkreśla raz jeszcze, że to Zamawiający jest odpowiedzialny za opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający zakłada udział producenta na etapie przygotowania oferty i realizacji zamówienia nie określając w żaden sposób jego odpowiedzialności za takie czynności. Takie działanie wzbudza niepokój Izby bowiem pozostawia temu podmiotowi zupełną dowolność działania, bez określenia jakichkolwiek ich konsekwencji.

Odnosząc się do zarzutu braku określenia przez Zamawiającego parametrów lub wartości brzegowych braku możliwości

dostosowania istniejących trójkomoroworurowych podajników do zasilania zawiesiną lodową, zdaniem Izby argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu była lakoniczna i nie pozwala stwierdzić co konkretnie Zamawiający winien wskazać w SWZ. Zdaniem Izby, Odwołujący nie określił i nie wskazał istotnych w jego ocenie parametrów brzegowych, które miałyby zostać podane przez Zamawiającego. Izbaw tym zakresie zgadza się z Zamawiającym, że na obecnym etapie Zamawiający nie posiada wiedzy o sposobie i zakresie niezbędnej modernizacji podajników w celu ich dostosowania do oferowanych przez wykonawców instalacji. Zamawiający nie dysponuje informacjami o parametrach i technologii wykonania instalacji klimatyzacyjnej, którą Odwołujący lub inny wykonawca zamierza zainstalować w zakładzie Zamawiającego. W konsekwencji, Izba uznała, że nie ma podstaw do nakazania Zamawiającemu dokonania zmiany w dokumentach zamówienia w sposób żądany przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 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).

Przewodniczący: ……..