Sygn. akt: KIO 5295/25

WYROK

Warszawa, dnia 13 stycznia 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie **8 stycznia 2026 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu**26 listopada 2025 r.** przez wykonawcę: **Minostar Mining Solutions Sp. z o.o., ul. Podłuże 1a, 41 -403 Chełm Śląski**w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju Zakład Wsparcia Produkcji, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A.: art. 112 ust. 1w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób nieproporcjonalny oraz nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia co ogranicza w nieuprawiony sposób, krąg wykonawców mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia, pomimo iż posiadają oni zdolności i potencjał umożliwiający jego wykonanie oraz zarzutu nr 5 odwołania dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A.: art. 16 pkt 1 i 3w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 oraz w zw. z art. 353 [1] ustawy Kodeks cywilny względem§ 9 ust. 15 i 16 oraz § 11 ust. 8 Projektowanych Postanowień Umowy, z uwagi na ich wycofanie przez Odwołującego.**

2. **Uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 naruszenia przez Zamawiającego - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A.:art. 16 pkt 1 w zw. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i doprowadzenie do sytuacji, w której zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, jedynie jeden podmiot (wykonawca) jest w stanie złożyć ofertę w postępowaniu ze względu na zagregowanie w postępowaniu zamówień bez chociażby dopuszczenia składania ofert częściowych, podczas gdy mogą one stanowić samodzielne przedmioty odrębnych postępowań lub części zamówienia (przedmiot ofert częściowych) tj. zakres przedmiotowy zamówienia jest podzielny, ponieważ obejmuje różne typy kombajnów chodnikowych takich jak AM-75, MR-340X Ex-S oraz MR 341 które mogą być wykonywane przez różnych, wyspecjalizowanych wykonawców bez uszczerbku dla prawidłowej realizacji zamówienia, a Zamawiający zobowiązany jest przygotować i prowadzić postępowanie w taki sposób, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji oraz zarzutu nr 3 naruszenia przez Zamawiającego - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A.:art. 99 ust. 4 w zw. z art. 99 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – tj. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i prowadzący do uprzywilejowania wykonawcy będącego producentem w zakresie odnoszącym się do Cenników stanowiących załączniki nr 4 i 5 do oferty, w których Zamawiający nie uwzględnił możliwości zaoferowania części równoważnych, uniemożliwiając tym samym wykonawcom innym niż producent składania ofert równoważnych z produktami o takich samych właściwościach, choćby miały inny znak towarowy, patent czy pochodzenie i nakazuje Zamawiającemu: po pierwsze zmianę w pkt 4.3 oraz 8.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia, jak i pkt 1 Załącznika nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dotyczy to także odpowiednich jednostek redakcyjnych treści ogłoszenia o zamówieniu) w taki sposób, że dokona podziału zamówienia na części i dopuści składanie ofert częściowych, przy czym kryterium podziału ma być okoliczność czy przedmiotem serwisu są kombajny chodnikowe własne, czy też najmowane przez Zamawiającego, po drugie zmianę pkt 8.1.a i b oraz 8.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie dostosowania załączników nr 4 i 5 do oferty do nakazanego podziału zamówienia i dopuszczenia możliwości zaoferowania części równoważnych na etapie składnia ofert przy jednoczesnym nałożeniu na podmiot składający ofertę na części równoważne obowiązku wykazania stosownej równoważności przykładowo poprzez oświadczenie Wykonawcy, że oferowane części zamienne są certyfikowanymi zamiennikami oryginalnych lub katalogowych części zamiennych maszyny / urządzenia, której / którego przedmiot zamówienia dotyczy, oświadczenie Producenta certyfikowanych zamienników oryginalnych lub katalogowych części zamiennych potwierdzające równoważność produkowanych części zamiennych oraz stosowne certyfikat(y) potwierdzający/e zgodność właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i / lub przepisów, wydany(e) (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez jednostki certyfikujące / jednostki notyfikowane akredytowane w zakresie certyfikacji przedmiotu zamówienia, z uwagi na potwierdzenie się wskazanych wyżej zarzutów odwołania.**

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. kosztami postępowania obciąża Minostar Mining Solutions Sp. z o.o., ul. Podłuże 1a, 41 -403 Chełm Śląskiw części 1/2 oraz Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibąw Jastrzębiu-Zdroju Zakład Wsparcia Produkcji, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój w części 1/2 i

4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000, 00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę **Minostar Mining Solutions Sp. z o.o., ul. Podłuże 1a, 41 -403 Chełm Śląski** tytułem uiszczonego wpisu, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Minostar Mining Solutions Sp. z o.o., ul. Podłuże 1a, 41 -403 Chełm Śląski** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, jak i kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju Zakład Wsparcia Produkcji, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** tytułem wydatków pełnomocnika Zamawiającego;

4.2. zasądza od **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju Zakład Wsparcia Produkcji, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** na rzecz **Minostar Mining Solutions Sp. z o.o., ul. Podłuże 1a, 41 - 403 Chełm Śląski** kwotę **7.500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

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.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 5295/25

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie dla Zakładów JSW S.A. serwisu technicznego kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction wraz z dostawą części zamiennych, podzespołów i zespołów, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (wydanie Dz.U. S: 221/2025) pod numerem: 759526-2025, dnia 17.11.2025 r. przez: Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju Zakład Wsparcia Produkcji, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój zwany dalej: *„Zamawiającym”*. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwana dalej: *„PZP”* albo *„ustawy Pzp”* albo *„Pzp”*. W tym samym dniu Zamawiający na swojej platformie zakupowej opublikował ogłoszenie oraz postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SWZ”*.

Dnia 26.11.2025 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 17.11.2025 r. złożyła Minostar Mining Solutions Sp. z o.o., ul. Podłuże 1a, 41 -403 Chełm Śląski zwana dalej: *„Minostar Mining Solutions Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym”*.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. **art. 16 pkt 1 w zw. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i doprowadzenie do sytuacji, w której zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, jedynie jeden podmiot (wykonawca) jest w stanie złożyć ofertę w postępowaniu ze względu na zagregowanie w postępowaniu zamówień bez chociażby dopuszczenia składania ofert częściowych (tj. wykonawca Sandvik Polska jako upoważniony przedstawiciel producenta firmy Sandvik Mining and Construction GmbH Zeltweg, co stawia go w uprzywilejowanej pozycji), podczas gdy mogą one stanowić samodzielne przedmioty odrębnych postępowań lub części zamówienia (przedmiot ofert częściowych) tj. zakres przedmiotowy zamówienia jest podzielny, ponieważ obejmuje różne typy kombajnów chodnikowych takich jak AM-75, MR-340X Ex-S oraz MR 341 które mogą być wykonywane przez różnych, wyspecjalizowanych wykonawców bez uszczerbku dla prawidłowej realizacji zamówienia, a Zamawiający zobowiązany jest przygotować i prowadzić postępowanie w taki sposób, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji;
2. **art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób nieproporcjonalny oraz nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia co ogranicza w nieuprawiony sposób, krąg wykonawców mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia, pomimo iż posiadają oni zdolności i potencjał umożliwiający jego wykonanie;
3. **art. 99 ust. 4 w zw. z art. 99 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp** – tj. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i prowadzący do uprzywilejowania wykonawcy będącego producentem w zakresie odnoszącym się do Cenników stanowiących załączniki nr 4 i 5 do oferty, w których Zamawiający nie uwzględnił możliwości zaoferowania części równoważnych, uniemożliwiając tym samym wykonawcom innym niż producent składania ofert równoważnych z produktami o takich samych właściwościach, choćby miały inny znak towarowy, patent czy pochodzenie;
4. **art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp** – tj. poprzez zaniechanie opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie odnoszącym się do **braku wskazania** definicji części

handlowej oraz odpowiedników innych niż zamiennych części, podzespołów i zespołów objętych Cennikiem, które zostały wycofane z produkcji lub odpowiedników, które posiadają lepsze parametry niż odpowiadająca mu zamienna część, podzespół, zespół objęty Cennikiem o których Zamawiający pisze w § 8 ust. 20 oraz ust. 21 Projektowanych postanowień umowy stanowiących Załącznik nr 5 do SWZ.

5. **art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 oraz w zw. z art. 353[1] ustawy Kodeks cywilny** poprzez skonstruowanie projektowanych postanowień umowy w zakresie § 8 ust. 14 lit. b, 19, 20 i 21, § 9 ust. 15 i 16, § 10 ust. 7, § 11 ust. 7, 8, w sposób, który powoduje, nieuzasadnione potrzebami zamawiającego, uprzywilejowanie pozycji zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.

W związku z powyższym w oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wnosił o:

1.Rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania w całości;

2.Nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ w sposób niżej opisany i uwzględniający argumentację zawartą w uzasadnieniu odwołania tj.:

2.1. zmianę postanowienia w pkt. 4.3. oraz 8.4. SWZ ,a konsekwencji pkt. 1 Załącznik nr 1 do SWZ na:

„4.3. Zamawiający dokonuje podziału zamówienia na części."

„8.4.. Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych na poszczególne zadania. Zakres i przedmiot poszczególnych części zamówienia, na które można składać ofertę został określony w Załączniku nr 1 do SWZ. Składana oferta powinna obejmować cały zakres rzeczowy zadania wskazany w Załączniku nr 4,5 i 6 do FO."

a w konsekwencji zmianę także postanowienia pkt 1 Załącznik nr 1 do SWZ na: 4

1. Przedmiot zamówienia obejmuje serwis techniczny oraz dostawę części zamiennych, podzespołów

i zespołów z podziałem na zadania według niżej wymienionych kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction (dalej maszyn lub urządzeń):

1. Zadanie 1: Kombajny chodnikowe typu AM-75, AM-75 Ex oraz AM-75 Ex-S.

2. Zadanie 2: Kombajny chodnikowe typu: MR-340X Ex-S.

3. Zadanie 3: Kombajny chodnikowe typu: MR 341.

2.2. zmianę postanowienia w pkt.7.2. oraz 10.1.3. SWZ na:

7.2. Spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej potwierdzać będzie posiadanie przez wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 1 000 000,00 zł w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed złożeniem dokumentu, potwierdzającego sytuację finansową wykonawcy, przewidzianego w pkt. 10.1.3. lub 10.1.4. SWZ. 10.1.3. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości co najmniej: 1 000 000,00 zł w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

lub

w przypadku uwzględnienia pierwszego zarzutu odwołania i nakazania podziału zamówienia na części zmianę postanowienia z pkt.7.2. oraz 10.1.3. SWZ na:

7.2. Spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej potwierdzać będzie posiadanie przez wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej:

dla Zadania 1 : 500 000,00 zł

dla Zadania 2 : 1 000 000,00 zł

dla Zadania 3 : 1 000 000,00 zł

w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed złożeniem dokumentu, potwierdzającego sytuację finansową wykonawcy, przewidzianego w pkt. 10.1.3. lub 10.1.4. SWZ. W przypadku składania ofert na więcej niż jedno zadanie wysokość posiadanych przez Wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej nie może być mniejsza niż suma środków finansowych lub zdolności kredytowej wymaganych dla poszczególnych zadań na które Wykonawca składa ofertę.

10.1.3. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości co najmniej:

dla Zadania 1 : 500 000,00 zł

dla Zadania 2 : 1 000 000,00 zł

dla Zadania 3 : 1 000 000,00 zł 5

w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem. W przypadku składania ofert na więcej niż jedno zadanie wysokość posiadanych przez Wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej nie może być mniejsza niż suma środków finansowych lub zdolności kredytowej wymaganych dla poszczególnych zadań na które Wykonawca składa ofertę.

2.4. Zmianę w cennikach stanowiących załączniki nr 4 i 5 do formularza ofertowego poprzez uwzględnienie

możliwości zaoferowania części równoważnych według poniżej zaproponowanego wzoru tj.:

Lp.	Nazwa wg katalogu producenta	Nr katalogowy wg DTR	Nazwa wyrobu równoważnego / zamiennego	Numer katalogowy oferowanego produktu równoważnego / zamiennego	jm	Cena jednostkowa netto [zł/jm]
1	2	3	5	6	7	8

oraz

w przypadku uwzględnienia pierwszego zarzutu odwołania i nakazania podziału zamówienia na części zmianę postanowienia z pkt. 8.2. i 8.1.a) i b) oraz dodanie lit. c), d), e), f) na:

8.1. Ofertę należy osobno dla każdego zadania przygotować wypełniając Formularz ofertowy (załącznik nr 2 do SWZ) lub sporządzić ją według wzoru przedstawionego w Formularzu ofertowym. Ponadto wykonawca:

a) wypełnia wszystkie pozycje Cennika A, obejmującego jednostkowe ceny netto nowych oraz poremontowych części zamiennych, podzespołów, zespołów dla kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction ujętych w Zadaniu 1, eksploatowanych w Zakładach Zamawiającego, przygotowanego w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel (załącznik nr 4 do Formularza ofertowego), względnie sporządza go według wzoru przedstawionego w załączniku do Formularza ofertowego.

b) wypełnia Cennik B, obejmujący jednostkowe ceny netto nowych lub poremontowych części zamiennych, podzespołów, zespołów dla kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction ujętych w Zadaniu 1, eksploatowanych w Zakładach Zamawiającego, nieujętych w Cenniku A, przygotowany w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel (załącznik nr 4 do Formularza ofertowego), względnie sporządza go według wzoru przedstawionego w załączniku do Formularza ofertowego.

c) wypełnia wszystkie pozycje Cennika A, obejmującego jednostkowe ceny netto nowych oraz poremontowych części zamiennych, podzespołów, zespołów dla kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction ujętych w Zadaniu 2, eksploatowanych w Zakładach Zamawiającego, przygotowanego w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel (załącznik nr 5 do Formularza ofertowego), względnie sporządza go według wzoru przedstawionego w załączniku do Formularza ofertowego.

d) wypełnia Cennik B, obejmujący jednostkowe ceny netto nowych lub poremontowych części zamiennych, podzespołów, zespołów dla kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction ujętych w Zadaniu 2, eksploatowanych w Zakładach Zamawiającego, nieujętych w Cenniku A, przygotowany w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel (załącznik nr 5 do Formularza ofertowego), względnie sporządza go według wzoru przedstawionego w załączniku do Formularza ofertowego.

e) wypełnia wszystkie pozycje Cennika A, obejmującego jednostkowe ceny netto nowych oraz poremontowych części zamiennych, podzespołów, zespołów dla kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction ujętych w Zadaniu 3, eksploatowanych w Zakładach Zamawiającego, przygotowanego w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel (załącznik nr 6 do Formularza ofertowego), względnie sporządza go według wzoru przedstawionego w załączniku do Formularza ofertowego.

f) wypełnia Cennik B, obejmujący jednostkowe ceny netto nowych lub poremontowych części zamiennych, podzespołów, zespołów dla kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction ujętych w Zadaniu 3, eksploatowanych w Zakładach Zamawiającego, nieujętych w Cenniku A, przygotowany w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel (załącznik nr 6 do Formularza ofertowego), względnie sporządza go według wzoru przedstawionego w załączniku do Formularza ofertowego.

8.2. Wykonawca sporządza ofertę (Formularz ofertowy) osobno dla każdego zadania i Cenniki A oraz B pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej w formatach danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17.02.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne i opatruje je kwalifikowanym podpisem elektronicznym, wystawionym przez dostawcę kwalifikowanej usługi zaufania, będącym podmiotem świadczącym usługi certyfikacyjne, spełniające wymogi bezpieczeństwa określone w ustawie z dnia 05.09.2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (wykonawca składa ofertę i Cennik A oraz B w formie elektronicznej). Niezależnie od powyższego wykonawca sporządza również Cennik A oraz B w postaci arkusza kalkulacyjnego MS Excel.

2.5. zmianę projektowanych postanowień umowy stanowiących Załącznik nr 5 do SWZ ujętych w § 8 ust. 2, 14 lit. b, 19, 20 i 21, § 9 ust. 15 i 16, § 10 ust. 7, § 11 ust. 7, 8 tj. nadanie im następującego brzmienia lub ich wykreślenie tj. zgodnie z poniższym:

§ 8. 7

„2. Wykonanie usługi polegać będzie na naprawie w celu przywrócenie sprawności maszyny/urządzenia a także wystawieniu i dostarczeniu Zamawiającemu wszystkich dokumentów niezbędnych do prawidłowego użytkowania serwisowanych urządzeń w zakładach Zamawiającego."

„14. W ramach usługi Zamawiający zapewnia:

b. osobę dozoru ruchu w charakterze opiekuna oraz osoby do obsługi kombajnu chodnikowego (operator, ślusarz-

mechanik, elektryk) posiadające upoważnienia wydane przez kierownika ruchu zakładu górniczego na podstawie udokumentowanych uprawnień i kwalifikacji."

„19. Protokół usługi serwisowej sporządza Wykonawca. Protokół usługi serwisowej powinien zawierać *podstawowe informacje uwzględnione w punkcie I, II, V wzoru protokołu usługi serwisowej stanowiący załącznik nr 2 do umowy. Zapisy w protokole usługi serwisowej nie mogą być sprzeczne z dokumentacją techniczno-ruchową danego typu urządzenia ujętego w pkt. I.1. Specyfikacji technicznej"*

wykreślenie ust. 20 i 21:

~~„**20**. Zamawiający dopuszcza zastosowanie zamiennych części, podzespołów i zespołów nieobjętych Cennikiem, i jednocześnie niebędących odpowiednikami zamiennych części, podzespołów i zespołów objętych Cennikiem (dalej: części handlowe), o ile spełnione zostaną następujące warunki:~~

~~a. cena danej części handlowej będzie odpowiadać jej cenie rynkowej, tj. całkowitej cenie, jaką w momencie dostawy tej części handlowej Zamawiający musiałby zapłacić w warunkach uczciwej konkurencji, przy uwzględnieniu okoliczności, w jakich Zamawiający nabywa części handlowe w związku z awarią urządzeń, w szczególności przy uwzględnieniu kosztów jej dostawy w terminach i na warunkach określonych w niniejszej umowie,~~

~~b. Zamawiający wyrazi zgodę na zastosowanie danej części handlowej oraz zaakceptuje jej cenę wskazaną przez Wykonawcę,~~

~~c. protokół usługi serwisowej wskazywać będzie zastosowanie części handlowych odrębnie od innych zastosowanych zamiennych części, zespołów lub podzespołów objętych Cennikiem,~~

~~d. faktura wystawiona przez Wykonawcę za wykonanie usługi będzie wskazywać odrębnie cenę części handlowych.~~

~~**21**. Zamawiający dopuszcza zastosowanie odpowiedników zamiennych części, podzespołów, zespołów objętych Cennikiem (dalej: odpowiedniki), o ile spełnione zostaną następujące warunki:~~

~~a. zamienna część, podzespół i zespół objęty Cennikiem został wycofany z produkcji lub odpowiednik posiada lepsze parametry niż odpowiadająca mu zamienna część, podzespół, zespół objęty Cennikiem, 8~~

~~b. Wykonawca wskaże odpowiadający w Cenniku numer katalogowy zamiennej części, podzespołu lub zespołu, zamiast którego zastosowany ma zostać odpowiednik,~~

~~c. cena za odpowiednik nie będzie wyższa niż określona w Cenniku cena zamiennych części, podzespołu lub zespołu, zamiast których odpowiednik ma być zastosowany,~~

~~d. Zamawiający wyrazi zgodę na zastosowanie odpowiednika oraz zaakceptuje jego cenę wskazaną przez Wykonawcę,~~

~~e. protokół usługi serwisowej lub dowód dostawy wskazywać będzie zastosowane odpowiedniki odrębnie od innych zastosowanych zamiennych części, zespołów lub podzespołów objętych Cennikiem,~~

~~f. faktura wystawiona przez Wykonawcę za wykonanie usługi będzie wskazywać odrębnie cenę odpowiedników."~~

§ 9.

15. Wobec osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji umowy, Wykonawca ponosi odpowiedzialność wynikającą z przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych

Wykreślenie w całości ust. 16 tj.:

16. Wykonawca odpowiada wobec Zamawiającego za wszelkie koszty, szkody i wydatki poniesione przez Zamawiającego w związku z niezawinionym przez Zamawiającego wypadkiem przy pracy osoby skierowanej do realizacji umowy.

§ 10.

7. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, że usługa została wykonana niezgodnie z wymaganiami przewidzianymi w § 8 ust.2 niniejszej umowy:

a. Zamawiający będzie uprawniony do wprowadzenia do protokołu usługi serwisowej swoich uwag i zastrzeżeń,

b. Zamawiający nie będzie ponosił kosztów usługi serwisowej która została wykonana w sposób niezgodny z dokumentacją techniczno-ruchową danego typu urządzenia ujętego w pkt. I.1. Specyfikacji technicznej.

c. Wykonawca za zgodą Zamawiającego usunie stwierdzone niezgodności, a po zakończeniu realizacji usługi zostanie sporządzony protokół usługi serwisowej.

§ 11

7. Zamawiający może wykonywać uprawnienia z tytułu gwarancji niezależnie od uprawnień z tytułu rękojmi.

8. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za zużycie zamiennych części, podzespołów lub zespołów, wynikające z prawidłowej eksploatacji zgodnej z DTR/Instrukcją Obsługi urządzenia. 9

3. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego;

4. Zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym według norm przepisanych,

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie dla Zakładów JSW S.A. serwisu technicznego kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and

Construction wraz z dostawą części zamiennych, podzespołów i zespołów.

W dniu 17 listopada 2025 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania ukazała się Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ) wraz z załącznikami ***(dowód: w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)***.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w pkt 1 odwołania tj. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp:

1.W pkt 4.3 SWZ Zamawiający określił iż nie dokonuje podziału zamówienia na części. Punkt 4.2. zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją techniczną, stanowiącą załącznik nr 1 do SWZ który swym zakresem obejmuje:

serwis techniczny oraz dostawę części zamiennych, podzespołów i zespołów dla niżej wymienionych kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction (dalej maszyn lub urządzeń) typu:

1.1. AM-75

1.2. AM-75 Ex

1.3. AM-75 Ex-S

1.4. MR-340x Ex-S

1.5. MR 341

Zgodnie z kolei pkt 8.4. SWZ, do którego on odsyła Zamawiający żąda złożenia jednej oferty obejmującej cały zakres zamówienia gdzie Wykonawca winien wypełnić formularz ofertowy według wzoru przedstawionego w załączniku nr 2 do SWZ oraz wszystkie pozycje Cennika A i B stanowiące kolejno Załączniki nr 4 i 5 do Formularza ofertowego.

2. W ocenie Odwołującego sposób sformułowania zamówienia oraz dokonany podział pozostają w sprzeczności z przepisami art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, w szczególności ograniczają konkurencję, zawężając grono wykonawców, będących potencjalnie zainteresowanych realizacją zamówienia. Ponadto brak podziału zamówienia na części prowadzi do naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, który wprowadza zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, jedynie jeden podmiot jest w stanie złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu ze względu na zagregowanie w postępowaniu zamówień (tj. wykonawca Sandvik Polska jako upoważniony przedstawiciel producenta firmy Sandvik Mining and Construction GmbH Zeltweg, co stawia go w uprzywilejowanej pozycji), podczas gdy mogą one stanowić samodzielne przedmioty odrębnych zamówień lub części zamówienia (przedmiot ofert częściowych) tj. zakres przedmiotowy zamówienia jest podzielny ponieważ obejmuje różne typy kombajnów chodnikowych takich jak AM-75, MR-340X Ex-S oraz MR 341 które mogą być wykonywane przez różnych, wyspecjalizowanych wykonawców bez uszczerbku dla prawidłowej realizacji zamówienia.

3. Odwołujący pragnie zwrócić uwagę na wynikające z ugruntowanego orzecznictwa KIO stanowisko, że w sytuacji gdy osiągnięcie planowanego przez zamawiającego celu jest możliwe przy dokonaniu podziału zamówienia na części, co przekłada się na otwarcie postępowania dla szerszego kręgu wykonawców, to zamawiający nie może opisu ograniczyć pozostawiając przedmiot zamówienia niepodzielny. Zauważyć należy przy tym, że do stwierdzenia naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp wystarczające jest uprawdopodobnienie, że opis przedmiotu zamówienia może być sformułowany w sposób naruszający uczciwą konkurencję. W praktyce oznacza to, że zabroniony jest nie tylko opis, który „utrudnia uczciwą konkurencję", ale także ten który „może utrudniać uczciwą konkurencję", co pod kątem dowodowym oznacza, że wystarczające jest wykazanie, iż opis przedmiotu potencjalnie czy hipotetycznie mógłby wpłynąć ograniczająco na konkurencję na rynku.

4. W ocenie Odwołującego specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia stanowiąca Załącznik nr 1 do SWZ **nie uzasadnia przyjętego** przez Zamawiającego braku podziału, w ramach którego zamówienie obejmuje serwis techniczny oraz dostawę części zamiennych, podzespołów i zespołów dla **wszystkich wymienionych kombajnów chodnikowych** produkcji Sandvik Mining and Construction **różnego typu: AM-75, AM-75 Ex, AM-75 Ex-S, MR-340X Ex-S, MR 341**.

Tytułem przykładu można wskazać na podstawowe różnice pomiędzy poszczególnymi typami kombajnów wskazanych w Załączniku nr 1 do SWZ punkt **I.1**.:

.dla kombajnów chodnikowych **AM-75, AM-75 Ex oraz AM-75 Ex-S:**

•Masa: ok. **55 ton;**

•Zainstalowana moc (1000 [V], 50 [Hz]: **342 kW;**

•Całkowita wysokość: **ok. 2050 mm;**

•Poszerzenie stołu, zmienne dla max szerokości: **5220 – 5620 mm;**

•Nacisk jednostkowy na spąg: **0,13 MPa;**

•dla kombajnów chodnikowych **MR-340X Ex-S:**

•Masa: ok. **56-63 ton;**

•Zainstalowana moc (1000 [V], 50 [Hz]: **357 lub 387 kW;**

•Całkowita wysokość: **ok. 2800 mm**;

•Poszerzenie stołu, stałe dla szerokości: **4000 mm;**
•Nacisk jednostkowy na spąg: **0,17 MPa;**
•dla kombajnów chodnikowych **MR 341:**
•Masa: ok. 60 ton;
•Zainstalowana moc (1000 [V], 50 [Hz]: **412 kW**;
•Całkowita wysokość: ok. 2715 mm;
•Poszerzenie stołu, stałe dla szerokości: **5110 mm**;
•Nacisk jednostkowy na spąg: **0,17 MPa**;

Dowód:

Na potwierdzenie powyższego w Załączniku nr 1, 2 i 3 do niniejszego odwołania przedstawiamy dokumenty zawierające dane techniczne producenta przedmiotowych kombajnów.

5. Odwołujący zwrócił również uwagę, że Zamawiający sam potwierdza fakt iż części zamienne, podzespoły i zespoły dla wymienionych w specyfikacji Załączniku nr 1 do SWZ punkt I.1. kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction są różne **uwzględniając je w Cenniku A**(w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel - załącznik nr 4 do Formularza ofertowego) **między innymi w następujących pozycjach:**

Lp. Nr katalogowy (rysunku) Nazwa części/ podzespołu/ zespołu

2874 6. SIŁOWNIK PODNOSZENIA ORGANU **AM75**
4532 6. PRZEKŁADNIA PODAJNIKA **AM75**
4534 6. PRZEKŁADNIA PODAJNIKA LEWA **AM75**
4569 6. PRZEKŁADNIA MECHANIZMU JAZDY **AM75**
4948 880127761 NOWY TYP DYSZA ZRASZAJĄCA **AM75**
5382 BS00208466 WKŁAD FILTRA 665526405 **AM75**
5939 LC65613084002 ŁAŃCUCH KPL DO KOMBAJNU **AM75** FAS
116 BS00216137 NADAJNIK — CZĘŚĆ ZAMIENNA ATEX **MR/MH**
6 030000988 SZPILKA **MR341** OBROTNICA
579 433381007 ZAWÓR ODCIĄŻAJĄCY SILNIKA ORGANU **MR341**
972 445605355 SZPILKA M30/640 **MR341**
3845 6. WSPORNIK MR341
3866 6. EL-ZAWÓR MR341
3898 6. SIŁOWNIK STOŁU MR341
109 6. Przekładnia ŁADOWARKI MR341

Wskazane powyżej, jako kolejny z przykładów dotyczący różnic pomiędzy częściami występującymi w ww. typach kombajnów chodnikowych mają charakter fundamentalny dla przedmiotu zamówienia, a ich analiza wskazuje, iż Zamawiający w sposób nieuzasadniony postanowił objąć serwisem technicznym oraz dostawą części zamiennych, podzespołów i zespołów dla trzech różnych typów urządzeń jednym postępowaniem bez podziału na części.

Na marginesie Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, że w postępowaniacho analogicznym przedmiocie zamówienia Zamawiający dzielą przedmiot zamówienia na części. Jako przykład, na potwierdzenie pragniemy podać postępowanie przeprowadzone przez Polską Grupę Górniczą S.A. o nr. 702400714 na Świadczenie usług serwisowych własnych kombajnów chodnikowych o mocy organu urabiającego od 200 kW dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. z podziałem na 2 zadania:

Zadanie nr 1: Świadczenie usług serwisowych własnych kombajnów chodnikowych typu MR-340 dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A.

Zadanie nr 2: Świadczenie usług serwisowych własnych kombajnów chodnikowych typu AM-75 dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A.

gdzie Zamawiający dokonując podziału na zadania uwzględnił różne rodzaje kombajnów chodnikowych notabene takich samych typów tego samego producenta jak w niniejszym postępowaniu.

Dowód: Załącznik nr 4 i 5 do odwołania:

SWZ z postępowania o nr. 702400714 na Świadczenie usług serwisowych własnych kombajnów chodnikowych o mocy organu urabiającego od 200 kW dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. z podziałem na 2 zadania potwierdzające dopuszczenie przez Zamawiającego PGG S.A. możliwość składania ofert częściowych na poszczególne zadania.(Załącznik nr 4)

Natomiast w celu wykazania zwiększenia konkurencyjności na wskutek możliwości składania ofert częściowych na poszczególne zadania w załączniku nr 5 Odwołujący przedstawia informację z otwarcia ofert ww. postępowania o nr. 702400714.

7. Podkreślił, że Zamawiający, podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części

znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe. Decyzja zamawiającego musi uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców, tj. zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasady konkurencyjności i zasady równego traktowania wykonawców. Swoboda zatem zamawiającego o podziale zamówienia na części jest ograniczona chociażby obowiązkiem przestrzegania zasady uczciwej konkurencji.

Zasadność podziału zamówienia na części powinna zatem odzwierciedlać aspekt zwiększania konkurencji na rynku danych usług czy dostaw. Umożliwienie wykonawcom składania ofert częściowych jest jednym z podstawowych instrumentów prawnych, mającym przeciwdziałać nadmiernej agregacji zamówień, ma sprzyjać dywersyfikacji, a tym samym minimalizowaniu ryzyka występowania na rynku zamówień publicznych patologicznych sytuacji, w których możliwość złożenia oferty na realizację zamówienia ograniczona jest do jednego lub do wąskiego grona wykonawców. Takie sytuacje stanowią niewątpliwie naruszenie zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Należy przy tym zauważyć, że jednym z głównych celów dyrektyw klasycznej z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami.

Jeśli zamawiający nie wykaże, iż przyjęty przez niego podział zamówienia nie narusza art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, to wówczas uzasadnione jest przyjęcie, że takie działanie zamawiającego narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

8. Mając na uwadze powyższe Odwołujący żąda - jak na wstępie odwołania - zmiany postanowienia w pkt. 4.3. oraz 8.4. SWZ, (a konsekwencji pkt. 1 Załącznik nr 1 do SWZ) na:

„4.3. Zamawiający dokonuje podziału zamówienia na części."

„8.4.. Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych na poszczególne zadania. Zakres i przedmiot poszczególnych części zamówienia, na które można składać ofertę został określony w Załączniku nr 1 do SWZ. Składana oferta powinna obejmować cały zakres rzeczowy zadania wskazany w Załączniku nr 4,5 i 6 do FO."

a w konsekwencji zmianę także postanowienia pkt 1 Załącznik nr 1 do SWZ na:

3. Przedmiot zamówienia obejmuje serwis techniczny oraz dostawę części zamiennych, podzespołów i zespołów z podziałem na zadania według niżej wymienionych kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction (dalej maszyn lub urządzeń):

1. Zadanie 1: Kombajny chodnikowe typu AM-75, AM-75 Ex oraz AM-75 Ex-S.
2. Zadanie 2: Kombajny chodnikowe typu: MR-340X Ex-S.
3. Zadanie 3: Kombajny chodnikowe typu: MR 341.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w pkt 2 odwołania tj. naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

1. W 7.2. SWZ. Zamawiający wymaga spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej który potwierdzać będzie posiadanie przez wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 3 000 000,00 zł w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed złożeniem dokumentu, potwierdzającego sytuację finansową wykonawcy, przewidzianego w pkt. 10.1.3. lub 10.1.4.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest świadczenie dla Zakładów JSW S.A. serwisu technicznego oraz dostawę części zamiennych, podzespołów, zespołów dla kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction, przy czym Zamawiający nie określił w Załącznikach nr 4 i 5 do Formularza ofertowego symulowanych (szacunkowych) ilości części zamiennych w oparciu o szacunkowe ilości planowanych do zakupu tego typu części przez Zamawiającego co pozwoliłoby zrozumieć wymaganie przez niego warunku posiadania przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych w tak dużej wysokości.

2. W ocenie odwołującego postawiony warunek udziału w postępowaniu, przy uwzględnieniu jego przedmiotu, jest nieproporcjonalny (zbyt restrykcyjny) oraz nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji prowadzący do bezzasadnego ograniczenia kręgu podmiotów zdolnych ubiegać się o zamówienie, co narusza także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców .

3. Odwołujący na marginesie pragnie podnieść, że dokonana przez niego analiza innych postępowań o analogicznym przedmiocie zamówienia prowadzi do wniosku, że Zamawiający wymagają na znacznie niższym poziomie spełnienia warunku udziału w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej . Jako przykład można wskazać postępowania takie jak:

- postępowanie prowadzone przez Lubelski Węgiel „Bogdanka" S.A. o nr. 4790/HZP/MSO/2023 na „Dostawa fabrycznie nowych części zamiennych do kombajnów chodnikowych typu AM-75EX-S, MR340X-EX-S pracujących w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego" gdzie Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu dot. sytuacji finansowej lub ekonomicznej:

Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy posiadali środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej:

a) Zadanie nr 1 – 1 000 000,00 zł (słownie: jeden milion złotych 00/100).
b) Zadanie nr 2 – 500 000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100).

W przypadku składania ofert na więcej niż jedno zadanie wysokość posiadanych przez Wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej nie może być mniejsza niż suma środków finansowych lub zdolności kredytowej wymaganych dla poszczególnych zadań na które Wykonawca składa ofertę.

lub postępowanie przeprowadzone przez Polską Grupę Górniczą S.A. o nr. 702400714 na Świadczenie usług serwisowych własnych kombajnów chodnikowych o mocy organu urabiającego od 200 kW dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. z podziałem na 2 zadania:

Zadanie nr 1: Świadczenie usług serwisowych własnych kombajnów chodnikowych typu MR-340 dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A.

Zadanie nr 2: Świadczenie usług serwisowych własnych kombajnów chodnikowych typu AM-75 dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. gdzie Zamawiający odstąpił od wymagania, aby Wykonawcy posiadali środki finansowe lub zdolność kredytową - zastosował minimalne warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do zdolności do występowania w obrocie gospodarczym oraz wykazaniem się zdolności technicznej lub zawodowej w okresie ostatnich 3 lat w postaci świadczenia usług serwisowych, remontowych lub innych polegających na naprawie lub modernizacji maszyn/urządzeń zastosowanych w przemyśle lub w zakładach górniczych o łącznej wartości brutto co najmniej: 50 000,00 zł dla zadania 1 oraz 50 000,00 zł dla zadania 2.

Dowód: Załącznik nr 6 oraz Załącznik nr 7 do odwołania.

4. Według Odwołującego z powyższego wynika, że szereg zamawiających w postępowaniach o analogicznym przedmiocie zamówienia uznał - znacznie niższe kwoty dotyczące wysokości posiadanych środków finansowych i zdolności kredytowej lub w ogóle odstąpił od ich wykazania – za wystarczające do zagwarantowania realizacji udzielanych przez nich zamówień. Jednocześnie, w ramach niniejszego postępowania nie sposób wskazać szczególnych względów powodujących konieczność ustanowienia tak wysokiej kwoty minimalnej do wykazania. Warunek udziału dotyczący sytuacji ekonomiczno-finansowej określony w niniejszym postępowaniu jest nieproporcjonalny i rażąco wykracza poza to, co mieści się w uzasadnionych potrzebach zamawiającego. Konsekwencją tak dalece restrykcyjnego naruszenia wymogów proporcjonalności i niezbędności warunków udziału w postępowaniu niewątpliwie będzie obniżenie ilości ofert złożonych w postępowaniu, odbierając możliwość ubiegania się o zamówienie mniejszym wykonawcom, pomimo, że podmioty te byłyby tak samo zdolne do realizacji zamówienia. W konsekwencji, ucierpi na tym konkurencyjność postępowania, co przełożyć może się także na efektywność udzielonego zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w pkt 3 odwołania tj. naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp:

1. Zgodnie z SWZ. Pkt. 8.1. Zamawiający wymaga aby ofertę przygotować wypełniając Formularz ofertowy (załącznik nr 2 do SWZ) lub sporządzić ją według wzoru przedstawionego w Formularzu ofertowym. Ponadto wykonawca:

a) wypełnia wszystkie pozycje Cennika A, obejmującego jednostkowe ceny netto nowych oraz poremontowych części zamiennych, podzespołów, zespołów dla kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction, eksploatowanych w Zakładach Zamawiającego, przygotowanego w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel (załącznik nr 4 do Formularza ofertowego), względnie sporządza go według wzoru przedstawionego w załączniku do Formularza ofertowego.

b) wypełnia Cennik B, obejmujący jednostkowe ceny netto nowych lub poremontowych części zamiennych, podzespołów, zespołów dla kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction, eksploatowanych w Zakładach Zamawiającego, nieujętych w Cenniku A, przygotowany w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel (załącznik nr 5 do Formularza ofertowego), względnie sporządza go według wzoru przedstawionego w załączniku do Formularza ofertowego.

W punkcie 8.2. z kolei wymagane jest aby Wykonawca sporządził ofertę (Formularz ofertowy) oraz Cennik A oraz B pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej.

Odwołujący pragnie zwrócić szczególną uwagę na fakt iż Zamawiający w cennikach A i B przygotowanych w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel stanowiących kolejno Załączniki nr 4 oraz 5 do Formularza ofertowego nie uwzględnił jakichkolwiek pozycji, pól lub kolumn pozwalających wykonawcom na wskazanie oferowanych produktów równoważnych. W efekcie formularze przewidują jedynie możliwość zaoferowania produktów referencyjnych wskazanych przez Zamawiającego, co faktycznie uniemożliwia skorzystanie z prawa do zaoferowania równoważności.

2.Takie ukształtowanie dokumentacji narusza art. 99 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający – dopuszczając rozwiązania równoważne – ma obowiązek wskazać wymagania lub kryteria za pomocą których oceni równoważność.

Brak miejsca w formularzach na wskazanie możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych powoduje, że Wykonawca nie jest w stanie w ofercie wykazać spełnienia tych wymagań, co prowadzi do ryzyka odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp. Ponadto opis dokumentacji narusza zasadę uczciwej konkurencji i proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający jedynie prowizorycznie (pozornie) dopuszcza równoważność (w § 8 ust. 21 Projektowanych postanowieniach umowy), lecz faktycznie uniemożliwia jej zastosowanie, faworyzując jednocześnie konkretne produkty pochodzące od jednego producenta wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia.

3. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą KIO, jeżeli Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne, powinien przewidzieć realny i wykonalny sposób ich przedstawienia w ofercie, tak aby Wykonawca mógł wykazać, że oferowany produkt spełnia wymagania równoważności. Brak takiej możliwości w formularzu oferty stanowi wadę dokumentacji uniemożliwiającą prawidłowe przygotowanie oferty przez Wykonawców oferujących produkty pochodzące od innych producentów niż wskazany w opisie przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w pkt 4 odwołania tj. naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp:

1. Zamawiający w § 8 ust. 20 Projektowanych postanowień umowy określił dopuszczenie zastosowania zamiennych części, podzespołów i zespołów nieobjętych Cennikiem, i jednocześnie niebędących odpowiednikami zamiennych części, podzespołów i zespołów objętych Cennikiem (dalej: części handlowe), o ile spełnione zostaną następujące warunki:

a. cena danej części handlowej będzie odpowiadać jej cenie rynkowej, tj. całkowitej cenie, jaką w momencie dostawy tej części handlowej Zamawiający musiałby zapłacić w warunkach uczciwej konkurencji, przy uwzględnieniu okoliczności, w jakich Zamawiający nabywa części handlowe w związku z awarią urządzeń, w szczególności przy uwzględnieniu kosztów jej dostawy w terminach i na warunkach określonych w niniejszej umowie,

b. Zamawiający wyrazi zgodę na zastosowanie danej części handlowej oraz zaakceptuje jej cenę wskazaną przez Wykonawcę,

c. protokół usługi serwisowej wskazywać będzie zastosowanie części handlowych odrębnie od innych zastosowanych zamiennych części, zespołów lub podzespołów objętych Cennikiem,

d. faktura wystawiona przez Wykonawcę za wykonanie usługi będzie wskazywać odrębnie cenę części handlowych.

Z kolei w następnym ust. 21 dopuszczono zastosowanie odpowiedników zamiennych części, podzespołów, zespołów objętych Cennikiem (dalej: odpowiedniki), o ile spełnione zostaną następujące warunki:

a. zamienna część, podzespół i zespół objęty Cennikiem został wycofany z produkcji lub odpowiednik posiada lepsze parametry niż odpowiadająca mu zamienna część, podzespół, zespół objęty Cennikiem,

b. Wykonawca wskaże odpowiadający w Cenniku numer katalogowy zamiennej części, podzespołu lub zespołu, zamiast którego zastosowany ma zostać odpowiednik,

c. cena za odpowiednik nie będzie wyższa niż określona w Cenniku cena zamiennych części, podzespołu lub zespołu, zamiast których odpowiednik ma być zastosowany,

d. Zamawiający wyrazi zgodę na zastosowanie odpowiednika oraz zaakceptuje jego cenę wskazaną przez Wykonawcę,

e. protokół usługi serwisowej lub dowód dostawy wskazywać będzie zastosowane odpowiedniki odrębnie od innych zastosowanych zamiennych części, zespołów lub podzespołów objętych Cennikiem,

f. faktura wystawiona przez Wykonawcę za wykonanie usługi będzie wskazywać odrębnie cenę odpowiedników.

2. Jak wspomniane zostało w powyższym uzasadnieniu do zarzutu z punktu 3 odwołania: „Zamawiający jedynie prowizorycznie dopuszcza równoważność (w § 8 ust. 21 Projektowanych postanowień umowy), lecz faktycznie uniemożliwia jej zastosowanie, faworyzując jednocześnie konkretne produkty pochodzące od jednego producenta wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia."

Odwołujący pragnie zaznaczyć, iż powyżej wymienione postanowienia zarówno ujęte w § 8 ust. 20 jak i ust. 21 Projektowanych postanowień umowy dotyczą momentu, w którym doszło już do złożenia oferty. Skoro odnoszą się one do etapu po złożeniu oferty, jak więc wykonawcy mają złożyć ofertę uwzględniając rozwiązania równoważne w wymaganych do złożenia wraz z ofertą cennikach A i B, jeżeli Zamawiający dopuścił ich „teoretycznie jedynie" zastosowanie w umowie w myśl § 8 odnoszącego się do zasad realizacji usługi. Wykonawca co do zasady nie może samodzielnie dokonywać zmiany formularza ofertowego w aspekcie merytorycznej jego treści. Gospodarzem postępowania jest bowiem Zamawiający. Do jego obowiązków należy m.in. opracowanie SWZ wraz z wszystkimi niezbędnymi załącznikami. Formularz oferty jak i cenniki są jednym z zasadniczych elementów SWZ i powinny być ze sobą spójne. Jeżeli wykonawca samodzielnie wprowadziłby zmiany „merytoryczne" w treści wzoru formularza ofertowego to naraża się na ryzyko odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

3. Kolejną kwestią jest okoliczność posługiwania się przez Zamawiającego w projekcie umowy pojęciami „części handlowe" oraz „odpowiedniki" bez wskazania przy tym żadnych wymagań jakościowych, technicznych czy funkcjonalnych, jakim mają one odpowiadać. Postanowienia umowy dotyczące odpowiedników są niejednoznaczne, nieprecyzyjne i niedookreślone, co uniemożliwia Wykonawcom ocenę, jakie zamienniki będą uznane za dopuszczalne i zostaną uznane za odpowiedniki. To samo dotyczy się braku jednoznaczności odnośnie do rozumienia używanego określenia „części handlowe". Tymczasem zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp 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.

4. Odwołujący raz jeszcze podkreśla, że Zamawiający ani w SWZ ani Formularzu ofertowym wraz cennikami nie zamieścił żadnych informacji dotyczących dopuszczenia rozwiązań równoważnych, kryteriów ich oceny ani sposobu ich wykazania. Brak jest jakichkolwiek pól, pozycji lub opisów umożliwiających Wykonawcy wskazanie w cennikach A i B części/podzespołów równoważnych (odpowiedników, części handlowych) czy przedstawienie parametrów

potwierdzających spełnienie wymagań równoważności. W przedstawionych cennikach A i B Zamawiający wręcz wprost wskazał "Nr katalogowy (rysunku)" oryginalnych części/podzespołów/zespołów producenta przedmiotu zamówienia. Takie wymagania wprost stoją w sprzeczności z zasadą opisywania przedmiotu zamówienia wyrażoną w art. 99 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp.

5. Brak jednoznacznych wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, w tym warunków równoważności, oraz brak możliwości przedstawienia ich w formularzu ofertowym prowadzi do sytuacji, w której wykonawca nie wie, jakie części zamienne może zaoferować. Z kolei Zamawiający zgodnie z § 8 ust. 21 lit.d. (Zamawiający wyrazi zgodę na zastosowanie odpowiednika oraz zaakceptuje jego cenę wskazaną przez Wykonawcę) uzyskuje pełną dowolność w akceptowaniu lub odrzucaniu produktów zarówno na etapie oceny oferty jak i realizacji umowy. Jest to sprzeczne z zasadą równego traktowania Wykonawców wynikającą z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w pkt 4 odwołania tj. naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 ustawy Kodeks cywilny oraz w zw. z art. 3531 ustawy Kodeks cywilny.

1. Odwołujący pragnie zauważyć, że Zamawiający ma wprawdzie prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczają jego interes w wykonaniu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami, ale uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 KC. Zasada swobody umów uregulowana w art. 3531 KC pozwala stronom ułożyć stosunek prawny wedle uznania, ale nie jest nieograniczona, gdyż tak ułożony stosunek prawny nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Wykonawca przystępujący do przetargu publicznego ma ograniczony wpływ na treść umowy (brak negocjacji indywidualnych), a zapisy SWZ jednostronnie przygotowane przez zamawiającego muszą podlegać ocenie również pod kątem zasad słuszności. Postanowienie w sposób nieuzasadniony i nieuprawniony nadmiernie obciążające jedną stronę (w tym wypadku zamawiającego) muszą zostać uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 5 KC w związku z art. 3531 KC) – np. gdy zamawiający wykorzystuje swoją pozycję dominującą przy konstruowaniu umowy wbrew dobrym obyczajom.

2. Zaskarżone przez Odwołującego postanowienia zawarte w § 8 ust. 2, 14 lit. b, 19, 20 i 21, § 9 ust. 15 i 16, § 10 ust. 7, § 11 ust. 7, 8 Istotnych postanowień umowy dotyczących Zasady realizacji usługi, Personelu Wykonawcy, Kontrola i odbiór usługi oraz Gwarancji stanowią naruszenie przepisów przywołanych na wstępie odwołania, na potwierdzenie czego przedstawia się uzasadnienie jak niżej:

3. W § 8 ust.2 projektowanych postanowień umowy w obecnym brzmieniu Zamawiający określił, że „Wykonanie usługi polegać będzie na przywróceniu pełnej zdolności produkcyjnej (ruchowej) urządzeń, a także wystawieniu i dostarczeniu Zamawiającemu wszystkich dokumentów niezbędnych do prawidłowego użytkowania serwisowanych urządzeń w zakładach Zamawiającego."

Postanowienie ust. 2 według Odwołującego powinno brzmieć: „Wykonanie usługi polegać będzie na naprawie w celu przywrócenia sprawności maszyny/urządzenia, a także wystawieniu i dostarczeniu Zamawiającemu wszystkich dokumentów niezbędnych do prawidłowego użytkowania serwisowanych urządzeń w zakładach Zamawiającego."

W ocenie Odwołującego obecny zapis jest niezgodny z przedmiotem umowy. Przedmiotem niniejszego postępowania jest bowiem świadczenie dla Zakładów JSW S.A. serwisu technicznego oraz dostawa części zamiennych, podzespołów, zespołów dla kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction. Zamawiający formułując zakres usługi, który ma polegać na przywróceniu pełnej zdolności produkcyjnej (ruchowej) próbuje bezpodstawnie rozszerzyć zakres przedmiotu zamówienia na remont kombajnu. Jak bowiem inaczej nazwać sytuację, w której Wykonawca usuwa awarię wykorzystując do tego części zamienne niezbędne do jej usunięcia miałby przywrócić urządzenie do pełnej zdolności produkcyjnej. Taki zapis odpowiada ogólnej definicji remontu kapitalnego, który brzmi: „remont kapitalny to przywrócenie stanu pierwotnego maszyny/urządzenia (przywrócenie wartości użytkowej), bez wprowadzania istotnych zmian w parametrach, zastosowaniu i typie".

Natomiast zaproponowana przez Odwołującego zmiana jest zgodna z przedmiotem zamówienia, ponieważ świadczenie usług serwisowych z wykorzystaniem lub bez części zamiennych odpowiada tak naprawdę definicji naprawy, która brzmi następująco: „naprawa to przywrócenie sprawności maszyny/urządzenia, poprzez wymianę uszkodzonych części lub podzespołów w sposób określony w dokumentacji techniczno-ruchowej".

4. W § 8 ust. 14 lit.b projektowanych postanowień umowy w obecnym brzmieniu Zamawiający określił, że „W ramach usługi Zamawiający zapewnia: b. osobę dozoru ruchu w charakterze opiekuna i koordynatora prac,"

Postanowienie § 8 ust. 14 lit. b według Odwołującego powinno brzmieć: „W ramach usługi Zamawiający zapewnia: b. osobę dozoru ruchu w charakterze opiekuna oraz osoby do obsługi kombajnu chodnikowego (operator, ślusarz-mechanik, elektryk) posiadające upoważnienia wydane przez kierownika ruchu zakładu górniczego na podstawie udokumentowanych uprawnień i kwalifikacji,"

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, iż za eksploatację i konserwację odpowiedzialny jest użytkownik maszyny (w tym przypadku Zamawiający) i jest to uregulowane w krajowych przepisach prawa powszechnie obowiązującego tj. w rozporządzeniu Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia

ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1118 ze zm.), w dziale VI. § 510 ust.1 i § 512 ust.1, który stanowi:

DZIAŁ VI. Maszyny, urządzenia i instalacje oraz obiekty budowlane zakładu górniczego Rozdział 1. Wymagania ogólne § 510. 1. Obsługę maszyn, urządzeń i instalacji powierza się osobom posiadającym upoważnienia do obsługi danego typu maszyn, urządzeń lub instalacji, wydane przez kierownika ruchu zakładu górniczego na podstawie udokumentowanych uprawnień i kwalifikacji.

oraz

§ 512. 1. Osoby wykonujące czynności w ruchu zakładu górniczego, w zakresie wykonywanych czynności, odpowiadają za właściwą eksploatację maszyn, urządzeń i instalacji.

§ 513. 1. Naprawa maszyn, urządzeń i instalacji w trakcie ich ruchu oraz bezpośrednie smarowanie i czyszczenie części ruchomych jest niedopuszczalne.

2. Naprawę maszyn, urządzeń i instalacji wykonuje się wyłącznie po:

1) zatrzymaniu maszyny lub urządzenia;

2) zabezpieczeniu maszyny lub urządzenia przed samoczynnym przemieszczeniem;

3) wyłączeniu dopływu energii

Wskazanie przez Zamawiającego osobę dozoru ruchu w charakterze opiekuna jest zrozumiałe (zasadne). Natomiast wskazanie takiej osoby jako koordynatora prac nie jest uzasadnione, nie wiadomo bowiem na jakiej zasadzie osoba dozoru miałaby koordynować pracę serwisu świadczonego przez Wykonawcę. Logicznym jest, iż koordynatorem prac jest pracownik serwisu Wykonawcy, którego celem jest wykonanie usługi polegającej na naprawie w celu przywrócenia sprawności maszyny/urządzenia. Wiadomo, że nie każdą awarię da się usunąć od razu, ze względu na specyficzne warunki jakie panują w zakładzie górniczym oraz restrykcyjne przepisy które obowiązują. Dodatkowo Odwołujący nadmienia, że obsługę maszyn, urządzeń i instalacji powierza się osobom posiadającym upoważnienia do obsługi danego typu maszyn, urządzeń lub instalacji, wydane przez kierownika ruchu zakładu górniczego. Pomijając fakt, iż Zamawiający w § 9 ust. 13.a, nie określił jakie dokładnie kwalifikacje i uprawnienia powinien posiadać personel Wykonawcy należy zwrócić uwagę że do usunięcia awarii potrzebni są również pracownicy kopalni inni niż osoba dozoru. Takimi pracownikami są:

Ślusarz – niezbędny do obsługi narzędzi stosowanych w górnictwie np.: obsługi wciągnika łańcuchowego, wciągnika pneumatycznego.

Elektryk - niezbędny do obsługi urządzeń elektrycznych współpracujących z przedmiotem zamówienia (kombajnem chodnikowym) np.: stacji transformatorowej, wyłącznika/rozrusznika stycznikowego.

Operator: niezbędny do sterowania kombajnem chodnikowym.

Wszyscy wyżej wymienieni pracownicy muszą zgodnie z ww. Rozporządzeniem posiadać odpowiednie uprawnienia których natomiast pracownicy serwisu Wykonawcy posiadać nie muszą ze względu na fakt iż są im one niepotrzebne ponieważ nie podlegają one przepisom z Rozporządzenia. Fakt ten potwierdza zapis z § 23 ust. 1 przywołanego rozporządzenia, który stanowi że: „Przebywanie w wyrobiskach osób niezatrudnionych w ruchu zakładu górniczego jest dopuszczalne wyłącznie za zgodą kierownika ruchu zakładu górniczego i w obecności wyznaczonego pracownika zakładu górniczego."

Dowód: Załącznik nr 8 do Odwolania.

5. W § 8 ust. 19 projektowanych postanowień umownych w obecnym brzmieniu Zamawiający określił, że „Protokół usługi serwisowej sporządza Wykonawca. Protokół usługi serwisowej powinien zawierać co najmniej informacje uwzględnione we wzorze protokołu usługi serwisowej stanowiącym załącznik nr 2 do umowy. Zapisy w protokole usługi serwisowej nie mogą być sprzeczne z postanowieniami umowy i Specyfikacji Technicznej".

Postanowienie § 8 ust. 19 według Odwołującego powinno brzmieć: „Protokół usługi serwisowej sporządza Wykonawca. Protokół usługi serwisowej powinien zawierać podstawowe informacje uwzględnione w punkcie I, II, V wzoru protokołu usługi serwisowej stanowiący załącznik nr 2 do umowy. Zapisy w protokole usługi serwisowej nie mogą być sprzeczne z dokumentacją techniczno-ruchową danego typu urządzenia ujętego w pkt. I.1. Specyfikacji technicznej"

Zauważenia wymaga, że skoro protokół usługi serwisowej sporządza Wykonawca i powinien on zawierać podstawowe informacje to jak najbardziej uzasadniona jest propozycja Odwołującego ze względu na to, że takie – podstawowe informacje określone są punkcie I, II, V wzoru protokołu usługi serwisowej stanowiący załącznik nr 2 do umowy. Odwołujący nadmienia, że pozostałe informacje ujęte w punkcie III. pkt. 2 i 3 wzoru protokołu odnoszą się do odpowiedników części, zespołów, podzespołów objętych cennikiem oraz części handlowych, których Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie sprecyzował, co zostało przez Odwołującego wyjaśnione w zarzucie nr 5 niniejszego odwołania.

6. W § 8 ust. 20 i 21 projektowanych postanowień umownych w obecnym brzmieniu Zamawiający określił, że „Zamawiający dopuszcza zastosowanie zamiennych części, podzespołów i zespołów nieobjętych Cennikiem, i jednocześnie niebędących odpowiednikami zamiennych części, podzespołów i zespołów objętych Cennikiem (dalej: części handlowe), o ile spełnione zostaną następujące warunki:

a. cena danej części handlowej będzie odpowiadać jej cenie rynkowej, tj. całkowitej cenie, jaką w momencie dostawy tej części handlowej Zamawiający musiałby zapłacić w warunkach uczciwej konkurencji, przy uwzględnieniu okoliczności, w jakich Zamawiający nabywa części handlowe w związku z awarią urządzeń, w szczególności przy uwzględnieniu kosztów jej dostawy w terminach i na warunkach określonych w niniejszej umowie,
b. Zamawiający wyrazi zgodę na zastosowanie danej części handlowej oraz zaakceptuje jej cenę wskazaną przez Wykonawcę,
c. protokół usługi serwisowej wskazywać będzie zastosowanie części handlowych odrębnie od innych zastosowanych zamiennych części, zespołów lub podzespołów objętych Cennikiem,
d. faktura wystawiona przez Wykonawcę za wykonanie usługi będzie wskazywać odrębnie cenę części handlowych.

21. Zamawiający dopuszcza zastosowanie odpowiedników zamiennych części, podzespołów, zespołów objętych Cennikiem (dalej: odpowiedniki), o ile spełnione zostaną następujące warunki:
a. zamienna część, podzespół i zespół objęty Cennikiem został wycofany z produkcji lub odpowiednik posiada lepsze parametry niż odpowiadająca mu zamienna część, podzespół, zespół objęty Cennikiem,
b. Wykonawca wskaże odpowiadający w Cenniku numer katalogowy zamiennej części, podzespołu lub zespołu, zamiast którego zastosowany ma zostać odpowiednik,
c. cena za odpowiednik nie będzie wyższa niż określona w Cenniku cena zamiennych części, podzespołu lub zespołu, zamiast których odpowiednik ma być zastosowany,
d. Zamawiający wyrazi zgodę na zastosowanie odpowiednika oraz zaakceptuje jego cenę wskazaną przez Wykonawcę,
e. protokół usługi serwisowej lub dowód dostawy wskazywać będzie zastosowane odpowiedniki odrębnie od innych zastosowanych zamiennych części, zespołów lub podzespołów objętych Cennikiem,
f. faktura wystawiona przez Wykonawcę za wykonanie usługi będzie wskazywać odrębnie cenę odpowiedników."

Postanowienie § 8 ust. 20 i 21 projektowanych postanowień umownych według Odwołującego powinno zostać w całości usunięte.

Odwołujący w niniejszym Odwołaniu odnośnie do wcześniejszego zarzutu podniósł już okoliczności posługiwania się przez Zamawiającego w projekcie umowy niejednoznacznymi (niedookreślonymi) pojęciami „części handlowe" oraz „odpowiedniki", ponieważ nie wskazuje on przy tym żadnych wymagań jakościowych, technicznych czy funkcjonalnych, jakim mają one odpowiadać. Postanowienia dotyczące odpowiedników są nieprecyzyjne i niedookreślone co uniemożliwia Wykonawcom ocenę, jakie zamienniki będą uznane za dopuszczalne. To samo dotyczy się części handlowych. Brak wskazania przez Zamawiającego części równoważnych (lub odpowiedników i części handlowych) czy ich opisu w jakichkolwiek innych dokumentach poza projektem umowy sprawia, że żądanie i propozycja zmiany w projekcie umowy w tym aspekcie, którą przedstawia Odwołujący, jest jak najbardziej zasadna.

7. W § 9 ust. 15 i 16 projektowanych postanowień umownych w obecnym brzmieniu Zamawiający określił, „że Wobec osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji umowy, Wykonawca ponosi odpowiedzialność wynikającą z przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych oraz odpowiedzialność za skutki niezawinionych przez Zamawiającego wypadków, które nastąpiły w związku z realizacją usługi."
„Wykonawca odpowiada wobec Zamawiającego za wszelkie koszty, szkody i wydatki poniesione przez Zamawiającego w związku z niezawinionym przez Zamawiającego wypadkiem przy pracy osoby skierowanej do realizacji umowy."

Postanowienie ust. 15 według Odwołującego powinno brzmieć: „Wobec osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji umowy, Wykonawca ponosi odpowiedzialność wynikającą z przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych".

Natomiast postanowienie ust. 16 powinno zostać wykreślone w całości.

Jak już zostało wspomniano w niniejszym Odwołaniu Zamawiający jest odpowiedzialny za nadzór nad pracownikiem serwisu jako osoby spoza zakładu górniczego. Wynika to z ROZPORZĄDZENIA MINISTRA ENERGII z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych z § 23. 1, zgodnie z którym Przebywanie w wyrobiskach osób niezatrudnionych w ruchu zakładu górniczego jest dopuszczalne wyłącznie za zgodą kierownika ruchu zakładu górniczego i w obecności wyznaczonego pracownika zakładu górniczego.

Odwołujący ponadto pragnie podnieść, że Zamawiający nie wskazał w sposób jednoznaczny okoliczności związanych z niezawinionymi przez Zamawiającego wypadkami, które nastąpiły w związku z realizacją usługi. Według Odwołującego zapis ten jest niedopuszczalny ponieważ bezpodstawnie obarcza skutkami Wykonawcę za okoliczności od niego niezależne. To samo dotyczy ust. 16, gdzie Zamawiający w ogóle nie wskazał jakie koszty, szkody i wydatki poniesione przez Zamawiającego w związku z niezawinionym przez Zamawiającego wypadkiem przy pracy osoby skierowanej do realizacji umowy Wykonawca ma odpowiadać. Podkreślenia wymaga, że brak jednoznacznych zapisów dotyczących okoliczności, które mogą wpłynąć na realizację umowy, stawia przy tym w pozycji uprzywilejowanej Zamawiającego, naruszając tym samym zasadę równowagi stron umowy.

8. W § 10 ust. 7 projektowanych postanowień umownych w obecnym brzmieniu Zamawiający określił, że „w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, że usługa została wykonana niezgodnie z wymaganiami przewidzianymi w niniejszej

umowie:
a. Zamawiający będzie uprawniony do wprowadzenia do protokołu usługi serwisowej swoich uwag i zastrzeżeń,
b. Zamawiający nie będzie ponosił kosztów wykonania usługi w zakresie, w jakim stwierdzono jej wadliwość (wadliwe wykonywanie prac, wadliwość użytych zamiennych części, zespołów lub podzespołów),
c. Wykonawca za zgodą Zamawiającego usunie stwierdzone niezgodności, a po zakończeniu realizacji usługi zostanie sporządzony protokół usługi serwisowej."

Postanowienie ust. 7 według Odwołującego powinno brzmieć: „7. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, że usługa została wykonana niezgodnie z wymaganiami przewidzianymi w § 8 ust.2 niniejszej umowy:
a. Zamawiający będzie uprawniony do wprowadzenia do protokołu usługi serwisowej swoich uwag i zastrzeżeń,
b. Zamawiający nie będzie ponosił kosztów usługi serwisowej która została wykonana w sposób niezgodny z dokumentacją techniczno-ruchową danego typu urządzenia ujętego w pkt. I.1. Specyfikacji technicznej.
c. Wykonawca za zgodą Zamawiającego usunie stwierdzone niezgodności, a po zakończeniu realizacji usługi zostanie sporządzony protokół usługi serwisowej."

Zdaniem Odwołującego postanowienie § 10 ust. 7 w brzmieniu jak zamieścił Zamawiający jest niezgodny z przedmiotem zamówienia. Przedmiotem niniejszego postępowania jest świadczenie dla Zakładów JSW S.A. serwisu technicznego oraz dostawa części zamiennych, podzespołów, zespołów dla kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction. Zamawiający formułując zakres usługi, który ma polegać na przywróceniu pełnej zdolności produkcyjnej (ruchowej) Zamawiający próbuje bezpodstawnie rozszerzyć zakres przedmiotu zamówienia na remont kombajnu albowiem inaczej nazwać sytuację w której Wykonawca usuwa awarię wykorzystując do tego części zamienne niezbędne do jej usunięcia miałby przywrócić urządzenie do pełnej zdolności produkcyjnej. Taki zapis odpowiada definicji remontu kapitalnego który brzmi: „remont kapitalny to przywrócenie stanu pierwotnego maszyny/urządzenia (przywrócenie wartości użytkowej), bez wprowadzania istotnych zmian w parametrach, zastosowaniu i typie".

Zaproponowana przez Odwołująca zmiana jest zgodna z przedmiotem zamówienia ponieważ świadczenie usług serwisowych z wykorzystaniem lub bez części zamiennych odpowiada tak naprawdę definicji naprawy która brzmi: „naprawa to przywrócenie sprawności maszyny/urządzenia, poprzez wymianę uszkodzonych części lub podzespołów w sposób określony w dokumentacji techniczno-ruchowej".

9. W § 11 ust. 7 projektowanych postanowień umownych w obecnym brzmieniu Zamawiający określił, że „Uprawnienie do określenia obowiązków Wykonawcy z tytułu gwarancji przysługuje Zamawiającemu. Zamawiający może wykonywać uprawnienia z tytułu gwarancji niezależnie od uprawnień z tytułu rękojmi."

Postanowienie ust. 7 według Odwołującego powinno brzmieć: „Zamawiający może wykonywać uprawnienia z tytułu gwarancji niezależnie od uprawnień z tytułu rękojmi."

Postanowienie, w obecnym brzmieniu, zgodnie z którym zamawiający ma jednostronne uprawnienie do określenia obowiązków wykonawcy z tytułu gwarancji w trakcie realizacji umowy, w ocenie Odwołującego jest sprzeczne z art. 353^1 KC (zasada swobody umów), a w konsekwencji może zostać uznane za nieważne z mocy prawa (art. 58 § 1 KC).

Postanowienie jest sprzeczne z istotą gwarancji, która musi mieć określoną treść już w chwili zawarcia umowy (por. art. 577 § 1 KC). Nie może być tak, że wykonawca w ogóle nie zna swoich obowiązków, bo będą „określone później" przez zamawiającego. W związku z tym obecne postanowienie ust. 7 zdanie pierwsze powoduje, że świadczenie (obowiązki) wykonawcy, jakie miałby wykonywać w ramach gwarancji pozostaje nieokreślone i może być dowolnie rozszerzone przez zamawiającego.

10. W § 11 ust. 8 projektowanych postanowień umownych w obecnym brzmieniu Zamawiający określił, że „Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za zużycie zamiennych części, podzespołów lub zespołów, wynikające z prawidłowej eksploatacji urządzenia".

Postanowienie ust. 8 według Odwołującego powinno brzmieć: „Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za zużycie zamiennych części, podzespołów lub zespołów, wynikające z prawidłowej eksploatacji zgodnej z DTR/Instrukcją Obsługi urządzenia"

Zgodnie z powyższą argumentacją Odwołujący przypomina, że na mocy obowiązujących przepisów krajowych tj. ww. rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych, Dział VI. § 508 Maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje i naprawia w sposób określony w dokumentacji techniczno-ruchowej. Z kolei zgodnie z § 510 ust.1 i § 512 ust.1 osoby wykonujące czynności w ruchu zakładu górniczego, w zakresie wykonywanych czynności, odpowiadają za właściwą eksploatację maszyn, urządzeń i instalacji co za tym idzie zakres odpowiedzialności określa sposób eksploatacji maszyny przez Zamawiającego (niezależnie czy prawidłowej czy też nie) zgodny z Dokumentacją techniczno – ruchową/Instrukcją obsługi.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że ustawodawca już od jakiegoś czasu zmierza do ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców.

Dowód: Załącznik nr 8 do odwołania.

Rozporządzenie Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących

prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych.

Zamawiający w dniu 28.11.2025 r. (na swojej platformie zakupowej) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 29.12.2025 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. W dniu 26.11.2025 r. wykonawca: Minostar Mining Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Chełmie Śląskim wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie dla Zakładów JSW S.A. serwisu technicznego kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction wraz z dostawą części zamiennych, podzespołów i zespołów, obejmującej treść poszczególnych postanowień dokumentów zamówienia. Odwołanie jest bezpodstawne i z przedstawionych poniżej względów podlega oddaleniu.

W treści zarzutu nr 1 odwołujący wskazał na naruszenie przepisu art. 16 pkt 1 w zw. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) „poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i doprowadzenie do sytuacji, w której zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, jedynie jeden podmiot (wykonawca) jest w stanie złożyć ofertę w postępowaniu ze względu na zagregowanie w postępowaniu zamówień bez chociażby dopuszczenia składania ofert częściowych (tj. wykonawca Sandvik Polska jako upoważniony przedstawiciel producenta firmy Sandvik Mining and Construction GmbH Zeltweg, co stawia go w uprzywilejowanej pozycji), podczas gdy mogą one stanowić samodzielne przedmioty odrębnych postępowań lub części zamówienia (przedmiot ofert częściowych) tj. zakres przedmiotowy zamówienia jest podzielny, ponieważ obejmuje różne typy kombajnów chodnikowych takich jak AM-75, MR-340X Ex-S oraz MR 341 które mogą być wykonywane przez różnych, wyspecjalizowanych wykonawców bez uszczerbku dla prawidłowej realizacji zamówienia, a Zamawiający zobowiązany jest przygotować i prowadzić postępowanie w taki sposób, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji”.
Odnosząc się do przytoczonego powyżej zarzutu należy przede wszystkim wskazać, że odwołujący, zgodnie z zasadą ciężaru dowodowego, wynikającą z art. 6 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp zobowiązany był przedstawić dowody, potwierdzające zasadność zarzutów odwołania. Temu obowiązkowi odwołujący w ogóle nie sprostał. Spółka Minostar Mining Solutions sp. z o.o. w żaden sposób nie wykazała, że na rynku funkcjonuje wyłącznie jeden wykonawca posiadający zaplecze oraz możliwości techniczne, technologiczne, maszynowe, kadrowe, organizacyjne i finansowe pozwalające na wykonanie niniejszego zamówienia w całości. Jednocześnie odwołujący nie wykazał, że ani odwołujący, ani żaden z pozostałych wykonawców nie jest w stanie wykonać zamówienia w założonym przez zamawiającego zakresie.

Odwołujący nie zauważa, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zapadłe jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29.01.2004 Prawo zamówień publicznych wskazywało, że „właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. To jednak nie oznacza, że naruszono zasadę z art. 7 ust. 1 p.z.p.” (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2018 r., sygn. akt: KIO 2674/17). „Naruszenie zasady uczciwej konkurencji wskazanej w art. 29 ust. 2 p.z.p. ma miejsce wtedy, gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub konkretny produkt, a także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zmawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu. Jest przy tym naturalne, że niemal każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji polegające na niemożności złożenia oferty przez potencjalnie zainteresowanego wykonawcę z uwagi na niedysponowanie określoną technologią, wymaganym doświadczeniem itp. To jednak nie musi oznaczać, że doszło do naruszenia zasady z art. 7 ust. 1 p.z.p.” (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2017 r., sygn. akt: KIO 1670/17).

Podobne zapatrywanie Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła także na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów pzp, wskazując, że „przepisy art. 91 ust. 1 i 2 nie formułują generalnej zasady umożliwiania składania ofert częściowych, chyba że niedokonanie podziału zamówienia na części jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami. Przeciwnie - dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych jest wyłącznie uprawnieniem zamawiającego, nie obowiązkiem - nawet jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Zamawiający ma obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji o ewentualnym podziale i powodach tego podziału” (tak: wyrok z dnia 21.04.2023 r., sygn. akt: KIO 935/23), czy też stwierdzając, że „zamawiający zgodnie z art. 91 p.z.p. może udzielić zamówienia w częściach. Zamawiający jest zobowiązany do rozważenia celowości podziału zamówienia na części, powinien on podać wykonawcom powody niedokonania podziału zamówienia na części. Jednak ustawodawca pozostawił zamawiającemu swobodę autonomicznego podejmowania decyzji o ewentualnym podziale i powodach tego podziału” (tak: wyrok z dnia 31.01.2024 r., sygn. akt: KIO 77/24).

Jednocześnie wypada przytoczyć uzasadnienie wyroku Izby z dnia 06.04.2018 r., wydanego w postępowaniu

odwoławczym, dotyczącym zaniechania przez tutejszego zamawiającego podziału na części zamówienia, obejmującego najem czternastu nowych kombajnów chodnikowych, zgodnie z którym „art. 36aa ust. 1 p.z.p. stanowi, iż zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Kwestię dotyczącą możliwości podziału zamówienia na części, ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego. Jednakże decyzja ta, mająca istotne znaczenie dla przebiegu postępowania, w szczególności dla umożliwienia udziału szerszemu gronu podmiotów, specjalizujących się w danej branży, nie może pozostawać o tyle subiektywna, o ile zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu podzielenie zamówienia na części (sygn. akt: KIO 533/18).
Uwzględniając przedstawione powyżej orzecznictwo zamawiający wskazuje, że zaniechanie podziału zamówienia na części nastąpiło z uwagi na przedstawione poniżej okoliczności:
Dokumentacja techniczna kombajnów chodnikowych typu AM-75Ex-s, MR-340 oraz MR-341 wskazuje że posiadają one bardzo zbliżoną (prawie tożsamą) konstrukcję. Jednocześnie z cennika części zamiennych, stanowiących załączniki do dokumentacji technicznej kombajnów wynika, że ponad 90% części zamiennych znajduje zastosowanie we wszystkich typach maszyn objętych niniejszym postępowaniem. Ponadto nie występują żadne różnice pomiędzy czynnościami, składającymi się na serwis poszczególnych typów kombajnów. W związku z tym brak jest jakichkolwiek podstaw technicznych, funkcjonalnych, czy też użytkowych uzasadniających podział zamówienia na części.
Wskazując na powyższe należy zauważyć, że zarzut nr 1 jest bezzasadny i jako taki podlega oddaleniu.

Następnie odwołujący zarzucił naruszenie „art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób nieproporcjonalny oraz nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia co ogranicza w nieuprawiony sposób, krąg wykonawców mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia, pomimo iż posiadają oni zdolności i potencjał umożliwiający jego wykonanie". Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o zmianę treści punktów 7.2. i 10.1.3. swz poprzez nadanie im następującego brzmienia:
„7.2. Spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej potwierdzać będzie posiadanie przez wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 1 000 000,00 zł w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed złożeniem dokumentu, potwierdzającego sytuację finansową wykonawcy, przewidzianego w pkt. 10.1.3. lub 10.1.4. SWZ.
10.1.3. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości co najmniej: 1 000 000,00 zł w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem.
lub w przypadku uwzględnienia pierwszego zarzutu odwołania i nakazania podziału zamówienia na części zmianę postanowienia z pkt.7.2. oraz 10.1.3. SWZ na:
7.2. Spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej potwierdzać będzie posiadanie przez wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej:
dla Zadania 1 : 500 000,00 zł
dla Zadania 2 : 1 000 000,00 zł
dla Zadania 3 : 1 000 000,00 zł
w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed złożeniem dokumentu, potwierdzającego sytuację finansową wykonawcy, przewidzianego w pkt. 10.1.3. lub 10.1.4. SWZ. W przypadku składania ofert na więcej niż jedno zadanie wysokość posiadanych przez Wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej nie może być mniejsza niż suma środków finansowych lub zdolności kredytowej wymaganych dla poszczególnych zadań na które Wykonawca składa ofertę.
10.1.3. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości co najmniej:
dla Zadania 1 : 500 000,00 zł
dla Zadania 2 : 1 000 000,00 zł
dla Zadania 3 : 1 000 000,00 zł
w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem. W przypadku składania ofert na więcej niż jedno zadanie wysokość posiadanych przez Wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej nie może być mniejsza niż suma środków finansowych lub zdolności kredytowej wymaganych dla poszczególnych zadań na które Wykonawca składa ofertę".

Odnosząc się do powyższego zarzutu i wniosku należy wskazać, że w § 4 projektowanych postanowień umowy, obowiązujących w postępowaniu nr 57/P/25 przewidziano, że wynagrodzenie wskazane w § 3 ust. 1 umowy uiszczane będzie częściami. Wynagrodzenie częściowe wynikać będzie z zakresu zleconej przez zakład Zamawiającego i faktycznie wykonanej oraz udokumentowanej usługi, w oparciu o stawki wynagrodzenia określone w § 3 ust. 2 umowy (ust. 1). Podstawą ustalenia wysokości wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy za realizację usługi będzie podpisany przez obie strony protokół usługi serwisowej, o którym mowa w § 10 ust. 4 umowy lub dowód dostawy, o którym mowa w § 10 ust. 5 umowy, a w przypadku dostawy części handlowej – dodatkowo cena wynikająca z oferty, ustalona zgodnie z §

8 ust. 20 umowy (ust. 2). Zapłata wynagrodzenia następować będzie na podstawie prawidłowo wystawionej faktury w terminie do 60 dni od daty jej dostarczenia do Centrum Usług Wspólnych – jednostki organizacyjnej Zamawiającego (adres: ul. Armii Krajowej 56, 44 – 330 Jastrzębie – Zdrój). Treść faktury powinna wskazywać nadany przez Zamawiającego numer umowy (numer e-RU) oraz zakład i ruch Zamawiającego, którego ona dotyczy. Do faktury Wykonawca załącza protokół usługi serwisowej, o którym mowa w § 10 ust. 4 umowy lub dowód dostawy, o którym mowa w § 10 ust. 5 umowy, a w przypadku zastosowania części handlowej, dodatkowo oferta, ustalona zgodnie z § 8 ust. 20 umowy (ust. 3).

Ponadto w § 10 projektowanych postanowień umowy przewidziano, że odbiór wykonanej usługi w zakresie wykonanej naprawy lub przeglądu urządzeń, odbiór dostarczonych przez Wykonawcę zamiennych części, podzespołów lub zespołów w przypadkach określonych w § 8 ust. 1 lit. e. umowy, a także odbiór zamiennych części, podzespołów i zespołów w zakładzie Wykonawcy w przypadkach określonych w § 8 ust. 1 lit. f. umowy potwierdzać będzie podpisany przez obie strony protokół usługi serwisowej. Zmiany lub uzupełnienia w podpisanym protokole usługi serwisowej będą wprowadzane jedynie za zgodą obu stron (ust. 4). Odbiór zamiennych części, podzespołów i zespołów dostarczanych przez Wykonawcę za pośrednictwem Zakładu Wsparcia Produkcji JSW S.A. zostanie potwierdzony dowodem dostawy (ust. 5). Powyższe oznacza, że wykonawca powinien dysponować środkami finansowymi, pozwalającymi na pokrycie kosztów realizacji zamówienia (części, podzespołów i zespołów zamiennych, robocizny oraz niezbędnej infrastruktury) przez co najmniej dwa miesiące. Uwzględniając powyższe oraz szacunkową wartość zamówienia nie można uznać, że zaproponowana przez odwołującego zdolność finansowa wynosząca 1 000 000, 00 zł pozwala na pokrycie kosztów realizacji zamówienia we wspomnianym początkowym okresie wykonywania umowy. Jednocześnie wniosek odwołującego przewiduje wprowadzenie warunku dotyczącego zdolności finansowej w wysokości 1 000 000, 00 zł (podczas gdy obecnie wynosi on 3 000 000,00 zł), a w przypadku podziału zamówienia na części w łącznej wysokości 2 500 000,00 zł. Stąd wniosek odwołującego jest wewnętrznie sprzeczny i jako taki nie może zostać uwzględniony.

Kolejno odwołujący **w zarzucie nr 3** podniósł naruszenie przepisu „art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp – tj. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i prowadzący do uprzywilejowania wykonawcy będącego producentem w zakresie odnoszącym się do Cenników stanowiących załączniki nr 4 i 5 do oferty, w których Zamawiający nie uwzględnił możliwości zaoferowania części równoważnych, uniemożliwiając tym samym wykonawcom innym niż producent składania ofert równoważnych z produktami o takich samych właściwościach, choćby miały inny znak towarowy, patent czy pochodzenie".

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o „zmianę w cennikach stanowiących załączniki nr 4 i 5 do formularza ofertowego poprzez uwzględnienie możliwości zaoferowania części równoważnych" oraz wprowadzenie w tym zakresie odpowiednich zmian w treści formularza ofertowego.

Odpowiadając na powyższy zarzut oraz wniosek należy wskazać, że będące przedmiotem serwisu kombajny chodnikowe użytkowane są w strefach zagrożenia wybuchem metanu lub pyłu węglowego. Stąd eksploatacja, konserwacja oraz naprawa przedmiotowych maszyn realizowana jest na podstawie przepisów dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/34/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w atmosferze potencjalnie wybuchowej (dyrektywy ATEX). Stąd wskazać należy, że zmiana elementów w urządzeniach pracujących w strefach zagrożonych wybuchem (dyrektywa ATEX) wymaga ścisłego przestrzegania procedur, w szczególności tych przewidzianych w Załączniku nr III do dyrektywy ATEX. Albowiem wszelkie modyfikacje, które mogą wpłynąć na bezpieczeństwo przeciwwybuchowe wymagają ponownej oceny zgodności lub nawet nowej certyfikacji. W tym zakresie kluczowe jest zachowanie aktualności dotychczasowego certyfikatu ATEX.

W przypadku zmiany elementów maszyny lub urządzenia, w odniesieniu do której znajdują zastosowanie przepisy dyrektywy ATEX konieczne jest przeprowadzenie następującej procedury:

1.Analiza wpływu zmiany: Przed przystąpieniem do jakiejkolwiek modyfikacji należy dokładnie ocenić, czy planowana zmiana (np. materiału, komponentu, oprogramowania) ma wpływ na którykolwiek z aspektów bezpieczeństwa przeciwwybuchowego maszyny lub urządzenia, takich jak: potencjalne źródła zapłonu (iskrzenie, przegrzewanie), integralność obudowy i stopień ochrony (IP), parametry elektryczne lub termiczne.

2.Użycie elementów posiadających certyfikaty, potwierdzające zgodność z dyrektywą ATEX. Stąd wymieniane elementy muszą być oryginalnymi częściami zamiennymi lub innymi komponentami, które są odpowiednio certyfikowane ATEX i dopuszczone do użytku w danej strefie zagrożenia wybuchem.

3. Eksploatacja, konserwacja oraz serwis kombajnów chodnikowych następuje zgodnie z wymogami, przewidzianymi w dokumentacji technicznej, która każdorazowo zawiera instrukcje w tym zakresie. W treści dokumentacji technicznej producent określa zakres dopuszczalnych czynności serwisowych i części zamiennych, które nie naruszają certyfikacji.

4. W przypadku zastosowania innego elementu lub wykonanego z innego materiału, konieczna może być ponowna ocena zgodności maszyny lub urządzenia z dyrektywą ATEX, dokonywana przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą.

5. Odpowiedzialność za zgodność wyrobu z wymaganiami spoczywa na producencie, a w przypadku istotnych modyfikacji dokonanych przez użytkownika, to na użytkowniku (tu: zamawiającym) spoczywa obowiązek zapewnienia zgodności zmodyfikowanego urządzenia z dyrektywą ATEX.

6. Nieautoryzowane zmiany elementów maszyn lub urządzeń mogą skutkować utratą ważności certyfikatu ATEX, potwierdzającego możliwość zastosowania maszyny lub urządzenia w strefach zagrożenia wybuchem, co jest równoznaczne z brakiem możliwości jego użytkowania w strefie zagrożonej wybuchem.

Ponadto wypada zaznaczyć, że Cenniki A i B, stanowiące załączniki nr 4 i 5 do formularza ofertowego zawierają nowe oraz poremontowe części zamienne, podzespoły i zespoły, stosowane w serwisowanych kombajnach chodnikowych. Jednakże nie zostały one oznaczone za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Już tylko z tego względu nie sposób uznać, zaskarżone przez odwołującego postanowienia, przewidziane w treści dokumentów zamówienia naruszają przepisy „art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp".

Jedynie na marginesie warto zaznaczyć, że części zamienne, podzespoły i zespoły zostały w Cenniku A i B opisane za pomocą indeksu (numeru) z katalogu części zamiennych załączonego do dokumentacji technicznej danego kombajnu chodnikowego, gdzie oprócz rysunku technicznego, przykładowego wskazania lokalizacji podzespołu oraz numeru indeksu, z którego korzysta producent maszyny nie zostały określone żadne właściwości lub parametry techniczne, w tym parametry gabarytowe, materiałowe, czy też parametry funkcjonalne.

Jednocześnie należy podnieść, że jedynie Cennik A zawiera ponad 6.100 pozycji różnorodnych części zamiennych, podzespołów i zespołów, wykorzystywanych w serwisowanych kombajnach chodnikowych. W związku z tym opisanie właściwości oraz parametrów technicznych wszystkich pozycji w sposób umożliwiający nadanie im zakresu równoważności jest niewykonalne.

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że również zarzut nr 3 się nie potwierdził i jako taki podlega oddaleniu.

W treści zarzutu nr 4 odwołujący podniósł naruszenie „art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp – tj. poprzez zaniechanie opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie odnoszącym się do braku wskazania definicji części handlowej oraz odpowiedników innych niż zamiennych części, podzespołów i zespołów objętych Cennikiem, które zostały wycofane z produkcji lub odpowiedników, które posiadają lepsze parametry niż odpowiadająca mu zamienna część, podzespół, zespół objęty Cennikiem o których Zamawiający pisze w § 8 ust. 20 oraz ust. 21 Projektowanych postanowień umowy stanowiących Załącznik nr 5 do SWZ".

Wskazując na powyższe rzekome naruszenie odwołujący wniósł o zmianę postanowień zawartych w § 8 ust. 2, 14 lit. b, 19, 20 i 21, § 9 ust. 15 i 16, § 10 ust. 7, § 11 ust. 7, 8 projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 5 do SWZ.

Odpowiadając na powyższe zarzuty i wnioski należy zauważyć, że wyłącznie sprowadzają się one do dążenia przez odwołującego do możliwie największego zminimalizowania zakresu świadczonej usługi oraz możliwie największego ograniczenia zakresu odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia.

W szczególności odwołujący domaga się modyfikacji treści § 8 ust. 2 projektowanych postanowień umowy, wnosząc aby wykonanie usługi polegało jedynie „na naprawie w celu przywrócenie sprawności maszyny/urządzenia", co oznacza, że serwis nie będzie polegał na naprawie kombajnu, pozwalającej na jego ponowną eksploatację i użytkowanie, zgodne z przeznaczeniem, a jedynie przywrócenie jego bliżej niesprecyzowanej „sprawności".

Podobnie należy ocenić wniosek odwołującego obejmujący modyfikację § 8 ust. 14 projektowanych postanowień umowy, w którym oczekuje on udostępnienia przez zamawiającego w trakcie wykonywania serwisu osób, posiadających uprawnienia operatora kombajnu, ślusarza-mechanika oraz elektryka, które wspierały będą wykonawcę przy wykonywaniu napraw, zmianę treści § 8 ust. 19 projektowanych postanowień umowy, ograniczający zakres informacji, które powinny znaleźć się w treści protokołu usługi serwisowej, a także wszystkie pozostałe wnioski zawarte w zarzucie nr 4 odwołania. Jednocześnie odwołujący w żaden merytoryczny sposób nie wskazał, tym bardziej nie wykazał w jaki sposób kwestionowane przez niego klauzule umowne naruszają przepis art. 99 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i 3 pzp, przez co również niniejszy zarzut należy ocenić jako chybiony i podlegający oddaleniu.

Następnie odwołujący w treści zarzutu nr 5 podniósł naruszenie „art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 ustawy Kodeks cywilny oraz w zw. z art. 3531 ustawy Kodeks cywilny poprzez skonstruowanie projektowanych postanowień umowy w zakresie § 8 ust. 14 lit. b, 19, 20 i 21, § 9 ust. 15 i 16, § 10 ust. 7, § 11 ust. 7, 8, w sposób, który powoduje, nieuzasadnione potrzebami zamawiającego, uprzywilejowanie pozycji zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych".

Odpowiadając na powyższe zarzuty i wnioski należy zauważyć, że wyłącznie sprowadzają się one do dążenia przez odwołującego do możliwie największego zminimalizowania zakresu świadczonej usługi oraz możliwie największego ograniczenia zakresu odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Jednocześnie

odwołujący w żaden merytoryczny sposób nie wskazał, tym bardziej nie wykazał w jaki sposób kwestionowane przez niego klauzule umowne naruszają przepis „art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 ustawy Kodeks cywilny oraz w zw. z art. 3531 ustawy Kodeks cywilny", przez co również niniejszy zarzut należy ocenić jako chybiony i podlegający oddaleniu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymiponiżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ", Projektowane Postanowienia Umowy (PPU), Specyfikacji technicznej (załącznik nr 1 do umowy), Wzoru protokołu usługi serwisowej (załącznik nr 2 do umowy), Cennika A (załącznik nr 3 do umowy), Cennika B (załącznik nr 4 do umowy), Cennika opłat i usług świadczonych dla firm obcych (załącznik nr 5a-5f do umowy) oraz Instrukcji wyliczenia wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych (miesiąc do miesiąca) (załącznik nr 6 do umowy).

Izba dodatkowo zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączony do odwołania przez Odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu:

1) Załącznik nr 1: Dane techniczne producenta kombajnu typu: AM-75, AM-75 Ex, AM-75 Ex-S;
2) Załącznik nr 2: Dane techniczne producenta kombajnu typu: MR-340x Ex-S;
3) Załącznik nr 3: Dane techniczne producenta kombajnu typu: MR 341;
4) Załącznik nr 4: SWZ z postępowania o nr. 702400714 Polskiej Grupy Górniczej S.A.;
5) Załącznik nr 5: Informacja z otwarcia ofert postępowania o nr. 702400714 PGG S.A.;
6) Załącznik nr 6: SWZ z postępowania o nr. 4790/HZP/MSO/2023 Lubelski Węgiel „Bogdanka" S.A.;
7) Załącznik nr 7: warunki udziału z postępowania o nr. 702400714 PGG S.A.;
8) Załącznik nr 8: Rozporządzenie Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych.

Izba także zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do pisma procesowego złożonego na posiedzeniu przez Zamawiającego:

1.Załącznik Ia - dane techniczne kombajnu MR340X-ExS (4 strony);
2.Załącznik Ib - dane techniczne kombajnu AM75-Ex-S (4 strony);
3.Załącznik Ic-zestawienie danych technicznych kombajnów MR340X-Ex-S/AM75Ex-S/MR341X;
4.Załącznik 2a - rysunek złożeniowy kombajnu MR340X-ExS;
5.Załącznik 2b - rysunek złożeniowy kombajnu AM75-Ex-S;
6.Załącznik 3a - mechanizm jazdy z napędem gąsienicowym kombajnu MR340X-ExS (4 strony);
7.Załącznik 3b - mechanizm jazdy z napędem gąsienicowym kombajnu AM75-Ex-S (4 strony);
8.Załącznik 4a - przekładnia ładowarki (podajnika) kombajnu MR340X-Ex-S (5 stron);
9.Załącznik 4b - przekładnia ładowarki (podajnika) kombajnu AM75-Ex-S (6 stron);
10.Załącznik5a -cylinder(siłownik podnoszenia stołu) kombajnu MR340X-Ex-S (2 strony);
11.Załącznik 5b - cylinder(siłownik podnoszenia stołu) kombajnu AM75-Ex-S (3 strony);
12.Załącznik 6a - przekładnia wrębnika kombajnu MR340-Ex-S (3 strony);
13.Załącznik 6b - przekładnia wrębnika kombajnu AM75-Ex-S (3 strony);
14.Załącznik 7a - układ wodny kombajnu MR340X-Ex-S (2 strony);
15.Załącznik 7b - układ wodny kombajnu AM75x-Ex-S (3 strony);
16.Załącznik 8a, 8b - upoważnienia wydane przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego do obsługi kombajnów MR340X-Ex-S/AM75-Ex-S;
17.Załącznik 9 - przykładowe zdjęcia kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Polska oraz Famur;
18.Załącznik 10 - przykładowe protokoły usług serwisowych firmy Sandvik Polska Sp. z o.o. z wykonania przeglądu kombajnów chodnikowych;
19.Załącznik 11 - umowa nr 082300300 zawarta w dniu 18.05.2023 na „Remont kapitalny dwóch spągoładowarek typu EL 160 LS produkcji ELGÓR-ZAMETdla potrzeb JSW S.A. KWK „Budryk";
20.Załącznik 12 - umowa nr 082400285 zawarta w dniu 15.04.2024 na „Remont kombajnu ścianowego 7LS22 LWS nrfabr. 930 dla JSW S.A. „Budryk";
21.Załącznik 13a,13b, 13c, 13d - certyfikaty odbycia szkolenia w zakresie budowy, działania kombajnu chodnikowego MR340X-Ex-S/AM75-Ex-S;
22.Załącznik 14a - zaświadczenie wydane przez producenta na instruktaż dotyczący dwóch różnych kombajnów

chodnikowych produkcji Remag (Famur);
23.Załącznik 15 - rysunki z katalogu części zamiennych kombajnu chodnikowego potwierdzające brak możliwości określenia technicznego parametrów podzespołów równoważnych;
24.Załącznik nr 16-zestawienie ilościowe kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construkcion będących na stanie Kopalń JSW S.A.;
25.Załącznik nr 17 - zbiór przepisów dla podziemnych zakładów górniczych.

Izba również zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

•Dowody na okoliczność wykazania zarzutu wskazanego w pkt 1 odwołania ti. naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp w zw. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp
1.Dowód stanowiący Załącznik nr 1A - Instrukcja Obsługi Kombajnu chodnikowego typu AM75 - Ex-S (Rozdział 0 - wprowadzenie).
2.Dowód stanowiący Załącznik nr 1B - instrukcja operatora i konserwacji Kombajnu chodnikowego typu MR340X- Ex-S (Pkty 1.2.4 i 1.2.6 - Podręczniki).
3.Dowód stanowiący Załącznik nr 1C - Wyciąg z Wykazu części Kombajnu chodnikowego typu AM75 -Ex-S dla jednych z głównych podzespołów takich jak: Przekładnia wrębnika, Mechanizm wychylania - Obrotnica, Wyposażenie elektryczne, Schemat hydrauliczny.
4.Dowód stanowiący Załącznik nr 1D - Wyciąg z Wykazu części Kombajnu chodnikowego typu AM75 -Ex-S dla jednych z głównych podzespołów takich jak: Przekładnia wrębnika,
Mechanizm wychylania - Obrotnica, Schemat hydrauliczny, Wyposażenie elektryczne.
5.Dowód stanowiący Załącznik nr 1E - Umowa o nr. 122200755 najmu (dzierżawy) nowego kombajnu chodnikowego MR341 dla potrzeb JSW S.A. KWK „Knurów - Szczygłowice Ruch Szczygłowice".
6.Dowód stanowiący Załącznik nr 1F - Umowa o nr. 042300464 najmu (dzierżawy) poremontowego kombajnu chodnikowego MR341 dla potrzeb JSW S.A. KWK „Pniówek".
- Załączniki nr 1A oraz IB stanowią potwierdzenie że do każdego typu kombajnu producent załącza Instrukcję obsługi wraz z wykazem części w celu identyfikacji części/podzespotów przynależnych do danego typu urządzenia zgodnie z obowiązującymi przepisami krajowymi tj. Rozporządzeniem Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych, Dział VI. § 508 Maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje i naprawia w sposób określony w dokumentacji techniczno-ruchowej. Zwracamy uwagę iż sam Zamawiający wymaga spełnienia ww. Rozporządzenia uwzględniając go SPECYFIKACJI TECHNICZNEJ Punkt lli. 1.10. stanowiącej Załączniki nr 1 do SWZ oraz umowy.
- Załączniki nr 1C oraz ID stanowią potwierdzenie różnic pomiędzy częściami/podzespołami zainstalowanymi w kombajnie chodnikowym typu AM-75 Ex~$ a kombajnem chodnikowym typu MR340X-Ex-S jednego producenta - firmę Sandvik.
- Załączniki nr 1E oraz 1F stanowią potwierdzenie iż kombajny chodnikowe typu MR341 są dzierżawione (najmowane) przez JSW S.A. od firmy Sandvik z pełną gwarancją na cały okres dzierżawy (1095 dni) obejmującą serwis wraz z dostawą części/zamiennych/podzespołów i zespołów.
/Dodatkowo przedstawił do nich następujące uzasadnienie: *„(…) Wszystkie powyżej wymienione załączniki potwierdzają zasadność podziału zamówienia na części która powinna odzwierciedlać aspekt zwiększania konkurencji na rynku danych usług czy dostaw. Umożliwienie wykonawcom składania ofert częściowych jest jednym z podstawowych instrumentów prawnych, mającym przeciwdziałać nadmiernej agregacji zamówień, ma sprzyjać dywersyfikacji, a tym samym minimalizowaniu ryzyka występowania na rynku zamówień publicznych patologicznych sytuacji, w których możliwość złożenia oferty na realizację zamówienia ograniczona jest do jednego lub do wąskiego grona wykonawców. Takie sytuacje stanowią niewątpliwie naruszenie zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Należy przy tym zauważyć, że jednym z głównych celów dyrektyw klasycznej z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MSP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Jak już wspomniane zostało w odwołaniu - zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, jedynie jeden podmiot jest w stanie złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu ze względu na zagregowanie w postępowaniu zamówień (tj. wykonawca Sandvik Polska jako upoważniony przedstawiciel producenta firmy Sandvik Mining and Construction GmbH Zeltweg, co stawia go w uprzywilejowanej pozycji), podczas gdy mogą one stanowić samodzielne przedmioty odrębnych zamówień lub części zamówienia (przedmiot ofert częściowych) tj. zakres przedmiotowy zamówienia jest podzielny ponieważ obejmuje różne typy kombajnów chodnikowych takich jak AM-75, MR~340X Ex-S oraz MR 341 które mogą być wykonywane przez różnych, wyspecjalizowanych wykonawców bez uszczerbku dla prawidłowej realizacji zamówienia.”.*

•Dowody na okoliczność wykazania zarzutu wskazanego w pkt 3 oraz 4 odwołania tj. naruszenia art. 99 ust. 4 Pzp w zw. z art. 99 ust 5i6 Pzp w z w. z art. 16 akt 1 oraz art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt l i 3 Pzp:
1.Dowód stanowiący Załącznik nr 2 - Załącznik nr 3. Pkt 9.11. Rozporządzenie Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r.

w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych
2.Dowód stanowiący Załącznik nr 3 - Pismo Instytutu Techniki Górniczej KOMAG dotyczące stosowania części zamiennych równoważnych zgodnie z ww. Załącznikiem nr 3. Pkt 9.11. Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r.
3.Dowód stanowiący Załącznik nr 4 - SWZ. Część XIII Opis sposobu przygotowania oferty z postępowania o nr. 702400714 prowadzonego przez PGG S.A.
4.Dowód stanowiący Załącznik nr 5 - Formularz oferty z cennikami z postępowania o nr. 4790HZPMS02023 prowadzonego przez Lubelski Węgiel „Bogdanka" S.A.
- Załączniki nr 2 i 3 stanowią potwierdzenie że zgodnie z obowiązującymi przepisami krajowymi dopuszcza się stosowanie część zamiennych lub podzespołów równoważnych mających odpowiednie świadectwo zgodności.
- Załączniki nr 4 i 5 stanowią potwierdzenie iż inni Zamawiający sektorowi w postępowaniach o identycznym przedmiocie zamówienia uwzględniają w załączonych przez siebie cennikach części zamienne równoważne dla każdego z typów kombajnu.

Nadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Zamawiającego – własną wersje Pisma Instytutu Techniki Górniczej KOMAG.

Izba uznała, że wynikające z treści różnice nie mają charakteru istotnego /głównie redakcyjne/ i potwierdzają stanowisko Odwołującego z rozprawy, że wystawca pisma mógł je skorygować /"(…) bardzo często Comag przedstawia te same pisma poprawiając je, niewykluczone, że także miało to miejsce w tym wypadku (…)"/ (protokół posiedzenia i rozprawy z 08.01.2026 r.).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentacje wynikającą z odwołania, odpowiedzi na odwołanie, oraz pisma procesowego Zamawiającego, jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:
1. art. 16 pkt 1 w zw. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i doprowadzenie do sytuacji, w której zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, jedynie jeden podmiot (wykonawca) jest w stanie złożyć ofertę w postępowaniu ze względu na zagregowanie w postępowaniu zamówień bez chociażby dopuszczenia składania ofert częściowych (tj. wykonawca Sandvik Polska jako upoważniony przedstawiciel producenta firmy Sandvik Mining and Construction GmbH Zeltweg, co stawia go w uprzywilejowanej pozycji), podczas gdy mogą one stanowić samodzielne przedmioty odrębnych postępowań lub części zamówienia (przedmiot ofert częściowych) tj. zakres przedmiotowy zamówienia jest podzielny, ponieważ obejmuje różne typy kombajnów chodnikowych takich jak AM-75, MR-340X Ex-S oraz MR 341 które mogą być wykonywane przez różnych, wyspecjalizowanych wykonawców bez uszczerbku dla prawidłowej realizacji zamówienia, a Zamawiający zobowiązany jest przygotować i prowadzić postępowanie w taki sposób, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji;
2. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób nieproporcjonalny oraz nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia co ogranicza w nieuprawiony sposób, krąg wykonawców mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia, pomimo iż posiadają oni zdolności i potencjał umożliwiający jego wykonanie;
3. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 99 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp – tj. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i prowadzący do uprzywilejowania wykonawcy będącego producentem w zakresie odnoszącym się do Cenników stanowiących załączniki nr 4 i 5 do oferty, w których Zamawiający nie uwzględnił możliwości zaoferowania części równoważnych, uniemożliwiając tym samym wykonawcom innym niż producent składania ofert równoważnych z produktami o takich samych właściwościach, choćby miały inny znak towarowy, patent czy pochodzenie;
4. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp – tj. poprzez zaniechanie opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie odnoszącym się do braku wskazania definicji części handlowej oraz odpowiedników innych niż zamiennych części, podzespołów i zespołów objętych Cennikiem, które zostały wycofane z produkcji lub odpowiedników, które posiadają lepsze parametry niż odpowiadająca mu zamienna część, podzespół, zespół objęty Cennikiem o których Zamawiający pisze w § 8 ust. 20 oraz ust. 21 Projektowanych postanowień umowy stanowiących Załącznik nr 5 do SWZ.
5. art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 oraz w zw. z art. 3531 ustawy Kodeks cywilny poprzez skonstruowanie projektowanych postanowień umowy w zakresie § 8 ust. 14 lit. b, 19, 20 i 21, § 9 ust. 15 i 16, § 10 ust. 7, § 11 ust. 7, 8, w sposób, który powoduje, nieuzasadnione potrzebami zamawiającego, uprzywilejowanie pozycji zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z

zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w zakresie zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A.: art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób nieproporcjonalny oraz nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia co ogranicza w nieuprawiony sposób, krąg wykonawców mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia, pomimo iż posiadają oni zdolności i potencjał umożliwiający jego wykonanie oraz zarzutu nr 5 odwołania dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A.: art. 16 pkt 1 i 3w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 oraz w zw. z art. 353 1 ustawy Kodeks cywilny względem § 9 ust. 15 i 16 oraz § 11 ust. 8 Projektowanych Postanowień Umowy, z uwagi na ich wycofanie przez Odwołującego, postępowanie odwoławcze w tym zakresie, zostało umorzone.

Na posiedzeniu Zamawiający złożył dodatkowo pismo procesowe, w ramach którego stwierdził: *„(…) w treści zarzutu nr 1 odwołujący podniósł naruszenie przepisu art. 16 pkt 1 wzw. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) polegające na zaniechaniu dokonania podziału zamówienia na części „podczas gdy mogą one stanowić samodzielne przedmioty odrębnych postępowań lub części zamówienia (przedmiot ofert częściowych) tj. zakres przedmiotowy zamówienia jest podzielny, ponieważ obejmuje różne typy kombajnów chodnikowych takich jak AM-75, MR-340X Ex-S oraz MR 341 które mogą być wykonywane przez różnych, wyspecjalizowanych wykonawców bez uszczerbku dla prawidłowej realizacji zamówienia, a Zamawiający zobowiązany jest przygotować i prowadzić postępowanie w taki sposób, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji. Tytułem przykładu można wskazać na podstawowe różnice pomiędzy poszczególnymi typami kombajnów wskazanych w Załączniku nr 1 do SWZ punkt 1.1.:”. Na potwierdzenie różnic pomiędzy poszczególnymi typami kombajnów stosowanych przez zamawiającego odwołujący przedstawił różnice pomiędzy ich masa, zainstalowaną mocą, całkowitą wysokością, szerokością poszerzenia stołu oraz wartością nacisku jednostkowego na spąg. Pomijając już fakt, że wartości wskazanych przez odwołującego parametrów albo są identyczne albo bardzo zbliżone, w żaden sposób nie wprowadzają one różnic pomiędzy serwisem poszczególnych typów kombajnów. Jednocześnie należy zaznaczyć, że różnice pomiędzy serwisem technicznym maszyn i urządzeń, a w tym przypadku kombajnów chodnikowych wynikają przede wszystkim z ich budowy i konstrukcji. Jak to wskazano powyżej różnice pomiędzy kombajnami chodnikowymi, których serwis stanowi przedmiot niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są nieznaczne. Istotne różnice występują pomiędzy budową kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining oraz Famur S.A. (aktualnie: Grenevia S.A.), co potwierdzają do niniejszego pisma.*

W uzasadnieniu przedmiotowego zarzutu odwołujący zauważył, że „w postępowaniach o analogicznym przedmiocie zamówienia Zamawiający dzielą przedmiot zamówienia na części. Jako przykład, na potwierdzenie pragniemy podać postępowanie przeprowadzone przez Polską Grupę Górniczą S.A. o nr. 702400714 na Świadczenie usług serwisowych własnych kombajnów chodnikowych o mocy organu urabiającego od 200 kW dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. z podziałem na 2 zadania: Zadanie nr 1: Świadczenie usług serwisowych własnych kombajnów chodnikowych typu MR-340 dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. Zadanie nr 2: Świadczenie usług serwisowych własnych kombajnów chodnikowych typu AM-75 dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A, gdzie Zamawiający dokonując podziału na zadania uwzględnił różne rodzaje kombajnów chodnikowych notabene takich samych typów tego samego producenta jak w niniejszym postępowaniu

Odnosząc się do powyższej konstatacji należy zauważyć, że kryterium oceny prawidłowości czynności podjętych przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są właściwe w tym zakresie przepisy pzp, a nie zasady, wedle których prowadzi je inni zamawiający. Zwłaszcza, że dokumenty zamówienia przedstawione przez odwołującego wskazują, że Polska Grupa Górnicza S.A. przeprowadziła postępowanie, obejmujące serwis wyłącznie własnych kombajnów chodnikowych, podczas gdy postępowanie nr 57/P/25 obejmuje również serwis kombajnów przez zamawiającego najmowanych. Jednocześnie wypada zaznaczyć, że załącznik nr 6 do odwołania zawiera swz w postępowaniu na dostawę części zamiennych do kombajnów chodnikowych. Stąd nie może stanowić on dowodu, potwierdzającego zasadność podziału postępowania, którego przedmiotem nie jest dostawa, a usługa, tj. serwis techniczny. W związku z tym brak jest uzasadnienia faktycznego dla uwzględnienia zarzutu nr 1 odwołania i dokonania podziału. (…)

Następnie, na potwierdzenie zasadności zarzutu nr 4 „„Zamawiający jedynie prowizorycznie dopuszcza równoważność (w § 8 ust. 21 Projektowanych postanowień umowy), lecz faktycznie uniemożliwia jej zastosowanie, faworyzując jednocześnie konkretne produkty pochodzące od jednego producenta wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący pragnie zaznaczyć, iż powyżej wymienione postanowienia zarówno ujęte w § 8 ust. 20 jak i ust 21 Projektowanych postanowień umowy dotyczą momentu, w którym doszło już do złożenia oferty. Skoro odnoszą się one do etapu po złożeniu oferty, jak więc wykonawcy mają złożyć ofertę uwzględniając rozwiązania równoważne w wymaganych do

złożenia wraz z ofertą cennikach A i B, jeżeli Zamawiający dopuścił ich „teoretycznie jedynie" zastosowanie w umowie w myśl § 8 odnoszącego się do zasad realizacji usługi. Wykonawca co do zasady nie może samodzielnie dokonywać zmiany formularza ofertowego w aspekcie merytorycznej jego treści. Gospodarzem postępowania jest bowiem Zamawiający. Do jego obowiązków należy m.in. opracowanie SWZ wraz z wszystkimi niezbędnymi załącznikami. Formularz oferty jak i cenniki są jednym z zasadniczych elementów SWZ i powinny być ze sobą spójne. Jeżeli wykonawca samodzielnie wprowadziłby zmiany „merytoryczne'1 w treści wzoru formularza ofertowego to naraża się na ryzyko odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzpn".

W odpowiedzi na powyższe konstatacje należy stwierdzić, że odwołujący zestawia równoważne części, podzespoły i zespoły zamienne z częściami handlowymi i odpowiednikami. Pierwsze z nich dotyczą etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast drugie (przewidziane w § 8 ust. 20 i 21 projektowanych postanowień umowy) stanowią podstawę zmiany umowy, przewidzianej w § 17 ust. 3 lit. a projektowanych postanowień umowy, zgodnie z którym zmiana umowy wyrażać się będzie w uzgodnionym przez strony objęciu serwisem maszyn i urządzeń niewymienionych w Specyfikacji technicznej oraz uzgodnionej przez strony dostawy zamiennych części, podzespołów i zespołów nieujętych w Cenniku, stanowiącym załącznik nr 3 do umowy.

Jednocześnie odwołujący zarzucił następująco: „„Kolejną kwestią jest okoliczność posługiwania się przez Zamawiającego w projekcie umowy pojęciami „części handlowe" oraz „odpowiedniki" bez wskazania przy tym żadnych wymagań jakościowych, technicznych czy funkcjonalnych, jakim mają one odpowiadać"". Uwzględniając powyższe wypada zaznaczyć, że odwołujący zupełnie pomija, że w § 8 ust. 21 iit. a projektowanych postanowień umowy wyraźnie przewidziano, że zamawiający dopuszcza zastosowanie odpowiedników zamiennych części, podzespołów, zespołów objętych Cennikiem (dalej: odpowiedniki), o ile zamienna część, podzespół i zespół objęty Cennikiem został wycofany z produkcji lub odpowiednik posiada lepsze parametry niż odpowiadająca mu zamienna część, podzespół, zespół objęty Cennikiem. W związku z tym przytoczone powyżej stanowisko odwołującego pozostaje również zupełnie chybione.

W treści zarzutu nr 4 odwołania wskazane zostało naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 ustawy Kodeks cywilny oraz w zw. z art. 353 ustawy Kodeks cywilny, co polega na wprowadzeniu w § 8 ust. 2 projektowanych postanowień umowy postanowienia, zgodnie z którym „wykonanie usługi polegać będzie na przywróceniu pełnej zdolności produkcyjnej (ruchowej) urządzeń, a także wystawieniu i dostarczeniu zamawiającemu wszystkich dokumentów niezbędnych do prawidłowego użytkowania serwisowanych urządzeń w zakładach Zamawiającego". W ocenie odwołującego obecny zapis jest niezgodny z przedmiotem umowy. Przedmiotem niniejszego postępowania jest bowiem świadczenie dla Zakładów JSW S.A. serwisu technicznego oraz dostawa części zamiennych, podzespołów, zespołów dla kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik Mining and Construction. Zamawiający formułując zakres usługi, który ma polegać na przywróceniu pełnej zdolności produkcyjnej (ruchowej) próbuje bezpodstawnie rozszerzyć zakres przedmiotu zamówienia na remont kombajnu.

Odpowiadając na powyższą konstatację należy zauważyć, że odwołujący nieprawidłowo interpretuje pojęcie przywrócenia pełnej zdolności produkcyjnej (ruchowej). Przywrócenie pełnej zdolności produkcyjnej (ruchowej) odnosi się procesu technicznego i organizacyjnego, którego celem jest powrót urządzenia do stanu sprzed awarii. W praktyce oznacza to moment, w którym urządzenie z powrotem może realizować zadanie z nominalną wydajnością, jakością i zachowaniem standardów bezpieczeństwa. Przywrócenie pełnej zdolności nie polega na samym ponownym „uruchomieniu" urządzenia lub maszyny. W tym zakresie musi zostać spełnionych kilka warunków:

1.Parametry techniczne (ruchowe): maszyna pracuje w pełnym zakresie obrotów, ciśnień, temperatur i prędkości przewidzianych przez producenta.

2.Wydajność: maszyna osiąga docelową jednostkę produktów na godzinę (w przypadku kombajnów chodnikowych praca maszyny z odpowiednimi parametrami wpływa na drążenie wyrobisk, zgodnie z przyjętymi harmonogramami postępów prac, przewidzianych w Planie techniczno-ekonomicznym).

3.Dostępność: urządzenie jest gotowe do pracy ciągłej (w górnictwie maszyny pracują w systemach 4 lub 5 zmian na dobę, 6 dni w tygodniu), a ryzyko powtórnej awarii zostało zminimalizowane.

4.Bezpieczeństwo: wszystkie systemy ochrony (bariery, czujniki, wyłączniki bezpieczeństwa) są sprawne.

Spełnienie powyższych wymogów jest kluczowe w zarządzaniu utrzymania ruchu. Wszystkie wyżej wymienione warunki i czynności składają się na „serwis techniczny", co potwierdzają przedkładane wraz z niniejszym pismem załączniki.

Kolejno odwołujący stwierdził, że „„Postanowienie § 8 ust. 19 według Odwołującego powinno brzmieć: „Protokół usługi serwisowej sporządza Wykonawca. Protokół usługi serwisowej powinien zawierać podstawowe informacje uwzględnione w punkcie I, II, V wzoru protokołu usługi serwisowej stanowiący załącznik nr 2 do umowy. Zapisy w protokole usługi serwisowej nie mogą być sprzeczne z dokumentacją techniczno-ruchową danego typu urządzenia ujętego w pkt. 1.1. Specyfikacji technicznej"". Jednocześnie odwołujący nie wyjaśnił powodów, dla których z treści protokołu powinny zostać usunięte punkty III, IV i VI wystarczającą podstawą oddalenia wniosku o modyfikację przedmiotowego zapisu. Jednocześnie odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek argumentów, które mogłyby potwierdzać zasadność usunięcia z treści protokołu III, wskazującego części zamienne, podzespoły i zespoły, które w ramach serwisu zostały wymienione. Stąd nie bardzo wiadomo jak odbywałoby się rozliczenie wykonanej usługi oraz zapłata wynagrodzenia z tego tytułu, skoro

protokół nie zawierałby informacji o wymienionych częściach. Ponadto nie bardzo wiadomo z jakich powodów odwołujący oczekuje usunięcia punktu IV, zawierającego Wnioski, zalecenia i uwagi powykonawcze oraz punktu VI, zatytułowanego Uwagi. Albowiem w tym zakresie nie przedstawia on jakiegokolwiek uzasadnienia. W związku z tym odwołanie również w tym zakresie podlega oddaleniu.

Następnie wypada zauważyć, że brak możliwości uwzględnienia zarzutu dotyczącego treści § 8 ust. 2 projektowanych postanowień umowy uniemożliwia uwzględnienie zarzutu dotyczącego § 10 ust. 7 projektowanych postanowień umowy.

Kolejno odwołujący zarzucił, że „§ 11 ust. 7 projektowanych postanowień umownych w obecnym brzmieniu Zamawiający określił, że „Uprawnienie do określenia obowiązków Wykonawcy z tytułu gwarancji przysługuje Zamawiającemu. Zamawiający może wykonywać uprawnienia z tytułu gwarancji niezależnie od uprawnień z tytułu rękojmi." Postanowienie ust. 7 według Odwołującego powinno brzmieć: „Zamawiający może wykonywać uprawnieniaz tytułu gwarancji niezależnie od uprawnień z tytułu rękojmi." Postanowienie, w obecnym brzmieniu, zgodnie z którym zamawiający ma jednostronne uprawnienie do określenia obowiązków wykonawcy z tytułu gwarancji w trakcie realizacji umowy, w ocenie Odwołującego jest sprzeczne z art. 3531 KC (zasada swobody umów), a w konsekwencji może zostać uznane za nieważne z mocy prawa (art. 58 § 1 KC). Postanowienie jest sprzeczne z istotą gwarancji, która musi mieć określoną treść już w chwili zawarcia umowy (por. art. 577 § 1 KC). Nie może być tak, że wykonawca w ogóle nie zna swoich obowiązków, bo będą „określone później" przez zamawiającego. W związku z tym obecne postanowienie ust. 7 zdanie pierwsze powoduje, że świadczenie (obowiązki) wykonawcy, jakie miałby wykonywać w ramach gwarancji pozostaje nieokreślone i może być dowolnie rozszerzone przez zamawiającego".

Odnosząc się do przytoczonej powyżej konstatacji wypada stwierdzić, że odwołujący nie zauważył, że w treści § 11 ust. 5 projektowanych postanowień umowy wyraźnie stwierdzono: na podstawie udzielonej gwarancji, Zamawiający może żądać od Wykonawcy, gwaranta albo osób przez niego upoważnionych wymiany lub naprawy dostarczonej części, podzespołu lub zespołu. Stąd treść kwestionowanego przez odwołującego zapisu, zawartego w § 11 ust. 7 należy interpretować w kontekście § 11 ust. 5 projektowanych postanowień umowy. Stąd przewidziany w nim wybór świadczenia dotyczy uprawnień przewidzianych w § 11 ust. 5, a te są zbieżne z uprawnieniami określonymi w art. 578 § 2 kc, zgodnie z którym obowiązki gwaranta mogą w szczególności polegać na zwrocie zapłaconej ceny, wymianie rzeczy bądź jej naprawie oraz zapewnieniu innych usług. Tym samym zamawiający dokonując wyboru uprawnienia przysługującego mu na podstawie gwarancji decyduje czy wykonawca zobowiązany jest do wymiany, czy też naprawy dostarczonej części, podzespołu lub zespołu. Stąd przytoczony powyżej zarzut odwołania jest bezpodstawny z przyczyn nader oczywistych. (…)".

Następnie, Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, jaki odpowiedzi na odwołanie oraz przytoczonego powyżej pisma procesowego Zamawiającego.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i mo dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności, izba podkreśla, że nie jest związana wnioskami Odwołującego, ale zarzutami. Po drugie, okoliczność, ze nie było wniosku Odwołującego takiego, jak został przedstawiony na rozprawie, w żaden sposób nie zwalnia Zamawiającego z rozpatrzenia zasadności zarzutu i jego ewentualnego uwzględnienia, jeśli uzna go za zasadny.

W przedmiotowym stanie faktycznym, Zamawiający przedstawił stanowisko, w którym powołał argumentację sprowadzająca się do tego, że taki podział może utrudniać mu realizacje zamówienia, chodzi o kwestie organizacyjne i funkcjonalne. Izba ze zrozumieniem odnosi się do tych argumentów, ale w żaden sposób nie uważa, że przedstawione utrudnienia, uniemożliwiają mu sprawną realizacje zamówienia, tzn. przywrócenie sprawności kombajnu z sprzed awarii, przy podziale zamówienia na części.

Nadto, Zamawiający de facto neguje zasadność podziału, z tej przyczyny, że część kombajnów jest jego własnością, a część dzierżawiona. Przedstawione wyjaśnienia Odwołującego na rozprawie, w tym kontekście, dają podstawę, że podział zamówienia, właśnie takiego rodzaju, jest zasadny z uwagi na uwarunkowania własnościowe i umowy dzierżawy wiążące Zamawiającego. Izba uznaje, ze taki podział jest przejawem przeciwdziałania ustanowienia faktycznego monopolu w zakresie części zamiennych, podzespołów i zespołów producenta kombajnu. W tym zakresie, Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone w wyroku KIO z 17.05.2022 r., sygn. akt: KIO 1135/22, podtrzymanegow wyroku S. O. w W-wie z 29.08.2022 r., sygn.. akt: KIO XXIII Zs 100/22w wyniku których PGG S.A. dopuściło możliwość oferowania części zamiennych równoważnych w oparciu o pismo Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 10.05.2012 r. uznając, że charakter przedstawionego tam stanowiska mimo, że odnosił się części zamiennych do kolejek Grupy SMT Scharf, ma także zastosowanie w przedmiotowej sprawie /dotyczyło bowiem generalnie - maszyn i urządzeń stosowanych w podziemnych zakładach górniczych/.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

W tym zakresie, Izba uwzględniała zarzut i nakazała zmianę postanowień SWZi ogłoszenia o zamówieniu, tak jak w sentencji. Powołuje się przy tym na wskazany w ramach pierwszego zarzutu wyrok KIO i podtrzymujący go wyrok Sądu Okręgowego w W-wie. W ramach przedstawionej tam analizy, de facto chodziło o przeciwdziałanie ustanowieniu faktycznego monopolu producenta. Wskazano tam na wynik kontroli - Najwyższa Izba Kontroli:*„(…)(Informacja o wynikach kontroli prowadzenia przez podmioty górnicze gospodarki remontowej maszyn i urządzeń, Najwyższa Izba Kontroli, Delegatura w Katowicach, LKA-41017/08 Nr ewid. 163/2009/P/08/136/LKA, Katowice, grudzień 2009 – niniejsza informacja jest powszechnie znana i ogólnie dostępna na stronie NIK-u: https://www.nik.gov.pl/plik/id,1256,vp,1260.pdf): „Powyższe ustalenia oraz fakt, iż producenci maszyn i urządzeń stosowanych w podziemnych zakładach górniczych byli w istotny sposób zainteresowani monopolizacją rynku dostaw części zamiennych oraz usług remontowych, wskazują na możliwość korupcyjnego podłoga powyższych nieprawidłowości." (str. 14). Zwracano tam uwagę, że: „W efekcie tych działań, finalni producenci maszyn i urządzeń uzyskali wyłączność na dostawy do tej spółki również tych części zamiennych, których producentami nie byli. Wyeliminowano przy tym z dostaw do KW SA znaczną część producentów podzespołów i części zamiennych, które wprawdzie nie były przez finalnych producentów wymienione w DTR danych maszyn i urządzeń, lecz posiadały, niezbędne do stosowania w podziemnych zakładach górniczych, badania i certyfikaty. Podkreślić należy, że zamienniki te posiadały często niższą cenę oraz z powodzeniem były do tej pory stosowane w kopalniach KW SA. (…)" (str. 19).*

Dalej: „Ugruntowanie pozycji monopolistycznej niektórych producentów maszyn i urządzeń, w tym konsekwencje zapisów ograniczających konkurencję wprowadzanych przez nich do DTR (m.in. w wyniku cytowanych wyżej pism kierowanych do tych podmiotów przez KW SA w 2004 r.), miały swoje negatywne skutki także po zmianie stanowiska Zarządu KW SA w kwestii przyjętej interpretacji § 428 rozporządzenia w sprawie BHP. Skutki te trwały nawet po nowelizacji i wejściu w życie z dniem 12.08.2006 r. nowej treści § 428, która wyłączała spod regulacji zagadnienia związane z dokonywaniem remontów, a dokumentacji techniczno-ruchowych nie wiązała wyłącznie z producentem. W listopadzie 2007 r. Zarząd KW SA wystąpił do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta, informując m.in., że: „producenci urządzeń w DTR zamieszczają postanowienia, które całkowicie wypaczają lub wręcz unicestwiają intencję ustawodawcy do odpodmiotowienia rynku i otwarcia go na działanie konkurencji. Dostrzeganym w 2007 r. przez KW SA źródłem problemu było to, iż producenci w DTR zamieszczali postanowienia, żedo napraw mogą być stosowane wyłącznie części produkowane przez producenta urządzeń" (str. 19 - 20). (…)". (str. 47 – uzasadnienia wyroku KIO z 17.05.2022 r., sygn. akt: KIO 1135/22). Następnie, wskazując: *„(…) W konsekwencji stanowisko Wyższego Urzędu Górniczego w piśmie z 10.05.2012 r. nie było przypadkowe, ale wynikało z całego szeregu okoliczności wskazanych w tych wynikach w pkt. 3. 2 m.in. : „producenci urządzeń w DTR zamieszczają postanowienia, które całkowicie wypaczają lub wręcz unicestwiają intencję ustawodawcy do odpodmiotowienia rynku i otwarcia go na działanie konkurencji." (str. 20).*

Co istotne § 508 rozporządzenia Rozporządzenie Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych stanowi że „maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje i naprawia w sposób określony w dokumentacji techniczno-ruchowej", czyli dalej podtrzymuje „odpodmiotowienie" § 428 Ministra Gospodarki z dnia 26.06.2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych. Z kolei § 509 stanowi, że: „w zakładach górniczych, w których występuje zagrożenie wybuchem, stosuje się urządzenia budowy przeciwwybuchowej, które eksploatuje się w sposób określony w załączniku nr 3 do rozporządzenia". Załącznik nr 3 w punkcie 9.11.1 stanowi natomiast, że „w trakcie naprawy dopuszcza się stosowanie części zamiennych lub podzespołów równoważnych mających odpowiednie świadectwo zgodności". Z tych względów oddaliła zarzuty przychylając się do stanowiska Zamawiającego. Kierując się także też wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości z 20 grudnia 2017 r. w sprawach połączonych C-397/16 i C-435/16 który aby zapobiec stworzeniu rynku zamkniętego i zliberalizować rynek części zamiennych, unijny ustawodawca zdecydował się na ograniczenie uprawnionemu możliwości korzystania z jego prawa przez tzw. klauzulę napraw ustanowioną w art. 110 ust. 1 rozporządzenia w sprawie wzorów wspólnotowych. Zgodnie z tym przepisem „ochrona z tytułu wzoru wspólnotowego nie przysługuje wzorowi, który stanowi część składową produktu złożonego wykorzystywanego, w rozumieniu art. 19 ust. 1, do celów naprawy tego produktu złożonego, aby przywrócić mu jego pierwotną postać". (…)" (str. 47 -48 – uzasadnienia wyroku KIO z 17.05.2022 r., sygn. akt: KIO 1135/22). Przedstawione powyżej stanowisko dotyczy jednoznacznie nie tylko dostawy części zamiennych, ale również serwisu maszyn i urządzeń stosowanych w podziemnych zakładach górniczych, tak NIK-u, jak i Wyższego Urzędu Górniczego, w oparciu o przywołane tam przepisy m.in. rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 26.06.2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych, czy też rozporządzenia Rady Ministrów z 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych. Naturalnie przy założeniu niwelowania ryzyka zmian skutkujących ponownym badaniem. Zamawiający wymagał złożenia: *„(…) określonych dokumentów umożliwiających identyfikacje certyfikowanego przedmiotu zamówienia i możliwość zastosowania oferowanej części w maszynie/urządzeniu*

bez konieczności zastosowania dodatkowych adapterów lub ingerowania w konstrukcję maszyny/urządzenia.(…) (…) Ponadto, co równie istotne względem wskazanego ryzyka, że w zał. nr 1 g i 1 h składa co wymaga podkreślenia, jako profesjonalista oświadczenie, że oferuje części, które są odpowiednikami części zamiennych względem tych części zamiennych wskazanych w DTR/instrukcji użytkowania urządzenia,co potwierdza stosownymi obliczeniami oraz badaniami (pkt 3), gwarantuje, że spełniają one wymogi bezpieczeństwa i nie spowodują wytworzenia nowego urządzenia (pkt. 4). Powyższe podlega szczegółowej weryfikacji poprzez tabele (nr rysunku i nr certyfikatu). (…)". Izby, stoi na stanowisku, że wypełnienie tego obowiązku – nie spowodowanie wytworzenia nowego urządzenia – przeciwdziałanie ryzyka zmian skutkujących ponownym badaniem nie jest niemożliwe, skoro PGGA SA. był w stanie to zrobić, tak na kanwie przywołanej powyżej sprawy, jak i postępowania przywołanego przez Odwołującego w odwołaniu popartego dowodem, tak w odwołaniu (Załącznik nr 4: SWZ z postępowania o nr. 702400714 Polskiej Grupy Górniczej S.A. oraz Załącznik nr 5: Informacja z otwarcia ofert postępowania o nr. 702400714 PGG S.A.), jak i na rozprawie (Załącznik nr 4 - SWZ. Część XIII Opis sposobu przygotowania oferty z postępowania o nr. 702400714 prowadzonego przez PGG S.A.). Podobnie w postępowaniu przywołanym w odwołaniu przez Odwołującego – Załącznik nr 6: SWZ z postępowania o nr. 4790/HZP/MSO/2023 Lubelski Węgiel „Bogdanka" S.A. (do odwołania), Załącznik nr 5 - Formularz oferty z cennikami z postępowania o nr. 4790HZPMS02023 prowadzonego przez Lubelski Węgiel „Bogdanka" S.A. (złożony na posiedzeniu przez Odwołującego).

Przedstawione powyżej stanowisko zostało podtrzymane w wyroku S. O. w W-wiez 29.08.2022 r., sygn. akt: KIO XXIII Zs 100/22: *„(…) Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, powyższe nie znajduje podstawy w przepisach prawa, gdyż dopuszczone jest stosowanie części nieoryginalnych, pod warunkiem, że są one certyfikowane. Zamawiający, w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą na poparcie swojego stanowiska złożył w odpowiedzi na odwołanie pismo Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 10 maja 2012 r. Analiza powyższego dokumentu poczyniona przez Sąd Okręgowy, Sąd Zamówień Publicznych jest zbieżna z analizą zaprezentowaną przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 maja 2022 r. Przede wszystkim zwrócić należy uwagę na fragment odnoszący się do kwestii zastosowania części zamiennych innych niż producenta oraz wykonania remontu maszyny przed podmiot inny niż producent lub jego autoryzowany przedstawiciel gdzie podniesiono iż: "zastosowanie do napraw przedmiotowej kolejki certyfikowanych części substytucyjnych z oryginalnymi, produkowanych przez podmioty inne niż producent wyrobu oraz dokonywanie remontów przez podmiot, który nie jest producentem i nie posiada autoryzacji producenta, ale posiadający ocenę zgodności zakładu remontowego w przedmiotowym zakresie nie będzie stanowiło naruszenia decyzji dopuszczającej ten wyrób, ani też § 428 rozporządzenia w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych - przez użytkowania wyrobu, z uwagi na "odprzedmiotowienie" uregulowań w tym zakresie". Jeśliby przyjąć argumentację Odwołującego zostałby ustanowiony faktyczny monopol. (…)".*

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu czwartego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym zakresie, Izba uznała, że zaskarżone postanowienia z § 8 ust. 20 i 21 Projektowanych Postanowień Umowy dotyczą etapu realizacji zamówienia i są zasadne. Przy czym, z uwagi na uwzględnienie zarzutu trzeciego i nakazanie dopuszczenia części zamiennych równoważnych, przewidziana w zaskarżonych postanowieniach zmiana nie będzie oceną równoważności przedmiotu zamówienia tylko na etapie realizacji, skoro taka ocena będzie już miała miejsce na etapie składnia ofert. Odnośnie definicji części handlowych, to na rozprawie Odwołujący de facto przyznał, że są to części możliwe do zastosowania do wszystkich typów kombajnów, nawet z pominięciem producenta.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu piątego w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Względem - § 8 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy oraz § 10 ust. 7 Projektowanych Postanowień Umowy.

W tym wypadku, Odwołujący de facto zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającegoz pisma procesowego złożonego na posiedzeniu, że w zaskarżonych postanowieniach umowy (w zakresie przywrócenia pełnej zdolności produkcyjnej) chodzi o powrót urządzenia do stanu sprzed awarii, czyli przywrócenia kombajnu zdolności produkcyjnej, nie chodzi o jego wyremontowanie, czy też uczynienie z niego nowego urządzenia, w żadnym wypadku nie chodzi o remont kapitalny. Przy czym, w ocenie Izby, zasadne jest założenie, że w ramach takiego remontu konieczne jest zidentyfikowanie przyczyny awarii.

Względem - § 8 ust. 14 lit. b Projektowanych Postanowień Umowy.

Po pierwsze, przepisy z odwołania nie mają zastosowania do zaskarżonych postanowień, gdyż usługi serwisowe nie realizuje się kiedy urządzenie jest w ruchu, ale na postoju. Po drugie, koordynator dba o pracownika od powierzchni, dba o transport, bezpieczeństwo w miejscu pracy (§ 17 Rozporządzenia z dnia 23 listopada 2016 r. Ministra Energii w

sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych), zaś potrzeba zespołu, który musi mieć uprawnienia wymagane przez Zamawiającego są uzasadnione jego wymiernymi potrzebami. Wskazał także na Zbiór przepisów dla podziemnych zakładów górniczych (zał. nr 17 do pisma procesowego Zamawiającego złożonego na rozprawie).

Względem - § 8 ust. 19 Projektowanych Postanowień Umowy.

Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że Odwołujący dąży do ograniczenia zakresu informacji znajdujących się w protokole usługi serwisu. W ocenie Izby, część III, IV i VI tego protokołu jest zasadną, gdyż pierwsza z nich dotyczy nie tylko części handlowych, ale wszystkich objętych usługa serwisu, kolejna, zawiera wnioski, zalecenia, uwagi, np. zalecenia powykonawcze, próby rozruchowe, ostatnia, zaś np. informacje czy część jest objęta gwarancją, czyli nieodpłatna, czy też nie. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że te elementy protokołu uzasadnione są koniecznością odebrania naprawionego kombajnu i weryfikacją jego działania w praktyce.

Względem - § 8 ust. 20 i 21 Projektowanych Postanowień Umowy.

Izba ponawia wcześniejszą argumentacje w tym zakresie. Nadto, podkreślając, że zaskarżone postanowienia dotyczą etapu realizacji umowy, określają możliwość zastosowania części innych niż ujęte w cenniku ofertowym oraz części wycofane lub o lepszych parametrach, niewątpliwie są one uzasadnione potrzebami Zamawiającego i charakterem przedmiotu zamówienia.

Względem - § 11 ust. 7 Projektowanych Postanowień Umowy.

W tym zakresie, należy interpretować zaskarżone postanowienia umowy łącznie z § 11 ust. 5 Projektowanych Postanowień Umowy, wybór świadczenia dotyczy uprawnień przewidzianych w z § 11 ust. 5 Projektowanych Postanowień Umowy, a te są zbieżne z art. 57§ 2 KC.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba częściowo uwzględniła odwołanie w zakresie wskazanym powyżej na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadny okazał się zarzut pierwszy oraz trzeci, zaś chybiony zarzut czwarty i piąty /Izba nie brała pod uwagę w rozliczeniu zarzutów wycofanych/. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 1/2 i chybione w stosunku 1/2. Kosztami postępowania w części 1/2 obciążono zatem Odwołującego, a w części 1/2 – Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego\ w wysokości 15.000 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600 zł, co łącznie dawało kwotę 22 200,00 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 3.600,00 zł (3.600 zł), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 11.100,00 zł (22 200,00 zł ÷ 2 = 11.100,00 zł x 1= 11.100,00 zł).

Odwołujący zaś, poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600,00 zł (15.000,00 zł tytułem wpisu + 3.600 zł koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.100,00 zł (22 200,00 zł ÷ 2 = 11.100,00 zł x 1= 11.100,00 zł). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7.500,00 zł (18.600,00 zł – 11.100,00 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Zasądzona od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwota 7.500,00 zł wyrównuje zatem także koszty, które powinien ponieść Zamawiający (3.600,00 + 7.500,00 = 11.100,00).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp. a także w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami). Jednocześnie zgodnie z art. 574 Pzp do kosztów postępowania odwoławczego wlicza się wpis i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

……