

WYROK

z dnia 10 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 września 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2018 r. przez odwołującego: Elektrometal S.A. ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Polska Grupa Górnicza S.A. ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice

z udziałem przystępujących:

1. SIEMAG TECBERG Polska Sp. z o.o. ul. Sobieskiego nr 2, 40-082 Katowice
2. Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. ul. Konstytucji 148, 41-906 Bytom

po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić w całości zarzuty odwołania i nakazuje zamawiającemu zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu

2. kosztami postępowania obciążyć Polska Grupa Górnicza S.A. ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Elektrometal S.A. ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Polska Grupa Górnicza S.A. ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice kwotę 18.900 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset złotych zero groszy) na rzecz Elektrometal S.A. ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Część wstępna - stanowiska stron

Odwołanie

Odwołanie w postępowaniu prowadzonym o udzielenie zamówienia publicznego złożone zostało przez spółkę Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie przy ul. Stawowej 71, 43-400 Cieszyn zwaną dalej „odwołującym”.

Postępowanie prowadzi Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice zwana dalej „zamawiającym”.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest „Dostawa wraz z zabudową urządzeń klimatyzacji centralnej o mocy 6MW dla Polskiej Grupy Górnicznej S.A. z podziałem 4MW dla Ruchu Marcel i 2 MW dla Ruchu Jankowice [numer referencyjny: 491700679].

Odwołujący zaskarżył postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zaskarżając czynność opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję w postępowaniu, co nie ma żadnego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego.

Przedmiotem zaskarżenia były następujące postanowienia SIWZ.

[a] zdefiniowanie w pkt V.2 zd. [1] Załącznika nr [1] do SIWZ urządzenia nazwanego „trójkomorowym podajnikiem rurowym”, jako urządzenia składającego się wyłącznie z maksymalnie z 3 komór, a - w konsekwencji - nie dopuszczenie oferowania urządzeń mających inną budowę, a spełniających wszystkie wymagania funkcjonalne i wydajnościowe, określone przez zamawiającego;

[b] zdefiniowanie w pkt V.2 zd. [2] Załącznika nr [1] do SIWZ urządzenia nazwanego „trójkomorowym podajnikiem rurowym”, jako urządzenia zapewniającego przepływ wody lodowej zasilającej i wody ciepłej powrotnej do obiegów pierwotnego i wtórnego bez elementów obrotowych [typu np. dodatkowy wirnik], a - w konsekwencji - nie dopuszczenie oferowania urządzeń tego typu, a spełniających wszystkie wymagania funkcjonalne i wydajnościowe, określone przez zamawiającego;

[c] wskazanie w pkt VII.2 ppkt A.5.c tiret [4] Załącznika nr [1] do SIWZ, że urządzenie typu PES ma umożliwiać przepływ wody zimnej i wody ciepłej powrotnej do obiegów pierwotnego i wtórnego w sposób ciągły i płynny bez konieczności zastosowania dodatkowych elementów ruchomych lub obrotowych, wymuszających lub wspomagających transport wody na powierzchnię, zabudowanych w/lub sprzężonych z urządzeniem redukującym ciśnienie [poza pompami zapewniającymi przepływ wody w obiegu pierwotnym i wtórnym - dobranych jedynie do pokonania strat ciśnienia wynikających z oporów przepływu w rurociągach obiegu pierwotnego i wtórnego], a - w konsekwencji - nie dopuszczenie oferowania urządzeń tego typu, a spełniających wszystkie wymagania funkcjonalne i wydajnościowe, określone przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzuca:

[1] naruszenie art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 PZP, poprzez opisanie w pkt V.2 zd. [1] Załącznika nr [1] do SIWZ przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję w postępowaniu tj. zdefiniowanie urządzenia nazwanego „trójkomorowym podajnikiem rurowym”, jako urządzenia składającego się wyłącznie z maksymalnie z 3 komór, a - w konsekwencji - nie dopuszczenie oferowania urządzeń mających inną budowę, a spełniających wszystkie wymagania funkcjonalne i wydajnościowe, określone przez Zamawiającego, co nie znajduje żadnego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego;

[2] naruszenie art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 PZP, poprzez opisanie w pkt V.2 zd. [2] Załącznika nr [1] do SIWZ przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję w Postępowaniu tj. zdefiniowanie urządzenia nazwanego „trójkomorowym podajnikiem rurowym”, jako urządzenia zapewniającego przepływ wody lodowej zasilającej i wody ciepłej powrotnej do obiegów pierwotnego i wtórnego bez elementów obrotowych [typu np. dodatkowy wirnik], a - w konsekwencji - nie dopuszczenie oferowania urządzeń tego typu, a spełniających wszystkie wymagania funkcjonalne i wydajnościowe, określone przez Zamawiającego, co nie znajduje żadnego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego;

[3] naruszenie art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 PZP, poprzez opisanie w pkt VII.2 ppkt A.5.c tiret[4] Załącznika nr [1] do SIWZ przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję w Postępowaniu tj. wskazanie, że urządzenie typu PES ma umożliwiać przepływ wody zimnej i wody ciepłej powrotnej do obiegów pierwotnego i wtórnego w sposób ciągły i płynny bez konieczności zastosowania dodatkowych elementów ruchomych lub obrotowych, wymuszających lub wspomagających transport wody na powierzchnię, zabudowanych w/lub sprzężonych z urządzeniem redukującym ciśnienie [poza pompami zapewniającymi przepływ wody w obiegu pierwotnym i wtórnym - dobranych jedynie do pokonania strat ciśnienia wynikających z oporów przepływu w rurociągach obiegu pierwotnego i wtórnego], a - w konsekwencji - nie dopuszczenie oferowania urządzeń tego typu, a spełniających wszystkie wymagania funkcjonalne i wydajnościowe, określone przez

Zamawiającego, co nie znajduje żadnego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

W konsekwencji, Odwołujący wnosi o:

[A] dopuszczenie dowodów wnioskowanych w Odwołaniu i na rozprawie;

[B] uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w następującym zakresie:

[a] w razie uwzględnienia zarzutu nr [1] - poprzez usunięcie z pkt V.2 zd. [1] Załącznika nr [1] do SIWZ fragmentu: w maksymalnie z 3 komorach, tak by przybrał on następujące brzmienie:

Pod nazwą „trójkomorowy podajnik rurowy” [system PES - Pressure Exchange System] Zamawiający rozumie, jako jedno kompletne urządzenie, realizujące zadania redukcji ciśnienia hydrostatycznego i niskiej straty chłodu na styku wody lodowej z obiegu pierwotnego z wodą ciepłą powrotną z obiegu wtórnego [do 1,5 st. C +/- 0,5 st C] pomiędzy obiegiem wody lodowej [pierwotnym] i wody ciepłej [wtórnym], posiadające po jednym przyłączy kołnierzowym wysokociśnieniowym po stronie wody lodowej, jednym przyłączy kołnierzowym niskociśnieniowym po stronie wody lodowej, jednym przyłączy kołnierzowym wysokociśnieniowym po stronie wody ciepłej i jednym przyłączy kołnierzowym niskociśnieniowym po stronie wody ciepłej wraz ze wszystkimi elementami tj. podporami eliminującymi [kompensującymi] przenoszenie naprężeń wywołanych nagłymi zmianami ciśnienia w rurociągach, systemem rurociągów, zaworami, pompami, układem zasilania, układem monitoringu i sterowania, układem filtracyjnym, układem uzupełniania ubytków wody lodowej w obiegu wtórnym wodą lodową z obiegu pierwotnego, układem bezpiecznego opróżniania/wypuszczania wody lodowej z rurociągów.

[b] w razie uwzględnienia zarzutu nr [2] - poprzez usunięcie całego zd. [2] z pkt V.2 Załącznika nr [1] do SIWZ tj. sformułowania: Zapewniające przepływ wody lodowej zasilającej i wody ciepłej powrotnej do obiegów pierwotnego i wtórnego bez elementów obrotowych [typu np. dodatkowy wirnik].

[c] w razie uwzględnienia zarzutu nr [3] - poprzez usunięcie całego tire [4] z pkt VII.2 ppkt A.5.C Załącznika nr [1] nr SIWZ tj. sformułowania: umożliwia przepływ wody zimnej i wody ciepłej powrotnej do obiegu pierwotnego i wtórnego w sposób ciągły i płynny bez konieczności zastosowania dodatkowych elementów ruchomych lub obrotowych, wymuszających lub wspomagających transport wody na powierzchnię, zabudowanych w/lub sprzężonych z urządzeniem redukującym ciśnienie [poza pompami zapewniającymi przepływ wody w obiegu pierwotnym i wtórnym - dobranych jedynie do pokonania strat ciśnienia wynikających z oporów przepływu w rurociągach obiegu pierwotnego i wtórnego].

[C] zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów niniejszego postępowania, w tym kosztów zastępstwa radcowskiego na podstawie faktury, która zostanie przekazana do akt podczas rozprawy.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację faktyczną i prawną

[1] Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 9.08.2018 roku, zatem termin do wniesienia odwołania mija - na podstawie określonej w art. 185 ust. 8 PZP - w dniu 20.08.2018 roku.

[2] Przesłanki z art. 179 ust. 1 PZP

[3] Odwołujący podnosi, iż doszło do ziszczenia przesłanek z art. 179 ust. 1 PZP, gdyż za-skarżone czynności Zamawiającego sprawiają, iż Odwołujący nie jest w stanie złożyć konkurencyjnej oferty na zadanie nr [2] w Postępowaniu, co uniemożliwia mu osiągnięcie korzyści ekonomicznych z realizacji tej części zamówienia. Zamawiający wymaga bowiem - poprzez zaskarżone części opisu przedmiotu zamówienia - urządzenia konkretnego producenta tj. SIEMAG Tecberg Polska Sp. z o.o., do którego Odwołujący nie ma dostępu na warunkach rynkowych, a z drugiej - strony blokuje możliwość zaoferowania innego urządzenia, które spełnia wszystkie istotne wymagania Zamawiającego, a nie może być zaoferowana wyłącznie z przyczyn, które nie znajdują żadnego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

[4] Należy podkreślić, że KIO stoi na stanowisku, że interes wykonawcy - na etapie „skarżenia” treści SIWZ i ogłoszenia - wywodzi się z potencjalnej szkody, którą wykonawca może ponieść wskutek sformułowania postanowień SIWZ w sposób sprzeczny z przepisami prawa.

[5] W wyroku z dnia 23 sierpnia 2012 roku KIO wskazała, że na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o zamówienie niezgodnie z prawem, w tym zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia publicznego [wyrok KIO z dnia 23.VIII.2012r., KIO 1691/12, LEX nr 1216231].

[C.1] Treść zarzutu

[6] Odwołujący zarzuca naruszenie art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 PZP, poprzez opisanie w pkt V.2 zd. [1] Załącznika nr [1] do SIWZ przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję w Postępowaniu tj. zdefiniowanie urządzenia nazwanego „trój-komorowym podajnikiem rurowym”, jako urządzenia składającego się wyłącznie z maksymalnie z 3 komór, a - w konsekwencji - nie dopuszczenie oferowania urządzeń mających inną budowę, a spełniających wszystkie wymagania funkcjonalne i wydajnościowe, określone przez Zamawiającego, co nie znajduje żadnego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

[C.2] Uzasadnienie zarzutu

[7] Odwołujący podnosi, iż wymóg, by urządzenie PES posiadało maksymalnie 3 komory ogranicza konkurencję w postępowaniu, gdyż wskazuje na urządzenie konkretnego producenta tj. trójkomorowy podajnik rurowy, produkcji SIEMAG Tecberg Polska Sp. z o.o., zastrzeżone ochroną patentową.

[8] Odwołujący podkreśla, iż żaden inny wykonawca, prócz SIEMAG Tecberg Polska Sp. z o.o. nie ma dostępu do tego urządzenia na zasadach rynkowych, co potwierdzają próby podjęcia współpracy przy realizacji wcześniejszych przetargów publicznych, kiedy SIEMAG Tecberg Polska Sp. z o.o. oferował ceny, uniemożliwiające złożenie konkurencyjnej oferty w tych postępowaniach.

[9] Co więcej, wymóg, by PES posiadał maksymalnie 3 komory nie ma żadnego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, gdyż nie ma on żadnego merytorycznego znaczenia. Odwołujący podkreśla, iż Zamawiający nie powinien narzucać wymogów odnośnie budowy PES, gdyż istnieją inne urządzenia tj. o innej budowie, które spełniają wszystkie wymagania funkcjonalne i wydajnościowe Zamawiającego, a wyłącznie te są kluczowe dla Zamawiającego.

[10] Tymczasem, Zamawiający - w niniejszym Postępowaniu - eliminuje urządzenia, które spełniają jego wszystkie kluczowe wymagania, a nie spełniają zupełnie niezrozumiałego - z merytorycznego punktu widzenia - wymogu dot. budowy urządzenia. Prowadzi to do wniosku, iż jedynym celem postawienia tego wymogu jest uniemożliwienie składania ofert obejmujących inne urządzenia, niż PES, produkcji firmy SIEMAG Tecberg Polska Sp. z o.o.

[11] W konsekwencji, wymóg, by PES składał się z maksymalnie 3 komór powinien być wykreślony, gdyż nie ma żadnych uzasadnionych podstaw do tego, by Zamawiający narzucał wykonawcom sposób budowy oferowanego urządzenia. Istotne winno być wyłącznie to, czy oferowane urządzenie spełnia warunki funkcjonalne i wydajnościowe, co Zamawiający zupełnie pominął, sprawiając, iż niniejszy zarzut należy uznać za zasadny.

[D.1] Treść zarzutu nr [2] i nr [3]

[12] Odwołujący zarzuca naruszenie art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 PZP, poprzez opisanie w pkt V.2 zd. [2] Załącznika nr [1] do SIWZ przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję w Postępowaniu tj. zdefiniowanie urządzenia nazwanego „trój-komorowym podajnikiem rurowym”, jako urządzenia zapewniającego przepływ wody lodowej zasilającej i wody ciepłej powrotnej do obiegów pierwotnego i wtórnego bez elementów obrotowych [typu np. dodatkowy wirnik], a - w konsekwencji - nie dopuszczenie oferowania urządzeń tego typu, a spełniających wszystkie wymagania funkcjonalne i wydajnościowe, określone przez Zamawiającego, co nie znajduje żadnego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

[13] Odwołujący zarzuca naruszenie art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 PZP, poprzez opisanie w pkt VII.2 ppkt A.5.C tiret [4] Załącznika nr [1] do SIWZ przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję w Postępowaniu tj. wskazanie, że urządzenie typu PES ma umożliwiać przepływ wody zimnej i wody ciepłej powrotnej do obiegów pierwotnego i wtórnego w sposób ciągły i płynny bez konieczności zastosowania dodatkowych elementów ruchomych lub obrotowych, wymuszających lub wspomagających transport wody na powierzchnię, zabudowanych w/lub sprzężonych z urządzeniem redukującym ciśnienie [poza pompami zapewniającymi przepływ wody w obiegu pierwotnym i wtórnym - dobranych jedynie do pokonania strat ciśnienia wynikających z oporów przepływu w rurociągach obiegu pierwotnego i wtórnego], a - w konsekwencji - nie dopuszczenie oferowania urządzeń tego typu, a spełniających wszystkie wymagania funkcjonalne i wydajnościowe, określone przez Zamawiającego, co nie znajduje żadnego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

[D.2] Uzasadnienie zarzutu nr [2] i nr [3]

[14] Zarzuty te są powiązane merytorycznie, wobec czego wymagają wspólnego omówienia. Odnoszą się bowiem do tego samego zagadnienia, ujętego odrębnie w dwóch pkt SIWZ.

[15] Zamawiający wymaga nie stosowania żadnych dodatkowych elementów obrotowych np. dodatkowego wirnika, wymuszających lub wspomagających transport wody na powierzchnię, zabudowanych w/lub sprzężonych z urządzeniem redukującym ciśnienie [PES].

[16] Wymóg ten ogranicza uczciwą konkurencję, gdyż wskazuje na trójkomorowy podajnik rurowy, produkcji SIEMAG Polska Sp. z o.o. tj. jedyne obecnie na rynku urządzenie spełniające kwestionowane wymogi. Nie ma bowiem innego urządzenia, wykorzystującego zasadę podnośnika hydraulicznego [U-rurka], które nie posiadałoby dodatkowego elementu

obrotowego [wirnika], wspomagającego ruch wody na powierzchni.

[1] Odwołujący podkreśla, iż wymóg ten nie znajdują żadnego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, gdyż niezależnie od tego, czy urządzenie PES ma dodatkowy element obrotowy [wirnik], czy go nie ma w żaden sposób nie wpływa na

wymagane przez zamawiającego - funkcję i wydajność.

[3] Tak więc, z uwagi na to, iż wymogi z pkt V.2 zd. [2] Załącznika nr [1] do SIWZ i z pkt VII.2 ppkt A.5.C tiret [4] Załącznika nr [1] do SIWZ ograniczają konkurencję w Postępowaniu, a nie mają żadnego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, zarzut nr [2] i zarzut nr [3] należy uznać za zasadne.

Przystępujący

Pismem z dnia 3 września 2018 roku przystępujący (Siemag Tecberg Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach) podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania w całości (w zakresie wszystkich zarzutów i żądań). Uznając zarzuty stawiane przez odwołującego są bezzasadne i dlatego nie zasługują na uwzględnienie. Celem uzasadnienia swego stanowiska przystępujący przedkłada niniejsze pismo, zawierające szczegółową analizę przedmiotowych zarzutów. W pierwszej kolejności przystępujący wskazał i przedstawił postanowienia art. 179 ust. 1 ustawy PZP. Następnie wskazał na postanowienia art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Stwierdzając, że ww. przepisy określają przesłanki, których łączne zaistnienie jest niezbędne, aby uwzględnienie odwołania przez Izbę było choćby potencjalnie możliwe. W ocenie Przystępującego, w świetle zarzutów sformułowanych w odwołaniu, żadna z powyższych przesłanek nie jest w niniejszej sprawie spełniona.

Przywołał, że „Zamawiający wymaga bowiem - poprzez zaskarżone części opisu przedmiotu zamówienia urządzenia konkretnego producenta tj. SIEMAG Tecberg Polska Sp. z o.o., do którego Odwołujący nie ma dostępu na warunkach rynkowych, a — z drugiej — strony blokuje możliwość zaoferowania innego urządzenia, które spełnia wszystkie istotne wymagania Zamawiającego, z nie może być zaoferowana wyłącznie z przyczyn, które nie znajdują żadnego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego” (str. 4 odwołania). Innymi słowy Odwołujący twierdzi, że jeżeli tylko zmodyfikować zaskarżone przez niego części opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w odwołaniu, to Odwołujący będzie w stanie złożyć konkurencyjną ofertę na zadanie nr 2 w postępowaniu. Trzeba przy tym podkreślić, że Odwołujący bardzo precyzyjnie i jednoznacznie wskazał w odwołaniu, które części opisu przedmiotu zamówienia (czyli które postanowienia Załącznika nr 1 do SIWZ) kwestionuje i w jaki sposób Zamawiający ma je zmienić. Żadnych innych postanowień SIWZ poza tymi wskazanymi wprost w odwołaniu Odwołujący nie zakwestionował i nie objął ich zakresem postawionych zarzutów oraz żądań”.

Kolejno precyzując stanowisko przystępujący argumentuje „Powyższy sposób sformułowania zarzutów odwołania ma określone konsekwencje. Okazuje się bowiem, że nawet ewentualne uwzględnienie odwołania w całości i zmodyfikowanie SIWZ przez Zamawiającego zgodnie z żądaniami Odwołującego, czyli usunięcie wskazanych przez Odwołującego fragmentów SIWZ, w rzeczywistości nic nie zmienia w sytuacji Odwołującego. Z niewiadomych względów Odwołujący nie zakwestionował bowiem w odwołaniu wszystkich postanowień SIWZ, które rzekomo uniemożliwiają mu złożenie konkurencyjnej oferty na zadanie nr 2. Innymi słowy poza zakresem zarzutów sformułowanych w odwołaniu Odwołujący pozostawił postanowienia SIWZ, które są odpowiednikiem postanowień SIWZ zakwestionowanych przez niego w odwołaniu i z których wynika de facto to samo, co z postanowień SIWZ zakwestionowanych w odwołaniu. O powyższym przesądzą następujące względy.”

W zarzucie nr 1 pkt V.2 zd. 1 Załącznika nr 1 do SIWZ „Odwołujący wniósł o usunięcie z pkt V.2 zd. 1 Załącznika nr 1 do SIWZ fragmentu: „w maksymalnie 3 komorach”. Tymczasem nawet po tak opisanej zmianie w szeregu innych postanowień SIWZ pozostanie wskazanie, że przedmiot zamówienia w zadaniu nr 2 to trójkomorowy podajnik rurowy — czyli podajnik rurowy nadal będzie musiał mieć trzy komory, gdyż tylko wówczas będzie go można określić jako trójkomorowy”.

Kwitując argumentację przystępujący stwierdza „Paradoksalnie uwzględnienie zarzutu nr 1 spowoduje dalej idące ograniczenie co do możliwych do zaoferowania Zamawiającemu rozwiązań. O ile bowiem aktualnie Zamawiający dopuszcza: „urządzenie realizujące jednocześnie zadania redukcji ciśnienia hydrostatycznego i niskiej straty chłodu na styku wody lodowej z obiegu pierwotnego z wodą ciepłą powrotną z obiegu wtórnego (do 1,50C

+0,5 0C) pomiędzy obiegiem wody lodowej (pierwotnym) i wody ciepłej (wtórnym), w maksymalnie 3 komorach" (czyli komór może być mniej, np. jedna albo dwie), o tyle po uwzględnienie zarzutu nr 1 wykonawcy będą mogli zaoferować Zamawiającemu tylko i wyłącznie trójkomorowe podajniki rurowe, czyli podajniki rurowe wyposażone tylko i wyłącznie w trzy komory".

Przystępujący odnosząc się łącznie do zarzutu nr 2 i 3, zresztą również odwołujący je traktuje łącznie jako dotyczące tego samego zagadnienia technicznego opisu przedmiotu zamówienia to jest elementów obrotowych np. wirnika stwierdza na kanwie tych zarzutów odwołania

„Odwołujący wniósł o:

- usunięcie całego zd. 2 z pkt V.2 Załącznika nr 1 do SIWZ tj. sformułowania:

„Zapewniające przepływ wody lodowej zasilającej i wody ciepłej powrotnej do obiegów pierwotnego i wtórnego bez elementów obrotowych (typu np. dodatkowy wirnik)”;

- usunięcie całego tiret 4 z pkt VII.2 ppkt A.5.c Załącznika nr 1 nr SIWZ tj.

sformułowania: „umożliwia przepływ wody zimnej i wody ciepłej powrotnej do obiegów pierwotnego i wtórnego w sposób ciągły i płynny bez konieczności zastosowania dodatkowych elementów ruchomych lub obrotowych, wymuszających lub wspomagających transport wody na powierzchnię, zabudowanych w/lub sprzężonych z urządzeniem redukującym ciśnienie (poza pompami zapewniającymi przepływ wody w obiegu pierwotnym i wtórnym — dobranych jedynie do pokonania strat ciśnienia wynikających z oporów przepływu w rurociągach obiegu pierwotnego i wtórnego)".

„Tymczasem nawet po tak opisanej zmianie w SIWZ pozostanie niezmienny tiret drugi z pkt VII.2 ppkt A.5.c Załącznika nr 1 nr SIWZ, przewidujący następujące wymagania techniczne wobec trójkomorowego podajnika rurowego: „zapewnia pracę zgodnie z zasadą naczyni połączonej, tj. umożliwia przepływ ciepłej wody do naziemnej instalacji chłodzącej poprzez wykorzystanie energii potencjalnej słupa wody zimnej na zasadzie podnośnika hydraulicznego (U-rurka), a ruch wody wywoływać będą niskociśnieniowe Pompy obiegowe w PSKC pokonując opory przepływu w obiegu pierwotnym. W obiegu wtórnym opory ruchu pokonują pompy zabudowane w komorze technicznie. Pompy dobierane są jedynie do dokonania strat ciśnienia wynikających z oporów przepływu w rurociągach obiegu pierwotnego i wtórnego oraz urządzenia PES". Jak dalej kwituje przystępujący „Zatem nadal z SIWZ wynikać będzie zakaz zastosowania dodatkowych elementów ruchomych lub obrotowych, wymuszających lub wspomagających transport wody na powierzchnię, zabudowanych w/lub sprzężonych z urządzeniem redukującym ciśnienie (poza pompami zapewniającymi przepływ wody w obiegu pierwotnym i wtórnym — dobranych jedynie do pokonania strat ciśnienia wynikających z oporów przepływu w rurociągach obiegu pierwotnego i wtórnego).”

Podsumowując, nawet uwzględnienie odwołania w całości nic Odwołującemu nie da, gdyż w żaden sposób nie zmieni jego sytuacji — nadal będą go wiązać wymagania, które usiłował zakwestionować poprzez wniesienie odwołania. Co więcej, nawet jeżeli przyjąć by, że zakwestionowane w odwołaniu postanowienia SIWZ są sprzeczne ze wskazanymi przez Odwołującego przepisami (z czym Przystępujący się nie zgadza i czemu zdecydowanie zaprzecza), to naruszenie przepisów wskazanych w odwołaniu nie może mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż nadal w SIWZ pozostaną postanowienia, które są odpowiednikiem postanowień SIWZ zakwestionowanych w odwołaniu i z których wynika de facto to samo, co z postanowień SIWZ zakwestionowanych w odwołaniu. Odwołanie trzeba więc oceniać jako próbę przedłużenia postępowania.

Przystępujący pragnie podkreślić, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Trzeba też przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym i jednolitym orzecznictwem KIO zarzutu nie tworzy wskazanie przepisu, którego naruszenia miał się dopuścić Zamawiający, lecz okoliczności faktyczne podane przez Odwołującego w odwołaniu. Jak to słusznie zauważono w wyroku Izby z dnia 30 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1743/16: „nie ulega zaś wątpliwości, że za zarzut uznaje się wskazanie konkretnych okoliczności faktycznych, które świadczą o takim a nie innym naruszeniu przepisów ustawy PZP przez zamawiającego. Wskazanie nowych okoliczności faktycznych, nawet świadczących o naruszeniu tego samego przepisu ustawy Pzp, stanowi nowy zarzut.” Jeżeli zatem Odwołujący zacznie „rozszerzać” zakres swojego odwołania na postanowienia SIWZ, których w odwołaniu nie zakwestionował, będzie to niewątpliwie stanowić sformułowanie nowego zarzutu i tym samym będzie działaniem niedopuszczalnym, które nie powinno odnieść żadnych skutków. Izba nie będzie bowiem mogła wykroczyć poza zakres zarzutów sformułowanych w odwołaniu.

III Niezależnie od powyższego wskazać trzeba, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu a wszystkie zakwestionowane w odwołaniu wymagania SIWZ są uzasadnione zobiektywizowanymi potrzebami Zamawiającego.

Na wstępie wskazać trzeba, że Krajowa Izba Odwoławcza oceniała już dopuszczalność takich postanowień SIWZ, w świetle których jako trójkomorowy podajnik rurowy można było zaferować wyłącznie urządzenie PES produkcji Siemag Tecberg GmbH. Szczegółowe rozważania w tym zakresie zawiera wyrok Izby z dnia 10 sierpnia 2016 r., sygn. akt: KIO 1382/16. Rozstrzygając nim odwołanie dotyczące m.in. opisu przedmiotu zamówienia Izba przede wszystkim poczyniła pewne uwagi ogólne, wskazując, że: „organy orzekające, związane zasadą legalizmu, a także działając w warunkach obowiązywania zasady swobody umów i w systemie prawnym na tej zasadzie opartym, a nie w warunkach gospodarki nakazowo-rozdzielczej, winny ze szczególną ostrożnością i w ograniczonym zakresie kształtować stosunki umowne pomiędzy stronami obrotu cywilnoprawnego (zwłaszcza w zakresie przedmiotu umów). Tym samym w celu narzucenia zamawiającemu konkretnego kształtu i zakresu jego zamówienia, wykonawcy winni zwracać się do instytucji, którym dany zamawiający jest organizacyjnie lub politycznie podległy (o ile takie występują), a nie do organów orzekających w sprawach zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy.”

Odnosząc się natomiast do samego zarzutu naruszenia zasad konkurencji wynikających z art. 7 i 29 ustawy Pzp przez kwestionowany opis przedmiotu zamówienia Izba ustaliła, że wskazywane w odwołaniu ograniczenie konkurencji w postępowaniu zostało wykazane, a dopuszczenie rozwiązań równoważnych do systemu PES firmy Siemag było pozorne. Opis przedmiotu zamówienia wskazywał tylko na urządzenia jednego producenta, tj. firmy Siemag. Izba podkreśliła jednocześnie, że: „nawet jak wynika z zawartego w odpowiedzi na odwołanie spisu zrealizowanych na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat centralnych instalacji klimatyzacyjnych w polskich kopalniach, wszystkie pracują w oparciu o system bezpośredniej wymiany ciepła z zastosowaniem urządzenia Siemag. ”

Ustaliwszy powyższe Izba wskazała, że: „ocena dopuszczalności takiego ograniczenia winna odbyć się w odniesieniu do potrzeb zamawiającego — ustalenia przemożnych okoliczności, które takie ograniczenie usprawiedliwiają i wyłączają jego bezprawność. Oceny wymagały więc powoływane przez Zamawiającego względy, dla których chce zamówić i użytkować w swojej kopalni instalację działającą na zasadzie bezpośredniej wymiany ciepła a instalacji z wymianą pośrednią nie dopuszcza. W zakresie oceny powyższego Izba oparła się przede wszystkim na powoływanym wyżej artykule „Sposoby redukcji ciśnienia hydrostatycznego w instalacjach klimatyzacji centralnych kopalń podziemnych”. W tekście tej publikacji przedstawiono kompleksowe porównanie działania instalacji klimatyzacyjnych w różnych aspektach. Natomiast dowody powoływane przez Odwołującego: fragmenty publikacji pt. „Warunki klimatyczne w kopalniach głębokich” oraz „Klimatyzacja kopalń podziemnych — systemy chłodnicze” oraz schemat instalacji pośredniej nie wnosily nic istotnego dla oceny powyższego. Wynikało z nich jedynie, że centralne instalacje pośredniej wymiany ciepła wykorzystujące wymienniki wysokociśnieniowe były budowane w Europie kilkadziesiąt lat temu oraz że spełniają one takie same funkcje jak instalacje stosujące bezpośrednią wymianę ciepła wraz z chłodziwem. W publikacjach tych nie przeprowadzano natomiast porównania wad i zalet różnych typów instalacji. W świetle powyższego Izba za wykazaną uznała okoliczność, że wysokociśnieniowe wymienniki ciepła są z zasady mniej sprawne od systemu PES, co rzutuje na sprawność całej instalacji oraz ekonomiczne koszty jej eksploatacji. Pośrednia wymiana ciepła wymaga dostarczenia znacznie większej energii dla osiągnięcia tych samych efektów chłodniczych, co wraz z koniecznością utrzymania dwóch oddzielnych obiegów chłodziwa podraża koszty działania klimatyzacji. Jednakże same względy ekonomiczne nie uzasadniałyby tak drastycznego ograniczenia konkurencji w postępowaniu, jakim jest wymaganie określonego, opatentowanego rozwiązania jednego producenta. Dla ich osiągnięcia wystarczające i uzasadnione byłyby preferencje realizowane przy pomocy odpowiedniego doboru kryteriów oceny ofert, które mogłyby ustanowić odpowiedni bilans ceny nabycia do kosztów eksploatacji w okresie życia produktu.

Ewentualnie możliwe byłoby postawienie stosownych wymagań związanych ze sprawnością całego układu lub jego energochłonnością, których zresztą prawdopodobnie układy oparte na wymiennikach pośrednich nie byłyby w stanie spełnić bez nieproporcjonalnie wielkich nakładów, co z kolei powodowałoby kolejne odwołania dotyczące tego typu wymagań.

Bardziej przemożne od względów ekonomicznych są tu względy organizacyjne związane z ruchem zakładu górniczego Zamawiającego i warunkami jego eksploatacji. Niestety względów takich Zamawiający nie wykazał. Nie wykazał np., że w jego korytarzach nie ma miejsca na rurociągi o przekroju koniecznym dla utrzymania poziomu chłodzenia w instalacji pośredniej dla zakładanego zwiększenia mocy. Względami przeważającymi są natomiast w tym przypadku powiązane ze sobą okoliczności wygody eksploatacji, prostoty systemu, jego

znajomości przez Zamawiającego oraz przede wszystkim bezpieczeństwa. Nie potrzeba żadnej pogłębionej analizy oraz wiadomości specjalnych dla stwierdzenia, że większa ilość elementów układu, dwa obiegi chłodziwa ze wszystkimi układami wspomagającymi, większa ilość urządzeń zabudowanych pod ziemią zakładu górniczego... etc., jakkolwiek nie są niebezpieczne same w sobie i mogłyby zostać dopuszczone, to jednak zmniejszają bezpieczeństwo eksploatacji zakładu, innymi słowy — nie służą maksymalizacji bezpieczeństwa w kopalni. Waga prostoty i ergonomii systemu jest w tym zakresie trudna do przecenienia. (...) Jak wynika z publikacji prof. Ślązaka dopiero rozważa się powrót do stosowania tego typu rozwiązań. Biorąc pod uwagę specyfikę górnictwa węgla kamiennego, ów ewentualny powrót winien odbyć się raczej poprzez świadomą decyzję zamawiających, rozważających uprzednio wszelkie względy związane przede wszystkim z bezpieczeństwem,

wygoda i ekonomiką eksploatacji, a nie na drodze administracyjnego przymusu.

Dopuszczenie w tym przypadku konkurencji dwóch chronionych patentami rozwiązań w obszarze, gdzie w grę wchodzi ochrona ludzkiego życia, nie może odbywać się li tylko na

zasadzie stosowania abstrakcyjnych konstrukcji prawnych, ale winno zostać dokonane przede wszystkim w drodze decyzji poprzedzonej pogłębioną analizą własnych możliwości i potrzeb, którą podjąć może sam zakład górniczy i za którą weźmie pełną odpowiedzialność. Jak już wskazano powyżej, nakazanie Zamawiającemu dopuszczenia budowy w jego kopalni centralnej instalacji klimatyzacyjnej działającej na zasadzie pośredniej wymiany ciepła wykracza poza dopuszczalne ramy ingerencji w dominium Zamawiającego.

W ocenie Przystępującego powyższe stanowisko Izby nie przestało być aktualne i w całej rozciągłości stosuje się w przedmiotowej sprawie, dlatego też Przystępujący pozwolił sobie na tak obszerne jego przytoczenie. W jego świetle nie ma wątpliwości, że ograniczenie konkurencji ze względu na specyficzne okoliczności sprawy było usprawiedliwione i nie było bezprawne, a to ze względu na powiązane ze sobą okoliczności wygody eksploatacji, prostoty systemu, jego znajomości przez Zamawiającego oraz przede wszystkim bezpieczeństwa. Wszystkie te okoliczności występują również w przedmiotowym zamówieniu. Podkreślić trzeba również, że Odwołującemu powyższy wyrok jest, a przynajmniej powinien być, doskonale znany, gdyż Odwołujący zgłosił wówczas przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się wykonawcy.

Upredzając ewentualny argument Odwołującego, że nie domaga się nakazania Zamawiającemu dopuszczenia budowy w jego kopalni centralnej instalacji klimatyzacyjnej działającej na zasadzie pośredniej wymiany ciepła wskazać trzeba, że niewątpliwie Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu dopuszczenia budowy w jego kopalni centralnej instalacji klimatyzacyjnej z zastosowaniem innego trójkomorowego podajnika rurowego niż urządzenie PES produkcji Siemag Tecberg GmbH. Podkreślić trzeba, że każdy inny trójkomorowy podajnik rurowy będzie zarówno dla Zamawiającego jak i dla polskiego górnictwa rozwiązaniem równie egzotycznym co rozwiązanie oparte o pośrednie wymienniki ciepła. Zatem forsowane przez Odwołującego rozwiązanie powinno zostać ocenione tak samo, jak żądanie dopuszczenia budowy w kopalni Zamawiającego centralnej instalacji klimatyzacyjnej działającej na zasadzie pośredniej wymiany ciepła, czyli jako wykraczające poza dopuszczalne ramy ingerencji w dominium Zamawiającego.

W celu umożliwienia Izbie zapoznanie się z powołanym w wyroku KIO 1382/16 artykułem „Sposoby redukcji ciśnienia hydrostatycznego w instalacjach klimatyzacji centralnych kopalń podziemnych” Przystępujący załącza ww. artykuł do niniejszego pisma. Artykuł ten potwierdza, że dla urządzenia PES produkcji Siemag Tecberg GmbH nie ma realnej alternatywy, która spełniałaby wymagania funkcjonalne i wydajnościowe Zamawiającego.

IV W ocenie Przystępującego, niezależnie od tego jakie inne urządzenie Odwołujący chce zaoferować Zamawiającemu, będzie ono stanowić niesprawdzony wcześniej prototyp a funkcjonujący podziemny zakład górniczy Zamawiającego, w który urządzenie to zostanie zamontowane, stanie się dla Odwołującego swoistym poligonem doświadczalnym. Tymczasem Zamawiający ma pełne prawo domagać się zaoferowania mu urządzeń i rozwiązań sprawdzonych w praktyce i bezpiecznych. Jak to słusznie wskazano w powołanym powyżej wyroku KIO 1382/16 wszystkie zrealizowane na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat centralne instalacje klimatyzacyjne w polskich kopalniach pracują w oparciu o system bezpośredniej wymiany ciepła i ciśnienia z zastosowaniem urządzenia PES produkcji Siemag Tecberg GmbH. Urządzenie to jest urządzeniem bezpiecznym, sprawdzonym w toku wieloletniej eksploatacji, przetestowanym w szeregu instalacji klimatyzacji centralnej w polskich kopalniach. Pracuje w skrajnie niekorzystnych warunkach, zapewniając redukcję ciśnienia słupa wody p. ze 100 bar jak w innych analogicznych układach do ciśnienia wymaganego w obiegu wtórnym (25 do 40 bar). W przypadku instalacji będącej przedmiotem zamówienia ciśnienie przed redukcją będzie wynosiło ok. 63 bar, co dla zobrazowania

odpowiada naciskowi ok. 63 kg na każdy 1 cm² ! Zatem oprócz aspektów efektywności energetycznej bardzo istotny jest aspekt zapewnienia bezpieczeństwa takiego urządzenia. Odwołujący chce natomiast wymusić, poprzez wniesienie odwołania, możliwość zaoferowania Zamawiającemu urządzenia niesprawdzonego, które oprócz tego, że będzie nieefektywne energetycznie (gdyż wymaga dodatkowych silników do napędów wirników), to może się okazać po prostu niebezpieczne.

Nie sposób też nie zauważyć, że Zamawiający wskazał w Załączniku nr 1 do SIWZ, w pkt VI, ppkt 13 (po zmianie dokonanej pismem z dnia 23 sierpnia 2018 r., znak pisma 71/EZP/LJ/30811/18), iż: „Dostarczone i zainstalowane typy maszyn oraz kluczowe urządzenia (dotyczy zadania nr 2 i nr 3) muszą już być wcześniej stosowane (eksploatowane) w podziemnych zakładach górniczych - w układach klimatyzacji (nie mogą to być prototypy)”. Jednocześnie w Załączniku nr 1 do SIWZ, w pkt V, ppkt 7, Zamawiający wskazał, że pod nazwą „kluczowe urządzenia” Zamawiający rozumie m.in. trójkomorowy rurowy podajnik cieczy PES. Odwołujący żadnego z tych postanowień SIWZ nie zakwestionował, zatem mają one charakter wiążący zarówno dla niego jak i dla pozostałych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. W ich świetle każdy niesprawdzony wcześniej trójkomorowy podajnik rurowy będzie niezgodny z SIWZ.

V Odwołujący podniósł również w odwołaniu, że rzekomo istnieją inne urządzenia, tj. o innej budowie niż urządzenie PES produkcji Siemag Tecberg GmbH, które spełniają wszystkie wymagania funkcjonalne i wydajnościowe Zamawiającego. Oczywiście Odwołujący nie wskazał nawet jednego przykładu takiego urządzenia. W ocenie Przystępującego powyższe wynika stąd, że urządzenia takie w rzeczywistości nie istnieją, a gdyby Odwołujący je wskazał, to zarówno Zamawiający jak i Przystępujący zdołaliby wykazać, że urządzenia te nie spełniają wszystkich wymagań funkcjonalnych i wydajnościowych Zamawiającego, względnie są sprzeczne z niezakwestionowanymi w odwołaniu postanowieniami SIWZ, w szczególności są sprzeczne z zakazem oferowania Zamawiającemu urządzeń nie będących prototypami. Dodatkowo sam Odwołujący wskazał, iż urządzenie, które chce zaoferować, nie jest równoważne PES produkcji Siemag Tecberg GmbH, ponieważ posiada dodatkowe wirniki, które niewątpliwie należy napędzić dodatkowymi silnikami. Odwołujący próbuje więc wymusić na Zamawiającym dopuszczenie układu nie tylko prototypowego, ale też o znacznie większych kosztach eksploatacji.

W ocenie Przystępującego Odwołujący z tych samych względów nie wyjaśnił w odwołaniu jakie urządzenie chce Zamawiającemu zaoferować jako urządzenie rzekomo spełniające wszystkie wymagania funkcjonalne i wydajnościowe Zamawiającego. Przystępujący przypuszcza jednak, że Odwołujący chce zaoferować Zamawiającemu urządzenie własnej produkcji oznaczone jako UWE-3K-Ex-01 (lub zespół urządzeń UWE). Przypuszczenie powyższe wynika z tego, że w postępowaniu dotyczącym bardzo podobnego przedmiotu zamówienia, tj. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowę instalacji klimatyzacji centralnej o mocy chłodniczej 3 MW z możliwością rozbudowy do 6 MW w KHW S.A. KWK „Mysłowice-Wesoła”, numer sprawy ZP/033/2016, gdzie Zamawiającym był Katowicki Holding Węglowy S.A., Odwołujący zaoferował właśnie ww. urządzenie własnej produkcji. Jeżeli Odwołujący planuje zaoferować ww. urządzenie (połączone w zespół urządzeń) również w przedmiotowym postępowaniu, to wskazać trzeba, że będzie ono niezgodne co najmniej z dwoma postanowieniami SIWZ, których Odwołujący nie zakwestionował w swoim odwołaniu. Po pierwsze, będzie ono niezgodne z zakazem oferowania Zamawiającemu urządzeń nie będących prototypami. UWE-3K-Ex-01 (którego głównym elementem jest urządzenie iSafe 50 firmy Danfoss, służące do odwróconej osmozy) jest bowiem prototypem, nieprzetestowanym w rzeczywistych warunkach eksploatacji i nie zastosowanym w żadnym innym układzie centralnej klimatyzacji, zwłaszcza przy pełnym ruchu i dla porównywalnej mocy chłodniczej 6 MW. Powyższa kwestia była przedmiotem oceny KIO w ramach postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 634/17, KIO 652/17, KIO 656/17. Izba dopuściła wówczas dowód z opinii biegłego, tj. z opinii dr inż. M. J. i prof. dr hab. inż. D. M. z Politechniki Gdańskiej. W opinii tej potwierdzono, że urządzenie UWE-3K-Ex-01 ma charakter prototypowy i że nie było wcześniej stosowane w instalacjach klimatyzacyjnych w kopalniach. Takie też stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 16 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 634/17, KIO 652/17, KIO 656/17, którego Odwołujący nie zaskarżył. Na potwierdzenie powyższego Przystępujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z załączonej opinii biegłego, tj. z opinii dr inż. M. J. i prof. dr hab. inż. D. M. z Politechniki Gdańskiej (oryginał opinii w aktach postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 634/17, KIO 652/17, KIO 656/17).

Po drugie, urządzenie UWE-3K-Ex-01 nie będzie spełniać wymagania tiret trzeciego z pkt VII.2 ppkt A.5.c Załącznika nr 1 nr SIWZ, zgodnie z którym wymagane w przedmiotowym postępowaniu urządzenie typu PES (trójkomorowy podajnik rurowy) ma ograniczać do minimum mieszanie wody lodowej zasilającej (z obiegu pierwotnego) i wody ciepłej

powrotnej (z obiegu wtórnego) osiągające w trakcie normalnej pracy stały poziom wzrostu temperatury nie większy niż $0,5^{\circ}\text{C} + / - 0,5^{\circ}\text{C}$. Na powyższe wskazują następujące okoliczności. Jak wynika z oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowę instalacji klimatyzacji centralnej o mocy chłodniczej 3 MW z możliwością rozbudowy do 6 MW w KHW

S.A. KWK „Mysłowice-Wesoła”, numer sprawy ZP/033/2016, gdzie Zamawiającym był Katowicki Holding Węglowy S.A., podstawą urządzenia UWE-3K-Ex-01 jest „Moduł Danfoss”, tj. urządzenie iSave50. Na potwierdzenie powyższego Przystępujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z kopii oferty Odwołującego znajdującej się w aktach postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 634/17, KIO 652/17, KIO 656/17.

Chcąc wyjaśnić kwestię poziomu wzrostu temperatury, którą Odwołujący zadeklarował w ofercie złożonej w postępowaniu numer ZP/033/2016 na poziomie poniżej $0,5$ stopnia C, Przystępujący zwrócił się w tym zakresie o informację do producenta urządzenia iSave50. Przedstawiciel producenta, odpowiadając na pytanie nr 4: „Jaka maksymalna różnica temperatur może wystąpić pomiędzy obiegami iSave50?”, wyjaśnił, że: „Nie zostało to zdefiniowane”. Dalej przedstawiciel producenta wskazał, że: „Przy normalnym użytku (osmozie odwróconej) chodzi o maksymalnie 5 stopni Celsjusza, wtedy jest w porządku.” Innymi słowy przy redukcji ciśnienia w procesie odwróconej osmozy, który jest podstawą jednej z metod odsalania wody morskiej, przyjmowany jest poziom wzrostu temperatury do 5°C podczas częściowego mieszania wody morskiej z wodą słodką. Jest to 10-krotnie więcej niż w przypadku systemu PES produkcji Siemag Tecberg GmbH i zarazem 5-krotnie więcej niż dopuścił Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w procesie mieszania wody lodowej z wodą ciepłą. Na potwierdzenie powyższego Przystępujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z załączonej korespondencji mailowej z przedstawicielem producenta Danfoss, panem C. P., wraz z tłumaczeniem przysięgłym tej korespondencji na język polski.

Powyższa kwestia była również przedmiotem oceny KIO w ramach postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 634/17, KIO 652/17, KIO 656/17. Jak to wskazano powyżej Izba dopuściła wówczas dowód z opinii biegłego, tj. z opinii dr inż. M. J. i prof. dr hab. inż. D. M. z Politechniki Gdańskiej. Na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2018 r. biegli uzupełnili swoją opinię wskazując odnośnie urządzenia UWE-3KEx-01, że: „wg naszej oceny technicznej urządzenia niedotrzymany jest spadek temperatury wody lodowej na urządzeniu w dolowej stacji wynoszący do $0,5^{\circ}\text{C}$, bo z analizy materiałów, dostarczonych nam przez Izbę, dotyczących urządzenia iSafe 50, utrzymanie takiego spadku jak podano w SIWZ, jest możliwe tylko przy różnicy temperatur na poziomie 5°C między obiegami, natomiast w warunkach kopalni różnica ta jest większa, bo wynosi około 20°C ”. Na potwierdzenie powyższego Przystępujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z załączonego protokołu rozprawy z dnia 10 kwietnia 2018 r. (oryginał protokołu w aktach postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 634/17, KIO 652/17, KIO 656/17).

Podsumowując, rzekome inne urządzenia, tj. o innej budowie niż urządzenie PES produkcji Siemag Tecberg GmbH, które spełniają wszystkie wymagania funkcjonalne i wydajnościowe Zamawiającego, w rzeczywistości nie istnieją. W szczególności nie jest takim urządzeniem urządzenie UWE-3K-Ex-01 (lub zespół takich urządzeń) produkowane przez Odwołującego. Wystarczy wskazać, że nie zostało ono zastosowane w żadnej podobnej instalacji. Tym samym forsowane przez Odwołującego zmiany w SIWZ w żaden sposób nie przyczyniają się do zwiększenia konkurencyjności w przedmiotowym postępowaniu.

VI Odwołujący stwierdził także w odwołaniu, że: „żaden inny wykonawca, prócz SIEMAG Tecberg Polska Sp. z o.o. nie ma dostępu do tego urządzenia na zasadach rynkowych, co potwierdzają próby podjęcia współpracy przy realizacji wcześniejszych przetargów publicznych, kiedy SIEMAG Tecberg Polska Sp. z o.o. oferował ceny, uniemożliwiające złożenie konkurencyjnej oferty w tych postępowaniach” (str. 5 odwołania). Przystępujący stanowczo zaprzecza powyższym insynuacjom Odwołującego. Odwołujący dotychczas tylko raz zwrócił się do Przystępującego o przedstawienie oferty na urządzenie PES produkcji Siemag Tecberg GmbH, tj. w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowę instalacji klimatyzacji centralnej o mocy chłodniczej 3 MW z możliwością rozbudowy do 6 MW w KHW S.A. KWK „Mysłowice-Wesoła”, numer sprawy ZP/033/2016, gdzie Zamawiającym był Katowicki Holding Węglowy S.A. Oczywiście Odwołujący ofertę taką otrzymał a jej warunki, w szczególności warunki finansowe, nie różniły się w żaden sposób od warunków zaoferowanych innym podmiotom, które zwróciły się wówczas do Przystępującego o przedstawienie oferty. Żadnych innych „prób podjęcia współpracy przy realizacji

wcześniejszych przetargów publicznych" ze strony Odwołującego nie było. Przystępujący zaprzecza też stanowczo, że cena za urządzenie PES produkcji Siemag Tecberg GmbH, zaoferowana Odwołującemu przez Przystępującego w związku z postępowaniem numer ZP/033/2016, uniemożliwiła złożenie konkurencyjnej oferty w tym postępowaniu. Podkreślić trzeba, że po otrzymaniu oferty od Przystępującego Odwołujący nie zgłosił żadnych zastrzeżeń do jej warunków, w szczególności nie zasygnalizował, że zaoferowana cena jest za wysoka. Twierdzenia zawarte w odwołaniu trzeba zatem oceniać jako całkowicie niewiarygodne i mające na celu wyłącznie dyskredytację Przystępującego.

Mając powyższe na uwadze wniósł jak w przystąpieniu i załączył:

- 1) artykuł „Sposoby redukcji ciśnienia hydrostatycznego w instalacjach klimatyzacji centralnych kopalń podziemnych”, „Chłodnictwo” tom XLIX 2014 r. nr 11—12
- 2) opinia biegłego, tj. opinia dr inż. M. J. i prof. dr hab. inż. D. M. z Politechniki Gdańskiej
(oryginał opinii w aktach postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 634/17, KIO 652/17, KIO 656/17)
- 3) korespondencja mailowa z przedstawicielem producenta Danfoss, panem C. P., wraz z tłumaczeniem przysięgłym tej korespondencji na język polski
- 4) protokół rozprawy z dnia 10 kwietnia 2018 r. (oryginał protokołu w aktach postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 634/17, KIO 652/17, KIO 656/17)
- 5) pełnomocnictwo do reprezentowania Przystępującego wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej

PISMO PRZYGOTOWAWCZE Odwołującego z dnia 04.09.2018 r.

W imieniu Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie, jako jej pełnomocnik w uzupełnieniu stanowiska w sprawie podnosi jak następuje.

Rozwiązania referencyjne, w tym te, które są kwestionowane przez Odwołującego wskazują na urządzenie produkcji SIEMAG Tecberg Polska Sp. z o.o. tj. trójkomorowy podajnik rurowy (PES) objęty patentem nr PL 208252.

Dowód: 1) opis patentowy nr PL 208252;

Odwołujący podkreśla, iż stan rynku w tym zakresie był badany w postępowaniu, które toczyło się przed KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 1382/16, w ramach którego KIO ustaliła, że istnieje — w zakresie podajników rurowych - monopol naturalny. Na s. 19 uzasadnienia wyroku KIO wskazała, że jedynym dostępnym i stosowanym na rynku polskim rozwiązaniem opartym na bezpośredniej wymianie ciepła jest rozwiązanie wykorzystujące trójkomorowy podajnik rurowy firmy SIEMAG, której przysługują w tym zakresie prawa wyłączne z patentu.

Dowód: 2 s. 19 wyroku KIO z dnia 10.08.2016 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 1382/16, wraz z jego pisemnym uzasadnieniem;

Wobec tego Odwołujący wdrożył urządzenie, które jest równoważne pod względem funkcjonalnym, jakościowym i wydajnościowym do PES firmy SIEMAG Tecberg Polska S.A., jednakże kwestionowane postanowienia SIWZ uniemożliwiają mu złożenie oferty, obejmującej to urządzenie.

Zamawiający wprowadził bowiem do opisu przedmiotu zamówienia wymagania techniczne, które są zbędne, a które uniemożliwiają złożenie oferty przez Odwołującego.

Zamawiający wymaga, by podajnik rurowy posiadał konkretną budowę tj.: a) składał się z maksymalnie 3 komór oraz b) nie posiadał dodatkowych elementów wspomagających obieg wody. Nie ma to — zdaniem Odwołującego - żadnego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

Odwołujący przywołuje dwie namacalne okoliczności:

Po pierwsze, żadne wcześniejsze postępowanie przetargowe na wykonanie instalacji klimatyzacji centralnej nie przewidywało wymogów, by urządzenie to składało się z maksymalnie z 3 komór i nie miało dodatkowego wirnika wspomagającego obieg wody. Odwołujący przedstawia przykładowe OPZ-y z dwóch ostatnich postępowań na analogiczną instalację. Wszystkie były, jak w niniejszym przypadku oparte o urządzenie referencyjne produkcji Siemag Tecberg Polska Sp. z o.o., lecz w żadnym z nich nie sformułowano kwestionowanych wymogów. Brak natomiast podstaw do twierdzenia, że wymogi te są istotne z jakichś szczególnych (specyficznych) dla niniejszego zamówienia względów.

Dowód 3) s. 13 opisu przedmiotu zamówienia pt. Budowa klimatyzacji centralnej dla schładzania wyrobisk dołowych w JSW KWK „Borynia-Zofiówka” Ruch Zofiówka wraz z sześciomiesięczną obsługą;

4) s. 28-29 opisu przedmiotu zamówienia pkt Budowa instalacji klimatyzacji centralnej o mocy chłodniczej 3 MW z możliwością rozbudowy do 6 MW w KHW S.A. KWK Mysłowice-

Wesoła;

Po drugie, podobne urządzenie, które odwołujący chce zaoferować w niniejszym postępowaniu zostało zaoferowane w postępowaniu przetargowym realizowanym przez KHW S.A. na instalację klimatyzacji centralnej w KWK Wesoła. Z tego postępowania KHW S.A. dowiedziała się, jakie urządzenie Odwołujący oferował tj. jakie są jego szczegóły techniczne, w tym, iż posiada element mechaniczny (obrotowy) w urządzeniu redukującym ciśnienie. Kluczowe jest, iż w tamtym postępowaniu KHW S.A. nie kwestionowała równoważności rozwiązania oferowanego przez Odwołującego z uwagi także element obrotowy, lecz z zupełnie innych przyczyn. Gdyby istnienie tego elementu lub jego brak miał jakiś wpływ na równoważność, to KHW S.A. z pewnością by ten argument podniosła.

Dowód: 5) informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 24.03.2017 roku;

Co więcej, ocena równoważności rozwiązań zaoferowanych w postępowaniu prowadzonym przez KHW S.A. była przedmiotem postępowania przed KIO, w ramach którego Izba przeprowadziła dowód z opinii biegłych, którzy — również — nie uznali kwestii wirnika za przesądzającą o nie równoważności tego rozwiązania. Mimo, iż taki zarzut został

podniesiony przez SIEMAG Tecberg Polska Sp. z o.o. na s. 9 pisma z 14.04.2017 roku, biegli przyjęli, iż nie ma to znaczenia w zakresie równoważności obu rozwiązań technicznych.

Dowód: 6) s. 9 pisma Siemag Tecberg Polska Sp. z o.o. z dnia 14.04.2017 roku;

7) opinia biegłych dr inż. M. J i prof. dr hab. inż. D. M. z lutego 2018 roku;

Z tego wynika — zdaniem Odwołującego — iż kwestia budowy, czy istnienia wirnika wspomagającego obieg wody nie ma znaczenia tj. nie może stanowić kryterium równoważności, czy elementu opisu przedmiotu zamówienia. Gdyby kwestia ta była istotna dla urządzenia podajnika rurowego, biegli przyjęliby, że jest to podstawa przyjęcia braku równoważności obu rozwiązań. Tymczasem, mimo podniesienia tego zarzutu, biegli uznali, iż nie ma ona znaczenia.

Oznacza to, że wymóg budowy i braku wirnika wspomagającego obieg wody nie może być uznany za uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Jeśli bowiem biegli stwierdzili w poprzednim postępowaniu, że nie ma on znaczenia w aspekcie równoważności do urządzenia produkcji firmy SIEMAG Tecberg Polska Sp. z o.o., to uznali, że nie jest on — technicznie — niezbędny w takiej instalacji, w każdym razie w zakresie, który mógłby przesądzić o nie równoważności obu rozwiązań technicznych.

Z uwagi na to, że Zamawiający sformułował wymogi ograniczające uczciwą konkurencję i nie są one uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami, Odwołania należy uznać za zasadne, o co odwołujący wnosi.

W związku z przeprowadzonym na rozprawie postępowaniem dowodowym z dokumentów

wskazanych przez strony zarówno z poprzednich postępowań odwoławczych przed Krajową Izbą Odwoławczą to jest o Sygn. akt KIO 1382/16 jak i o Sygn. akt: KIO 634/17; KIO 652/17 i KIO 656/17 oraz złożonych w niniejszym postępowaniu odwoławczym dokumentów strony i uczestnik zajęli stanowiska końcowe w sprawie.

Pismo Zamawiającego z dnia 5 września 2018 roku.

Wobec złożenia przez Odwołującego „Załącznika do protokołu rozpraw” z dnia 05.09.2018r., wnosząc o pominięcie tego dokumentu, jako niedopuszczalnego.

Zgodnie z art. 191 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2014r. Prawo Zamówień Publicznych (j.t. Dz.U. 2017 poz. 1579 z późn. zm.) przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę po I przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom, a także jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona. Rozprawa w postępowaniu prowadzonym pod sygn. akt j.w. została w dniu 04.09.2018r. — po udzieleniu głosów stronom — zamknięta.

§ 29 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22.03.2010r. j.t. Dz.U. 2018 poz. 1092) przewiduje wyłącznie możliwość sprostowania protokołu rozprawy. Podobnie, przepisy Kodeksu Postępowania Cywilnego nie przewidują możliwości złożenia załącznika do protokołu rozprawy w tej sytuacji.

Stosownie do art. 185 ust. 7 PZP, do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio

przepisy ustawy z dnia 17.11.1964r. — Kodeks Postępowania Cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, przy czym art. 161 KPC nie ma zastosowania, a nawet jeżeli by miał zastosowanie, to nie zostały spełnione ustawowe przesłanki określone w tym przepisie, aby mógłby zostać złożony załącznik do protokołu rozprawy.

Przepisy PZP oraz KPC nie przewidują możliwości zgłaszania — po zamknięciu rozprawy — pism w postępowaniu odwoławczym (w tym nazwanych „Załącznikiem do protokołu rozprawy”).

Pismo Odwołującego (Załącznik do protokołu rozprawy) złożone przez Odwołującego po zamknięciu rozprawy, które nie stanowi wniosku o sprostowanie protokołu rozprawy z dnia 04.09.2018r., jako niedopuszczalne winno zostać pominięte.

Jednocześnie w imieniu Zamawiającego oświadczam, że stanowisko stron zostało szczegółowo przedstawione i wyjaśnione na rozprawie w dniu 04.09.2018r., a rozważania zawarte w „Załączniku do protokołu rozprawy” stanowią wyłącznie polemikę Odwołującego ze stanowiskiem Zamawiającego.

Wobec powyższego, wnosząc o pominięcie pisma Odwołującego z dnia 05.09.2018r.

Z ostrożności procesowej gdyby jednak w/w pismo zostało uwzględnione Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym na rozprawie Zamawiający mógł szczegółowo określić parametry poszczególnych zadań tylko i wyłącznie przy założeniu, że urządzenie będące sercem całego układu będzie oparte na systemie PES. Dopuszczenie urządzeń pracujących w układach innych niż PES spowoduje brak możliwości precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zadań nr 1 i 3 co w konsekwencji uniemożliwi prawidłową wycenę oferty przez inne podmioty niż podmiot oferujący urządzenie o którym mowa w zadaniu nr 2 a tym samym mogą stać się z punktu widzenia realizacji zamówienia nieadekwatne dla celu jakiego zostały przygotowane. Ponadto prawidłowość funkcjonowania układu zbudowanego na podstawie urządzenia pracującego w systemie PES została potwierdzona koreferatem sporządzonym przez dr hab. inż. D. O., prof. nadzw. a wprowadzenie zmiany kluczowego elementu układu może prowadzić do nieprawidłowego funkcjonowania układu.

Informuję, że przedmiotowe pismo zostało równolegle przesłane do pełnomocników pozostałych uczestników postępowania.

ZAŁĄCZNIK DO PROTOKOŁU Z ROZPRAWY - 5 Września 2018 roku Odwołujący

W imieniu Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie, jako jej pełnomocnik — pełnomocnictwo z dnia 17.08.2018 roku w aktach sprawy — w uzupełnieniu stanowiska Odwołującego przedstawionego na rozprawie w dniu 4.09.2018 roku, podnoszę, co następuje.

Odwołujący podkreśla, iż wszystkie niezbędne dane techniczne do złożenia ofert na Część 1 i Część 3 są zawarte w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „SOPZ”) i nie prawdą jest, iż jeśli oferenci nie znaliby rodzaju reduktora ciśnienia: PES, to nie byłoby w stanie złożyć oferty. W SOPZ wskazano precyzyjne dane dotyczące całej instalacji, jaki i poszczególnych jej elementów, co pozwala na złożenie ofert na Część 1 i Część 3 niezależnie od konkretnego typu reduktora ciśnienia (Część 2).

Odwołujący podkreśla, iż podstawową informacją konieczną dla wykonawców Części 1 i Części 3 zamówienia jest moc chłodnicza instalacji, gdyż do niej dostosowywane są poszczególne urządzenia, w tym reduktor ciśnienia tu: PES. Moc jest natomiast określona, gdyż wynosi 6 MW z podziałem na 4 MW i 2 MW dla poszczególnych Ruchów.

Co więcej, w SOPZ zawarto szczegółowe dane dotyczące rodzaju i parametry rurociągów (wraz z ciśnieniami nominalnymi) oraz wymagane parametry urządzeń, które mają być dostarczone w ramach Części 3 tj. m.in. falowników, agregatów chłodniczych, wież free-cooling, czy rozdzielnic 6 kV,

Odwołujący podkreśla, iż dane te pozostają aktualne niezależnie od konkretnego typu reduktora ciśnienia tu: PES, gdyż zostały dobrane przez Zamawiającego do głównego parametru technicznego całej instalacji tj. wymaganej mocy chłodniczej. Tak więc, wykonawcy, zainteresowani złożeniem oferty na Część 1 i Część 3 będą w stanie ją złożyć na podstawie danych technicznych ujętych w SOPZ, a zarzut, iż nie będą w stanie tego zrobić został przygotowany wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania.

Odwołujący podkreśla również, iż Zamawiający przewidział w SIWZ obowiązek dołączenia szczegółowej dokumentacji technicznej do ofert (kart katalogowych, DTR, certyfikatów, itd.), wobec tego będzie w stanie na etapie oceny ofert ustalić, czy oferowany reduktor ciśnienia gwarantuje na kompatybilność całej instalacji.

Nie jest również zasadny zarzut dotyczący błędnego sformułowania zarzutów odwołania.

Co do żądania usunięcia sformułowania „z maksymalnie 3 komór”, Odwołujący wskazuje, iż jego usunięcie spowoduje, że Odwołujący będzie mógł zaoferować urządzenie, które będzie miało więcej, niż 3 komory. Odwołujący nie żądał zmiany nazwy definicji „trójkomorowego podajnika rurowego”, gdyż nie było takiej potrzeby. Jeśli bowiem KIO uzna zarzut za zasadny to Zamawiający będzie zmuszony usunąć z tej definicji zwrot „z maksymalnie 3 komór”, co nawet jeśli nazwa tej definicji pozostanie dotychczasowa („trójkomorowy podajnik rurowy”) — będzie oznaczać, że Odwołujący będzie mógł zaoferować podajnik składający się z np. czterech komór, gdyż sama nazwa nie stanowi o merytorycznej treści definicji. Żądanie Odwołującego dotyczy natomiast zmiany merytorycznej treści definicji.

Co do żądania usunięcia jedynie tiret (4) z pkt VII.2 ppkt A.5.c SOPZ, Odwołujący wskazuje, iż jego usunięcie spowoduje, że nie będzie zakazu stosowania elementów obrotowych i Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę. Odwołujący podkreśla, iż usunięcie bilet 4 z pkt VII.2 ppkt A.5.c SOPZ jest wystarczające, gdyż w tiret 2 VII.2 ppkt A.5.c SOPZ nie ma mowy o elementach obrotowych, a wszystkie wymogi tego warunku (bilet 2) są przez urządzenie odwołującego spełnione.

Tak więc, Odwołujący osiągnie swój cel poprzez wykonanie żądań określonych w petitum odwołania.

W tym stanie rzeczy, z uwagi na to, iż ani Zamawiający, ani Przystępujący nie wykazali żadnych uzasadnionych potrzeb do zastosowania kwestionowanych rozwiązań technicznych odwołanie należy uznać za zasadne.

Informuję, iż poniższe pismo zostało równolegle przesłane do pełnomocników pozostałych uczestników postępowania.

ZAŁĄCZNIK DO PROTOKOŁU Z ROZPRAWY 6 września 2018r. PRZYSTĘPUJĄCY

I Działając w imieniu Przystępującego, powołując się na pełnomocnictwo złożone w toku posiedzenia przez Izbę oraz chcąc odnieść się do argumentacji Odwołującego przedstawionej w piśmie z dnia 5 września 2018 r. - załączniku do protokołu z rozprawy, stwierdzam, co następuje.

II Zamawiający w pkt V.1 Załącznika nr 1 do SWZ, definiując pojęcie centralna klimatyzacja o mocy chłodniczej 6 MW, opisał cały układ klimatyzacji co do zasady działania i doboru podstawowych urządzeń. Jednoznacznie wskazał też pod lit. c), że redukcja ciśnienia hydrostatycznego ma być oparta o system PES. W pkt nr V.2 Załącznika nr 1 do SWZ, definiując pojęcie trójkomorowy podajnik rurowy (system PES — Pressure Exchange System) podał parametry podajnika trójkomorowo rurowego (systemu PES). Dla potencjalnego Wykonawcy Zadania nr 1 jak i Zadania nr 3 parametry urządzeń objętych zakresem Zadania nr 2 (a w szczególności zasada działania reduktora ciśnienia hydrostatycznego) są bardzo istotne. Świadczy o tym choćby opinia biegłego, tj. opinia dr inż. M. J. i prof. dr hab. inż. D. M. z Politechniki Gdańskiej, dopuszczona przez Izbę z urzędu w ramach postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 634/17, KIO 652/17, KIO 656/17, przedłożona jako dowód w przedmiotowej sprawie m.in. przez Odwołującego. Na str. 4 ww. opinii wskazano, że: Dokonanie oceny przyjętych przez oferentów różnych rozwiązań reduktorów ciśnienia w stacji dołowej, urządzeń będących integralnym elementem składowym instalacji centralnego przygotowania, transportu i rozdziału wody lodowej w ramach projektowanego układu zwanego „instalacją klimatyzacji centralnej”, nie może być zrealizowane w oderwaniu od całości instalacji, tł. bez analizy współpracy reduktora ciśnienia z obiegami wody pierwotnym i wtórnym (np. stacje pomp obiegu pierwotnego i wtórnego). Dalej na str. 5 ww. opinii biegli wskazali, że: Przedstawienie oceny przyjmowanych przez oferentów rozwiązań reduktorów ciśnienia (stacji dołowej), będących integralnym elementem składowym instalacji klimatyzacji centralnej nie może być analizowane W oderwaniu od całości instalacji, tj. bez analizy udziału obiegu pierwotnego i obiegu wtórnego.

Związane z tym wskaźniki oceny energetycznej dotyczą:

produkcji zimnej wody (moce, temperatury) transport wody lodowej do stacji dołowej oraz odprowadzenie wykorzystanej wody na powierzchnię procesu obniżania ciśnienia w stacji dołowej i sprawności tego procesu (określenie niepożądanych zysków ciepła do wody lodowej) określenia niepożądanych zysków ciepła do wody lodowej oraz strat hydraulicznych w obiegu wtórnym.

Nie jest więc prawdą stwierdzenie odwołującego, że: podstawową informacją konieczną dla wykonawców Części 1 i Części 3 zamówienia jest moc chłodnicza instalacji, gdyż do niej dostosowywane są poszczególne urządzenia, w tym reduktor ciśnienia (tu: PES). W rzeczywistości dla doboru wszystkich urządzeń istotne są również inne wskaźniki oceny energetycznej wymienione powyżej w opinii biegłych. Powstaje zatem zasadnicze pytanie jak potencjalny wykonawca Zadania nr 1 lub Zadania nr 3 miałby przygotować ofertę, jeżeli (wskutek uwzględnienia zarzutów Odwołującego) Zamawiający dopuściłby dowolność w oferowaniu reduktora ciśnienia hydrostatycznego w Zadaniu nr 2? Przecież w takim wypadku ww. wskaźniki oceny energetycznej byłby kompletną niewiadomą.

Sam Odwołujący wskazał na rozprawie w dniu 4 września 2018 r., że urządzenie, które chce zaoferować w ramach Zadania nr 2, jest urządzeniem zmodyfikowanym w stosunku do urządzenia, które oferował w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: Budowę instalacji klimatyzacji centralnej o mocy chłodniczej 3 MW z możliwością rozbudowy do 6 MW w KHW S.A. KIMK „Mysłowice-Wesoła”, numer sprawy ZP/033/2016, gdzie Zamawiającym był Katowicki Holding Węglowy S.A. Innymi słowy Odwołujący przyznał, że chce zaoferować Zamawiającemu kolejny prototyp, oparty o inny, wcześniej oferowany prototyp. Przystępujący wskazuje i podkreśla, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: Budowę instalacji klimatyzacji centralnej o mocy chłodniczej 3 MW z możliwością rozbudowy do 6 MW w KHW S.A. KIMK „Mysłowice-Wesoła” Odwołujący konsekwentnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkie dane techniczne zaoferowanego wówczas urządzenia UWE-3K-Ex01, co więcej, konsekwentnie wносił też o wyłączenie jawności rozpraw przed KIO w zakresie, w jakim były omawiane dane techniczne urządzenia UWE-3K-Ex-01. Można zatem retorycznie zapytać jak potencjalny wykonawca Zadania nr 1 miałby dobrać i wycenić wszystkie elementy (pompy, armatura, system sterowania całym układem itp.), jeżeli nie będzie znał parametrów prototypu Odwołującego, konsekwentnie przez niego utajnianych? Tak samo jak potencjalny wykonawca Zadania nr 3 miałby dobrać rurociągi obiegu wtórnego i pierwotnego, całą armaturę itp., nie znając

parametrów prototypu Odwołującego, konsekwentnie przez niego utajnianych? Z oczywistych względów na etapie składania oferty na Zadanie nr 1 i 3 nie będzie to dla takiego wykonawcy możliwe.

Żadnym rozwiązaniem nie jest też wskazanie przez Odwołującego, że Zamawiający przewidział w SIWZ obowiązek dołączenia szczegółowej dokumentacji technicznej do ofert (kart katalogowych, DTR, certyfikatów, itd.). Przecież potencjalny wykonawca Zadania nr 1 lub Zadania nr 3 nie będzie miał dostępu do ww. dokumentacji technicznej przed otwarciem ofert.

Przystępujący wskazuje i podkreśla, że dla wszystkich trzech Zadań Zamawiający określił dokładnie ten sam termin składania ofert. Zresztą nawet zróżnicowanie terminu składania ofert i ustalenie np. wcześniejszego terminu składania ofert dla Zadania nr 2 nic by nie dało potencjalnemu wykonawcy Zadania nr 1 i Zadania nr 3, gdyż w świetle dotychczasowej praktyki działania Odwołującego jest niemal pewne, że również w przedmiotowym postępowaniu zastrzeże dokumentację techniczną załączoną do swojej oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

III W pełni zasadny jest również zarzut dotyczący błędnego sformułowania zarzutów odwołania. Odwołujący uważa, że usunięcia sformułowania z maksymalnie 3 komór spowoduje, że Odwołujący będzie mógł zaoferować urządzenie, które będzie miało więcej niż 3 komory. Tymczasem skutek będzie zupełnie inny, gdyż nadal przedmiot zamówienia w Zadaniu nr 2 będzie stanowił trójkomorowy podajnik rurowy — czyli oferowany Zamawiającemu podajnik rurowy nadal będzie musiał mieć trzy komory, gdyż tylko wówczas będzie go można określić jako trójkomorowy. Twierdzenie Odwołującego, że w razie dokonania żądanej przez niego zmiany SIWZ będzie mógł zaoferować podajnik składający się z np. czterech komór, gdyż sama nazwa nie stanowi o merytorycznej treści definicji, trudno oceniać inaczej niż jako absurdalne i sprzeczne z literalnym brzmieniem SIWZ. Nazwa, którą posłużył się Zamawiający (trójkomorowy podajnik rurowy) wskazuje bowiem jednoznacznie jaki ma być sposób budowy podajnika, tj. że ma być on trójkomorowy. Co więcej, stanowisko Odwołującego w powyżej kwestii jest niekonsekwentne a wręcz wewnętrznie sprzeczne, gdyż na rozprawie w dniu 4 września 2018 r. Odwołujący podnosił, że już sama nazwa użyta przez Zamawiającego (trójkomorowy podajnik rurowy) wskazuje na urządzenie PES produkcji Siemag Tecberg GmbH, gdyż dokładanie tej samej nazwy użyto w opisie patentowym urządzenia PES produkcji Siemag Tecberg GmbH.

Ponadto wbrew twierdzeniom Odwołującego usunięcie jedynie tiret czwartego z pkt VII. 2 ppkt A.5.c Załącznika nr 1 do SIWZ nie spowoduje, że nie będzie zakazu stosowania elementów obrotowych i Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę. Taki zakaz nadal będzie bowiem wynikać z tiret drugiego w pkt VII.2 ppkt A.5.c Załącznika nr 1 nr SIWZ. Jakkolwiek w tiret drugim nie ma stwierdzenia wprost o braku możliwości zastosowania dodatkowych elementów ruchomych lub obrotowych, wymuszających lub wspomagających transport wody na powierzchnię, zabudowanych w/lub sprzężonych z urządzeniem redukującym ciśnienie (tak w tiret czwartym), to jednak treść tiret drugiego nie pozostawia żadnych wątpliwości, że ww. dodatkowe elementy są niedopuszczalne. Zamawiający wskazał bowiem w tiret drugim, że:

a) wymagany trójkomorowy podajnik rurowy zapewnia prace zgodnie z zasadą naczyń połączonych: tł. umożliwia przepływ ciepłej wody do naziemnej instalacji chłodzącej poprzez wykorzystanie energii potencjalnej słupa wody zimnej na zasadzie podnośnika hydraulicznego (U-rurka). Tymczasem jak wskazał sam Odwołujący w swoim odwołaniu: Nie ma bowiem innego urządzenia (poza urządzeniem PES produkcji Siemag Tecberg GmbH — przyp. Przystępującego), wykorzystującego zasadę podnośnika hydraulicznego (U-rurka), które nie posiadałoby dodatkowego elementu obrotowego (wirnika), wspomagającego ruch wody na powierzchnię (pkt 16 na str. 6 odwołania);

b) ruch wody wywoływać będą niskociśnieniowe pompy obiegowe w PSKC pokonując opory przepływu w obiegu pierwotnym, a to właśnie w obiegu pierwotnym będzie następować transport wody na powierzchnię;

c) Pompy dobierane są jedynie do pokonania strat ciśnienia wynikających z oporów przepływu w rurociągach obiegu pierwotnego i wtórnego oraz urządzenia PES a to właśnie w obiegu pierwotnym będzie następować transport wody na powierzchnię.

Jak Odwołujący chce pogodzić z powyższymi postanowieniami SIWZ zastosowanie dodatkowych elementów ruchomych lub obrotowych, wymuszających lub wspomagających transport wody na powierzchnię, zabudowanych w/lub sprzężonych z urządzeniem

redukującym ciśnienie nie sposób zrozumieć. Twierdzenia Odwołującego, jakoby wszystkie wymogi tego warunku (tiret 2) są przez urządzenie odwołującego spełnione świadczą co najwyżej o niezrozumieniu treści tiret drugiego przez Odwołującego, względnie trzeba je oceniać jako próbę ratowania błędnie sformułowanych zarzutów odwołania.

Podsumowując, nawet uwzględnienie odwołania w całości nic Odwołującemu nie da, gdyż w żaden sposób nie zmieni jego sytuacji — nadal będą go wiązać wymagania, które usiłował zakwestionować poprzez wniesienie odwołania.

IV Odwołujący w toku rozprawy potwierdził również, iż urządzenia, które chce zaoferować Zamawiającemu, posiada dodatkowy element obrotowy oraz jest złożone z więcej niż 3 komór. Świadczy to jednoznacznie o bardziej skomplikowanej budowie urządzenia Odwołującego w stosunku do wymaganego przez Zamawiającego trójkomorowego podajnika rurowego, który ma się składać z maksymalnie 3 komór i nie zawierać żadnych elementów obrotowych. W kontekście powyższego warto przytoczyć fragment powołanego przez Odwołującego wyroku KIO 1382/16 (str. 21): Względami przeważającymi (tj. uzasadniającymi ograniczenie konkurencji — przyp. Przystępującego) są natomiast w tym przypadku okoliczności wygody eksploatacji, prostoty systemu, jego znajomości przez Zamawiającego oraz przede wszystkim bezpieczeństwa. Nie potrzeba żadnej dogłębnej analizy oraz wiadomości specjalnych dla stwierdzenia, że większa ilość elementów układu, dwa obiegi chłodziwa ze wszystkimi układami wspomagającymi, większa ilość urządzeń zabudowanych pod ziemią zakładu górniczego etc., jakkolwiek nie są niebezpieczne same w sobie i mogłyby zostać dopuszczone, to jednak zmniejszają bezpieczeństwo eksploatacji zakładu, innymi słowy — nie służą maksymalizacji bezpieczeństwa w kopalni. Waga prostoty i ergonomii systemu jest w tym zakresie trudna do przecenienia.

Mając powyższe na uwadze wniósł jak w przystąpieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika Siemag Tecberg Izba rozpoznała opozycję odwołującego co do dopuszczenia przystępujących po stronie zamawiającego z racji przedmiotu odwołania jakim są postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia

(siwz)

Na posiedzeniu na pytanie Izby czy stawający zgłaszają jakieś zastrzeżenia i opozycję odnośnie dopuszczenia nieobecnego DOH (wpływ bezpośredni 21.08.2018 w formie oryginału) i SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. (wpływ 21.08.2018 na ePUAP) jako przystępujących po stronie zamawiającego:

- pełnomocnik odwołującego, radca prawny składa opozycję przeciwko przystąpieniu SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. twierdząc, iż nie wykazał on jego interesu prawnego w przystąpieniu po stronie zamawiającego, bowiem w piśmie o przystąpieniu nie wskazał nawet, że zamierza złożyć ofertę, jedynie wskazuje, że w interesie samego zamawiającego jest, aby postanowienia SIWZ utrzymane były w dotychczasowej mocy. Te same argumenty i okoliczności podnosi co do drugiego przystąpienia DOH. Ja oświadczam, że interesem w przystąpieniu po stronie obydwu przystępujących jest okoliczność, że przez utrzymanie w mocy dotychczasowych postanowień SIWZ będzie ograniczona konkurencja w zakresie możliwości złożenia innych ofert niż przystępujących, które na dzień dzisiejszy odpowiadają wymogom technicznym. Ja stwierdzam, że nawet gdyby przyjąć, że interes w przystąpieniu istnieje, aby rozstrzygnięcie było na korzyść przystępujących, to jednak w treści przystąpienia ten element nie jest przedstawiony, nie wskazano jakie korzyści osiągną przystępujący w rozstrzygnięciu pozytywnym na rzecz zamawiającego. Nie składam zastrzeżeń, jakoby nie zostały dotrzymane wymogi formalne związane z procedurą przystąpienia.

- pełnomocnik zamawiającego, radca prawny stwierdził, że wykazane zostały korzyści w przystąpieniach, jakie osiągną obydwaj wykonawcy w związku z pozytywnym rozstrzygnięciem dla zamawiającego.

- pełnomocnik SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., radca prawny stwierdził, iż należy rozróżnić interes w uzyskaniu zamówienia z art. 179, a interes w przystąpieniu do toczącego

się postępowania i rozstrzygnięcia z art. 185 ust. 1 pkt 2 i stwierdza, że są to dwie różne instytucje, charakter interesu z art. 185 jest szerszy, wystarczy żeby wykazać, że w interesie zamawiającego jest utrzymanie w mocy jego postanowień SIWZ, na co wskazaliśmy, tym bardziej na potencjalne przedłużenie postępowania o udzielenie zamówienia. Przywołuje argumentację z przystąpienia z dnia 21.08.2018 oraz wskazuje w piśmie, że uwzględnienie odwołania i dokonanie zmiany, jakiej oczekuje odwołujący, będzie miało negatywny wpływ na jakość oferowanych produktów zamawiającemu.

Radca prawny odwołującego dalej podtrzymuje okoliczność, iż w obydwu przystąpieniach nie wskazano korzyści dla przystępujących z utrzymaniem w mocy postanowień SIWZ.

Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego obydwu przystępujących,

wbrew wnioskowi opozycji złożonemu przez odwołującego. Z przystąpienia DOH wynika, iż przystępujący jest zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu, spełnia wszystkie wymogi, jednocześnie stwierdza, że wymagania zamawiającego uznaje za uzasadnione jego potrzebami. Zastrzeżenie wymagań nie ma wpływu na konkurencję. W jego ocenie co najmniej kilku wykonawców jest w stanie zrealizować zamówienie, dlatego jest zainteresowany przystąpieniem. Z kolei przystępujący SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., obecny na posiedzeniu, powołuje się na jego interes w ochronie obowiązujących przepisów i słusznego interesu zamawiającego oraz wskazuje na konieczność przedłużenia przedmiotowego postępowania oraz wskazuje na negatywny wpływ na jakość produktów, oferowanych przez odwołującego, w związku z domaganiem się zmiany SIWZ. W tym stanie rzeczy Izba uznaje interes przystępujących w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, rozumiany szerzej niż w art. 179, który wskazuje na korzyść w uzyskaniu zamówienia, a nie na interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Przystępujący mają interes popierania zamawiającego w kwestiach dbałości o potrzeby zamawiającego, zwłaszcza co do jakości produktu, ochrony obowiązujących przepisów prawa, kompatybilności zadania podzielonego na trzy części, jak i słusznego interesu zamawiającego czy też próby przedłużenia procedury postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego złożone zarówno w odwołaniu jak i przy

pismach procesowych zarówno odwołującego jak przystępującego dokumenty oraz złożone na rozprawie przez odwołującego, zamawiającego i przystępującego SIEMAG TECBERG dokumenty na udowodnienie ich twierdzeń oraz argumentacji formalnej i prawnej. Z urzędu Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania odwoławczego w sprawach o Sygn. akt: KIO 1382/16; KIO 634/17; KIO 652/17 i KIO 656/17.

W części powyższej uzasadnieniu wyroku Izba przedstawiła złożone pisma procesowe w sprawie w tym odwołanie jak i stanowiska końcowe stron jako załączniki do protokołu.

Izba na podstawie przyjętego zakresu materiału dowodowego oraz jego oceny ustaliła

jak poniżej.

Co do opisu patentowego PL 208252B1B1 numer zgłoszenia 378283 data zgłoszenia 06.12.2005 Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej Trójkomorowy podajnik rurowy dla górnictwa podziemnego; ogłoszenie o udzieleniu patentu zgłoszonemu wynalazkowi nastąpiło 29.04.2011 WUP 04/11; uprawniony z patentu Siemag Tecberg GmbH, Haiger,

DE. Przedmiotem wynalazku jest trójkomorowy podajnik rurowy dla górnictwa podziemnego, do wymiany wody kopalnianej lub wody ciepłej i wody świeżej lub zimnej i/lub do quasi ciągłego przenoszenia hydraulicznego materiałów stałych przez duże, liczące kilka tysięcy metrów różnice wysokości w górnictwie podziemnym. Powyższy dokument poświadcza, że właścicielem chronionego patentem wynalazku jest Siemag Tecberg GmbH, Haiger, DE. W związku z tym twierdzenie odwołującego, że Siemag Tecberg Polska Sp. z o.o. przystępujący w sprawie po stronie zamawiającego ma uprzywilejowaną pozycję w stosunku do pozostałych potencjalnych wykonawców w związku z przyjęciem tego rozwiązania jako referencyjnego. SIEMAG TECBERG po stronie zamawiającego argumentuje w zakresie braku równoważności pozostałych ofert. Miało to miejsce zarówno w poprzednich postępowaniach czy to wszczętych na opis przedmiotu zamówienia (Sygn. akt KIO1382/16) czy to w związku z odrzuceniem ofert konkurentów w tym odwołującego (Sygn. akt KIO w połączonych sprawach: KIO 634/17; KIO 652/17; KIO 656/17) z powodu braku równoważności ofert. Odwołujący przywołując ten dowód uzasadnia jego przydatność następująco: 1 - opis patentowy PL 208252B1 trójkomorowy podajnik rurowy dla górnictwa

podziemnego, na okoliczność, że dowód wskazuje, iż patent przysługuje SIEMAG TECBERG, w związku z tym uważa, iż to jest wprost dowód na ograniczenie konkurencji w związku z prawami patentowymi przystępującego. Też zwraca uwagę, że zamawiający, dokonując opisu urządzenia, będącego przedmiotem montażu i dostawy, opisuje dosłownie urządzenie jak opisano w opisie wynalazku. Co do zasady odwołuje się do tytułu. Podsumowując znaczenie przywołanego powyżej dowodu Izba stwierdza, że jest on świadectwem, że SIEMAG TECBERG ma prawa do patentu z wynalazku opisanego wprost w opisie przedmiotu zamówienia jako wzorcowego przedmiotu zamówienia. Zresztą zamawiający wielokrotnie potwierdza okoliczność wyłącznego stosowania tego patentu w górnictwie polskim jako bezpiecznego, o sprawdzonej niezawodności z racji podziemnej lokalizacji (montaż, eksploatacja, naprawy) i gwarantującego jakość.

2 - Wyrok z dnia 10.08.2016 w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 1382/16 zgodnie z sentencją tego wyroku, wielokrotnie cytowany przez strony i uczestnika SIEMAG TECBERG, dotyczy rozstrzygnięcia co do żądania przez zamawiającego bezpośredniej wymiany ciśnienia i ciepła w systemie równoważnym do systemu PES oraz wymogu posiadania systemu zarządzania jakością EN-ISO 9001:2008. Odwołujący w tamtej sprawie (Becker Warkop Sp. z o.o. z siedzibą w Świerklanach a gdzie odwołujący był jednym z przystępujących po stronie odwołującego) żądał dopuszczenia jako równoważnego rozwiązania pośredniej wymiany ciśnienia i ciepła, powołując się na zastosowanie w górnictwie turbiny Peltona. Izba, w tamtej sprawie, nie uznała zarzutu odwołania, co do wymogu zamawiającego bezpośredniej wymiany ciśnienia i ciepła, w równoważnych rozwiązaniach opartych na systemie PES w związku z urządzeniem SIEMAG TECBERG GMBH, Haiger, DE. Tym samym Izba nie dopuściła rozwiązania pośredniej wymiany ciśnienia i ciepła opartej na turbinie Peltona. W ocenie Izby przytaczane obszernie fragmenty tamtego uzasadnienia przez strony i uczestnika mogą co najwyżej służyć do oceny zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania stron czy też kwestii swobody

umów, będąc dla Izby w tym postępowaniu doktrynalnymi wytycznymi, nie mającymi bezpośredniego przełożenia w związku ze zgromadzonym materiałem dowodowym w sprawie i okolicznościami faktycznymi i prawnymi niniejszej sprawy. Bowiem Izba rozstrzyga zarzuty odwołania biorąc pod uwagę zgromadzony konkretny materiał dowodowy w danej sprawie, w oparciu o który dokonuje ustaleń i oceny stanu faktycznego w kontekście podniesionych zarzutów naruszenia prawa jak i podniesionych żądań. W ocenie Izby, w kontekście podniesionych zarzutów w niniejszym odwołaniu a dotyczących innych zagadnień technicznych niż w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 1382/16, rozstrzygnięcie w sentencji przywołanego wyroku z 2016 roku nie ma przełożenia na rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie.

3 - specyfikacja techniczna na budowę klimatyzacji centralnej dla schładzania wyrobisk dołowych, tj. JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka” Ruch Zofiówka wraz z 6-miesięczną obsługą oraz 4 - specyfikacja techniczna numer sprawy ZP/033/2016, rozdz. II szczegółowe wymagania techniczne jak powyżej. Odwołujący odnosząc się do ad 3 i 4 podniósł, iż przedłożone specyfikacje dla Boryni-Zofiówki i dla Mysłowice-Wesoła są to poprzednio obowiązujące specyfikacje, Katowickiego Holdingu Węglowego w 2016, a Zofiówka obowiązywała jeszcze w 2012 i z tych specyfikacji wynika, że zamawiający zawsze wskazywał na wymogi funkcjonalne i wydajnościowe urządzeń zamawianych, a nie opisywał jako warunek ich budowę. Nie wskazywał, że urządzenia mają odpowiadać urządzeniu PES, czyli istotne dla niego było spełnienie wymogów funkcjonalnych i wydajnościowych, a nie jak to urządzenie będzie zbudowane, w tym, czy będzie dodatkowy wirnik czy nie, jak i nie składał zastrzeżeń co do ilości komór czy też ich maksymalnej ilości jak w niniejszej sprawie określając je na poziomie maksymalnie 3 komór. Dla Izby jest to materiał porównawczy a nie rozstrzygający a zamawiający odnosząc się na rozprawie do tych dowodów stwierdził, że w jednym z tych postępowań umowy nie zawarto a w drugim przypadku wykonawca nie wykonał zamówienia. W związku z nie zrealizowaniem przedmiotu zamówienia wynikającego z tych umów zamawiający odmawia tym specyfikacjom charakteru dowodowego dla wyjaśnienia przedmiotowej sprawy. Izba podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego w tym zakresie, ponieważ fakt takiego czy innego uregulowania opisu przedmiotu zamówienia w poprzednich postępowaniach nie musi być powielane w następnych postępowaniach. Niemniej stanowisko merytoryczne zamawiającego, dlaczego dokonał zmian w opisie przedmiotu zamówienia w stosunku do opisu w poprzednich postępowaniach, z pewnością umożliwiłoby bardziej wszechstronne rozważenie kwestii czy ochrona interesu zamawiającego w aktualnym postępowaniu jest uzasadniona.

5 - pismo z 24.03.2017 KHW S. A. Katowice, znak pisma BZELP.390.530.2016.ŚL272, pismo do wykonawców biorących udział w postępowaniu; Odwołujący przywołując ten dowód wskazał, że zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty w poprzednim postępowaniu podał inne powody niż w tej chwili zaskarżone zostały, tj. w nawiązaniu do opinii Biełego wynika (KIO 634/17; KIO 652/17 i KIO 656/17), że odrzucenie oferty wynikało

z faktu, iż nie dotrzymaliśmy parametru wody lodowej, tak uznali biegli. Również w poprzednim postępowaniu zamawiający jako powodu odrzucenia naszej oferty nie wymieniał elementu obrotowego. W tym celu odwołujący przywołuje pkt 1.2. pisma KWH S.A. Katowice, które wskazywało przyczyny odrzucenia oferty odwołującego „Pomimo odmiennej konstrukcji, urządzenie UWX-3K-Ex-01 wykorzystuje do wymiany ciśnienia, podobnie jak PES zasadę działania podnośnika hydraulicznego. Wydaje się jednak, że wymiana ciepła w urządzeniu UWX-3K-Ex-01 nie jest tak efektywna jak w przypadku PES. Ze względu na zasadę działania, budowę i stosowane materiały problematycznym wydaje się otrzymanie deklarowanej w ofercie straty temperatury na poziomie poniżej 0,5° C”. Powyższe uzasadnienie odrzucenia oferty jako nie równoważnej w poprzednim postępowaniu zamawiającego, co do braku równoważności oferowanego urządzenia odwołującego to jest UWX-3K-Ex-01, nie wskazuje na zagadnienie dopuszczalności elementu obrotowego czy też ilości komór urządzenia. Tym bardziej, że element obrotowy w urządzeniu występował. Natomiast Biegli uznali oferowane urządzenie za równoważne do urządzenia trójkomorowego podajnika rurowego pod względem funkcjonalnym za wyjątkiem nie dotrzymania parametru różnic temperatur wody lodowej i wody ciepłej w obiegach pierwotnym i wtórnym. W ocenie Izby nie kwestionowanie, w poprzednim postępowaniu elementu obrotowego, który był stosowany w oferowanym urządzeniu UWX-3K-Ex-01 wskazuje na to, że zakaz użycia elementu obrotowego w bieżącym postępowaniu nie znajduje uzasadnienia, bez odniesienia się merytorycznego zamawiającego w tej materii.

6 - pismo z 14.04.2017 roku, pismo pełnomocnika SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. do KIO w sprawie o sygn. akt KIO 634/17; to na str. 9 pisma przystępującego, gdzie stwierdza on, że system PES, w przeciwieństwie do urządzenia UWE-3K-EX-01, nie posiada konstrukcji obrotowej i zabudowanej pompy łopatkowej, wspomagającej obieg wysokiego ciśnienia. Powyższy element pisma według odwołującego jest dowodem na to, że w poprzednim postępowaniu (KIO 634/18) przystępujący posiadał wiedzę co do budowy urządzenia odwołującego w tym elementu konstrukcji obrotowej i zabudowanej pompy łopatkowej, co nie stanowiło w postępowaniu przed Izbą dla przystępującego argumentu na dowód braku równoważności do urządzenia SIEMAG TECBERG. W związku z powyższym w tamtym postępowaniu ani zamawiający, ani przystępujący nie kwestionowali elementu obrotowego urządzenia jako elementu wykluczającego równoważność urządzeń. W ocenie

Izby nowy warunek zamawiającego w bieżącym postępowaniu wprowadzający zakaz elementów obrotowych w urządzeniu „trójkomorowy podajnik rurowy” bez jakiegokolwiek merytorycznego odniesienia się do tego zakazu nie znajduje usprawiedliwienia.

7 - analiza zgodności oferowanego przedmiotu z SIWZ w postępowaniu ZP/033/2016 budowa instalacji klimatyzacji centralnej o mocy chłodniczej 3 MW z możliwością rozbudowy

do 6 MW KWH S.A. KWK Mysłowice-Wesoła (KIO 634/17; KIO 652/17 i KIO 656/17) w zakresie odrzucenia ofert zawartych w piśmie z 24.03.2017, Opinia Instytutu Gdańsk, luty 2018, dr inż. M. J. i prof. dr hab. inż. D. M., Politechnika Gdańska Wydział Mechaniczny. W ocenie Izby z treści i okoliczności wydania opinii przez Biegłych, nie wynika podstawa wywodzenia w tym postępowaniu nie uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu co do ilości komór czy zakazu stosowania elementów obrotowych, jak dowodzi zamawiający czy przystępujący. Jak wynika z opinii Biegłych stwierdzony brak równoważności wynikał z niespełnienia parametrów wody lodowej w stosunku do urządzenia SIEMAG TECBERG. W pozostałym zakresie Biegli stwierdzili równoważność oferty odwołującego. Odwołujący na rozprawie zwraca uwagę na str. 6 i 8 opinii Biegłych, gdzie wskazuje się na niespełnienie parametrów wody lodowej. „Przypominam, że w postępowaniu przed KIO wnioski na str. 6 w ostatnim akapicie były niezbyt jednoznaczne i dlatego zadawano pytania Biegłym i stwierdzili, że przyczyną nie równoważności jest niespełnienie parametrów wody lodowej. Reasumując ocena wydanej opinii przez Biegłych jak i zadawane pytania na przesłuchaniu Biegłych nie wykazały innych elementów oferowanego urządzenia UWE jako nie równoważnych w tym co do ilości komór czy też elementów obrotowych urządzenia i nie były podnoszone przez zamawiającego KWH czy też przystępującego po jego stronie SIEMAG TECBERG”. W dniu 10 kwietnia 2018 roku na rozprawie prof. dr hab. inż. Pan D. M. oświadczył „powołując się już na technikę, technologię PES to jest rozwiązanie 3 komorowe, objęte patentem, ale też istnieją koncepcje 1 komorowe, które nie są objęte patentem. Przy rozwiązaniu Elektrometal zasada bezpośredniej wymiany ciśnienia i ciepła została zachowana”. Reasumując ocena urządzenia odwołującego była kompleksowa co do spełnienia równoważności.

Zamawiający podtrzymując swoje stanowisko co do wymogów równoważności w zakresie kwestionowanej ilości komór jak i elementów obrotowych 1: wskazał na rozprawie, że nie tylko SIEMAG TECBERG jako przystępujący może zaoferować to urządzenie ale są na rynku inni dostawcy tego urządzenia jak Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. w Bytomiu - CHITEC S.A. Piekary Śląskie oraz HPE World przedstawiając katalog i wydruk

komputerowy. W ocenie Izby nie zmienia to okoliczności, że zamawiający nie odniósł się co do jego potrzeb, które spowodowały postawienie wymogu ilości komór to jest nie więcej niż trzy komory oraz brak wymogu jako elementów obrotowych to jest wirnika w oferowanym urządzeniu, które to wymogi zakwestionował odwołujący jako uniemożliwiające zaoferowanie urządzenia, które spełnia potrzeby wydajnościowe czy funkcjonalne dla urządzenia o nazwie „trójkomorowy podajnik rurowy”. Zamawiający powołując się na dowody z poprzednich postępowań odwoławczych w tym 2: opinię Biegłych nie przedstawił argumentacji kontra zarzutom odwołania to jest co do wymaganej maksymalnej ilości komór jak i zakazu elementów obrotowych np. wirnik. W ocenie Izby ten dowód nie daje prawa zamawiającemu do wymagania maksymalnie trzech komór czy prawa do zakazu elementów obrotowych w urządzeniu trójkomorowy podajnik rurowy SIEMAG TECBERG. Natomiast stanowiska

merytorycznego co do zarzuconych w odwołaniu wymagań technicznych w postępowaniu odwoławczym zamawiający nie przedstawił.

Z kolei przystępujący SIEMAG TECBERG jako przystępujący przy piśmie z 03.09.2018 załączył następujące dowody: 1 - artykuł prof. dr hab. inż. Nikodem Szlązak, „Chłodnictwo”

pt. Sposoby redukcji ciśnienia hydrostatycznego w instalacjach klimatyzacji centralnej kopalń podziemnych przywołany w sprawie KIO Sygn. akt KIO 1382/16 gdzie jak wyżej Izba ustaliła artykuł służył co do rozpoznania zarzutu eliminacji jako równoważnych urządzeń PES

posiadających pośrednią wymianę ciepła i ciśnienia a nie bezpośrednią wymianę ciśnienia i ciepła charakterystyczną dla urządzenia trójkomorowy podajnik rurowy dla górnictwa podziemnego SIEMAG TECBERG. W związku z powyższym, w ocenie Izby, omawiane zagadnienia w przywołanym artykule prof. dr hab. inż. Nikodema Szlązaka nie uzasadniają

postawienia przez zamawiającego wymogu maksymalnie trzech komór ani zakazu elementów obrotowych co zwalcza odwołujący w tym postępowaniu jako naruszenie zasad uczciwej konkurencji, które powodują niemożność złożenia oferty w postępowaniu na centralną klimatyzację w zakładzie górniczym.

2 - pismo SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. do KIO, załącznik - opinia, analiza zgodności SIWZ w postępowaniu ZP/033/2016 budowa instalacji klimatyzacji centralnej o mocy chłodniczej 3 MW z możliwością rozbudowy do 6 MW KHW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła w zakresie odrzucenia ofert zawartych w piśmie z 24.03.2017, Gdańsk, luty 2018, dr inż. M. J. i prof. dr hab. inż. D. M., Politechnika Gdańska Wydział Mechaniczny; 3 - w wersji niemieckiej oraz tłumaczenie, pismo Danfoss z 09.02.2017; 4 - protokół rozprawy z 10.04.2018 w sprawie o sygn. akt KIO 634/17, 652/17 i 656/17. Powyższe dowody, przywołane na okoliczność bezzasadności zarzutów odwołania, nie zawierają elementu uprawdopodobniającego, że potrzebą zamawiającego w tym postępowaniu jest wymóg co do maksymalnie trzech komór czy też zakazu elementów obrotowych urządzenia „trójkomorowy podajnik rurowy” (system PES - Pressure Exchange System). Wszystkie te dowody świadczą o tym, że oferowane wówczas urządzenie UWX-3K-Ex-01 przez odwołującego jest funkcjonalnie równoważne do trójkomorowego podajnika rurowego SIEMAG TECBERG za wyjątkiem wymogu co do różnicy temperatur wody lodowej i ciepłej w obiegu pierwotnym i wtórnym. Ta okoliczność spowodowała oddalenie odwołania odwołującego w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 634/18. W ocenie Izby dowody przywołane przez przystępującego nie wskazują jakie to potrzeby zamawiającego (funkcjonalne, wydajnościowe oferowanego urządzenia) nie zostaną spełnione jeżeli urządzenie oferowane jako „trójkomorowy podajnik rurowy” (system PES - Pressure Exchange System) będzie miał więcej niż trzy komory czy też elementy obrotowe np. wirnik. Zamawiający na rozprawie na dowód, iż jego opis przedmiotu zamówienia jest poprawny przedstawił, autoryzowany przez pełnomocnika zamawiającego, wyciąg jak twierdzi z ekspertyzy wykonanej przez prof. O. Z przedstawionego wyciągu wynika między innymi, że przedstawione komentarze jak również uwagi natury zarówno ogólnej jak i szczegółowej mogą być pomocne dla doprecyzowania warunków tego zamówienia. Z ostatniego zdania na jednej kartce z opinii przedłożonej jako dowód w sprawie wynika wprost „Reasumując, należy stwierdzić, że zapisy SIWZ zostały przygotowane precyzyjnie w zakresie technicznym i poza wymienionymi w niniejszym koreferacie uwagami i zaleceniami nie budzą większych zastrzeżeń”. Złożony w ten sposób „dokument” nie stanowi żadnego dowodu ze względu merytorycznego jak i formalnego a tym bardziej nie wyjaśnia przyczyn odmowy merytorycznego rozważenia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Zamawiający przedstawiając w takiej formie dokument (jedna kartka pn.5. Podsumowanie) nie przedstawił merytorycznego stanowiska co do zarzutów odwołania. Reasumując nie wykazał potrzeb co do budowy trójkomorowego podajnika rurowego w zakresie maksymalnej ilości komór jak i elementów obrotowych typu wirnik.

Izba zważyła

Na podstawie dokonanych w sprawie przez Izbę ustaleń, przedstawionych powyżej w ustaleniach Izby, w związku z przeprowadzonym postępowaniem dowodowym z dokumentów przywołanych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego SIEMAG TECBERG jak i z akt sprawy o Sygn. akt: KIO 1382/16; KIO 634/17, KIO 652/17 i KIO 656/17 oraz rozpatrując argumentację faktyczną i prawną stron i uczestników w pismach procesowych w tym odwołaniu, na rozprawie jak i stanowiskach końcowych w załączniku do protokołu, które przedstawiono w części wstępnej uzasadnienia - stanowiska stron, Izba zważyła jak poniżej.

Izba uwzględniła w całości podniesione zarzuty odwołania oparte na art.29 ust.2 i art.7 ust.1 ustawy Pzp. co do naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy opisanu przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w zakresie ustalenia maksymalnej ilości komór jak i zakazu wyposażenia urządzenia w elementy obrotowe np.: wirniki.

Izba po rozważeniu dowodów i stanowisk stron oraz uczestników po stronie zamawiającego stwierdza, że zamawiający tak formułując wymogi techniczne a właściwie wymogi co do budowy przedmiotu zamówienia „trójkomorowy podajnik rurowy” do zastosowania w centralnej klimatyzacji podziemnego zakładu górniczego (zadanie nr 2) dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, który może utrudniać uczciwą konkurencję. Bowiem zamawiający w toku postępowania odwoławczego nie wykazał merytorycznego stanowiska co do jego potrzeb a tym bardziej dowodów na konieczność wymagań co do budowy urządzenia „trójkomorowy podajnik rurowy” opartego na patencie SIEMAG TECBERG. Natomiast odwołujący składając odwołanie w zakresie zarzutów w nim podniesionych wskazał na brak możliwości złożenia oferty z powodu zaskarżonych postanowień SIWZ.

Zagadnienie centralnej klimatyzacji w zakładach górniczych węgla kamiennego było przedmiotem rozstrzygnięcia kolejno w następujących postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą: KIO 1382/16 oraz w sprawach połączonych KIO 634/17; KIO 652/17 i KIO 656/17. Jak już wyżej podkreślono w ustaleniach Izby pierwszą ze spraw, która miała miejsce przed Krajową Izbą Odwoławczą a dotyczyła opisu przedmiotu zamówienia, rozstrzygnięto na korzyść zamawiającego wówczas Katowicki Holding Węglowy(KHW), oddalając odwołanie. W tej sprawie Izba orzekła, że nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji ustalenie, wymogu dla klimatyzacji centralnej w zakładach górniczych, zasady bezpośredniej wymiany ciepła i ciśnienia a odmówiła zastosowania wymiany pośredniej ciepła i ciśnienia. Orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej uwzględniono racje zamawiającego Katowicki Holding Węglowy (poprzednika prawnego aktualnego zamawiającego - Polska Grupa Górnicza S.A. w Katowicach) i przystępującego SIEMAG TECBERG co do zakazu stosowania w urządzeniach klimatyzacji wymiany pośredniej ciśnienia i ciepła w podziemnych zakładach górniczych. W wyniku takiego rozstrzygnięcia Izby zamawiający KHW przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trakcie którego odrzucono między innymi ofertę odwołującego, jako nie spełniającą wymogów SIWZ w zakresie równoważności z trójkomorowym podajnikiem rurowym dla górnictwa podziemnego. W wyniku przeprowadzonego z urzędu dowodu z opinii Biegłego Instytutu, wykonanej przez Politechnikę Gdańską stwierdzono brak równoważności oferty odwołującego co do oferowanego urządzenia UWX-3K-Ex-01. Pomimo stwierdzenia w opinii funkcjonalności oferowanego urządzenia UWX-3K-Ex-01 to ze względu na parametr techniczny co do temperatur wody, w zakresie uzyskiwania różnic temperatury między obiegiem wody pierwotnym wody lodowej a obiegiem wtórnym wody ciepłej, nie potwierdzono równoważności oferowanego urządzenia. Tak więc jedynie z tego powodu (wymagana różnica temperatur wody) oferta odwołującego (Sygn. akt KIO 634/17) nie została uznana za równoważną w stosunku do trójkomorowego podajnika rurowego SIEMAG

TERCBEG - wzorcowego urządzenia. Ta równoważność została stwierdzona przy występujących elementach obrotowych w urządzeniu UWE-3K-EX-01, które nie zostały zakwestionowane zarówno przez zamawiającego (wówczas Katowicki Holding Węglowy) jak i przez uczestnika SIEMAG TECBERG, to jest konstrukcja obrotowa i zabudowana pompa łopatkowa, wspomagająca obieg wysokiego ciśnienia. Z treści opinii Biegłych wynikało, że oferowane urządzenie odwołującego spełnia co do funkcjonalności wymóg równoważności ale tylko ze względów formalnych nie można przyznać równoważności (opinia Gdańsk luty 2018 : strona 6 ostatni akapit strona 7 pierwszy akapit oraz strona 8 przedostatni akapit; protokół z rozprawy z dnia 10.04.2018 w sprawie o Sygn. akt: KIO 634/17;652/17;656 /17 strona 5 ostatni akapit i strona 6 pierwszy i drugi akapit).

Izba uwzględniając zarzuty odwołania w całości w niniejszym postępowaniu podzieliła stanowisko odwołującego, który zakwestionował ograniczenia ustalone przez

zamawiającego co do budowy opisanego w SIWZ przedmiotu zamówienia „trójkomorowy podajnik rurowy” (system PES - Pressure Exchange System). Definicja tego urządzenia zamieszczona jest na str. 20 i 21 SIWZ w pkt V Definicje i słownik terminów technicznych

istotnych dla Zamawiającego ppkt 2 gdzie zdefiniowano urządzenie „trójkomorowy podajnik rurowy” (system PES - Pressure Exchange System)”. Zastrzeżenie odwołującego odnosi się do wymogu, że urządzenie ma zawierać się „w maksymalnie 3 komorach” jak i

„zapewniające przepływ wody lodowej zasilającej i wody ciepłej powrotnej do obiegów pierwotnego i wtórnego bez elementów obrotowych (typu np. dodatkowy wirnik). Zdaniem odwołującego jest to niedopuszczalna ingerencja zamawiającego, naruszająca konkurencję przez narzucanie wymogów co do budowy urządzenia (pn. trójkomorowy podajnik rurowy PES) w sytuacji gdy urządzenie spełnia wymagania funkcjonalne i wydajnościowe. Izba podziela stanowisko odwołującego z powodu, że zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek

argumentów, które by wskazywały na konieczność takiej konstrukcji ze względu na wymagania czy to funkcjonalne czy wydajnościowe urządzenia. Przedstawione dowody przez zamawiającego jak i przystępującego SIEMAG TECBERG z poprzednich postępowań odwoławczych faktycznie wskazują na brak równoważności urządzenia UWX-3K-Ex-01 do urządzenia wzorcowego trójkomorowy podajnik rurowy chroniony patentem SIEMAG TECBERG. Niemniej powód odmowy równoważności na podstawie powołanych z urzędu Biegłych (Opinia Politechnika Gdańska) dotyczył jednego aspektu urządzenia to jest nie osiągnięcia wymaganej różnicy temperatur wody lodowej i wody ciepłej w obiegach pierwotnym i wtórnym. W pozostałym zakresie różnic, to jest występowania elementów obrotowych czy też ilości komór, nie stwierdzono ani w Opinii, ani na przesłuchaniu Biegłych na rozprawie, wskutek zadawanych pytań czy to przez zamawiającego, czy przystępującego

SIEMAG TECBERG, podając jako przyczyny braku równoważności oferowanego urządzenia z referencyjnym urządzeniem.

Odwołujący na rozprawie w przedmiotowej sprawie twierdził, że aktualnie posiadane urządzenie tę przyczynę braku równoważności (poziom różnicy temperatur wody) ma zlikwidowaną i w sumie jest to inne urządzenie niż UWX-3K-Ex-01. Przy czym ani zamawiający, ani przystępujący SIEMAG TECBERG nie odniósł się do stwierdzenia odwołującego na rozprawie „jeszcze raz podkreślam, że urządzenie, które chcemy zaoferować w tym postępowaniu, jest innym urządzeniem niż to badane przez Biegłych w tamtym postępowaniu. Jest inny moduł redukcji ciśnienia, tj. inne, kompletne urządzenie, natomiast nadal w tym urządzeniu użyty jest wirnik. Dlatego kwestionujemy postanowienie SIWZ, które uniemożliwia złożenie urządzenia zawierającego wirnik”.

Podsumowując, uwzględnienie zarzutu co do nieuzasadnionego przez zamawiającego zakazu elementów obrotowych, czy też ilości komór Izba stwierdza.

W ocenie Izby postawienie w aktualnym postępowaniu o udzielenie zamówienia ograniczenia co do budowy urządzenia a nie jego funkcjonalności to jest zakazu elementów obrotowych typu np. dodatkowy wirnik, stanowi nieuzasadnione ograniczenie konkurencji

sprowadzające się do wypełnienia przesłanki z art.29 ust.2 ustawy Pzp. z powodu nie wykazania przez zamawiającego potrzeby takiej regulacji.

Zamawiający nie odniósł się do zarzutów odwołania co do braku potrzeb zamawiającego w takim ukształtowaniu postanowień SIWZ zarówno co do ilości komór jak i elementów obrotowych. Zamawiający na odparcie zarzutów jak już wyżej nadmieniono przedstawił Opinię Biegłych z Politechniki Gdańskiej na okoliczność, że oferowane urządzenie odwołującego nie spełnia wymogu równoważności (trójkomorowy podajnik rurowy według patentu SIEMAG TECBERG a urządzenie odwołującego UWX-3K-Ex-01). Powyżej dowód Opinii oceniono pod kątem zarówno jego przydatności jak i nieprzydatności w sprawie. Prawdłowo ocenił ten dowód odwołujący stwierdzając, że może on służyć w szczególności do stwierdzenia równoważności bądź braku równoważności. Natomiast Izba oceniając ten dowód stwierdziła już jak powyżej, że wskazuje on na to, że okoliczność elementów obrotowych w urządzeniu UWX-3K-Ex-01 nie przesądziła o braku równoważności z urządzeniem referencyjnym to jest trójkomorowym podajnikiem rurowym według patentu SIEMAG TECBERG.

Skoro zamawiający na okoliczność zarzutu, co do braku potrzeby dyktowania jak ma być zbudowane urządzenie, wskazuje innych producentów trzy komorowych systemów to oznacza, że nie dopuszcza rozwiązań równoważnych to znaczy o innej budowie ale spełniających wymagane parametry funkcjonalności czy też wydajności.

Z kolei jeżeli przyjąć według wymogów SIWZ, że budowa trójkomorowego podajnika rurowego ma istotne znaczenie dla funkcjonowania czy wydajności urządzenia (maksymalnie trzy komory i brak elementów obrotowych np. wirnik) to przynajmniej zamawiający powinien

przedstawić te okoliczności pod ocenę odwołującego i rozważyć, czy co do obiektywnych w tym zakresie potrzeb zamawiającego. Natomiast zamawiający żadnych okoliczności w tym zakresie nie przedstawił. Tak więc za przekonującą Izba uznała argumentację odwołującego przedstawioną na rozprawie: Dowód nr 3 przedstawiony przez zamawiającego wskazuje innego producenta, który domniemywam nawet gdyby spełniał parametry, określone w specyfikacji, co do budowy urządzenia, to ja mam urządzenie, które ma inną budowę niż opisana przez zamawiającego, ale spełniające wymagania funkcjonalne i wydajnościowe. Reasumując, tylko z tego powodu, że mam inną budowę urządzenia nie mogę złożyć oferty zamawiającemu. I dalej „Odnosząc się ogólnie do dowodów, które przedłożył przystępujący przy piśmie z 03.09.2018 w mojej ocenie nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie, a jedynie świadczą o tym, że moje urządzenie nie spełnia wymogów zamawiającego. One mają potwierdzić i potwierdzają, że urządzenie, które złożyliśmy w poprzednim postępowaniu, prowadzonym przez KHW, nie spełniało wymagań tamtej specyfikacji, natomiast w tym postępowaniu odwołujący zamierza złożyć ofertę na inne urządzenie, którego w stosownym czasie będzie badana równoważność. Nie są to dowody służące wykazaniu przesłanek bezpodstawności odwołania. Uważam, że dowody te nie wskazują w żaden sposób uzasadnienia dla zamawiającego sformułowania wymogów tak jak to sformułował. Ma to wartość historyczną, a nie służy przedmiotowemu postępowaniu”.

Reasumując zamawiający i popierający go przystępujący nie wykazali obiektywnych okoliczności, które wymagałyby obostrzeń co do budowy urządzenia trójkomorowego podajnika rurowego według wskazań SIWZ.

Natomiast na rozprawie pełnomocnik zamawiającego, jak już nadmieniono powyżej przywołał innych dostawców niż SIEMAG TECBERG trójkomorowego systemu odzyskiwania energii. Powołał się na potrzeby zamawiającego do których wykonawcy mają się dostosować bez względu na obiektywność tych potrzeb, na zakaz prototypów, warunki geologiczno-górnictwa kopalni i nie dopuszczenie stosowania turbin Peltona, bo turbina Peltona posiada elementy wirowe, na istniejące zagrożenie metanowe. Ponadto pełnomocnik

zamawiającego wskazał, „rozeznano rynek, zwłaszcza w Polsce, odbyliśmy spotkania z stowarzyszeniem inżynierów i techników górnictwa, którzy oszacowali nam konieczną moc chłodniczą na kopalni Marcel w 2014. Również w 2016 Zespół Zagrożeń Klimatycznych z udziałem Głównego Instytutu Górnictwa z udziałem najwyższego autorytetu prof. N. S. AGH. (...) Ostatecznie w Europie zrezygnowano ze stosowania turbiny Peltona jako przestarzałego rozwiązania i jako miarodajne stosuje się rozwiązanie PESA. (...) chcemy wykluczyć, że ktoś przyjdzie z urządzeniem przestarzałym. Z samej zasady jest to urządzenie gorsze niż PESA. PESA nie posiada elementów wirujących, jest to inne rozwiązanie, które bardziej nam odpowiada. Zasadnicza różnica między turbiną Peltona a PESĄ polega na tym, że redukujemy ciśnienie poprzez zastosowanie tłoku wodnego, a nie turbiny wirującej.(.) uzyskaliśmy dodatkowo koreferat naukowy AGH prof. nadzwyczajnego D. O., wychowanka prof. S. i przyjęto jako optymalne rozwiązanie PESA.(.) Nie mogę przedłożyć Izbie dokumentu w całości, ponieważ są tu elementy tajemnicy przedsiębiorstwa, które są chronione. Chcę przywołać str. 19, podsumowanie, z którego wynika, że poprawnie skonstruowaliśmy SIWZ pod względem technicznym. Podsumowując pracę prof. O., zwracam uwagę że przedstawiliśmy jemu koncepcję podziału zadania na trzy części, tj. jak mówiliśmy rurociągi, infrastruktura na powierzchni, urządzenie podziemne i prosiliśmy o opinię, co do tego, aby te wszystkie części ze sobą korelowały. Wprost nie pisze, że jedynym urządzeniem może być trójkomorowy podajnik cieczy, ale przyznał, że proponowane przez nas rozwiązanie PESY jest prawidłowe. Chciałbym zwrócić uwagę, że gdyby coś zmienić w tych częściach połączonych mogłoby spowodować, że całość nie byłaby funkcjonalna, sprawna”.

Przystępujący wypowiadając się na rozprawie stwierdził m.in. Chciałbym również zwrócić uwagę na to, że nie zgadzam się z interpretacją odrzucenia oferty odwołującego w postępowaniu na kopalnię Mysłowice-Wesoła 24.03.2017, bowiem że zamawiający KHW odrzucił ofertę odwołującego jako nierównoważną nie oznacza, że mogły istnieć inne powody tej nierównoważności, albo że te powody są prawidłowe i w związku z tym nie oznacza to, że z innych powodów, niż wskazane w tym piśmie, można uznać produkt za nierównoważny. Uważam, że te dowody ze specyfikacji czy dowody odrzucenia 24.03.2017 jak również mojego pisma z 14.04.2017, dowód nr 6, nie są adekwatne do rozpoznania tej sprawy. Ja uważam, że biegli w opinii z Politechniki Gdańskiej w ogóle nie odnosili się do kwestii elementów wirujących, czy też trójkomorowego podajnika cieczy. Oni odnosili się do kryteriów równoważności, decyzyj o odrzuceniu oferty, a także praktycznych rozwiązań odwołującego i z tego wywiedli, czy jest spełniona równoważność, opisana w danym SIWZ. W związku z tym wywiedzenie do niniejszej sprawy, iż o pewnych kwestiach nie wypowiadali się, nie oznacza, że te rozwiązania, które nie komentowali, są dopuszczalne, co oznacza, że biegli nie uznali tych okoliczności za nieistotne”.

Odwolujący odnosząc się do wypowiedzi zamawiającego i przystępującego SIEMAG TECBERG między innymi na rozprawie stwierdził "Nie zgadzam się też z zarzutami Przystępującego, że nie prawidłowo sformułowaliśmy zarzuty odnośnie maksymalnie trójkomorowego systemu PESA, czyli więcej części, tak więc nasze odwołanie należy rozpatrywać od treści, a nie nazw. Reasumując, oczekujemy skreślenia „maksymalnie”. Jest to jeden z trzech wniosków. Też chciałbym sprostować pewne przekłamania i stwierdzam, że my nie oferujemy turbiny Peltona, nie będziemy oferować prototypu, nasze rozwiązanie nie jest bardziej złożone niż referencyjne, bo aktualnie nie posiada silnika”.

Izba odnosząc się do powyżej zacytowanych wybranych argumentów stron i uczestnika na rozprawie stwierdza jak powyżej to jest, że ani zamawiający, ani przystępujący nie odnoszą się do postawionego zarzutu, który brzmi jakie potrzeby zamawiającego obligują go do ograniczenia ilości komór do maksymalnie trzech i jakie powody wykluczają stosowanie elementów obrotowych np. wirnik. Dlaczego zamawiający nie ogranicza wymagań przez określenie funkcjonalności i wydajności urządzeń a przez budowę. Dlaczego kompletne urządzenie typu PES może mieć maksymalnie trzy komory oraz dlaczego nie może mieć elementów obrotowych np. wirnik. Zamawiający ani przystępujący nie udzielają na te pytania odpowiedzi a tylko posługują się następującymi stwierdzeniami czy też zaostreniami przystępujący na rozprawie "Chciałbym również zwrócić uwagę na to, że nie zgadzam się z interpretacją odrzucenia oferty odwołującego w postępowaniu na kopalnię Mysłowice-Wesoła 24.03.2017, bowiem że zamawiający KHW odrzucił ofertę odwołującego jako nierównoważną nie oznacza, że mogły istnieć inne powody tej nie równoważności, albo że te powody są prawidłowe i w związku z tym nie oznacza to, że z innych powodów, niż wskazane w tym piśmie, można uznać produkt za nierównoważny. Uważam, że te dowody ze specyfikacji czy dowody odrzucenia 24.03.2017 jak również mojego pisma z 14.04.2017, dowód nr 6, nie są adekwatne do rozpoznania tej sprawy. Ja uważam, że biegli w opinii z Politechniki Gdańskiej w ogóle nie odnosili się do kwestii elementów wirujących, czy też trójkomorowego podajnika cieczy. Oni odnosili się do kryteriów równoważności, decyzji o odrzuceniu oferty, a także praktycznych rozwiązań odwołującego i z tego wywiedli, czy jest spełniona równoważność, opisana w danym SIWZ. W związku z tym wywodzenie do niniejszej sprawy, iż o pewnych kwestiach nie wypowiadali się, nie oznacza, że te rozwiązania, które nie komentowali, są dopuszczalne, co oznacza, że biegli nie uznali tych okoliczności za nieistotne". Z powyższych wywodów przystępującego wynika, że Biegłych zwłaszcza na rozprawie nie pytano czy równoważność zachodzi w przypadku urządzeń obrotowych np. wirnik i nie wiadomo jakiej odpowiedzi by udzielili gdyby im zadano pytanie. Niemniej ani zamawiający, ani przystępujący nie negują faktu, że elementy obrotowe urządzenie odwołującego UWX-3K-Ex-01 zawierało. Tym bardziej należy zadać i odpowiedzieć na pytanie dlaczego ani zamawiający, ani przystępujący mając Biegłych na rozprawie nie zadali w tym kierunku pytania pod kątem równoważności UWX-3K-Ex-01 z urządzeniem typu PES. W ocenie Izby należy domniemywać, że ani zamawiający, ani odwołujący nie uważali tych okoliczności (element obrotowy np. wirnik) za wykluczające równoważność rozwiązania UWX-3K-Ex-01 z systemem PES wzorowanym na trójkomorowym podajniku rurowym na patencie SIEMAG TECBERG.

Co do kwestii podziału zamówienia na części (rurociągi, trójkomorowy podajnik rurowy i chłodnice powietrza oraz powierzchniowa stacja klimatyzacji centralnej) i podnoszonej przez

zamawiającego kwestii braku kompatybilności tych zadań, wskutek uwzględnienia odwołania. W ocenie Izby w sytuacji uwzględnienia odwołania zmiana SIWZ zostanie wprowadzona przed terminem składania ofert co umożliwi zapewnienie kompatybilności poszczególnych zadań wykonawcom składającym oferty.

Co do argumentacji przystępującego o nie zakwestionowaniu wszystkich zapisów postanowień SIWZ zawierających zwroty odnoszące się do „trójkomorowy podajnik rurowy” to jest „w maksymalnie trzech komorach” czy też „bez elementów obrotowych (typu np. dodatkowy wirnik)” to w ocenie Izby obowiązkiem zamawiającego wskutek uwzględnienia

odwołania jest ujednolicić wszystkie zapisy zawierające kwestionowane postanowienia w

SIWZ.

Reasumując Izba nie stwierdza aby w wyniku przeprowadzonego postępowania odwoławczego zamawiający wykazał, że uwzględnienie zarzutów odwołującego narusza jego interes w kwestiach dbałości o potrzeby zamawiającego, zwłaszcza co do jakości produktu, ochrony obowiązujących przepisów prawa, kompatybilności zadania podzielonego na trzy części, jak i słusznego interesu zamawiającego czy też próby przedłużenia procedury postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy na podstawie art.192 ust.2 ustawy Pzp uwzględniono odwołanie stwierdzając naruszenie art.29 ust.2 i art.7 ust.1 ustawy Pzp w związku z kwestionowanymi w odwołaniu postanowieniami SIWZ.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz §

3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 2) 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od przystępującego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę 18.900,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis przez odwołującego (15.000,00zł), wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego na podstawie złożonej faktury vat (3.600,00zł.) i koszty dojazdu na rozprawę (300,00zł.).

Przewodniczący: