Sygn. akt: KIO 2758/11

WYROK
z dnia 9 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 3 i 5 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2011 r. przez wykonawcę Log - Tech spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, w postępowaniu prowadzonym przez Jastrzębską Spółkę Węglową SA w Jastrzębiu Zdroju
przy udziale wykonawców:

A. Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii SEVITEL spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
B. ELEKTROMETAL S.A. w Cieszynie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
C. RNT spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Cieszynie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Log - Tech spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Log - Tech spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od Odwołującego Log - Tech spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, na rzecz Zamawiającego Jastrzębskiej Spółki Węglowej SA w Jastrzębiu

---

Zdroju kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2758/11

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„budowę systemu lokalizacji i ewidencji pracowników oraz logistyki materiałów na dole i powierzchn; KWK „Borynia-Zofiówka" Ruch Borynia i Ruch Zofiówka oraz KWK JAS-MOS z wykorzystaniem posiadanych przez Zamawiającego systemów transmisji technologii światłowodowej STTS”* z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 219-356748 w dniu 15 listopada 2011r.

Odwołujący w dniu 23 grudnia 2011 r. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2011r. podjętych w przedmiocie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych

warunków zamówienia oraz zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący postawił zarzuty naruszenia:

1. art. 7 Prawo zamówień publicznych, poprzez nierówne traktowanie wykonawców, naruszenie uczciwej konkurencji, dowolną eliminację technologii wykonania przedmiotu zamówienia bez uzasadnionej przyczyny, przygotowanie postępowania w sposób nie zapewniający bezstronności i obiektywizmu,
2. art. 22 ust. 1 Prawo zamówień publicznych, poprzez określenie bezpodstawnie nadmiernie rozbudowanego przedmiotu zamówienia, a tym samym wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu, które są niezasadne i które zmierzają do ograniczenia uczciwej konkurencji,
3. art. 29 ust. 1, 2, 3 Prawo zamówień publicznych, poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące, utrudniające konkurencję opisanie przedmiotu zamówienia, w tym niezasadną eliminację technologii wykonania przedmiotu zamówienia,
4. art. 30 Prawo zamówień publicznych, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający wymagane normy bezpieczeństwa, w tym przepisy prawa powszechnie obowiązującego,

4. art. 38 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nie udzielenie wyjaśnień w związku z zadanymi pytaniami oraz dokonanie nieuzasadnionych zmian w SIWZ,
5. art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez utrudnianie Wykonawcom dostępu do rynku.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący postawił żądania:

1. nakazania powtórzenia czynności Zamawiającego, poprzez dokonanie prawidłowych wyjaśnień i zmian w SIWZ - w zakresie utrudniającym konkurencję, stawiającym nadmierne nieuzasadnione technologicznie wymagania, ewentualnie:
2. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn określonych w art. 97 ust. 1 pkt. 7 ustawy (na posiedzeniu Odwołujący sprostował omyłkowo podaną podstawę na: art. 93 ust. 7 ustawy);
3. nakazania Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sprawie, w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji, poprzez usunięcie konieczności współpracy wykonawcy z podmiotami trzecimi;
4. zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu poniesionych kosztów związanych z wniesieniem odwołania, w tym kosztów zastępstwa prawnego i kosztu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Odwołujący wniósł także o dopuszczenie dowodów z:

- przesłuchania stron na okoliczności podniesione przez Odwołującego,
- opinii biegłego sądowego wyznaczonego z listy biegłych sądowych prowadzonej przez prezesa właściwego sądu okręgowego na okoliczności wskazane w treści odwołania,
- dokumentów w postaci Instrukcji obsługi stojaka STTS, specyfikacji istotnych warunków zamówienia na *Budowę systemu monitorowania mogracji załogi oraz logistykli materiałóD. na dole i powierzchni kopalni w oparciu o posiadane przez JSW SA KWK „Pniówek" systemy MCA – 1000 oraz STTS.*

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, iż w dniu 14 grudnia 2011r. Zamawiający, w związku z zapytaniami wykonawców odnośnie treści SIWZ, udzielił wyjaśnień na zadane pytania, zmieniając przy tym treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Czynność ta, zdaniem Odwołującego, zawiera szereg postanowień, które w sposób nierówny traktują podmioty ubiegające się o zamówienie publiczne i skutkuje tym, że prowadzone postępowanie uniemożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i niezasadnie wyeliminuje z przetargu wielu przedsiębiorców. Określenie przez Zamawiającego w wyjaśnieniach do specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotu zamówienia, powinno odbywać się

z uwzględnieniem przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiącego, że określenie przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Natomiast ustalenie warunków udziału w postępowaniu – powiązanych z przedmiotem zamówienia - powinno wypełniać dyspozycję art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powiązanego z normą art. 7 ustawy Prawo zamówień

publicznych. Tym samym, ustalenie warunków faktycznej zdolności danego wykonawcy do wykonania zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Każde odstąpienie od powyższych zasad przez formułowanie warunków nadmiernych, niczym nieuzasadnionych należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwłaszcza art. 7, art. 22 oraz art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia do pytań i zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie spełniają wymagań równego traktowania wykonawców, a także ograniczają wykonawcom dostęp do rynku w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał na dwanaście udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, które Jego zdaniem, prowadzą do naruszenia przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy RNT sp. z o.o. w Cieszynie oraz Elektrometal SA w Cieszynie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii SEVITEL Sp. z o.o. w Katowicach, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego.

Na posiedzeniu a także w piśmie z dnia 4 stycznia 2012 r. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, argumentując, że odwołanie skierowane jest wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która została zamieszczona na stronie Zamawiającego w dniu 10 listopada 2011 r., zatem odwołanie – zgodnie z treścią art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należało wnieść w terminie 10 dni liczonych od tej daty.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, odwołanie nie podlega odrzuceniu. Podstawy odrzucenia odwołania enumeratywnie wymienia art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa nie przewiduje częściowego odrzucenia odwołania, lecz zarzuty osadzone w argumentacji, która wskazuje na zaistnienie podstawy do odrzucenia odwołania nie mogą być rozpatrywane.

Na gruncie przedmiotowej sprawy, analiza podniesionych w odniesieniu do wskazanych odpowiedzi Zamawiającego na pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzutów prowadzi do konkluzji, iż zarzuty – w pkt 2 i 3 – po części, 4-10, oraz 11 i 12 – po części, skierowane są wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Termin na zakwestionowanie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia biegł od dnia jej zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego (10 listopad 2011 r.) i nie może być przywrócony przez czynność odpowiedzi na pytania – w zakresie, w jakim Zamawiający udzielając odpowiedzi nie wykroczył poza brzmienie specyfikacji. W zakresie stwierdzenia, które postanowienia zostały zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w brzmieniu podanym do wiadomości wykonawców w dniu 10 listopada 2011 r., które zaś uległy zmianie (zostały dodane przy okazji udzielania odpowiedzi w dniu 14 grudnia 2011 r.), wobec zawartości merytorycznej odpowiedzi na zadane pytania, nie była konieczna pogłębiona analiza czy symulacja, by stwierdzić, że podnoszone przez Odwołującego okoliczności – adresowane wobec odpowiedzi na pytania mogły i powinny być podnoszone w odniesieniu do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w terminie przewidzianym na jej kwestionowanie. Dla dokonania tej oceny, w szczególności zmierzającej do stwierdzenia czy i które zarzuty zostały postawione w terminie nie wydaje się koniecznym prowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu telekomunikacji górniczej. Podkreślenia wymaga przy tym, że poprzez sam fakt udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie reaktywuje się prawo wykonawców do kwestionowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie, który pozostał niezmieniony. W

udzielonych przez Zamawiającego odpowiedziach - w ramach odpowiedzi na pytanie 3, Zamawiający wprowadził dodatkowe elementy, których w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w brzmieniu ukształtowanym w dniu 10 listopada 2011 r. nie było – dopisując do uprzednio wyartykułowanego wymagania zdanie: *urządzenia transmisji danych powinny być zabudowane w szafach STTS, które posiadają ruchy zakładów górniczych.* To samo dotyczy odpowiedzi na pytanie 10, gdzie w ramach odpowiedzi na pytanie nastąpiła zmiana, poprzez podanie, że integracji oferowanego transpondera z lampą należy dokonać „w uzgodnieniu z producentem lamp".

Nie można zaakceptować poglądu, zgodnie z którym Odwołujący może w każdej chwili złożyć odwołanie na brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, choć jej ewentualna wada – nie przesądzając, czy zaistniała - była mu znana już wcześniej. Prowadziłoby to bowiem do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania; takie odwołanie można byłoby wnosić niezależnie od wcześniejszego poznania niedoskonałości specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeśli tylko Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie wobec jej treści, nawet jeśli taka odpowiedź nie wnosi niczego nowego.

W rozpoznawanej sprawie specyfikacja istotnych warunków zamówienia została ujawniona wykonawcom 10 listopada 2011 r.. Tymczasem rozpoznawane odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 23 grudnia 2011 r., a więc – w zakresie zarzutów kierowanych wobec odpowiedzi na pytania 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, a także 10 – w części, 11 i 12 – w części - z uchybieniem terminu, przewidzianego prawem.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; lub 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 powołanej ustawy.

Zatem odwołanie wniesione w dniu 23 grudnia 2011 r. – w odniesieniu do wskazanych odpowiedzi Zamawiającego w istocie stanowi kwestionowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako takie, te zarzuty podniesione zostały po upływie terminu określonego w ustawie.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stwierdzić należało, że wykonawca posiada interes w kwestionowaniu udzielonych odpowiedzi – jeśli ich skutkiem może być zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która narusza interesy wykonawcy. Także w zakresie zarzutu zaniechania udzielenia odpowiedzi na pytania należy przypisać Odwołującemu posiadanie interesu – brak odpowiedzi na zadane pytania może stanowić przeszkodę, utrudniającą właściwe sformułowanie i prawidłową kalkulację oferty.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowaną w odwołaniu i w granicach tego odwołania (zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych), czynność Zamawiającego udzielenia odpowiedzi na pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zmian specyfikacji, uznano, że w analizowanym zakresie nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które – w myśl regulacji art. 192 ust. 2 ustawy, mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono okoliczności:

1. W zakresie zarzutu kierowanego do odpowiedzi na pytanie 1:

Na pytanie wykonawcy, czy w celu potwierdzenia spełnienia wymagania SIWZ, w zakresie wymagania dodatkowego, aby transpondery zamontowane w lampach nie zakłócały prawidłowego działania zainstalowanego w górniczych lampach osobistych nadajników GLON, należy przedstawić opinię CSRG potwierdzająca spełnienie przepisu par. 614 pkt. 2 *Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28.06.2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych* wraz z późniejszymi zmianami – Dz. U. nr 124 poz. 863 z 2006 r. przynajmniej dla jednego typu lampy wyposażonej w nadajnik GLON, Zamawiający udzielił odpowiedzi o treści: „Zamawiający *wymaga aby zaoferowany System spełniał wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 28.06.2002r. par. 614 pkt 2. Wymagania zostały sformułowane w SIWZ w pkt. II. 4. 2) e).”*
Odwołujący w zakresie udzielonej odpowiedzi argumentuje, iż:

- odpowiedź nie rozstrzyga jednoznacznie wątpliwości Wykonawcy, ani tym bardziej nie jest odpowiedzią na zadane przez Wykonawcę pytanie;
- w innych przetargach organizowanych przez Zamawiającego, na podobne przedmioty zamówienia takie dokumenty były wprost wymagane. Dlatego też wątpliwości Odwołującego, w związku z brakiem jednoznacznej odpowiedzi, są uzasadnione;
- Odwołujący powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów, ZA UZP z 13 października 2006 r., UZP/ZO/0-2602/06, (LexPolonica nr 1968201).

Analiza udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na postawione pytanie wskazuje, iż Zamawiający powołując się na wskazane w odpowiedzi Rozporządzenie, odesłał do jego treści. W tym zakresie należy także mieć na uwadze tę jednostkę redakcyjną powołanego Rozporządzenia, do której nawiązuje pytanie, i którą wskazuje udzielona odpowiedź. Odesłanie do przepisów, które nie wymagają złożenia opinii CSRG, jakiej dotyczyło postawione pytanie, pozwala na odczytanie intencji Zamawiającego, skoro Rozporządzenie, w § 614 pkt 2 nic na ten temat nie mówi. Zgodnie z § 914 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28.06.2002r., który wskazał w odpowiedzi Zamawiający, *Lampy osobiste pracowników zatrudnionych w wyrobiskach, w tym ratowników górniczych, wyposaża się w górnicze osobiste nadajniki lokacyjne, przystosowane do emitowania sygnału przez co najmniej 7 dni”.*

Podkreślenia przy tym wymaga, że postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym i przez ten pryzmat należy postrzegać zdolność jego uczestników do odczytania informacji podawanych w postępowaniu. Odpowiedź udzielona przez Zamawiającego, w powyższym zakresie odsyłająca do przepisu Rozporządzenia, w którym nie zawarto informacji dotyczących wymagania opinii CSRG niesie dla wykonawcy czytelną informację, że taki dokument nie jest wymagany. Potwierdził to także Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wskazując, iż „Opinia *CSRG nie jest wymieniona, więc Zamawiający jej nie wymaga.”*

Powyższe determinuje wniosek, że nie potwierdziły się zarzuty stawiane w zakresie zaniechania udzielenia odpowiedzi na pytanie 1.

2. W zakresie zarzutów kierowanych do odpowiedzi na pytanie 2 i 3:

Na pytanie 2, czy w opisie przedmiotu zamówienia mowa jest o wykorzystaniu posiadanych przez Zamawiającego systemów transmisji technologii światłowodowej STTS, i czy Zamawiający udostępni do realizacji zadania istniejącą infrastrukturę światłowodową wraz z posiadaną dokumentacją tej sieci oraz czy Zamawiający udostępni do realizacji zadania urządzenia systemu STTS wraz z posiadaną dokumentacją tego systemu, Zamawiający

podał: „Zamawiający *udostępni do realizacji zadania istniejącą infrastrukturę światłowodową wraz z posiadaną dokumentacją tej sieci oraz urządzenia systemu STTS wraz z posiadaną dokumentacją tego systemu.”*

Na pytanie 3, dotyczące tego, że w Specyfikacji Technicznej w punkcie Wymagania Techniczne, pkt. II, ppkt.1 d) oraz ppkt.2 a) postawiono wymaganie, aby urządzenia transmisji danych powinny być zabudowane w szafach STTS, które są w posiadaniu zakładów górniczych. Czy w przypadku, gdy w istniejących szafach STTS nie będzie miejsca na zabudowę dodatkowych urządzeń transmisyjnych Zamawiający umożliwi zabudowę przez

Wykonawcę dodatkowych szaf spełniających analogiczne funkcje do szaf STTS, Zamawiający wyjaśnił: „Zamawiający *informuje, że miejsca w szafach STTS jest wystarczająco. Gdyby jednak z uwagi na specyfikację oferowanego rozwiązania miejsca było za mało, to należy szafy STTS rozbudować w porozumieniu z producentem szaf, a następnie zaktualizować dokumentację techniczną dotyczącą rozbudowywanej szafy."*
Jednocześnie Zamawiający dokonał czterech modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dopisując każdorazowo do dotychczasowego brzmienia w analogicznych postanowieniach o treści: „urządzenia *transmisji danych powinny być zabudowane w szafach STTS, które posiadają ruchy zakładów górniczych."* dodatkowe zdanie, w związku z czym dotychczasowe postanowienia uzyskały brzmienie: „urządzenia *transmisji danych powinny być zabudowane w szafach STTS, które posiadają ruchy zakładów górniczych. Zamawiający dopuszcza możliwość wykonania przez Wykonawcę rozbudowy szaf STTS w porozumieniu z producentem szaf. W następstwie takiej operacji Wykonawca zobowiązany jest zaktualizować dokumentację techniczną dotyczącą rozbudowywanej szafy."*
Odwołujący – wobec tak udzielonych odpowiedzi oraz modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, argumentuje, iż Zamawiający nie wywiązał się z obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, ponadto opisania przedmiotu umowy w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji, a także udzielił odpowiedzi w sposób budzący wątpliwości. Odpowiedź zmusza potencjalnego wykonawcę do realizacji rozbudowy systemu STTS w porozumieniu z producentem STTS. Takich wymagań Zamawiający nie powinien stawiać przy udzielaniu zamówienia publicznego, gdyż ten zapis gwarantuje udział producenta STTS tj. Firmy Timler Zakład Elektrotechniki Budowlanej i Przemysłowej, inż. Mieczysław Timler, a tym samym utrudnia w przedmiotowym postępowaniu uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający doprowadza do sytuacji, w której każdorazowe wykonanie zamówienia związanego z użyciem systemu STTS jest uzależnione od zgody i współpracy firmy Timler, a zatem w niedopuszczalny sposób zmonopolizował dostawy w

tym zakresie. Odwołujący argumentuje, że Zamawiający poprzez udzielenie wyjaśnień do pytania 2 i 3 oraz dokonanie zmian w SIWZ, w sposób uprzywilejowany traktuje jednego wykonawcę (lub kilku wykonawców), stawiając mu „mniejsze" wymagania niż innym. Po tak sformułowanych wyjaśnieniach oraz zmianie specyfikacji, rozbudowa systemu STTS realnie możliwa jest przez producenta tego systemu lub ewentualnie przez podmiot współpracujący z tym producentem. W związku z tym Zamawiający stosuje pewne preferencje podmiotowe co do tego wykonawcy, ograniczając jednocześnie zasady uczciwej konkurencji. Wykorzystanie systemu STTS wiąże się z koniecznością naruszenia struktury systemu i zabudowaniem nowych typów urządzeń. Powyższe powoduje konieczność przeprowadzenia dodatkowej procedury certyfikacji systemu po wprowadzonych zmianach. Procedurę taką może przeprowadzić producent systemu w notyfikowanej jednostce certyfikującej. Zatem Zamawiający wymaga aby wykonawca nie będący producentem systemu STTS porozumiał się z producentem tegoż systemu, co w przypadku zainteresowania tegoż producenta postępowaniem przetargowym, może okazać się wątpliwe albo po prostu niemożliwe. Według Odwołującego, Zamawiający dopuścił możliwość wykonania przez wykonawcę rozbudowy szaf STTS, ale w porozumieniu z producentem tych szaf STTS. Tym samym Zamawiający dla jednego wykonawcy uzależnia wykonanie zamówienia od zgody innego podmiotu, natomiast dla wykonawcy, który jest producentem tych szaf (lub pozostaje w zależności z tym producentem) praktycznie tego warunku nie stawia, co za tym idzie wykonawca ten jest w takim stanie uprzywilejowany. Zdaniem Odwołującego, założenie, że wykonawca ma współpracować z producentem systemu, uniemożliwia Odwołującemu dokonanie wyceny przedmiotu zamówienia. Producent systemu STTS może bowiem postawić Odwołującemu zaporowy „warunek finansowy", którego wykonawca nie jest w stanie przewidzieć składając swoją ofertę. Ponadto z takim „warunkiem finansowym" nie spotka się wykonawca, który jest producentem szaf STTS.

Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej wyjaśnienia specyfikacji oraz jej modyfikację a także podniesione w tym zakresie zarzuty, stwierdzić należało, iż:
- Odwołujący nie formułuje zarzutów w zakresie odpowiedzi na pytanie 2, a jedynie na podstawie zawartych tam wyjaśnień prowadzi wnioskowanie, co do znaczenia odpowiedzi na pytanie 3;

- w wyniku modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie uległo zmianie jej brzmienie w zakresie zasadniczego opisu przedmiotu zamówienia, jakie Zamawiający zawarł w specyfikacji – w kształcie upublicznionym w dniu 10 listopada 2011 r. Bez zmian pozostało zatem postanowienie Specyfikacji Technicznej w pkt. II, ppkt.1 d) oraz ppkt.2 a), gdzie

postawiono wymaganie, zgodnie z którym „urządzenia *transmisji danych powinny być zabudowane w szafach STTS, które są w posiadaniu zakładów górniczych."* Udzielona odpowiedź w części, która mówi o tym, że miejsca w szafach STTS posiadanych w zakładach górniczych jest wystarczająco dużo, nic w powyższym zakresie, w odniesieniu do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 10 listopada 2011 r. nie zmienia, a jedynie powtarza zawarte tam wymaganie, by wykonawca dokonał takiego zabudowania urządzeń, w taki sposób, by je wbudować w posiadane aktualnie szafy. Z powyższym postanowieniem koresponduje przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwość dokonania wizji lokalnej.
Dokonana zaś modyfikacja polegająca na wprowadzeniu dodatkowej - uzależnionej od *specyfikacji oferowanego rozwiązania* - możliwości wobec tej zasadniczo przewidzianej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która polega na możliwości rozbudowy szaf STTS została obwarowana dopiero uzyskaniem porozumienia z producentem szaf, a następnie aktualizacji dokumentacji technicznej dotyczącej rozbudowywanej szafy.
Stąd argumentacja odwołania – w części, w której kierowana jest ogólnie do obowiązku każdorazowo uzyskania porozumienia wobec dokonywania wbudowania w istniejące szafy STTS urządzeń transmisji, stanowi rozważania dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia ukształtowanej wcześniej – w dniu 10 listopada 2011 r. W tej mierze podniesione zarzuty są zatem spóźnione – w myśl 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Rozpoznaniu podlegać zatem mogły podniesione zarzuty jedynie w odniesieniu do zmodyfikowanej, to jest dodanej części postanowień pkt II. 1. d) tiret 2 oraz pkt II. 2. a) tiret 2 Załącznika nr 1 do SIWZ (specyfikacja techniczna), a także § 1 ust. 2 pkt 1) lit d) tiret 2 i § 1 ust. 2 pkt 2) lit a) tiret 2 Załącznika nr 10 do SIWZ (istotne postanowienia umowy). Dotyczy to zatem dodanej treści: „Zamawiający *dopuszcza możliwość wykonania przez Wykonawcę rozbudowy szaf STTS w porozumieniu z producentem szaf. W następstwie takiej operacji Wykonawca zobowiązany jest zaktualizować dokumentację techniczną dotyczącą rozbudowywanej szafy."*
Poddając ocenie postawione zarzuty nie podzielono argumentacji odwołania.
Po pierwsze – zarzut odwołania w powyższym zakresie opiera się o hipotetyczne rozważania, wykraczające poza udzieloną odpowiedź oraz dokonaną modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący argumentację odwołania zdaje się opierać na tezie, że każdorazowo wykonanie zamówienia wymagać będzie uzyskania porozumienia z producentem szaf STTS. Z udzielonej odpowiedzi oraz modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia nic takiego jednak nie wynika. Przeciwnie,

z literalnego brzmienia odpowiedzi oraz modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że konieczność porozumienia wprowadzona została jako związana z takim wykonaniem zamówienia, które będzie stanowiło odstępstwo od zasady (gdy specyfikacja oferowanego rozwiązania determinuje konieczność rozbudowy szaf), że zabudowa urządzeń do transmisji danych następuje w ramach szafy w taki sposób, że musi się w niej zmieścić. Na gruncie udzielonej odpowiedzi na pytanie 3 oraz dokonanych przy tej okazji zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie jest zatem tak – jak zdaje się wynikać z odwołania, że każdorazowo wykonanie zamówienia będzie wymagało takiego porozumienia. W świetle odpowiedzi na pytania oraz modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia - będzie go wymagało wtedy, gdy wykonawca zastosuje nietypowe rozwiązanie, którego specyfikacja będzie powodowała, że zabudowywane urządzenia do transmisji danych nie zmieszczą się w posiadanych przez Zamawiającego szafach STTS. Jak oświadczył bowiem Zamawiający w odpowiedzi nr 3 na pytanie: „miejsca *w szafach STTS jest wystarczająco".*
Po drugie: należy przyznać Zamawiającemu uprawnienie do takiego ukształtowania

postępowania, które będzie czynić zadość jego uzasadnionym potrzebom. Celem postępowania jest bowiem nabycie przez zamawiającego określonych rzeczy lub usług , nie zaś sprzedaż przez wykonawców posiadanego asortymentu. Zgodnie z art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych służą zatem realizacji zasad dokonywania wydatków (dokonywania nabycia rzeczy i praw) przez jednostki obowiązane do jej stosowania.
Powyższe uprawnienie zamawiającego ograniczone jest zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zasad tych nie można jednak postrzegać w ten sposób, że dogodne dla wykonawców warunki wykonania zamówienia, jego zakres mogą przysłonić uzasadnione potrzeby zamawiającego.
Biorąc pod uwagę, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w brzmieniu ustalonym 10 listopada 2011 r. wprowadzone zostało postanowienie wskazujące, iż urządzenia transmisji danych powinny być zabudowane w szafach STTS, które są w posiadaniu zakładów górniczych, należy uznać, iż obowiązkiem wykonawców jest zabudowanie urządzeń transmisji danych w szafach STTS, które są w posiadaniu zakładów górniczych (tak: Specyfikacja Techniczna, Wymagania Techniczne, pkt. II, ppkt.1 d) oraz ppkt.2 a). Potwierdził to także Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Z powyższego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które zostało definitywnie

ukształtowane w dniu 10 listopada 2011 r. i obecnie nie może już - z powodu upływu terminów – być rewidowane, wynika zatem, że rzeczą wykonawców jest tak zagospodarować powierzchnię w posiadanych w zakładach górniczych szafach STTS, by wkomponować dodatkowe elementy infrastruktury w postaci urządzeń transmisji danych. Zamawiający w odpowiedzi na zadane pytanie potwierdził przy tym, że miejsca w szafach jest wystarczająco dużo, by wstawić rzeczone urządzenia. Dla oceny sposobu wykonania zamówienia pomocnym może być przy tym dokonanie wizji lokalnej, co też przewidziano w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Trudno oczekiwać, by Zamawiający dopuszczając alternatywne, bliżej mu nieznane rozwiązania, które spowodują, że nie jest możliwe wbudowanie urządzeń do transmisji danych w posiadanych szafach STTS, przyjmował na siebie wszystkie konsekwencje zastosowania takiej technologii wykonania zadania. Powyższe postanowienie, w brzmieniu skonstruowanym przez Zamawiającego przy okazji odpowiedzi na pytanie nr 3, stanowi otwarcie dodatkowej ścieżki wykonania zamówienia, uelastycznienie możliwości jego wykonania w stosunku do przewidzianej jako zasadnicza. Jeśli następstwem zastosowania takiej techniki (jak wskazuje Zamawiający w odpowiedzi i modyfikacjach specyfikacji: *„z uwagi na specyfikację oferowanego rozwiązania")* jest ingerencja w posiadane szafy STTS, naturalnym jest, że Zamawiający w sposób uzasadniony przerzuca skutek takiego odstępstwa w przewidywanej technologii wykonania na wykonawcę, który decyduje się w ten sposób wykonywać przedmiot zamówienia. Podkreślenia przy tym wymaga, że nic nie wskazuje, by uzyskanie porozumienia z producentem szaf STTS było utrudnione lub niemożliwe. Skoro Zamawiający – w okolicznościach które powyższe uzasadniają - stawia taki wymóg, czyni to przy tym w otwartej procedurze, to należy przyjąć, że uzyskanie owego porozumienia jest wykonalne i zapewnione przez Zamawiającego. Ewentualne wątpliwości w tym zakresie wykonawca mógł rozwiać stawiając dalsze pytania odnoszące się do zapewnienia przez Zamawiającego spornego porozumienia. Wyartykułowane w odwołaniu wnioski co do problemów z uzyskaniem porozumienia wydają się być – w świetle brzmienia odpowiedzi na pytanie oraz zmian w specyfikacji – pozbawionymi oparcia w treści odpowiedzi i modyfikacji specyfikacji, wywiedzionymi z daleko idącej ostrożności, nadto, bazującymi na skrajnie pesymistycznych, nieuprawnionych założeniach. W tych okolicznościach nie sposób stawiać Zamawiającemu zarzutów co do ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia. Zwrócić należało w tym miejscu uwagę, że Zamawiający w ramach stanowiska w postępowaniu, prezentowanego w odpowiedzi na odwołanie załączył oświadczenie producenta stojaków STTS, zgodnie z którym zobowiązał się On do „stosowania *zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania (niedyskryminowania) każdego podmiotu, który w przedmiotowym postępowaniu zwróci się o dokonanie zmian,*

modernizacji czy recertyfikacji Stojaków Transmisji Technologicznej Światłowodowej (STTS) w zakładach górniczych, których w/w postępowanie dotyczy".
Analiza treści argumentacji zawartej w odwołaniu wskazuje, że Odwołujący zdaje się upatrywać konieczności uzyskania porozumienia każdorazowo, przy wbudowywaniu urządzeń transmisji danych w szafach STTS, niezależnie od tego, czy nastąpi rozbudowa szaf. Powyższy wniosek – w świetle brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia – jest nieuprawniony. Argumentacja odwołania zdaje się być w tym przypadku skierowana wobec przyjętego przez Odwołującego rozumienia postanowienia specyfikacji - Specyfikacja Techniczna, Wymagania Techniczne, pkt. II, ppkt.1 d) oraz ppkt.2 a), które jednak nie znajduje odzwierciedlenia w jej treści. Potwierdza to także Zamawiający w odpowiedzi na odwołaniu, wskazując że *zabudowa urządzeń transmisji danych nie wymaga współpracy z producentem tych szaf. Sama też rozbudowa szaf (dopuszczona jako wyjątek od zasady przez Zamawiającego) zgodna z dokumentacją dot. tych szaf i z wykorzystaniem części powszechnie dostępnych dla każdego a wskazanych w tej dokumentacji nie wymaga uzgadniania tego z producentem.* Wnioskowanie przy tym na podstawie Instrukcji Obsługi Stojaka transmisji Technologicznej STTS, którą Odwołujący pozyskał przeszukując zasoby informacyjne dostępne w Internecie, jest wnioskowaniem na podstawie okoliczności niewyartykułowanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiedziach na pytania.
Powyższe skutkowało uznaniem, iż Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionych zarzutów:
- w odniesieniu do odpowiedzi na pytanie 2 – nie podniósł argumentacji, która by odnosiła się do zawartości informacyjnej udzielonej odpowiedzi;
- w odniesieniu do odpowiedzi na pytanie 3 oraz modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie odnoszącym się do wprowadzenia możliwości rozbudowy szaf STTS, po uzgodnieniu z producentem – sformułowane zarzuty okazały się nieuzasadnione;
- w odniesieniu do odpowiedzi na pytanie 3 w pozostałym zakresie, innym aniżeli dotyczący wprowadzenia możliwości rozbudowy szaf STTS, po uzgodnieniu z producentem – zarzuty należało uznać za skierowane do brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w kształcie nadanym w dniu 10 listopada 2011 r., a zatem – za spóźnione na obecnym etapie.

3. W zakresie zarzutu kierowanego do odpowiedzi na pytanie 4 i 5:
Na pytanie 4, dotyczące możliwości wykorzystania do realizacji funkcji poszukiwania radiowego zabudowanego w lampach górniczych osobistego nadajnika lokalizacyjnego GLON przy spełnieniu wymagań w zakresie konstrukcyjnym, zwartych pkt. 4 , ppkt 2) e), Zamawiający udzielił odpowiedzi, że „nie *dopuszcza wykorzystania zabudowanego*

w lampach górniczych osobistego nadajnika GLON do realizowania wymaganej w SIWZ funkcji poszukiwania radiowego".
Na pytanie 5, o treści: W Specyfikacji Technicznej, w punkcie wymagania dodatkowe, w zakresie konstrukcyjnym, pkt.4 ppkt.2 l) postawiono wymaganie, aby koncentratory sygnałów winny mieć możliwość transmisji danych po magistrali światłowodowej w standardzie Ethernet. Czy można zastosować inny, otwarty standard transmisji o porównywalnej ze standardem Ethernet prędkości przesyłu danych? Zamawiający podał, że nie wyraża zgody na proponowaną zmianę: „Zamawiający *nie dopuszcza zastosowania innego iż opisany w SIWZ standardu transmisji danych."*
Odwołujący w powyższym zakresie stawia następujące zarzuty:
- Zamawiający bez obiektywnego uzasadnienia ogranicza wykorzystywanie innowacyjnych rozwiązań technicznych, technologicznych (wykorzystanie osobistego nadajnika GLON, wykorzystanie innego standardu niż Ethernet), które mogą zostać zaproponowane przez wykonawców oraz bez żadnej obiektywnej podstawy nie dopuszcza technologii równoważnych, co narusza art. 29 ust 2, a także art. 7 ustawy. Zamawiający tym samym stawia wymagania, które mogą wskazywać, że już przed zapoznaniem się z ofertami i przed udzieleniem zamówienia, ma wybraną określoną technologię, a co jest z tym związane także i wykonawcę przedmiotu zamówienia.
- „standard Ethernet" nie jest jednoznacznym pojęciem, za pomocą którego Zamawiający mógłby opisywać przedmiot zamówienia, ani nie stanowi tym bardziej właściwej technologii

która powinna być stosowana w przedmiocie zamówienia. Odwołujący zaprezentował rozumienie pojęcia „standard Ethernet” wskazując, że Zamawiający podając tylko stwierdzenie o wykorzystaniu „standardu Ethernetu" dopuścił się uogólnienia, które w efekcie prowadzi do skierowania dostawców w kierunku wykorzystania systemu STTS, który to system wykorzystuje ten protokół. Równocześnie stwierdzenie Zamawiającego zabraniające wykorzystania innego typu protokołu transmisji niż Ethernet ogranicza możliwości zastosowania nowych rozwiązań, które wykorzystują inne standardy transmisji. Poza tym Zamawiający wymaga zastosowania światłowodów jako głównego medium transmisji, a co za tym idzie uniezależnia się od typu protokołu gdyż do transmisji światłowodowej stosuje się odpowiednie konwertery transmisji danych.
- obecnie nie istnieją żadne normy dla technologii Ethernet dla zastosowania w warunkach przestrzeni zagrożonych wybuchem. Spełnienie wymagań IEEE 802 jest niewystarczające dla zastosowania w przestrzeniach zagrożonych wybuchem. Stąd nieliczni producenci, którzy zaczynają stosować tę technologie w przestrzeniach zagrożonych opracowują swoje własne, specyficzne rozwiązania posiadające różne parametry iskrobezpieczne. Opis przedmiotu zamówienia jest zatem nieprecyzyjny i niewystarczający w tym zakresie.

- Użycie technologii Ethernet ułatwia łączenie i integrację systemów. Ta cecha stanowi dodatkowe zagrożenie dla systemów bezpieczeństwa, gdyż wyjątkowo łatwo jest wykonać połączenie z innymi systemami. O ile w systemach nie związanych z bezpieczeństwem łatwość łączenia jest zaletą o tyle w systemach bezpieczeństwa łatwość łączenia jest zdecydowaną wadą. Nie istnieje więc wystarczające uzasadnienie z punktu widzenia bezpieczeństwa dla stosowania otwartej technologii transmisji danych. Stosowanie rozwiązań specyficznych, odseparowanych daje lepszą gwarancję braku zakłóceń i niepowołanej ingerencji (co w przypadku systemów bezpieczeństwa jest podstawą funkcjonowania). Ponadto przyjęcie takiego oddzielnego systemu umożliwia jego dalszą niezależność oraz zapewnia utrzymanie warunków uczciwej konkurencji poprzez przekazanie Zamawiającemu dokumentacji technologii wymiany danych – umożliwiających w przyszłości samodzielną rozbudowę, również przez niezależnych wykonawców.
Odwołujący złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność *braku jednoznacznego systemu Ethernet dla zastosowania w przestrzeniach zagrożonych wybuchem, wskazaniu przez Zamawiającego niewłaściwej technologii i niezasadności wykorzystania systemu Ethernet w przedmiotowym zamówieniu.*

Biorąc powyżej zaprezentowaną argumentację Odwołującego stwierdzić należy, iż wprost odnosi się ona do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w brzmieniu ustalonym w dniu 10 listopada 2011 r. Samo zresztą pytanie 5 nie stanowi rzeczywistego zapytania wobec wątpliwości odnoszonych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia ale wniosek o jej zmianę. Pytanie już w swej treści wyraźnie wskazuje na dotychczasowy kształt specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie przewidziano Ethernet jako standard transmisji danych. Stąd zawarte w odwołaniu rozważania co do rozumienia pojęcia „standard Ethernet”, celowości jego stosowania pod ziemią, bezpieczeństwa nie mogą być odnoszone do udzielonej odmowy zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w kształcie z dnia 10 listopada 2011 r. ten standard i na obecnym etapie, powyższe wymaganie należy uznać za definitywnie ustabilizowane. Nie sposób zatem aktualnie kwestionować powyższych postanowień, skoro czas na to już upłynął. Odmowa odstąpienia przez Zamawiającego od tego wymagania nie może być przy tym rozpatrywana w kategoriach naruszenia zasad postępowania, skoro, z momentem upływu terminu na kwestionowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia ewentualna zmiana jej postanowień może być wynikiem co najwyżej dobrej woli Zamawiającego. Z tego powodu, oddaleniu podlega wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z dowodu z opinii biegłego na okoliczność *braku jednoznacznego systemu Ethernet dla zastosowania w przestrzeniach zagrożonych wybuchem, wskazaniu przez Zamawiającego niewłaściwej technologii i niezasadności*

---

wykorzystania systemu Ethernet w przedmiotowym zamówieniu. Tak postawiona teza dowodowa oraz treść postawionego zarzutu wraz z uzasadniającą ten zarzut argumentacją prowadzi do wniosku, iż dowód ten dotyczyłby okoliczności ukształtowanych przez

Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dniu 10 listopada 2011 r. Na obecnym etapie specyfikacja istotnych warunków zamówienia w brzmieniu z tej daty nie może być rewidowana – co czyni wniosek ukierunkowany na takie jej badanie – bezprzedmiotowym.
W odniesieniu do zarzutów skierowanych wobec odpowiedzi na pytanie 4, dotyczące możliwości wykorzystania do realizacji funkcji poszukiwania radiowego zabudowanego w lampach górniczych osobistego nadajnika lokalizacyjnego GLON, podkreślenia wymaga, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w załączniku 1 stanowiącym Specyfikację Techniczną, w pkt II.4.2) ppkt e zawarto wymaganie, zgodnie z którym *transpondery nie mogą zakłócać prawidłowego działania zainstalowanych w górniczych lampach osobistych nadajników GLON.* Udzielona odpowiedź stanowi zatem potwierdzenie dotychczasowego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Formułowanie zatem zarzutu, w odniesieniu do *niedopuszczenia wykorzystania zabudowanego w lampach górniczych osobistego nadajnika GLON do realizowania wymaganej w SIWZ funkcji poszukiwania radiowego",* przy istniejącym już w specyfikacji w wersji z 10 listopada 2011 r. postanowieniu przewidującym wymaganie, by urządzenia nie zakłócały zainstalowanych już nadajników GLON, należy także uznać za spóźnione. Stąd zarzuty zawarte w odwołaniu jak również argumentacja podniesiona przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie nie mogły być w tym zakresie brane pod uwagę.

4. **W zakresie zarzutu kierowanego do odpowiedzi na pytanie 6:**
W postępowaniu zadano pytanie, oznaczone nr 6, o treści: W Specyfikacji technicznej, w punkcie wymagania dodatkowe, w zakresie ogólnym pkt.4 ppkt.1) f) postawiono wymaganie, aby systemy zabudowane przez Zamawiającego winny realizować funkcję mobilnej łączności bezprzewodowej w oparciu o technologię VoIP. Przedmiot zadania, ani Specyfikacja Techniczna nie obejmuje dostaw telefonów VoIP. Czy w związku z wymaganiem przedstawienia Karty Prób, zgodnie z Załącznikiem nr 1a do SIWZ, pkt. 8 załącznika, należy wykonać testy takich telefonów skoro nie są one przedmiotem zamówienia, ani nie są przedmiotem dostawy? Zamawiający udzielił na nie następującej odpowiedzi: „W *przypadku przedstawienia Karty Prób, zgodnie z Załącznikiem nr 1a do SIWZ, należy wykonać testy telefonów VoIP mimo, że nie są przedmiotem zamówienia,*

ponieważ przedmiotem zamówienia jest system, który po zakupie telefonów (w odrębnej procedurze) taką łączność (VoIP) na pewno będzie realizować."
W powyższym zakresie Odwołujący argumentuje, iż Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia był przetestowany z telefonami VoIP, których Zamawiający na chwilę obecną nie ma i telefony te nie są objęte przedmiotem niniejszego postępowania. Odwołujący podaje, że „VoIP (ang. Voice over Internet Protocot) - technologia cyfrowa umożliwiająca przesyłanie dźwięków mowy za pomocą łączy internetowych lub dedykowanych sieci wykorzystujących protokół IP, popularnie nazywana "telefonią internetową". Dane przesyłane są przy użyciu protokołu IP, co pozwala wykluczyć niepotrzebne "połączenie ciągłe" i np. wymianę informacji gdy rozmówcy milczą.". VoIP posiada wiele wad, w tym najistotniejszymi, w porównaniu z telefonią tradycyjną jest większa zawodność tych usług oraz konieczność posiadania dedykowanego sprzętu lub oprogramowania i łącza. VoIP jest technologią radiową i otwartą. Telefon VoIP może działać w sposób prawidłowy tylko do pewnego pułapu, tj. nie może być zbyt dużo tego rodzaju urządzeń skumulowanych w jednym systemie. W przypadku wystąpienia większej ilości urządzeń (a z SIWZ wynika, że z taką sytuacją prawdopodobnie Zamawiający chce mieć do czynienia) VoIP zaczyna działać niepewnie, tj. zrywa połączenia, nie działa, zawiesza się etc. W zamawianym systemie, który ma być „systemem bezpieczeństwa" gdzie te same urządzenia mają obsługiwać ruch i lokalizację oraz telefony VoIP, to zastosowanie większej ilości telefonów VoIP lub wręcz innych, niezależnych urządzeń stosujących transmisję bezprzewodową WiFi spowoduje, że cały system przestanie działać i nie będzie zapewniać swojej podstawowej funkcji tj. funkcji bezpieczeństwa. Odwołujący złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność braku zasadności w zastosowaniu telefonii VoIP w systemie bezpieczeństwa. Odwołujący argumentuje wreszcie, iż tak daleko idące wytyczne mogą świadczyć o tym, że Zamawiający nastawiony jest na udzielenie przedmiotowego zamówienia ściśle określonym podmiotom, co stanowi monopolizację zamówień publicznych i w sposób oczywisty

utrudniania uczciwą konkurencję. Ponadto stawianie takich wymagań nie jest uzasadnione w świetle obecnego stanu techniki i prowadzi jedynie do niedozwolonego ograniczenia konkurencji.

Analiza treści postawionego zarzutu wskazuje w sposób jednoznaczny, że jest on kierowany wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która została podana do wiadomości w dniu 10 listopada 2011 r. i której postanowienia należało kwestionować w terminie dziesięciu dni, liczonych od tej daty. W specyfikacji – w załączniku 1 stanowiącym Specyfikację Techniczną, w pkt II.4.1) ppkt f zawarto wymaganie: *zabudowane przez Wykonawcę przedmiotowe systemy winne realizować funkcje mobilnej*

łączności bezprzewodowej w oparciu o technologię VOIP, w tym pomiędzy ratownikami w zastępie ratowniczym (z funkcją „hands-free") i sztabem akcji, oraz winne mieć strukturę, która będzie umożliwiać dalszą ich rozbudowę o kolejne moduły takie jak: ewidencję materiałów wybuchowych w oparciu o zabudowaną infrastrukturę systemu, poszukiwanie radiowe zaginionych osób w oparciu o funkcje transpondera, system antykolizyjny urządzeń i maszyn ruchomych. Odwołujący wyraźnie kwestionuje przy tym nie samą treść odpowiedzi na pytanie, która nic nowego nie wnosi, nie zawiera nowych treści wobec tego, co było wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia poza tym, że powtarza to, co uprzednio w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostało wyrażone i mogło być z niej wyczytane, to jest stosowanie systemu VoiP jako bazowego dla systemu. Odwołujący natomiast swoją argumentację osadził w niecelowości oraz niedopuszczalności technicznej i determinowanej względami bezpieczeństwa stosowania systemu VoiP. Tak wyartykułowanych zarzutów nie sposób traktować inaczej, aniżeli jako skierowanych wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na podstawie analizy zarzutów w tym zakresie jawi się ogólne spostrzeżenie, że Odwołujący nie stawia argumentacji wobec elementów udzielonej odpowiedzi na pytanie, jakichkolwiek tez wobec okoliczności, które pojawiły się w związku z tą odpowiedzią. Powyższe czyni zasadnym wniosek, iż w powyższej mierze odwołanie zostało skierowane wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w kształcie ustalonym w dniu 10 listopada 2011 r. a zatem na obecnym etapie – jest ono spóźnione. Z powyższego powodu oddaleniu podlega także wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność braku zasadności w zastosowaniu telefonii VoIP w systemie bezpieczeństwa – na obecnym etapie jest on bezprzedmiotowy.

5. W zakresie zarzutu kierowanego do odpowiedzi na pytanie 7:

W powyższym zakresie postawiono pytanie o treści: W Specyfikacji Technicznej z punktów 2.a), pkt. 4 ppkt.1) d), pkt. 4 ppkt.1) f), pkt. 4 ppkt.2) p) wynika, że realizowany system ma integrować funkcję lokalizacji i ewidencji pracowników, logistyki materiałowej oraz bezprzewodowej łączności VoIP. Czy z uwagi na fakt, że bezprzewodowa technologia Voice over IP(VoIP) nie spełnia wymagań Rozporządzenia Rady Ministrów z dn. 30 kwietnia 2004 w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (3.4.9 ppkt 3 oraz 3.4.11) funkcje bezprzewodowej łączności pomocniczej można zrealizować jako wydzielony podsystem, który nie realizuje funkcji systemu bezpieczeństwa? Na to pytanie Zamawiający udzielił odpowiedzi: „System *łączności bezprzewodowej VoIP można zrealizować, jako podsystem, który nie pełni funkcji systemu bezpieczeństwa, ale musi być zrealizowany na*

tych samych urządzeniach, elementach systemu lokalizacji i ewidencji pracowników oraz logistyki materiałów."

W odniesieniu do powyższej odpowiedzi, Odwołujący argumentuje, iż w wyjaśnieniu do pytania 7 wskazano, że system łączności bezprzewodowej VoIP można realizować jako system, który nie spełnia systemu funkcji bezpieczeństwa. Wymagania stawiane przez Zamawiającego oprócz tego, że są zbyt rygorystyczne, to jeszcze w innej części naruszają przepisy Rozporządzenia z dnia 30 kwietnia 2004r. w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych.

Przedmiot zamówienia, opisany przez Zamawiającego nie spełnia wymagań przepisów Rozporządzenia. Sam Zamawiający wskazuje, że system ten nie musi spełniać funkcji systemu bezpieczeństwa, ale musi być realizowany na określonych elementach. Zdaniem

Odwołującego, stwierdzenie to ogranicza konkurencję i stwarza pozory, iż Zamawiający przed rozstrzygnięciem Zamówienia wie dokładnie który z wykonawców ma mu dostarczyć przedmiot zamówienia, a ponadto stawiane przez Zamawiającego ograniczenia nie są w żaden sposób uzasadnione. Realizacja przedmiotu umowy na „tych samych urządzeniach, elementach" prowadzi do sytuacji naruszenia Rozporządzenia, stanowiącego podstawowy akt prawny w zakresie bezpieczeństwa w górnictwie. Wyjaśnienia Zamawiającego nie dopuszczają zastosowania technologii, bezpieczniejszej i spełniającej wymogi Rozporządzenia, którą mógłby zastosować Odwołujący. Ponadto technologia wymagana przez Zmawiającego może spowodować naruszenia innych, podstawowych systemów bezpieczeństwa stosowanych w górnictwie. Używania urządzeń do innych celów powoduje bowiem powstanie sytuacji, w której system bezpieczeństwa przestaje wypełniać swoją podstawową funkcję. Przepisy prawa górniczego regulują, że systemy bezpieczeństwa mają pracować w wydzielonych sieciach komputerowych i nie wolno ich łączyć z innymi systemami. Dlatego żądanie połączenia systemu bezpieczeństwa, jakim niewątpliwie jest system lokalizacji personelu (załogi) z systemem transmisji technologicznej STTS stoi ewidentnie w sprzeczności z zapisami rozporządzenia. Odwołujący złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność braku zasadności realizacji przedmiotu zamówienia na tych samych urządzeniach, elementach co system bezpieczeństwa. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wymaga od Wykonawcy, aby stworzył system sprzeczny z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, w technologii, której wybór jest niczym nieuzasadniony, ograniczając w sposób istotny konkurencję.

Biorąc pod uwagę treść argumentacji przytoczonej na poparcie postawionego zarzutu – należało stwierdzić, iż został on postawiony wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w kształcie z dnia 10 listopada 2011r. Udzielona przez Zamawiającego odpowiedź nie wnosi nic w stosunku do brzmienia specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, co mogłoby prowadzić do uznania, że jej treść uległa zmianie, albo zmieniły się warunki wykonywania zamówienia, jego przedmiot. Samo pytanie zakłada także możliwe dwa warianty odpowiedzi: dopuszczenie lub nie przez Zamawiającego realizacji danego elementu przedmiotu zamówienia także w postaci podsystemu. Odpowiedź pozytywna, w kształcie udzielonym przez Zamawiającego oznacza tyle jedynie, że system łączności bezprzewodowej VoIP można zrealizować, jako podsystem, o ile będzie zrealizowany na tych samych urządzeniach, elementach systemu lokalizacji i ewidencji pracowników oraz logistyki materiałów, lub w inny sposób niż w postaci podsystemu. Wskazanie przez Zamawiającego, że system łączności bezprzewodowej VoiP „można zrealizować jako podsystem" nie oznacza takiego obowiązku, a jedynie możliwość zastosowania takiego rozwiązania. Zamawiający pozostawia zatem relatywnie duży stopień swobody wykonawcom w zakresie wykonania tej części zadania. Zarzuty zawarte w odwołaniu stanowią rozważania na temat zasadności stosowania systemu VoiP w ogóle i jako takie wykraczają poza zakres udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi a odnoszą się wprost do brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postulaty co do ewentualnego zastosowania innej technologii, zastrzeżenia co do rozwiązań przyjętych przez Zamawiającego mogły być podnoszone w ciągu dziesięciu dni od momentu, gdy te rozwiązania zostały zaprezentowane uczestnikom postępowania, co w spornej sprawie miało miejsce w dacie 10 listopada 2011 r. Fakt podania przez Zamawiającego, że system łączności bezprzewodowej VoiP „można zrealizować jako podsystem" nie oznacza zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wskazuje na pewną możliwość, która nie obliguje wykonawców do zastosowania takiego rozwiązania. W świetle tej odpowiedzi, wykonawcom zapewniono swobodę w zakresie zastosowania takiego lub innego rozwiązania, pozostawiając powyższe do decyzji wykonawcy. Z tego względu, zarzuty w odniesieniu do udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie 7, nie mogły podlegać rozpatrzeniu.

6. W zakresie zarzutu kierowanego do odpowiedzi na pytanie 8:

W postępowaniu postawiono pytanie o treści: W punkcie 1.c Wymagań technicznych Zamawiający wymaga rozbudowy istniejącej sieci światłowodowych w ruchach zakładów górniczych. W zamieszczonej tabeli gdzie podane są sumaryczne długości dla kabli światłowodowych nie wyszczególniono miejsc prowadzenia (zabudowy kabli). W związku z tym pytamy, czy Zamawiający przewiduje budowę kabli światłowodowych w szybach? Na

powyższe pytanie Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający *nie przewiduje budowy kabli w szybach.”*

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia do pytania mogą świadczyć o tym, że przedmiot umowy nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, gdyż Zamawiający nie wskazuje ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w wyjaśnieniach jak ma wyglądać wykonanie przedmiotu zamówienia, w zakresie ułożenia kabli światłowodowych. Brak w specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacji o miejscu prowadzenia kabli stanowił podstawę do uznania przez Odwołującego, że sposób prowadzenia kabli zależny jest od Wykonawcy. Tymczasem w wyjaśnieniu do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający dodaje stwierdzenie (i tylko na nim poprzestaje), że „nie przewiduje budowy kabli w szybach." Według Odwołującego, przedmiot zamówienia w związku z ww. wyjaśnieniem, nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a Zamawiający w bezpodstawny sposób zaniechał zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie. Zamawiający wyłączył bowiem jeden z możliwych sposób postępowania, nie precyzując jak wykonanie tego elementu ma nastąpić.
Biorąc pod uwagę udzieloną odpowiedź oraz zarzuty odwołania, dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący stawia zarzut opierając się na hipotetycznym wyobrażeniu, że wyjaśnienia mogą świadczyć, że przedmiot umowy nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Odwołujący jednak nie wykazuje, jaki jest związek wyjaśnienia z opisem przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarto postanowienia, z których wynika, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł postanowienia wskazujące, iż sieci światłowodowe nie będą rozbudowywane. Taki wniosek wynika już z samego pytania, w którym podano, że z zamieszczonej tabeli gdzie podane są sumaryczne długości dla kabli światłowodowych nie wyszczególniono miejsc prowadzenia (zabudowy kabli). Powyższego zresztą Odwołujący nie kwestionuje u samej zasady, wskazując jedynie w powyższym zakresie, iż *przedmiot zamówienia w związku z ww. wyjaśnieniem, nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a Zamawiający w bezpodstawny sposób zaniechał zmian w SIWZ w tym zakresie. Zamawiający wyłączył bowiem jeden z możliwych sposób postępowania, nie precyzując jak wykonanie tego elementu ma nastąpić.* Wskazywanym w odwołaniu brakiem precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia obarczona byłaby specyfikacja istotnych warunków zamówienia od samego początku, co czyni podniesiony zarzut – spóźnionym.
7. **W zakresie zarzutu kierowanego do odpowiedzi na pytanie 9:**
Pytanie 9 zawierało następująco postawione zagadnienie: W punkcie 1.d Wymagań technicznych Zamawiający wymaga, aby urządzenia były zabudowane w szafach STTS, które są w posiadaniu ruchów zakładów górniczych. W związku z powyższym czy intencją zamawiającego była integracja systemu lokalizacji załogi, który jest systemem

bezpieczeństwa z systemem transmisji danych technologicznych (Stojak Transmisji Technologicznej Światłowodowej), który takim systemem nie jest, pomimo zapisów w rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w podziemnych zakładach górniczych z 30 kwietnia 2004 roku, które mówią o konieczności odseparowania systemów bezpieczeństwa od innych systemów stosowanych na kopalniach? Zamawiający w odpowiedzi podał: „Zgodnie *z pkt II. 4. 1) n) Załącznika nr 1 do SIWZ (specyfikacja techniczna) zamówienie należy zrealizować zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w podziemnych zakładach górniczych z 30 kwietnia 2004 roku.”*
Według Odwołującego, Zamawiający udzielając wyjaśnień na zadane pytania wymaga, aby urządzenia były zabudowane w szafach STTS, wymagając tym samym aby Zamawiający rozbudował istniejący system zgodnie z Rozporządzeniem. Abstrahując, od faktu że Zamawiający wybiórczo nie respektuje Rozporządzenia (Pytanie 7), a w innych bezwzględnie tego wymaga, to należy wskazać że postępowanie Zamawiającego utrudnia również uczciwą konkurencję. Wyjaśnienia Zamawiającego dają w tym zakresie możliwość złożenia prawidłowej, odpowiednio skalkulowanej oferty tylko podmiotowi, który jest producentem systemu STTS (lub jest podmiotem współpracującym, zależnym, dominującym

w stosunku do tego producenta). Odwołujący podał, iż system STTS bierze swoją nazwę od „Stojak Transmisji Technologicznej Światłowodowej". Zgodnie z nazwą system w swoim pierwotnym przeznaczeniu miał być stosowany do przesyłu informacji z urządzeń technologicznych. Stosowanie systemu w przestrzeniach zagrożonych wybuchem wymusza przeprowadzenie odpowiednich badań potwierdzających spełnienie norm tzw. ATEX dla urządzeń stosowanych w przestrzeniach zagrożonych wybuchem. Takie badania przeprowadzają jednostki notyfikowane w specjalnych laboratoriach gdzie ocenie zostaje poddane samo urządzenia jak i dokumentacja techniczna tegoż urządzenia. W związku z tym jakakolwiek próba ingerencji w system poza zapisami dopuszczenia powoduje naruszenie i obowiązek przeprowadzenia ponownych badań. Z racji, że komplet dokumentacji tzw. dopuszczeniowej jest w posiadaniu producenta to bez udziału producenta procedury tej nie da się przeprowadzić, co potwierdza załączony do odwołania wyciąg z dokumentacji systemu STTS. STTS to nazwa systemu, którego jedynym producentem jest Timler. System STTS to jest tylko szkieletowa sieć światłowodowa wraz z rozdzielnicami, a zatem uzależnianie wykonania przedmiotu zamówienia od tego jednego wykonawcy doprowadza do sytuacji zmonopolizowania wszelkich zamówień publicznych w zakresie wykorzystania tej konstrukcji, gdyż każdy wykonawca (w tym i innych przetargach) wykorzystując system musi to zrobić w porozumieniu z jego producentem. Zamawiający tym samym próbuje ugruntować sobie drogę udzielania zamówień tylko jednemu Wykonawcy,

który może rozbudować system STTS. Odwołujący złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego - na okoliczność braku możliwości użycia systemu STTS bez konieczności współpracy z producentem systemu.

Biorąc pod uwagę udzieloną odpowiedź, w zakresie której Odwołujący upatruje naruszenia przepisów i zasad ustawy Prawo zamówień publicznych, należało stwierdzić, iż postawiony zarzut – w kształcie i brzmieniu wyartykułowanym w odwołaniu zdaje się pozostawać niejako obok udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi. Z niej zaś wynika, że „Zgodnie *z pkt II. 4. 1) n) Załącznika nr 1 do SIWZ (specyfikacja techniczna) zamówienie należy zrealizować zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w podziemnych zakładach górniczych z 30 kwietnia 2004 roku."* Zarzuty odwołania koncentrują się na potrzebie współpracy z producentem systemu STTS, podczas gdy odpowiedź na zadane pytanie w ogóle tego nie dotyczy i w żadnej mierze nie odnosi się do tej kwestii. Odpowiedź powtarza zatem brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 10 listopada 2011 r., nie wnosząc zupełnie nowych informacji w zakresie obowiązków wykonawców, czy też opisu przedmiotu zamówienia. Budowanie zatem w odwołaniu argumentacji w odniesieniu do tak ujętej odpowiedzi sprowadza się w istocie do kwestionowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 10 listopada 2011 r. Analiza treści odwołania w powyższym zakresie wskazuje, iż Odwołujący nie stawia ani jednego zarzutu co do udzielonej odpowiedzi, zaś zawarte w tej części rozważania koncentrują się na rozumieniu pojęć użytych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 10 listopada 2011 r. (stojak STTS) oraz formułowaniu zastrzeżeń w odniesieniu do tych postanowień, które w żaden sposób nie uległy zmianie od 10 listopada 2011 r. Tym samym, bezprzedmiotowym okazał się także wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność braku możliwości użycia systemu STTS bez konieczności współpracy z producentem systemu. Niezależnie od tego zwrócić należało w tym miejscu uwagę, że Zamawiający w ramach stanowiska w postępowaniu, prezentowanego w odpowiedzi na odwołanie załączył oświadczenie producenta stojaków STTS, zgodnie z którym zobowiązał się On do „stosowania *zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania (niedyskryminowania) każdego podmiotu, który w przedmiotowym postępowaniu zwróci się o dokonanie zmian, modernizacji czy recertyfikacji Stojaków Transmisji Technologicznej Światłowodowej (STTS) w zakładach górniczych, których w/w postępowanie dotyczy".*

8. **W zakresie zarzutu kierowanego do odpowiedzi na pytanie 10:**
Na pytanie 10, czy Zamawiający dopuszcza dostawę nowych lamp z zabudowanym transponderem w przypadku gdy posiadane przez Zamawiającego lampy nie będą spełniać

warunków technicznych do zabudowy transponderów? Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż „Dostawa *nowych lamp nie jest przedmiotem tego przetargu. Należy spełnić pkt. II. 1. e) Załącznika nr 1 do SIWZ (specyfikacja techniczna), czyli zintegrować oferowany transponder z posiadanymi przez Zamawiającego lampami w uzgodnieniu z producentem lamp."*
Wobec tak dokonanej odpowiedzi Zamawiającego, Odwołujący argumentuje iż Zamawiający nie dopuszcza możliwości dostawy nowych lamp (nawet spełniających wymogi przepisów prawa) wraz z przedmiotem zamówienia, a także po raz kolejny uzależnia wykonanie zamówienia od współpracy z podmiotem trzecim. Z tak postawionym wymogiem, Odwołujący nie jest w stanie oszacować kosztów i przedstawić rzetelnej oferty. Przedmiotowe wyjaśnienie stanowi w istocie zmianę istotnych warunków zamówienia (poprzez nakazanie współpracy z producentem lamp). Powyższe wyjaśnienia nadto ograniczają, utrudniają uczciwą konkurencję stawiając w uprzywilejowanej pozycji podmioty, które współpracują z producentem lamp. Lampy, w których mają być zabudowane transpondery muszą spełniać określone, rygorystyczne wymagania. Każda ingerencja w te lampy wymaga dodatkowych testów i zaświadczeń związanych z wymaganiami norm bezpieczeństwa. Lampa musi być certyfikowana przez podmiot posiadający jej dokumentację razem z transponderem. Właścicielem tej dokumentacji jest tylko jej producent. Nie ma możliwości prawnych, żeby zmian i certyfikacji dokonał inny podmiot, gdyż transponder jest podzespołem lampy. Odwołujący może zatem jedynie przekazać podzespół producentowi lampy i tylko ten producent może ją certyfikować. Producent lamp będąc jedynym uprawnionym do wprowadzania podzespołów do lamp, jako jedyny też może oddać ją do wymaganych badań CSRG (po wprowadzeniu podzespołu). Zatem Zamawiający preferuje jeden podmiot, który ma uczestniczyć w wykonaniu przedmiotu zamówienia (tj. producent lamp z którego dostaw obecnie korzysta - Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie). Odwołujący złożył też wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność braku samodzielnej możliwości zabudowania transponderów w lampach przez Wykonawcę oraz uzależnienia prawidłowego wykonania zamówienia od konkretnego podmiotu trzeciego. Zdaniem Odwołującego, jedyną możliwością zachowania uczciwej konkurencji jest dostawa nowych lamp przez wyłonionego wykonawcę. Według Odwołującego, Zamawiający wskazuje, że transpondery muszą być zabudowane w lampach przez niego posiadanych - ten opis przedmiotu zamówienia jest niewystarczający i narusza podstawowe założenia ustawy, jakim jest racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Na chwilę obecną na rynku dostępne są lampy różnych producentów, które mogą być użytkowane u Zamawiającego. Zamawiający stawia natomiast warunek, aby transpondery były zabudowane w obecnie posiadanych lampach. W przypadku zmiany dostawcy lamp do Zamawiającego, przedmiot tego zamówienia może okazać się bezużytecznym, gdyż przełożenie transponderów wprost do innej lampy nie będzie możliwe.

Odwołujący argumentuje, iż Zamawiający zamierza w przyszłości dokonać zakupu większej ilości lamp więc zakaz zastosowania innej lampy jest tym bardziej nieuzasadniony.

Biorąc pod uwagę treść udzielonej odpowiedzi a także zarzuty wobec niej postawione, stwierdzić należało, iż zarzut – co do zasady - jest zarzutem wobec specyfikacji istotnych warunków zamówienia ukształtowanej 10 listopada 2011 r. i jako taki jest spóźniony. Na uwagę zasługuje okoliczność, że w świetle brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 10 listopada 2011 r. czytelnym było, że zamówienie nie obejmuje dostawy nowych lamp górniczych, a jedynie jest nim objęte zintegrowanie oferowanego transpondera z posiadanymi przez Zamawiającego lampami. Dostrzeżenia wymaga także, że odpowiedź w powyższym zakresie stanowi ustosunkowanie się przez Zamawiającego do wniosku wykonawcy o zmianę opisu przedmiotu zamówienia – o dopuszczenie możliwości dostawy w ramach zamówienia nowych lamp, czego nie przewiduje specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Także zadane pytanie wprost wskazuje, że zadający je wyczytał z brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązek wbudowania transponderów bez dostawy nowych lamp, skoro dopiero o to wnioskuje, wskazując, na sytuację „gdy *posiadane przez Zamawiającego lampy nie będą spełniać warunków technicznych do zabudowy transponderów".* W tym zakresie, w którym Odwołujący kwestionuje niemożność zaoferowania nowych lamp - zarzuty są więc spóźnione. Na obecnym etapie zatem nie jest dopuszczalną rewizja postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, analiza zasadności wkomponowania urządzeń w posiadane przez Zamawiającego lampy, bez możliwości – postulowanej przez Odwołującego – dostawy nowych lamp. Racjonalność, celowość czy dopuszczalność takiego żądania - nie

przesądzając o zasadności rozważań poczynionych przez Odwołującego – na obecnym etapie nie może być badana, skoro postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazujące na to, że przedmiotem zamówienia jest zabudowa transponderów w posiadanych przez Zamawiającego lampach zawarto w specyfikacji istotnych warunków zamówienia już w dniu 10 listopada 2011 r.

Co do argumentacji zaprezentowanej przez Odwołującego, zgodnie z którą wprowadzono powyższą odpowiedzią nowy element – konieczność uzyskania uzgodnienia z producentem lamp w zakresie integracji oferowanego transpondera z lampami: zarzut jest bezpodstawny. Skoro Zamawiający dysponuje aktualnie lampami i jego intencją jest opatrzenie ich dodatkowym elementem w postaci transpondera, i jeśli przepisy wymagają w związku z tym dokonania czynności formalnych takich jak aktualizacja dokumentacji lamp - trudno oczekiwać, by Zamawiający nie mógł, tak uzasadnionej potrzeby zrealizować. Jeśli takie czynności wymagają uzgodnienia z producentem lamp, modyfikacji ich dokumentacji –

wykonawca, który będzie wykonywał zamówienie musi się liczyć z taką koniecznością, z tym, że rzeczą Zamawiającego jest zapewnienie takiej współpracy z producentem lamp. Na gruncie przedmiotowego stanu faktycznego – Zamawiający wykazał powyższe. Uczynił to w odpowiedzi na odwołanie, niemniej jednak Odwołujący kwestionuje samą zasadę w zakresie konieczności uzyskania takiego uzgodnienia, nie zaś brak zapewnienia przez Zamawiającego, że taka współpraca producenta będzie możliwa a także określenia zasad tej współpracy.

Powyższe czyniło zarzut postawiony w powyższym zakresie – niezasadnym, zaś wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, jako dotyczący okoliczności bezspornych – zbędnym. Okoliczność konieczności współpracy z podmiotem trzecim – producentem lamp jest między stronami bezsporna, Zamawiający nie kwestionuje że jest ona wymagana, wyraźnie wynika to również z udzielonej odpowiedzi. W tych warunkach przeprowadzenie dowodu na okoliczność „braku *samodzielnej możliwości zabudowania transponderów w lampach przez Wykonawcę oraz uzależnienia prawidłowego wykonania zamówienia od konkretnego podmiotu trzeciego”* dotyczy okoliczności, co do której nie ma sporu między stronami. Odwołujący nie podnosi zaś zarzutów, że ta współpraca jest niemożliwa czy utrudniona, takiego też wniosku nie można wywieść na podstawie udzielonej odpowiedzi. Zamawiający wreszcie, w ramach stanowiska w postępowaniu (odpowiedź na odwołanie), uprzedzając ewentualne wątpliwości jakie mogą co do zasad i warunków tej współpracy pojawić się, w świetle udzielonej odpowiedzi, złożył oświadczenia producenta lamp, zgodnie z którym „przeprowadzi *postepowania certyfikacyjne i opiniujące z każdym z uczestników w/w postepowania i będzie traktował potencjalnych wykonawców równoważnie”.*

9. **W zakresie zarzutu kierowanego do odpowiedzi na pytanie 11:**
Pytanie 11, brzmi: w punkcie 2.a Wymagań technicznych Zamawiający wymaga aby część stacyjna powierzchniowa była nierozłącznym elementem części stacyjnej systemu z pkt II 1 oraz, że sieć światłowodowa powinna być wspólna dla systemów z pkt II 1 oraz II.2.
W związku z tym pytamy, czy Zamawiający wziął pod uwagę przepisy w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w podziemnych zakładach górniczych, które wymagają by systemy bezpieczeństwa a takim jest system lokalizacji załogi, pracowały w wydzielonych sieciach informatycznych? W związku z powyższym czy należy rozumieć, że intencją zamawiającego było umożliwienie współpracy systemu lokalizacji z systemem STTS. Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w podziemnych zakładach górniczych z 30.04.2004, nie jest możliwa integracja systemów bezpieczeństwa z innymi systemami. Zamawiający odpowiedział: *„Zamawiający*

wymaga aby system był wykonany zgodnie z przepisami, w tym zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w podziemnych zakładach górniczych z 30 kwietnia 2004 roku, na co wskazuje pkt II. 4. 1) n) Załącznika nr 1 do SIWZ (specyfikacja techniczna).”

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia złożone w związku z zadanym pytaniem

jednoznacznie wskazują, że tylko podmioty będące producentem STTS lub z nim związane mogą wykonać zamówienie bez naruszenia przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Zdaniem Odwołującego, udzielona odpowiedź nie jest odpowiedzią na zadane pytanie zadane przez Wykonawcę, w związku z czyn narusza postanowienia art. 38 ustawy. Odwołujący podniósł także, iż uzależnienie wykonania systemu od współpracy (zgody) z tym producentem jest nieuzasadnione. Wymaganie współpracy Zamawiającego z producentem STTS może świadczyć jedynie o złej woli i bezkrytycznym naruszaniu przepisów ustawy. Odwołujący złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, na okoliczność możliwości użycia przez wykonawcę systemu STTS, bez współpracy z jej producentem.

Tak postawiony zarzut jest bezzasadny – w części, w jakiej wskazuje, że nie udzielono odpowiedzi. Pytanie dotyczyło przedmiotu zamówienia – sposobu jego wykonania i odpowiedź niesie taki zakres informacji, że możliwe było wywnioskowanie intencji Zamawiającego. Udzielono odpowiedzi, zgodnie z którą system ma być wykonany zgodnie z przepisami, w tym zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w podziemnych zakładach górniczych z 30 kwietnia 2004 roku, zatem Zamawiający wyraźnie podał, że Zamawiający wziął pod uwagę te przepisy, których dotyczyło pytanie. Udzielona odpowiedź zawiera zatem ustosunkowanie się do postawionego pytania. Biorąc pod uwagę, że dalsza część pytania stanowiła ogólną konstatację, iż zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w podziemnych zakładach górniczych z 30.04.2004, nie jest możliwa integracja systemów bezpieczeństwa z innymi systemami, bez postawionego wyraźnie pytania, należało uznać, że zdanie to stanowi dopełnienie postawionego pytania i w tym kontekście odpowiedź Zamawiającego pozwala uznać, iż na postawione pytanie udzielono odpowiedzi.

Lektura uzasadnienia postawionego w tej mierze zarzutu wskazuje, że w pozostałym zakresie stanowi ono polemikę z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której kształt został podany do wiadomości w dniu 10 listopada 2011 r. Nie sposób bowiem podzielić stanowiska Odwołującego, iż wyjaśnienia złożone w związku z zadanym pytaniem jednoznacznie wskazują, że tylko podmioty będące producentem STTS lub z nim związane mogą wykonać zamówienie bez naruszenia przepisów prawa powszechnie obowiązującego.

Z odpowiedzi nie wynika nic, co by wskazywało, choćby pośrednio na to, że zamówienie może wykonać producent STTS lub podmiot z nim związany. Odpowiedź wskazuje tyle tylko, że przedmiot należy wykonać zgodnie z odpowiednimi przepisami - ścieżka wnioskowania na jej podstawie o możliwości wykonania zamówienia tylko przez ograniczony krąg podmiotów albo o konieczności współpracy z producentem STTS nie znajduje w treści tej odpowiedzi uzasadnienia.

Powyższe przemawiało za uznaniem bezzasadności postawionego w tej mierze zarzutu. Z tego też powodu, oddaleniu podlegał wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, na okoliczność możliwości użycia przez wykonawcę systemu STTS, bez współpracy z jej producentem, jako pozostający bez związku z kwestionowaną w odwołaniu odpowiedzią na zadane pytanie. Skoro w odpowiedzi tej Zamawiający w żaden sposób nie wypowiedział się na temat opisanego już w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dniu 10 listopada 2011 r. systemu STTS, to prowadzenie dowodu na okoliczności nie wyartykułowane w odpowiedzi na pytanie nr 11 pozostaje niejako obok kwestionowanego zagadnienia (rozumianego jako treść odpowiedzi na pytanie 11), nie może mieć zatem znaczenia dla rozstrzygnięcia podniesionego zarzutu.

10. W zakresie zarzutu kierowanego do odpowiedzi na pytanie 12:

Na pytanie 12, o treści: „W punkcie 4.1 o Wymaganie dodatkowe Zamawiający podaje konieczność dołączenia Certyfikatu Badań Typu WE systemu ochronnego przeznaczonego do użytku. Czy Zamawiający rozumie przez to Certyfikaty Typu WE dla urządzeń ochronnych, które są elementem składowym systemu bezpieczeństwa, gdyż dla systemu bezpieczeństwa wymagane jest jedynie dopuszczenie do stosowania w podziemnych zakładach górniczych wydane przez Prezesa WUG?”, Zamawiający udzielił odpowiedzi, zgodnie z którą: ***„Należy*** *spełnić wymagania określone w pkt II.4.1) o), w tym określone tam wymagania dotyczące urządzeń ochronnych.”*

Według Odwołującego, Zamawiający nie udziela odpowiedzi na zadane przez wykonawcę pytanie, naruszając tym samym przepis art. 38 ustawy - Zamawiający nie potwierdził, ani też nie zaprzeczył czy wymaga od Odwołującego dopuszczenia wydanego przez Prezesa WUG,

dopuszczając się tym samym naruszenia przepisów w zakresie opisania przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia sensu stricte, to nie wymaga on urządzeń ochronnych. Celem urządzeń ochronnych jest przerywanie płomienia, tłumienie wybuchów, odciążanie działania przedmiotu chronionego itp. Taki system nie wydaje się być konieczny w przypadku gdy mamy do czynienia z używaniem lamp, które nie są przedmiotami mogącymi np. wybuchnąć. Natomiast Zamawiający mógłby ewentualnie wymagać uzyskania dopuszczenia przedmiotu przez Prezesa WUG.

30

Zarzut – w części, w której wskazuje na nieudzielenie przez Zamawiającego odpowiedzi jest bezzasadny: Zamawiający odesłał do pkt II.4.1) o), który przewiduje, iż wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty: Certyfikat Badań Typu WE dla wszystkich urządzeń i podzespołów systemu przeznaczonych do użytkowania w przestrzeniach zagrożonych wybuchem zgodnie z Dyrektywą 94/9 WE (ATEX) (Rozporządzenie MG z dnia 22.12.2005 r. Dz.U. Nr 263 poz. 2203); Certyfikat Badań Typu WE systemu ochronnego przeznaczonego do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem zgodnie z Dyrektywą 94/9 WE (ATEX) (Rozporządzenie MG z dnia 22.12.2005 r. Dz.U. Nr 263 poz. 2203), Dokumentację techniczno-ruchową systemu bezpieczeństwa lokalizacji i ewidencji załogi. Dokumentacja winna obejmować wszystkie wymagane niniejszą specyfikacją funkcje określone w pkt. II; dopuszczenie Prezesa WUG systemu bezpieczeństwa lokalizacji i ewidencji załogi; propozycję sposobu realizacji zadania, wykaz proponowanych urządzeń do realizacji zadania (typy urządzeń), schematy jednokreskowe połączeń urządzeń wchodzących w skład systemu lokalizacji i ewidencji załogi oraz logistyki materiałów.

W zakresie, w jakim postawiony zarzut zawiera polemikę z postawionym wymaganiem złożenia konkretnego dokumentu (Certyfikatu Typu WE dla urządzeń ochronnych) i wskazuje na celowość poprzestania jedynie na dopuszczeniu do stosowania w podziemnych zakładach górniczych wydanym przez Prezesa WUG, stwierdzenia wymaga, że udzielona przez Zamawiającego odpowiedź tej kwestii nie dotyka więc i zarzut nie ma oparcia w odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego, a stanowi polemikę z brzmieniem specyfikacji. Wbrew twierdzeniu odwołania, pytanie nie dotyczyło tego, czy trzeba złożyć Certyfikaty Typu WE dla urządzeń ochronnych, które są elementem składowym systemu bezpieczeństwa a raczej sugestię, iż mimo brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ten dokument nie jest właściwy. W powyższym zakresie mamy zatem do czynienia z polemiką z brzmieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na kwestionowanie której termin już upłynął. Wbrew stanowisku prezentowanemu w odwołaniu, tą odpowiedzią Zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia ani jego zmiany.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się – podniesione w odwołaniu – zarzuty naruszenia art. 7, art. 22 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2, 3, art. 30, art. 38 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez utrudnianie Wykonawcom dostępu do rynku. Wobec powyższego, brak jest także podstaw do uznania, iż zachodzą przyczyny uzasadniające unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak to wskazywało żądanie zawarte w odwołaniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

31

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238). Uwzględniono uzasadnione koszty Zamawiającego, stanowiące wynagrodzenie pełnomocnika, w kwocie 3.600 zł, to jest wynikającej z § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: