

Sygn. akt: KIO 329/18

## WYROK

z dnia 12 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2018 r. przez wykonawcę **MWM Elektro Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebini** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna z siedzibą w Bogdance**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów wycofanych przez Odwołującego.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **MWM Elektro Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebini** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy zero złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.

4. Zasądza od Odwołującego – **MWM Elektro Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebini**, kwotę 3 949,53 zł (trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, 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 Lublinie.

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Lubelski Węgiel Bogdanka Spółka Akcyjna z siedzibą w Bogdance, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie modernizacji maszyny wyciągowej i urządzenia sterowniczo-sygnałowego górniczego wyciągu szybu 1.3 LW „Bogdanka” S.A.”, nr ref. 86711ZP/MST120171.

W dniu 22 lutego 2018 r. wykonawca MWM Elektro Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebini wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na sformułowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) z naruszeniem przepisów prawa, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w postępowaniu tj. wprowadzenie w pkt 4 [b] tire [1] zd. [1] i [2] OPZ wymogu, by obwody wirników silników wyciągowych zasilic z czterech jednokierunkowych przekształtników tyrystorowych chłodzonych powietrzem, z których każdy zabudowany będzie z sześciu tyrystorów, a prąd wyprostowany znamionowy ciągły przekształtników był nie niższy, niż 6 kA, który to wymóg - odnośnie wymaganego prądu znamionowego zasilanych silników - nie ma technicznego uzasadnienia, a w całości ogranicza konkurencję w Postępowaniu, gdyż przekształtniki tego typu nie występują w powszechnie dostępnych ofertach producentów przekształtników tyrystorowych;
2. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w postępowaniu tj. wprowadzenie w pkt 4 [b] tire [1] zd. 3 OPZ wymogu, by przeciążalność przekształtników spełniała wymagania normy PN-IEC146-1-1+AC dla V klasy przeciążalności [górnictwo] tj. zapewniała przeciążalność prądem 150% prądu znamionowego przez 2h i przeciążenie prądem o wartości 200% prądu znamionowego przez 1 min, podczas, gdy wymóg ten nie ma technicznego uzasadnienia, a ogranicza konkurencję w Postępowaniu, gdyż przekształtniki tego typu nie występują w powszechnie dostępnych ofertach producentów przekształtników tyrystorowych;
3. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w postępowaniu tj. wprowadzenie w pkt 4 [b] tire [1] OPZ szczegółowych wymagań odnośnie zabezpieczenia temperaturowego przekształtników tyrystorowych, które nie

mają technicznego uzasadnienia, a - narzucając konkretne rozwiązanie techniczne - ograniczają konkurencję w Postępowaniu;

4. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w postępowaniu tj. wprowadzenie w pkt 4 [b] tire [3] OPZ wymogu, by układy regulacji prądu przekształtników wyposażyć w dwa niezależne układy pomiaru prądu z których jeden powinien mierzyć prąd zasilania przekształtników, a drugi prąd wyjściowy, podczas, gdy nie ma on technicznego uzasadnienia, a - narzucając konkretne rozwiązanie techniczne - ogranicza konkurencję w postępowaniu;
5. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w postępowaniu tj. wprowadzenie w pkt 4 [b] tire [4] zd. [2] OPZ wymogu, by zakres wyzwalacza nadprądowego wynosił, co najmniej od 8 - 16 kA, podczas, gdy wymóg ten nie ma technicznego uzasadnienia, a ogranicza konkurencję w postępowaniu, gdyż wyłączniki szybkie tego typu nie występują w powszechnie dostępnych ofertach uznanych producentów;
6. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w postępowaniu tj. wprowadzenie w pkt 7 zd. 1 OPZ obowiązku, by w terminie ustalonym z Zamawiającym, poprzedzającym proces przełączenia urządzeń, wykonać kontrolę łożyskowania łożysk głównych przez rzeczoznawcę ds. ruchu wyciągów szybowych w celu dokonania weryfikacji zużycia łożysk głównych maszyny wyciągowej, podczas, gdy Zamawiający dysponuje aktualną informacją dotyczącą zużycia łożysk głównych, której nie udostępnił wszystkim wykonawcom, a która - wskutek tego, iż jeden z potencjalnych oferentów jest rzeczoznawcą ds. ruchu wyciągów szybowych u Zamawiającego - jest znana przez tego wykonawcę, co ogranicza uczciwą konkurencję i równą pozycję wykonawców w Postępowaniu, gdyż tylko jeden z nich posiada informacje niezbędne do należytej wyceny oferty;
7. art. 353[1] k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez ukształtowanie §1 ust. 14 zd. [2] projektu umowy w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową i ograniczający konkurencję w postępowaniu tj. poprzez przyznanie Zamawiającemu niczym nieograniczonego prawa do zmian wysokości wynagrodzenia za poszczególne zakresy robót ujęte w harmonogramie rzeczowo-finansowym, przedłożonym Zamawiającemu do zatwierdzenia, co stwarza dla wykonawców niewycenialne ryzyka kontraktowe, zniechęcając ich do udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji ograniczając konkurencję w Postępowaniu;

8. art. 353[1] k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez ukształtowanie §13 ust. 1 pkt [a] i [b] projektu umowy w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową i ograniczający konkurencję w postępowaniu tj. poprzez uniezależnienie odpowiedzialności wykonawcy za kary umowne przewidziane w §13 ust. 1 pkt [a] i pkt [b] projektu umowy od winy wykonawcy, co stwarza dla wykonawców niewycenialne ryzyka kontraktowe, zniechęcając ich do udziału w Postępowaniu;
9. art. 353[1] k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez ukształtowanie §13 ust. 1 pkt [b] projektu umowy w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową i ograniczający konkurencję w postępowaniu tj. poprzez zaniechanie uzależnienia zakresu odpowiedzialności wykonawcy od wartości części przedmiotu umowy, względem której wykonawca nie wykonał obowiązków do usunięcia wad, co stwarza dla wykonawców niewycenialne ryzyka kontraktowe, zniechęcając ich do udziału w Postępowaniu;
10. art. 353[1] k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie §13 ust. 1 pkt [a]-[d] projektu umowy w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową i ograniczający konkurencję w postępowaniu tj. poprzez zaniechanie ustalenia maksymalnego limitu kar umownych na poziomie 10% wartości wynagrodzenia brutto, co stwarza dla wykonawców niewycenialne ryzyka kontraktowe, zniechęcając ich do udziału w postępowaniu;
11. naruszenie art. 353[1] k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez ukształtowanie §13 projektu umowy w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową i ograniczający konkurencję w postępowaniu tj. poprzez zaniechanie wprowadzenia obowiązku zapłaty kary umownej przez Zamawiającego w przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę wskutek okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, co powoduje zachwianie równowagi kontraktowej, zniechęcając wykonawców do udziału w postępowaniu;
12. art. 353[1] k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez ukształtowanie §14 ust. 5 pkt [a] projektu umowy w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową i ograniczający konkurencję w postępowaniu tj. poprzez obciążenie wykonawcy obowiązkiem sprzedaży materiałów i urządzeń - na etapie po odstąpieniu od Umowy - po kosztach ich zakupu przez Wykonawcę tj. bez marży, co stwarza dla wykonawców niewycenialne ryzyka kontraktowe, zniechęcając ich do udziału w Postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wnioskowanych w Odwołaniu oraz podczas rozprawy;

2. uwzględnienie Odwołania i:

- a) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany pkt 4 [b] tire [1] zd. [1]-[2] OPZ, przez wykreślenie wymagania, by każdy przekształtnik tyrystorowy był zbudowany z sześciu tyrystorów, a prąd wyprostowany znamionowy ciągły przekształtników był nie niższy, niż 6 kA i wprowadzenie reguły, zgodnie z którą: budowa i prąd wyprostowany znamionowy ciągły przekształtników powinny wynikać z dokonanego przez wykonawcę doboru napędu i zapewniać realizację oczekiwanych przez Zamawiającego [stanowiących załącznik do SIWZ] diagramów jazdy;
- b) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany pkt 4 [b] tire [1] zd. 3 OPZ, przez wykreślenie wymagania, by przeciążalność przekształtników spełniała wymagania normy PN-IEC146-1-1+AC dla V klasy przeciążalności [górnictwo] tj. zapewniała przeciążalność prądem 150% prądu znamionowego przez 2h i przeciążenie prądem o wartości 200% prądu znamionowego przez 1 min i wprowadzenie reguły, zgodnie z którą: parametry znamionowe zastosowanych przekształtników tyrystorowych powinny wynikać z dokonanego przez wykonawcę doboru napędu i zapewniać realizację oczekiwanych przez zamawiającego diagramów jazdy lub specjalistycznych prac technologicznych;
- c) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany pkt 4 [b] tire [1] OPZ, przez wykreślenie wymagania, by w celu uzyskania możliwości oceny stopnia obciążenia przekształtników przekształtniki tyrystorowe obwodu głównego były wyposażone w układy pomiaru temperatury obudowy tyrystorów lub radiatorów i wprowadzenie reguły, zgodnie z którą: zastosowane przekształtniki tyrystorowe powinny posiadać układy zabezpieczające je przed przeciążeniem termicznym;
- d) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w pkt 4 [b] tire [3] OPZ, przez wykreślenie wymagania, by układy regulacji prądu przekształtników wyposażać w dwa niezależne układy pomiaru prądu z których jeden powinien mierzyć prąd zasilania przekształtników: a drugi prąd wyjściowy;
- e) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w pkt 4 [b] tire [4j] zd. [2] OPZ, przez wykreślenie wymagania, by zakres wyzwalacza nadprądowego wynosił, co najmniej od 8 - 16 kA i wprowadzenie reguły, zgodnie z którą: zakres wyzwalacza nadprądowego powinien umożliwiać nastawę wynikającą z dwukrotności prądu znamionowego zastosowanych silników napędowych;
- f) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany pkt 7 OPZ zd. 1 OPZ, przez wykreślenie obowiązku, by w terminie ustalonym z Zamawiającym, poprzedzającym proces przełączenia urządzeń, wykonać kontrolę łożyskowania łożysk głównych przez rzeczoznawcę ds. ruchu wyciągów szybowych w celu dokonania weryfikacji zużycia łożysk głównych maszyny wyciągowej oraz nakazanie Zamawiającemu udostępnienia

wykonawcom posiadanej i najaktualniejszej informacji dotyczącej zużycia łożysk głównych maszyny wyciągowej;

- g) ewentualnie [na wypadek przyjęcia przez KIO, iż żądanie określone w ppkt [f] nie jest zasadne] nakazanie Zamawiającemu udostępnienia wykonawcom posiadanej i najaktualniejszej informacji dotyczącej zużycia łożysk głównych maszyny wyciągowej;
  - h) nakazanie Zamawiającemu modyfikacji §1 ust. 14 zd. [2] projektu umowy przez dodanie przed zakończeniem tego zdania zwrotu: i muszą gwarantować wykonawcy prawo otrzymania co najmniej 90% wynagrodzenia za roboty wykonane w danym etapie harmonogramu rzeczowo-finansowego;
  - i) nakazanie Zamawiającemu modyfikacji §13 ust. 1 pkt [a] i pkt [b] projektu umowy, przez zamianę słowa „opóźnienia” na słowo „zwłokę” tj. uzależnienie odpowiedzialności wykonawcy od jego winy;
  - j) nakazanie Zamawiającemu modyfikacji §13 ust. 1 pkt [b] projektu umowy, przez dodanie zastrzeżenia, iż jeśli opóźnienie w usunięciu wad dotyczy części przedmiotu umowy, to podstawą naliczenia kary umownej jest wartość wyłącznie tej części, której dotyczy opóźnienie, a nie wartość całego wynagrodzenia wykonawcy;
  - k) nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia limitu kar umownych, o których mowa w §13 ust. 1 pkt [a]-[d] projektu umowy na poziomie 10% wartości wynagrodzenia netto;
  - l) nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do projektu umowy §13 ust. 4 o następującym brzmieniu: Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w §9 ust. 1 Umowy w przypadku odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. W przypadku; gdy szkoda Wykonawcy będzie większa, niż wartość kary umownej, Wykonawca ma prawo domagania się odszkodowania uzupełniającego.
  - m) nakazanie Zamawiającemu modyfikacji §14 ust. 5 pkt [a] zd. [2] projektu umowy, by przybrał następujące brzmienie: w takim przypadku Zamawiający zapłaci Wykonawcy za wyżej wskazane materiały i urządzenia cenę uwzględnioną przez Wykonawcę przy kalkulacji jego oferty tj. cenę wraz z marżą dla Zamawiającego.
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa radcowskiego według rachunków, które będą złożone podczas rozprawy.

Uzasadnienie odwołania było następujące.

Ad. Zarzut z pkt 1 odwołania.

Odwołujący zarzuca naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza konkurencją i podważa równą pozycją wykonawców w Postępowaniu tj. wprowadzenie w pkt 4 [b] tire [1] zd. [1] i [2] OPZ wymagania, by obwody wirników silników wyciągowych zasilić z czterech jednokierunkowych przekształtników tyrystorowych chłodzonych powietrzem, z których każdy zabudowany będzie z sześciu tyrystorów, a prąd wyprostowany znamionowy ciągły przekształtników był nie niższy, niż 6 kA, który to wymóg nie ma technicznego uzasadnienia, a ogranicza konkurencją w Postępowaniu, gdyż przekształtniki tego typu nie występują w powszechnie dostępnych ofertach producentów przekształtników tyrystorowych.

Zgodnie z pkt 4 [b] tire [1] zd. 2 OPZ, obwody wirników silników wyciągowych zasilić z czterech jednokierunkowych przekształtników tyrystorowych chłodzonych powietrzem, z których każdy zabudowany będzie z sześciu tyrystorów. Prąd wyprostowany znamionowy ciągły przekształtników powinien być nie niższy, niż 6 kA.

Zdaniem Odwołującego wymóg, by prąd wyprostowany znamionowy ciągły przekształtników był nie niższy, niż 6 kA nie ma technicznego uzasadnienia, gdyż prąd znamionowy istniejącego i niepodlegającego wymianie silnika to 4820A, a więc dla zasilania takiego silnika - z technicznego punktu widzenia - wystarczające jest zastosowanie przekształtnika z typoszeregu powszechnie oferowanego przez któregokolwiek z uznanych producentów. Z drugiej strony, wymóg z pkt 4 [b] tire [1] zd. 2 OPZ ogranicza konkurencją w postępowaniu, gdyż przekształtniki składające się z sześciu tyrystorów o prądzie nie niższym, niż 6kA i wymaganej w OPZ konstrukcji nie są oferowane przez powszechnie dostępnych i renomowanych producentów przekształtników tyrystorowych. Gdyby natomiast Zamawiający dopuścił rozwiązanie techniczne powszechnie dostępne i wystarczające z technicznego punktu widzenia, to konkurencja w Postępowaniu byłaby o wiele większa i pozycja wszystkich wykonawców równa. Zamawiający wymaga natomiast urządzenia, które znajduje się w ofercie wyłącznie jednego z potencjalnych uczestników Postępowania i nie ma dla niego żadnego technicznego uzasadnienia, co uzasadnia zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wystarczającym - zdaniem Odwołującego - wymaganiem byłoby żądanie, by budowa i prąd wyprostowany znamionowy ciągły przekształtników wynikały z dokonanego przez wykonawcę doboru napędu i zapewniał realizację oczekiwanych przez Zamawiającego (stanowiących załącznik do SIWZ] diagramów jazdy. Nie można bowiem pomijać, iż ostatecznym celem Zamawiającego jest uzyskanie maszyny wyciągowej o określonej wydajności [wynikającej z diagramów jazdy], tak więc obowiązkiem wykonawcy jest dokonanie

takiego doboru urządzeń, w tym przekształtników kompatybilnych do jednostki napędowej, by wymaganą wydajność zapewnić.

Ad. Zarzut z pkt 2 odwołania.

Odwołujący zarzuca naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w Postępowaniu tj. wprowadzenie w pkt 4 [b] tire [1] zd. 3 OPZ wymogu, by przeciążalność przekształtników spełniała wymagania normy PN-IEC146- 1-1+AC dla V klasy przeciążalności [górnictwo] tj. zapewniała przeciążalność prądem 150% prądu znamionowego przez 2h i przeciążenie prądem o wartości 200% prądu znamionowego przez 1 min, podczas, gdy wymóg ten nie ma technicznego uzasadnienia, a ogranicza konkurencję w Postępowaniu, gdyż przekształtniki tego typu nie występują w powszechnie dostępnych ofertach producentów przekształtników tyrystorowych.

Zgodnie z pkt 4 [b] tire [1] zd. 3 OPZ, przeciążalność przekształtników musi spełniać wymagania normy PN-IEC 146-1-1+AC dla V klasy przeciążalności [górnictwo] tj. zapewniała przeciążalność prądem 150% prądu znamionowego przez 2h i przeciążenie prądem o wartości 200% prądu znamionowego przez 1 min.

Odwołujący podniósł, iż wymaganie przeciążalności zgodnie z normą PN-IEC 146-1-1+AC dla piątej klasy przeciążalności jest niezgodne z typem istniejących i niepodlegających wymianie transformatorów i silników napędowych. Żadne z tych urządzeń - ze względów bezpieczeństwa - nie jest w stanie pracować z przeciążeniem 150% prądu znamionowego przez 2h, a wynika to z właściwości technicznych silników elektrycznych. Tak więc funkcjonalność, której żąda Zamawiający nigdy w praktyce nie zostanie wykorzystana.

Co więcej, spełnienie wymaganego przez Zamawiającego wymogu powołałoby konieczność zastosowania przekształtników o prądzie znamionowym 9 kA, co nie znajduje żadnego uzasadnienia zarówno technicznego, jak i ekonomicznego. Powoduje bowiem zupełnie nieuzasadnione i niezrozumiałe zwiększenie kosztów realizacji inwestycji.

Tak więc, wymóg, by przeciążalność przekształtników spełniała wymagania normy PN-IEC 146-1-1+AC dla V klasy przeciążalności nie ma żadnego uzasadnienia technicznego i ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, co sprawia, iż zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy - w tym zakresie - uznać za uzasadniony.

Wystarczającym - zdaniem Odwołującego - wymaganiem byłoby żądanie, by parametry znamionowe zastosowanych przekształtników tyrystorowych wynikały z dokonanego przez wykonawcę doboru napędu i zapewniały realizację oczekiwanych przez zamawiającego diagramów jazdy lub specjalistycznych prac technologicznych.

#### Ad. Zarzut z pkt 3 odwołania.

Odwołujący zarzuca naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w Postępowaniu tj. wprowadzenie w pkt 4 [b] tire [1] OPZ szczegółowych wymagań odnośnie zabezpieczenia temperaturowego przekształtników tyrystorowych, które nie mają żadnego technicznego uzasadnienia, a - narzucając konkretne rozwiązanie techniczne - ograniczają konkurencję w Postępowaniu.

Zgodnie z pkt 4 [b] tire [1] OPZ, w celu uzyskania możliwości oceny stopnia obciążenia przekształtników przekształtniki tyrystorowe obwodu głównego muszą być wyposażone w układy pomiaru temperatury obudowy tyrystorów lub radiatorów.

Odwołujący podkreślił, iż wymóg z pkt 4 [b] tire [1] OPZ - w zakresie, w którym narzuca wykonawcom konkretne rozwiązanie w zakresie kontroli temperaturowej - nie ma technicznego uzasadnienia, gdyż renomowani producenci przekształtników tyrystorowych, na bazie wieloletnich doświadczeń, wystarczająco zabezpieczają temperaturowo swoje urządzenia. Dochodzi zatem do ograniczenia konkurencji i naruszenia równej pozycji wykonawców w Postępowaniu, co uzasadnia zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Wystarczającym - zdaniem Odwołującego - wymaganiem byłoby żądanie, by zastosowane przekształtniki tyrystorowe posiadały układy zabezpieczające je przed przeciążeniem termicznym.

#### Ad. Zarzut z pkt 4 odwołania.

Odwołujący zarzuca naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w Postępowaniu tj. wprowadzenie w pkt 4 [b] tire [3] OPZ wymogu, by układy regulacji prądu przekształtników wyposażać w dwa niezależne układy pomiaru prądu z których jeden powinien mierzyć prąd zasilania przekształtników, o drugi prąd wyjściowy, podczas, gdy nie ma on technicznego uzasadnienia, a - narzucając konkretne rozwiązanie techniczne - ogranicza konkurencję w Postępowaniu.

Zgodnie z pkt 4 [b] tire [3] OPZ, układy regulacji prądu przekształtników wyposażać w dwa niezależne układy pomiaru prądu z których jeden powinien mierzyć prąd zasilania przekształtników, a drugi prąd wyjściowy.

Odwołujący podkreślił, że szczegółowy wymóg techniczny regulacji prądu przekształtników narzuca konkretne rozwiązanie techniczne i wyklucza zastosowanie ogólnie dostępnych urządzeń będących w ich ofercie. Renomowani producenci przekształtników realizują regulację prądu przekształtników indywidualnie w sposób sprawdzony i będący rozwiązaniem opartym na wieloletnim doświadczeniu. Są to rozwiązania w pełni wystarczające

do tego, by zaspokoić wszystkie uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Nie ma zatem żadnej uzasadnionej przyczyn technicznej, dla której Zamawiający mógłby wymagać od wykonawców przekształtników wyposażonych w układy regulacji prądu wskazane w OPZ. Tak więc, z uwagi na to, iż wymóg dotyczący układów regulacji prądu przekształtników nie znajduje technicznego uzasadnienia, a ogranicza konkurencję w Postępowaniu, zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy - w tym zakresie - uznać za uzasadniony.

#### Zarzut z pkt 5 odwołania.

Odwołujący zarzuca naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w Postępowaniu tj. wprowadzenie w pkt 4 [b] tire [4] zd. [2] OPZ wymogu, by zakres wyzwalacza nadprądowego wynosił, co najmniej od 8 - 16 kA, podczas, gdy wymóg ten nie ma żadnego technicznego uzasadnienia, a ogranicza konkurencję w Postępowaniu, gdyż wyłączniki szybkie tego typu nie występują w powszechnie dostępnych ofertach renomowanych producentów.

Zgodnie z pkt 4 [b] tire [4] zd. [2] OPZ, zakres wyzwalacza nadprądowego musi wynosić, co najmniej od 8-16 kA.

Odwołujący podkreślił, że wymagany zakres nastaw wyzwalacza wyłącznika szybkiego 8-16kA nie ma żadnego technicznego uzasadnienia z uwagi na konieczność zastosowania istniejących i niepodlegających wymianie silników. Z tej przyczyny maksymalny prąd zadziałania wyzwalacza nadprądowego nie może przekraczać 9,64 kA, gdyż - w przeciwnym razie - może spowodować nieodwracalne uszkodzenie posiadanych przez Zamawiającego i niepodlegających wymianie silników napędowych. Oznacza to, iż wymóg z pkt 4 [b] tire [4] zd. [2] OPZ ogranicza konkurencję w Postępowaniu, gdyż zawęża krąg potencjalnych wykonawców, który mógłby być szerszy, gdyby dopuszczono rozwiązanie techniczne powszechnie stosowane i w pełni adekwatne do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Z tych przyczyn, zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy w odniesieniu do pkt 4 [b] tire [4] zd. [2] OPZ uznać za uzasadniony.

Wystarczający - zdaniem Odwołującego - jest wymóg, by zakres wyzwalacza nadprądowego umożliwiał nastawę wynikającą z dwukrotności prądu znamionowego zastosowanych silników napędowych.

#### Ad. Zarzut z pkt 6 odwołania.

Odwołujący zarzuca naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w Postępowaniu tj. wprowadzenie w pkt 7 zd. [1] OPZ obowiązku, by w terminie ustalonym z Zamawiającym, poprzedzającym proces przełączenia urządzeń,

wykonać kontrolę łożyskowania łożysk głównych przez rzeczoznawcę ds. ruchu wyciągów szybowych w celu dokonania weryfikacji zużycia łożysk głównych maszyny wyciągowej, podczas, gdy Zamawiający dysponuje aktualną informacją dotyczącą zużycia łożysk głównych, której nie udostępnił wszystkim wykonawcom, a która - wskutek tego, iż jeden z potencjalnych oferentów jest rzeczoznawcą ds. ruchu wyciągów szybowych u Zamawiającego - jest znana przez tego wykonawcę, co ogranicza uczciwą konkurencję i równą pozycję wykonawców w Postępowaniu, gdyż tylko jeden z nich posiada informacje niezbędne do należytej wyceny oferty.

Zgodnie z pkt 7 zd. [1] OPZ, w terminie ustalonym z Zamawiającym, poprzedzającym proces przełączenia urządzeń, należy wykonać kontrolę łożyskowania łożysk głównych przez rzeczoznawcę ds. ruchu wyciągów szybowych w celu dokonania weryfikacji zużycia łożysk głównych maszyny wyciągowej.

Odwołujący podkreśla, iż Zamawiający jest w posiadaniu aktualnych informacji dotyczących stanu zużycia łożysk głównych maszyny wyciągowej, gdyż ma obowiązek przeprowadzania cyklicznych badań stanu tych łożysk, a mimo to nie udostępnia tej informacji wykonawcom. Co więcej, informacja ta jest niezbędna do należytego oszacowania oferty, gdyż wpływa na zakres prac do wykonania. W obecnym stanie wiedzy, Odwołujący nie wie, czy stan techniczny łożysk wymaga robót i - ewentualnie - w jakim zakresie. Nie jest więc w stanie rzetelnie skalkulować swojej oferty. Odwołujący wskazał ponadto, iż jeden z potencjalnych wykonawców posiada informację o stanie zużycia łożysk, co go bezpodstawnie uprzywilejowuje w Postępowaniu. Należy mieć na względzie, iż OPA-ROW Sp. z o.o. wykonuje obecnie dla Zamawiającego usługi w zakresie rzeczoznawstwa ds. ruchu wyciągów szybowych, przez co ma wiedzę odnośnie stanu łożysk. Wiedza ta pozwoli temu wykonawcy należycie skalkulować swoją ofertę i osiągnąć przewagę konkurencyjną nad pozostałymi potencjalnymi wykonawcami. Stan ten ogranicza zarówno uczciwą konkurencję, jak i podważa równą pozycję wszystkich wykonawców w postępowaniu, co uzasadnia zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP.

#### Ad. Zarzut z pkt 7 odwołania.

Odwołujący zarzuca naruszenie art. art. 353[1] k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie §1 ust. 14 zd. [2] projektu umowy w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową i ograniczający konkurencję w Postępowaniu tj. poprzez przyznanie Zamawiającemu niczym nieograniczonego prawa do zmian wysokości wynagrodzenia za poszczególne zakresy robót ujęte w harmonogramie rzeczowo-finansowym, przedłożonym Zamawiającemu do zatwierdzenia, co stwarza dla wykonawców niewycenialne ryzyka kontraktowe, zniechęcając ich do udziału w Postępowaniu.

Zgodnie z §1 ust. 14 zd. [2] projektu umowy, w celu uniknięcia mogących powstać wątpliwości Strony ustalają, że prawo Zamawiającego do wniesienia zmian, o których mowa w zdaniu 1 niniejszego ustępu obejmuje również prawo do zmian wysokości wynagrodzenia określonego w tym harmonogramie, za poszczególne zakresy robót w ramach tego harmonogramu przy czym zmiany te nie mogą spowodować zmiany wysokości wynagrodzenia netto określonego w §9 ust. 1 Umowy.

Odwołujący podnosi, iż prawo Zamawiającego wynikające z §1 ust. 14 zd. [2] projektu umowy sprawia, że Zamawiający może dowolnie [bez żadnych ograniczeń] decydować o zakresie finansowania inwestycji, a wykonawca nie ma żadnej gwarancji na etapie szacowania oferty, że będzie stopniowo [za poszczególne etapy wykonywania robót] otrzymywał płatności. W rezultacie, może się po złożeniu oferty okazać, że wykonawca jest zmuszony w znacznym stopniu kredytować wykonanie robót, czego nie uwzględnił przed złożeniem oferty.

Tak więc, §1 ust. 14 zd. [2] projektu umowy stwarza dla wykonawców ryzyka, których nie są na obecnym etapie w stanie wycenić, co ogranicza uczciwą konkurencję w Postępowaniu, gdyż zniechęca wykonawców do złożenia oferty.

Odwołujący podkreśla, iż wykonawcy powinni mieć gwarancję sukcesywnego otrzymywania określonego zakresu wynagrodzenia za konkretne etapy robót, co umożliwi wycenę ryzyk związanych z finansowaniem realizacji inwestycji. Dlatego, projekt umowy winien ulec zmianie poprzez uzupełnienie §1 ust. 14 zd. [2] w taki sposób, by przybrał on następujące brzmienie:

W celu uniknięcia mogących powstać wątpliwości Strony ustalają, że prawo Zamawiającego do wniesienia zmian, o których mowa w zdaniu 1 niniejszego ustępu obejmuje również prawo do zmian wysokości wynagrodzenia określonego w tym harmonogramie, za poszczególne zakresy robót w ramach tego harmonogramu przy czym zmiany te nie mogą spowodować zmiany wysokości wynagrodzenia netto określonego w §9 ust. 1 Umowy i muszą gwarantować wykonawcy prawo otrzymania co najmniej 90% wynagrodzenia za roboty wykonane w danym etapie harmonogramu rzeczowo-finansowego.

#### Ad. Zarzuty dotyczące „kar umownych.”

Po pierwsze, Odwołujący zarzuca naruszenie art. 353[1] k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie §13 ust. 1 pkt [a] i [b] projektu umowy w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową i ograniczający konkurencję w Postępowaniu tj. poprzez uniezależnienie odpowiedzialności wykonawcy za kary umowne przewidziane w §13 ust. 1 pkt [a] i pkt [b] projektu umowy od winy wykonawcy, co stwarza dla wykonawców niewycenialne ryzyka kontraktowe, zniechęcając ich do udziału w Postępowaniu.

Po drugie, Odwołujący zarzuca naruszenie art. 353[1] k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie §13 ust. 1 pkt [b] projektu umowy w sposób

rażąco naruszający równowagę kontraktową i ograniczający konkurencję w Postępowaniu tj. poprzez zaniechanie uzależnienia zakresu odpowiedzialności wykonawcy od wartości części przedmiotu umowy, względem której wykonawca nie wykonał obowiązków do usunięcia wad, co stwarza dla wykonawców niewycenialne ryzyka kontraktowe, zniechęcając ich do udziału w Postępowaniu. [52] Po trzeciej, Odwołujący zarzuca naruszenie art. 353[1] k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie §13 ust. 1 pkt [a]-[d] projektu umowy w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową i ograniczający konkurencję w Postępowaniu tj. poprzez zaniechanie ustalenia maksymalnego limitu kar umownych na poziomie 10% wartości wynagrodzenia brutto, co stwarza dla wykonawców niewycenialne ryzyka kontraktowe, zniechęcając ich do udziału w Postępowaniu.

Odwołujący podkreśla, iż przyczyny sformułowania w/w zarzutów są wspólne, więc prezentuje dla nich wspólne uzasadnienie. Odwołujący uważa, że projekt umowy w zakresie, w którym reguluje „kary umowne” rażąco narusza równowagę kontraktową, gdyż:

[a] uniezależnia odpowiedzialność od winy wykonawcy;

[b] uniezależnia odpowiedzialność od stopnia naruszenia obowiązków [przewidując zawsze, iż punktem odniesienia jest wartość całego wynagrodzenia wykonawcy, a nie jedynie wynagrodzenia za tę część przedmiotu umowy, względem której wykonawca dopuścił się naruszeń];

[c] nie wprowadza limitu odpowiedzialności;

[d] nie przewiduje możliwości naliczenia kary umownej Zamawiającemu w przypadku odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego;

Wszystkie kwestionowane postanowienia zachwiały równowagę kontraktową w istotny sposób, gdyż mogą spowodować, iż część wykonawców uzna, iż nie jest w stanie oszacować ryzyk związanych z surową odpowiedzialnością przewidzianą w projekcie umowy i zrezygnuje z udziału w Postępowaniu. Doprowadzi to zatem do ograniczenia konkurencji.

Z tych przyczyn zarzuty naruszeń art. 353[1] k.c. w zw. z art. 14 PZP i art. 7 ust. 1 PZP należy - odnośnie postanowień dotyczących „kar umownych” uznać za zasadne.

#### Ad. Zarzut dotyczący obowiązku sprzedaży maszyn i urządzeń bez marży.

Odwołujący zarzuca naruszenie art. 353[1] k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie §14 ust. 5 pkt [a] projektu umowy w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową i ograniczający konkurencję w Postępowaniu tj. poprzez obciążenie wykonawcy obowiązkiem sprzedaży materiałów i urządzeń - na etapie po odstąpieniu od Umowy - po kosztach ich zakupu przez Wykonawcę tj. bez marży, co stwarza dla wykonawców niewycenialne ryzyka kontraktowe, zniechęcając ich do udziału w Postępowaniu.

Zgodnie z §14 ust. 5 pkt [a] projektu umowy, w przypadku odstąpienia od Umowy ze skutkiem ex nunc, Zamawiający będzie miał prawo zatrzymać niezamontowane materiały lub urządzenia znajdujące się w Rejonie Robót, jak również urządzenia i materiały nie znajdujące się na Rejonie Robót, lecz już zamówione przez Wykonawcę przed odstąpieniem od Umowy. W takim przypadku Zamawiający zapłaci Wykonawcy za wyżej wskazane materiały i urządzenia po cenie nie wyższej, niż cena ich zakupu przez Wykonawcę.

Odwołujący podnosi, iż §14 ust. 5 pkt [a] projektu umowy zmusza - w sposób zupełnie nieuzasadniony - wykonawcę do sprzedaży Zamawiającemu maszyn i urządzeń po cenach ich zakupu tj. bez marży, co narusza rażąco równowagę kontraktową i prowadzi do uzyskania przez Zamawiającego bezpodstawnej korzyści majątkowej. Z tej przyczyny zarzut naruszenia art. 353[1] k.c. w zw. z art. 14 PZP i art. 7 ust. 1 PZP należy uznać za zasadny.

Odwołujący podkreślił, iż jeśli Zamawiający chce zapewnić sobie prawo zakupu maszyn i urządzeń po odstąpieniu od Umowy, to winno ono obejmować ceny uwzględnione przez wykonawcę przy kalkulacji oferty tj. ceny z marżą dla Zamawiającego. Tylko taka reguła zapewnia równą pozycję obu stron kontraktu.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Odwołującego, odwołanie należy uznać za zasadne.

Pismem z dnia 5 marca 2018 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, domagając się oddalenia odwołania w całości.

W zakresie zarzutów określonych w pkt 5, 6, 7, 8, 9, i 12 odwołania Zamawiający wskazał, iż są one nieaktualne z uwagi na wprowadzenie zmian w treści SIWZ, w tym między innymi w zakresie postanowień Opisu przedmiotu zamówienia i Projektu umowy, których dotyczą powyższe zarzuty. Ponadto dokonane przez Zamawiającego zmiany postanowień SIWZ (części II SIWZ- Projekt umowy oraz Części III SIWZ- Opisu przedmiotu zamówienia), uwzględniają w całości zarzuty odwołania z pkt 5, 6, 8 i 12. Dodatkowo w wyniku powyższych zmian SIWZ częściowo nieaktualny stał się również zarzut z pkt 10 odwołania.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, które pozostają aktualne, wskazano że są one całkowicie bezpodstawne, ze względów opisanych poniżej.

W zakresie zarzutów określonych w pkt 1-4 odwołania (dotyczących Opisu przedmiotu zamówienia), Zamawiający wskazał, co następuje.

Wbrew treści odwołania Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów art. 29 ust 2 w zw. z art. 7 ust 1 Prawa zamówień publicznych, w tym również w zakresie postanowień Części III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia" objętych zarzutami w pkt od 1 do 4 odwołania.

Wymagania określone w kwestionowanych w pkt 1-4 odwołania postanowieniach Opisu przedmiotu zamówienia, w żadnym stopniu nie ograniczają konkurencji i nie podważają pozycji wykonawców lecz są wynikiem obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego

zdefiniowanych na podstawie wieloletniego (30-letniego) doświadczenia w eksploatacji maszyn wyciągowych - górniczych wyciągów szybowych.

Zamawiający podkreślił, że przekształtnik tyrystorowy, do którego odnoszą się zarzuty odwołania w pkt 1-4 jest urządzeniem, które stanowi element (wchodzi w skład) układu napędowego maszyny wyciągowej, która z kolei stanowi zasadniczy element górniczego wyciągu szybowego, który - zgodnie z treścią 529 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych jest podstawowym obiektem zakładu górniczego. Górniczy wyciąg szybowy stanowi dźwignicę stosowaną w górnictwie głębinowym do transportu na powierzchnię urobku, osób i materiałów w szybie górniczym. W przypadku górniczego wyciągu szybowego szybu 1.3, którego dotyczy przedmiotowe zamówienie, służy on do transportu urobku węglowego z podziemnych wyrobisk (poziom - 978 m) na powierzchnię. Składa się on z maszyny wyciągowej, urządzenia sygnalizacji szybowej, naczyń wyciągowych typu skip (2szt), kół linowych oraz lin nośnych i wyrównawczych. Konstrukcja wyciągu szybowego jest taka, że w przypadku załadowania naczynia szybowego urobkiem węglowym - brak jest technicznych możliwości awaryjnego wyładunku urobku z tego naczynia, Podkreślenia wymaga, że okres użytkowania górniczego wyciągu szybowego jest bardzo długi, mianowicie górniczy wyciąg szybowy szybu Zamawiającego jest użytkowany już od 30 lat maszyna wyciągowa stanowi zasadniczy element górniczego wyciągu szybowego, gdyż jej zadaniem jest zapewnienie napędu dla realizacji procesu transportu urobku węglowego z dołu na powierzchnię, który jest transportowany w naczyniach wyciągowych. Naczynia te mają nominalną ładowność 35 ton. Godzinowa wydajność przedmiotowego wyciągu szybowego wynosi 1 225 ton urobku węglowego, zaś dobową wydajność wynosi 25 725 ton urobku węglowego (dobowy czas pracy wyciągu szybowego wynosi 21 godzin).

Zamawiający podkreślił, że przestój wyciągu szybowego, np. wskutek awarii, skutkuje zatrzymaniem wydobycia węgla, czego konsekwencją są olbrzymie straty finansowe. W tym miejscu należy wskazać, że jedna godzina przestoju wyciągu szybowego szybu generuje stratę finansową w zakresie rzeczywistej straty oraz utraconych korzyści wynoszącą 81 900,00 zł, zaś przestój dobowy wyciągu generuje stratę finansową która wynosi około 1 700 000,00 zł.

W świetle powyższego nie budzi żadnych wątpliwości okoliczność, że parametry techniczne i parametry funkcjonalne maszyny wyciągowej stanowiącej zasadniczy element górniczego wyciągu szybowego szybu 1.3 - stanowią kluczowe czynniki z punktu widzenia zapewnienia ciągłości prowadzenia działalności gospodarczej przez Zamawiającego, jego płynności finansowej i bezpieczeństwa socjalnego jego pracowników. Zamawiający jako podmiot prowadzący kopalnię węgla kamiennego - działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych, i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do

niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości, w tym przypadku w zakresie potrzeb energetycznych.

Mając na uwadze, że Zamawiający jest właścicielem zakładu górniczego, w którym zainstalowany jest górniczy wyciąg szybowy, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie, oraz że Zamawiający jest gospodarzem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również mając na uwadze wieloletnie doświadczenie Zamawiającego w eksploatacji górniczych wyciągów szybowych, a także znaczenie górniczego wyciągu szybowego dla prawidłowości funkcjonowania zakładu górniczego prowadzonego przez Zamawiającego - stwierdzić należy, że Zamawiającemu przysługuje wyłączne prawo decydowania o tym, jakie urządzenia i o jakich parametrach technicznych będą najbardziej odpowiednie z punktu widzenia jego potrzeb, w tym zapewnienia ciągłości pracy zakładu górniczego.

Potencjalny zaś wykonawca, którym jest Odwołujący, nie jest uprawniony do narzucania Zamawiającemu sposobu w którym ma spełnić świadczenie poprzez domaganie się wprowadzenia do SIWZ zapisów, które dopuszczają możliwość zaoferowania przez niego innych urządzeń, czy też innych rozwiązań technicznych niż te, które zostały określone przez Zamawiającego i które spełniają obiektywne potrzeby i oczekiwania Zamawiającego. W tym miejscu należy podkreślić, że przepisy Pzp mają przede wszystkim na celu zabezpieczenie interesów Zamawiających poprzez zapewnienie racjonalnego i celowego wydatkowania przez nich środków finansowych oraz przeciwdziałanie korupcji przy jednoczesnym zapewnieniu równego dostępu przedsiębiorców do zamówień.

Mając na uwadze powyższe, podnieść należy, że Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia według swoich własnych potrzeb i żądań z potencjalnych wykonawców nie jest uprawniony do narzucania Zamawiającemu określenia wymaganych parametrów urządzeń objętych przedmiotem zamówienia.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów z pkt 1-4 odwołania, Zamawiający wskazał co następuje.

#### Zarzut nr 1.

Jak wynika z treści zarzutu z pkt 1 odwołania, określony w pkt. 4 [b] tiret [1] i [2] Opisu przedmiotu zamówienia, wymóg by obwody wirników silników wyciągowych zasilone były z 4 jednokierunkowych przekształtników tyrystorowych, chłodzonych powietrzem, z których każdy zbudowany będzie z 6 tyrystorów, a prąd wyprostowany znamionowy ciągły przekształtników był nie niższy niż 6 kA - zdaniem Odwołującego - w zakresie wartości prądu znamionowego zasilanych silników nie ma technicznego uzasadnienia, a w całości ogranicza konkurencję w postępowaniu, ponieważ przekształtniki tego typu nie występują w powszechnie dostępnych ofertach producentów przekształtników tyrystorowych.

Wbrew powyższemu zarzutowi, zawarte we wskazanym wyżej postanowieniu OPZ wymagania techniczne dotyczące przekształtników tyrystorowych w żadnym zakresie nie ograniczają konkurencji i nie podważają równej pozycji wykonawców.

Z całą mocą należy podkreślić, że w kontekście dokonywania oceny, czy w postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego uczciwej konkurencji kompletnie bez jakiegokolwiek znaczenia pozostaje to, czy dany produkt objęty zamówieniem publicznym, jest powszechnie dostępny na rynku, czy też jego dostępność jest w znacznym stopniu ograniczoną

Wskazać należy, że to wyłącznie dla Zamawiającego zastrzeżone jest prawo do określania jakie są jego potrzeby i w oparciu o te potrzeby dla niego zastrzeżone jest uprawnienie do określania w jaki sposób potrzeby te powinny zostać zaspokojone, w najwyższym możliwym do uzyskania stopniu. Podkreślić należy, że w bardzo wielu przypadkach (w tym również w odniesieniu do przedmiotowych przekształtników tyrystorowych) dla zaspokojenia potrzeb Zamawiającego, konieczne jest wykonanie produktu (urządzenia) dedykowanego specjalnie do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Zamawiający ma świadomość, że może okazać się, iż przekształtniki tyrystorowe o parametrach technicznych określonych w Opisie przedmiotu zamówienia nie są urządzeniami (produktami) produkowanymi seryjnie przez producentów urządzeń elektro-energetycznych, i tym samym może okazać się, że takie urządzenia nie są powszechnie dostępne na rynku (może tak być, że urządzenie o wymaganych przez Zamawiającego parametrach nie występuje jako produkt gotowy w magazynach producentów/dystrybutorów/dostawców urządzeń elektro-energetycznych). Nie mniej jednak, Zamawiający dysponuje wiedzą i dowodami, że nie ma żadnych przeszkód technicznych do wykonania takich urządzeń i co istotne przy zastosowaniu powszechnych dostępnie na rynku podzespołów.

Zamawiający na potwierdzenie powyższego przytoczył obszernie wyroki KIO oraz stanowisko prezentowane w doktrynie.

Zdaniem Zamawiającego zarzut, zgodnie z którym brak występowania przekształtników o parametrach wymaganych przez Zamawiającego, w powszechnie dostępnych ofertach producentów przekształtników tyrystorowych ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców postępowaniu - jest całkowicie bezpodstawny, z uwagi na to, że zasięg dostępności na rynku przekształtników o parametrach wymaganych przez Zamawiającego pozostaje bez znaczenia w kontekście oceny, czy doszło do ograniczenia konkurencji przez Zamawiającego.

Odnosząc się natomiast do zarzutu z pkt 1 odwołania - w zakresie wymogu wartości prądu wyprostowanego znamionowego ciągłego przekształtników, nie niższego niż 6kA, który to wymóg w ocenie Odwołującego nie ma technicznego uzasadnienia, Zamawiający wskazał co następuje.

Wbrew temu zarzutowi powyższy wymóg ma obiektywne techniczne uzasadnienie, które w pełni usprawiedliwia wprowadzenie go do Opisu przedmiotu zamówienia.

Wymóg zastosowania przekształtników tyrystorowych o prądzie wyprostowanym znamionowym ciągłym nie niższym niż 6 kA uzasadniony jest następującymi okolicznościami:

1. Zamawiający chce otrzymać przekształtniki o zbliżonych własnościach eksploatacyjnych (o zbliżonej funkcjonalności) do tych przekształtników, które obecnie posiada i eksploatuje, czyli do przekształtników zbudowanych z trzech szaf typu Tp-3 (każdy przekształtnik jest w ten sposób zbudowany). Zamawiający wskazał porównanie parametrów przekształtników obecnie posiadanych i eksploatowanych przez Zamawiającego – przekształtniki zbudowane z trzech szaf typu Tp-3 – z parametrami przekształtników wymaganymi przez Zamawiającego w SIWZ. Porównanie wygląda następująco:

Prąd znamionowy  $I_n$  9kA (dla przekształtnika obecnie eksploatowanego) i 6 kA (dla przekształtnika opisanego w OPZ);

Prąd przeciążeniowy trwale 9 kA (dla przekształtnika obecnie eksploatowanego) i 9 kA (wg. Wymagań Normy PN-IEC 146-1-1+AC 150% x  $I_n$  przez 2 h);

Prąd przeciążeniowy krótkotrwały – brak danych w dokumentacji (eksploatacyjnie uzyskano 12 kA) i 12 kA (wg. Wymagan Normy PN-IEC 146 -1-1+AC 200% x  $I_n$  przez 1 min).

2. Zamawiający chce zapewnić możliwość funkcjonowania wyciągu szybowego (prowadzenia transportu urobku), nie tylko w warunkach normalnych ale również w sytuacjach nadzwyczajnych (awaryjnych), tj.

a) w przypadku załadowania do naczynia wyciągowego ponadnormatywnej ilości (masy) urobku; tak jak wyżej zaznaczono, nominalna ładowność naczynia wynosi 35 ton; w praktyce użytkowania wyciągu szybowego zdarzają się przypadki (nawet kilka razy w roku) - najczęściej wskutek „przyklejenia się” części porcji urobku do obudowy zbiornika przesypowego, z którego wsypywany jest urobek do naczynia wyciągowego, i załadowania do tego zbiornika kolejnej porcji urobku (w ilości 35 ton), w których do naczynia wyciągowego zostaje załadowany ponadnormatywny ładunek urobku, którego masa wynosi nawet 55 ton; jednocześnie - o czym była mowa wyżej - z uwagi na konstrukcję wyciągu szybowego brak jest technicznych możliwości usunięcia z naczynia wyciągowego nadmiaru załadowanego urobku; w takiej sytuacji, ażeby wprowadzić w ruch naczynie wyciągowe niezbędne jest obciążenie układu napędowego prądem o zwiększonej wartości natężenia; ostatnia odnotowana w dokumentach tego typu sytuacja miała miejsce ostatnio 22 lipca 2017r.; rysunek na str. 8 odpowiedzi na odwołanie prezentuje dane z aparatu rejestrującego maszyny wyciągowej; widoczne na nim przebiegi prądu silników przekraczają wartość 6kA w czasie jazdy z prędkością założoną i 8kA w czasie rozpędzania naczynia (w czasie dochodzenia do prędkości założonej);

b) w przypadku awarii jednego z silników lub jednej pary transformatorów maszyny wyciągowej, w sytuacji, w której naczynie wyciągowe znajduje się na dole w szybie kopalni i

jest załadowane urobkiem (35 ton) - przy równoczesnym braku technicznych możliwości usunięcia urobku z naczynia wyciągowego; przy zastosowaniu przekształtnika tyrystorowego o parametrach technicznych w zakresie wartości prądu wyprostowanego znamionowego ciągłego, określonych przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia oraz po dokonaniu niezbędnych modyfikacji w układach regulacji i zabezpieczeń maszyny wyciągowej, możliwe będzie po obciążeniu prądem o zwiększonej wartości natężenia, wyciągnięcie (przetransportowanie) załadowanego urobkiem naczynia wyciągowego na powierzchnię przy użyciu jednego silnika maszyny wyciągowej; ponadto co istotne, możliwe będzie prowadzenie transportu, czyli wyciąganie na powierzchnię, urobku węglowego, przy użyciu jednego silnika i jednej pary transformatorów, z wykorzystaniem połowy nominalnej ładowności skipu - do czasu usunięcia awarii silnika lub transformatorów; w okresie ostatnich lat, takie właśnie sytuacje miały dwukrotnie miejsce; mianowicie w grudniu 2006 r. miała miejsce awaria jednego z silników maszyny wyciągowej i do czasu jej usunięcia - przez 6 dni - transport urobku na powierzchnię był prowadzony przy wykorzystaniu jednego silnika; natomiast awaria transformatorów miała miejsce w 2005 r. i również w tym przypadku transport urobku na powierzchnię był prowadzony przy wykorzystaniu jednego silnika; wykonywanie awaryjnego transportu w obu powyższych przypadkach o połowę zmniejszyło straty Zamawiającego, związane z ww. awariami maszyny wyciągowej.

Opierając się na powyższych doświadczeniach i wynikających z nich potrzebach, Zamawiający chce otrzymać w ramach przedmiotowego zamówienia przekształtniki tyrystorowe o takich parametrach technicznych, jak opisane w SIWZ, które pozwolą mu nie tylko na eksploatację maszyny wyciągowej w normalnych warunkach, ale także w sytuacjach awaryjnych, takich jak opisane powyżej, co ma na celu ochronę jego interesów ekonomicznych poprzez zapobieganie powstaniu strat finansowych lub ograniczanie wysokości tych strat. Jeśli zaś chodzi o wymóg zastosowania przekształtników zbudowanych z 6 tyrystorów (bez gałęzi równoległych) o prądzie ciągłym 6kA, to wynika on z wieloletniego doświadczenia Zamawiającego, które nabył podczas eksploatacji 12 przekształtników tyrystorowych zastosowanych w układach napędowych maszyn wyciągowych. W przekształtnikach tych zostało zastosowane rozwiązanie polegające na równoległym połączeniu tyrystorów. Rozwiązanie to ma szereg wad, a mianowicie charakteryzuje się: złożoną budową (dużo elementów) - co podraża koszty eksploatacji - z uwagi na konieczność przeprowadzania przeglądów poszczególnych elementów, występowaniem przypadków równomierności rozptywu prądów, podatnością na zakłócenia (z uwagi na rozbudowany układ wyzwalania tyrystorów) oraz koniecznością stosowania dodatkowych zabezpieczeń z uwagi na rozptywy, ochrony przepięciowe.

Natomiast rozwiązanie przewidziane w Opisie przedmiotu zamówienia by każdy z przekształtników tyrystorowych zbudowany był z sześciu tyrystorów (stanowił odrębne urządzenie wykonane z 6 tyrystorów), charakteryzuje się:

1. prostszą konstrukcją przekształtnika (mniejsza liczba szaf, prostsze oszynowanie);
2. brakiem nierównomierności rozptywu prądów w gałęziach mostka;
3. uproszczonym układem sterowania tyrystorów;
4. brakiem skomplikowanego układu kontroli nierównomierności rozptywu prądów przekształtnika;

Powyższe cechy rozwiązania przewidzianego w Opisie przedmiotu zamówienia niewątpliwie będą mieć wpływ na zwiększenie niezawodności układu napędowego maszyny wyciągowej jak również na zmniejszenie kosztów jej eksploatacji.

Dodatkowo w tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający w Opisie przedmiotu zamówienia nie postawił wymogu ani w zakresie typu przekształtnika, jak również nie wskazał producenta, czy też dostawcy przekształtnika. Wskazać należy, że z informacji którymi dysponuje Zamawiający wynika, że na rynku istnieje wielu dostawców tyrystorów o parametrach umożliwiających zbudowanie przekształtnika o parametrach technicznych określonych w Opisie przedmiotu zamówienia, np: tyrystory T4301N firmy Infineon, TDS5\_5003 firmy POW nEREX, DCR5900A22 firmy DYNEX.

Podkreślić należy ponadto, że Zamawiający jest uprawniony do wskazania w opisie przedmiotu zamówienia szczegółowych wymagań technicznych, odnoszących się do tego przedmiotu, jeżeli tę konieczność usprawiedliwi istniejącą po jego stronie obiektywnie uzasadnioną potrzebą. W kontekście oceny, czy czynność Zamawiającego, podjęta na podstawie Pzp, ogranicza konkurencję w postępowaniu, w rozumieniu art. 29 ust. 2 Pzp, istotnym jest wyłącznie okoliczność, czy sposób sformułowania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie określonych wymogów technicznych odnoszących się do tego przedmiotu- odpowiadał uzasadnionym i obiektywnym potrzebom Zamawiającego. Potrzeby te mogą być definiowane w szczególności przez pryzmat indywidualnych właściwości Zamawiającego oraz jego doświadczeń związanych z przedmiotem zamówienia.

Powyżej przedstawione przez Zamawiającego okoliczności oraz dowody i argumenty na ich poparcie, jednoznacznie wykazują, że kwestionowane przez Odwołującego - w ramach pierwszego zarzutu odwołania - wymagania techniczne dotyczące przekształtników, wynikają z obiektywnych, uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, opartych na wieloletnim doświadczeniu w eksploatacji przedmiotowego górniczego wyciągu szybowego, jak i pozostałych górniczych wyciągów szybowych, funkcjonujących w zakładzie górniczym Zamawiającego.

Należy z całą mocą podnieść, że wynikający z art. 29 ust. 2 Pzp obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, nie jest nakazem bezwzględnym. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji nie dotyczy sytuacji, gdy zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zamieszcza wymagania (np. w zakresie cech technicznych i jakościowych) trudne, ale możliwe do spełnienia i uwzględniające rzeczywisty interes zamawiającego oraz specyfikę prowadzonej działalności. Na potwierdzenie powyższego stanowiska Zamawiający przytoczył orzecznictwo Izby i sądów okręgowych.

#### Ad. zarzut nr 2.

W zarzucie nr 2 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust, 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie wymogu w pkt. 4 [b] tiret [1] zd. 3 OPZ by przeciążalność przekształtników spełniała wymagania normy PN-IEC 146-1-1+AC dla V klasy przeciążalności (dla górnictwa) tj. zapewniała przeciążalność prądem 150% prądu znamionowego przez 2h i przeciążenie prądem o wartości 200% prądu znamionowego przez 1 min. Zdaniem Odwołującego wymóg ten, ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w postępowaniu, ponieważ nie ma technicznego uzasadnienia, a ponadto przekształtniki tego typu nie występują w powszechnie dostępnych ofertach producentów przekształtników tyrystorowych.

Podobnie jak w przypadku pierwszego zarzutu, zarzut ten jest zupełnie bezpodstawny. Z całą mocą należy podnieść, że wprowadzenie kwestionowanych wymogów w zakresie przeciążalności przekształtników usprawiedliwione jest obiektywnymi, uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, wynikającymi z wieloletniego doświadczenia w zakresie eksploatacji przedmiotowego wyciągu szybowego, a mianowicie zapewnieniem możliwości funkcjonowania wyciągu szybowego (prowadzenia transportu urobku) nie tylko w warunkach normalnych ale również w sytuacjach nadzwyczajnych (awaryjnych), opisanych wyżej w argumentacji odnoszącej się do zarzutu nr 1.

Na podstawie doświadczeń uzyskanych w trakcie dokonywania udanych awaryjnych transportu urobku przy użyciu jednego silnika maszyny wyciągowej (w związku z awariami silnika maszyny wyciągowej oraz pary transformatorów maszyny wyciągowej), Zamawiający uzyskał informacje w zakresie dotyczącym wartości natężenia prądu, którym muszą być obciążone urządzenia (układu napędowego), ażeby skutecznie przetransportować na powierzchnię załadowane urobkiem naczynie wyciągów.

Ponadto, wymagania w zakresie przeciążalności przekształtników prądem 150 % prądu znamionowego przez 2h i przeciążenia prądem o wartości 200% prądu znamionowego przez 1 min, są zgodne z wymaganiami w tym zakresie, określonymi w normie PN-IEC 146-1-1+AC dla V klasy przeciążalności (dla górnictwa).

Wbrew twierdzeniom Odwołującego zawartym w uzasadnieniu przedmiotowego zarzutu, zarówno silnik maszyny wyciągowej wyciągu szybowego szybu 1.3 (silnik wyciągowy prądu stałego typu PW-106) jak również transformatory tej maszyny wyciągowej są w stanie bezpiecznie pracować z przeciążeniem 150% prądu znamionowego przez czas niezbędny do wyciągnięcia z dołu na powierzchnię, przy użyciu wyłącznie jednego silnika (w przypadku awarii drugiego silnika) załadowanego urobkiem naczynia wyciągowego, który to czas może wynosić około 11 minut.

W odniesieniu do w/w silnika wynika to wprost z treści karty informacyjnej tego silnika stanowiącej element DTR producenta, a mianowicie zgodnie z treścią tej karty stała robocza przeciążalność prądem tego silnika wynosi  $2 I_n$  co oznacza, 200% prądu znamionowego.

Jeżeli chodzi natomiast o transformatory, to w układzie napędowym maszyny wyciągowej z jednym silnikiem wyciągowym o mocy 3,6 MW pracują dwa transformatory o sumarycznej mocy znamionowej 6,3 MW, W normalnych warunkach pracy maszyny wyciągowej, transformatory są obciążone jedynie w zakresie około 75% nominalnej wartości ich mocy. Transformatory mogą być przeciążane pod warunkiem nieprzekraczania dopuszczalnych temperatur wynikających z klasy izolacji uzwojenia. Eksploatowane przez Zamawiającego transformatory posiadają klasę izolacji F, dla której temperatura maksymalna trwale wynosi 155 °C. Transformatory te wyposażone są w zabezpieczenie w postaci ciągłego pomiaru temperatury, które w przypadku przekroczenia granicznej wartości temperatury powoduje wyłączenie transformatorów. Transformatory eksploatowane przez Zamawiającego są wyprodukowane i zbadane tak aby spełniać wymagania normy EC 726. Według danych dla transformatorów typu POWERCAST, wyprodukowanych przez ENCO Energetyka, również spełniających normę IEC 726, przeciążenie prądem 150%  $I_n$  może trwać ok. 30 minut oraz 12 minut przy prądzie 200%  $I_n$ , przy pracy z wentylacją naturalną (bez dodatkowych wentylatorów). Powyższe potwierdzają dane dostępne powszechnie w materiałach zamieszczonych na stronie internetowej ENCO Energetyka. Eksploatowane przez Zamawiającego transformatory posiadają dodatkowo wentylację wymuszoną wentylatorami elektrycznymi, co poprawia chłodzenie transformatorów.

Z powyższego wynika, że eksploatowane przez Zamawiającego transformatory mogą być przeciążane przez czas większy niż 30 minut dla 150% prądu znamionowego, co pozwoli na realizację awaryjnego cyklu jazdy wyciągu szybowego napędzanego jednym silnikiem.

Z uwagi na fakt, że przekształtnik jest urządzeniem zbudowanym z elementów półprzewodnikowych - jest on w układzie napędowym maszyny wyciągowej urządzeniem najmniej odpornym na przekroczenia temperatur. Dlatego też musi zostać założony pewien zapas w stosunku do maksymalnych parametrów przeciążalności.

W odniesieniu do przedmiotowego zarzutu- w zakresie dotyczącym braku powszechnej dostępności przekształtników o parametrach technicznych opisanych przez Zamawiającego-

w całości pozostaje aktualna argumentacja oraz stanowisko orzecznictwa KIO, a także poglądy przedstawicieli piśmiennictwa, przywołane w odpowiedzi na odwołanie, w części dotyczącej zarzutu z pkt 1 odwołania.

#### Ad. zarzut nr 3.

W zarzucie nr 3 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie w pkt. 4 lb) tiret Cl) OPZ szczegółowych wymagań odnośnie zabezpieczenia temperaturowego przekształtników tyrystorowych.

W ocenie Odwołującego ogranicza to konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w postępowaniu z uwagi na to, że wymagania te nie mają technicznego uzasadnienia, a ponadto narzucają konkretne rozwiązanie techniczne.

Również i ten zarzut odwołania jest nieuzasadniony, ponieważ wymóg ażeby przekształtniki tyrystorowe obwodu głównego były wyposażone w układy pomiaru temperatury obudowy tyrystorów lub radiatorów, usprawiedliwiony jest obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Mianowicie, zastosowanie wymaganego rozwiązania technicznego umożliwiłoby prowadzenie bieżącego monitorowania aktualnej temperatury przekształtników (lepszą kontrolę temperatury przekształtników), co umożliwiłoby wcześniejszą zaobserwowanie niekorzystnych zjawisk w pracy tyrystorów i wcześniejsze zareagowanie obsługi i uniknięcie awaryjnego wyłączenia przekształtnika spowodowanego przeciążeniem, co oznacza, że rozwiązanie to służy podniesieniu bezpieczeństwa eksploatacji maszyny wyciągowej.

Wyjaśnić należy, że przeciążenie (przegrzanie) przekształtnika następuje co do zasady w przypadku nadmiernego przeciążenia prądowego przekształtnika, które ma miejsce w zasadzie wyłącznie podczas wykonywania prac nietypowych lub awaryjnych. W trakcie takich prac niespodziewane wyłączenie napędu na skutek zadziałania dwustanowego zabezpieczenia od przekroczenia temperatury przekształtnika stwarza dodatkowe zagrożenia w postaci: (1) szkodliwego działania dużych sił na liny nośne i naczynia skipowe oraz (2) zatrzymania naczynia w szybie w miejscu, w którym będzie szczególnie utrudniony dostęp do niego. Wymagane rozwiązanie, to jest zastosowanie analogowego pomiaru temperatury przekształtnika, umożliwi uniknięcie powyższych zagrożeń, tj. wcześniejsze odłączenie dopływu prądu przed osiągnięciem temperatury maksymalnej przez przekształtnik. Ponadto, możliwość bieżącego określenia wysokości temperatury przekształtnika pozwoli określić moment, w którym możliwe będzie jego ponowne obciążenie prądem- po wcześniejszym wyłączeniu spowodowanym wzrostem temperatury.

Wskazać należy, że dokładnie takie rozwiązanie techniczne jest zastosowane u Zamawiającego w przekształtnikach tyrystorowych stanowiących elementy wyciągów szybowych szybu 1.2 oraz 2.1, i co istotne to rozwiązanie techniczne zostało wykonane przez

Odwołującego, który był wykonawcą zadania polegającego na modernizacji górniczego wyciągu szybowego szybu 1.2 na podstawie umowy nr 843/1G/2009 z dnia 7.08.2009 roku oraz był wykonawcą zadania polegającego na zaprojektowaniu, dostawie i montażu maszyny wyciągowej wraz z urządzeniem sygnalizacji, górniczego wyciągu szybowego szybu 2.1 na podstawie umowy nr 824/1G/2009 z dnia 5.08.2009 roku.

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, że Zamawiający wprowadzając wymóg wyposażenia przekształtników tyrystorowych obwodu głównego w układy pomiaru temperatury tyrystorów lub radiatorów, w żaden sposób nie narzucił wykonawcom ani sposobu wykonania tych układów, jak również nie narzucił wykonawcom typów urządzeń, które do wykonania tych układów powinny zostać zastosowane.

#### Ad. zarzut nr 4.

W zarzucie nr 4 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie w pkt. 4 [b] tiret [3] OPZ wymogu by układy regulacji prądu przekształtników wyposażać w dwa niezależne układy pomiaru prądu, z których jeden powinien mierzyć prąd zasilania przekształtników a drugi prąd wyjściowy.

W ocenie Odwołującego ogranicza to konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w postępowaniu z uwagi na to, że wymaganie to nie ma technicznego uzasadnienia, a ponadto narzuca konkretne rozwiązanie techniczne.

Powyższy zarzut odwołania także jest nieuzasadniony, ponieważ również wymóg w zakresie wyposażenia układów regulacji prądów przekształtników w dwa niezależne układy pomiaru prądu, z których jeden powinien mierzyć prąd zasilania przekształtników a drugi prąd wyjściowy - usprawiedliwiony jest obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Mianowicie wymóg zastosowania powyższego rozwiązania ma na celu zwiększenie niezawodności pracy układu napędowego oraz ułatwienie diagnozowanie awarii tego układu. Wymagane przez Zamawiającego rozwiązanie techniczne ma na celu uzyskanie przez Zamawiającego dwóch niezależnych układów pomiaru prądu: jednego podstawowego oraz drugiego rezerwowego, który będzie mógł być wykorzystany na wypadek awarii układu podstawowego oraz na potrzeby diagnostyki pracy przekształtnika. Wyposażenie układu regulacji prądu przekształtników w układ rezerwowy zapewni możliwość eksploatacji maszyny wyciągowej w sytuacji awarii układu podstawowego, co w przypadku braku zastosowania takiego rozwiązania nie byłoby możliwe, a zatem w przypadku awarii układu pomiaru prądu nie byłaby możliwa eksploatacja maszyny wyciągowej. Dodatkowo układ pomiaru prądu wejściowego oraz układ pomiaru prądu wyjściowego pozwoli na ustalenie przyczyny awarii przekształtnika, na przykład przy wystąpieniu zwarcia wewnątrz przekształtnika lub uszkodzenia przekształtnika spowodowanego nieprawidłowym sterowaniem.

Zamawiający wyjaśnia, że układ regulatora prądu w normalnym stanie pracy ma wykorzystywać jako sygnał sprzężenia prądowego tylko sygnał wejściowy zasilania przekształtników (z przekładników prądowych). Dodatkowo sygnał prądu wyjściowego (z bocznika) wprowadzony do układu regulatora, w założeniach może być awaryjnie wykorzystany jako sygnał sprzężenia prądowego do sterowania regulatora prądu w przypadku awarii w układzie podstawowym.

Ponadto wskazać należy, że zastosowanie dwóch źródeł sygnału prądu obwodu głównego zapewni spełnienie wymagań określonych w pkt.1.1.4.8.9 zał. nr 2 do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz.U.2004.99.1003 z dnia 2004.05.01) w zakresie zapewnienia odpowiedniej niezawodności pracy w obwodach bezpieczeństwa i blokowania maszyny wyciągowej.

Wskazać należy, że również powyższe rozwiązanie techniczne jest zastosowane u Zamawiającego w przekształtnikach tyrystorowych stanowiących elementy wyciągów szybowych szybu 1.2 oraz 2.1, i co istotne to rozwiązanie techniczne zostało wykonane przez Odwołującego, który był wykonawcą modernizacji górniczego wyciągu szybowego szybu 1.2 na podstawie umowy nr 843/1G/2009 z dnia 7.08.2009 roku oraz był wykonawcą projektów technicznych, dostawy i montażu maszyny wyciągowej wraz z urządzeniem sygnalizacji górniczego wyciągu szybowego szybu 2.1 na podstawie umowy nr 824/1G/2009 z dnia 5.08.2009 roku.

Na zakończenie tej kwestii podkreślić należy, że Zamawiający wprowadzając wymóg wyposażenia układów regulacji prądu przekształtników wyposażyc w dwa niezależne układy pomiaru prądu, z których jeden powinien mierzyć prąd zasilania przekształtników a drugi prąd wyjściowy, w żaden sposób nie narzucił wykonawcom ani sposobu wykonania tych układów, jak również nie narzucił wykonawcom typów urządzeń, które do wykonania tych układów powinny zostać zastosowane.

W zakresie zarzutu z pkt 3 i 4 odwołania w całości pozostaje aktualne stanowisko, zawarte w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przywołanym w uzasadnieniu niniejszej odpowiedzi na odwołanie, odnoszącym się do zarzutu z pkt 1 odwołania.

#### Ad. zarzuty określone w pkt 9, 10 i 11 odwołania (dotyczących Projektu Umowy)

W zakresie zarzutu z pkt 9 odwołania (uniezależnienie zakresu odpowiedzialności wykonawcy od wartości części przedmiotu umowy, względem której wykonawca nie wykonał obowiązków do usunięcia wad).

Wprawdzie w związku z dokonaną zmianą §13 ust. 1 lit. „b” Projektu umowy, przedmiotowy zarzut stał się w całości nieaktualny, niemniej jednak należy podkreślić, że był on niezasadniony. Wskazać należy, że Zamawiający miał pełne prawo zastrzec w

kwestionowanych postanowieniach kary umowne liczone od pełnej wartości wynagrodzenia w celu pełniejszej realizacji funkcji stymulacyjnej i represyjnej kary umownej, co nie pozbawiało wykonawców prawa do miarkowania kary umownej przez sąd powszechny na etapie realizacji umowy. W tym miejscu odsyłam do powołanego w dalszej części wywodu dotyczącego zarzutów, odnoszących się do kar umownych, orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, odnoszącego się do kwestii zastrzegania kar umownych przez Zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu z pkt 10 odwołania (brak maksymalnego limitu kar umownych na poziomie 10% wartości wynagrodzenia brutto).

Zarzut ten po pierwsze stał się częściowo nieaktualny, ponieważ Zamawiający w dniu 2 marca 2018 r. dokonał zmiany projektu umowy, wprowadzając w S 13 projektu umowy postanowienie ust. 3 w brzmieniu: „Łączna odpowiedzialność każdej ze Stron, z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, w tym z tytułu kar umownych, ograniczona jest do wysokości równej kwocie całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego netto, określonego w 9 ust. 1 Umowy.”

Niezależnie od tego zarzut ten jest bezzasadny, gdyż Zamawiający nie był zobowiązany do wprowadzania jakichkolwiek limitów odpowiedzialności czy to z tytułu kar umownych, czy odpowiedzialności odszkodowawczej, w tym limitu kar umownych na poziomie 10%. Limit taki powodowałby, że po osiągnięciu wskazanego pułapu kar umownych wykonawca mógłby bezkarnie np. opóźniać się z wykonywaniem obowiązków umownych, mając na uwadze, jakie trudności wiązać się mogą z udowodnieniem wysokości szkody poniesionej na skutek takich opóźnień, co czyniłoby iluzoryczną funkcję stymulacyjną i represyjną kary umownej.

Zamawiający przytoczył w tym zakresie obszernie orzecznictwo KIO i sądów okręgowych oraz wskazał, że niezrozumiałe jest w jego ocenie dlaczego Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - który w sposób szczególny winien chronić swój interes jako element interesu publicznego - miałby limitować wysokość kar umownych do poziomu 10 % wartości umowy.

W zakresie zarzutu z pkt 11 odwołania (brak zastrzeżenia na rzecz wykonawcy kary za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego).

Powyższego bezzasadnego zarzutu Zamawiający nie uwzględnił, gdyż po pierwsze Zamawiający ma prawo nie zastrzegać kar umownych na rzecz wykonawcy, chroniąc w sposób szczególny swój interes jako element interesu publicznego, o czym już była wyżej mowa, po drugie zaś - z uwagi na charakter kluczowych obowiązków Zamawiającego będących przedmiotem umowy i niedopuszczalność zastrzegania kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań pieniężnych.

Nie ulega wątpliwości, że w przypadku przedmiotowego zamówienia należące do essentialia negotii zobowiązanie Zamawiającego ma wyłącznie charakter pieniężny, jako że głównym obowiązkiem Zamawiającego jest zapłata wynagrodzenia na rzecz wykonawcy przewidziana w §9 projektu umowy.

Z kolei zobowiązania wykonawcy mają charakter niepieniężny, co umożliwia i uzasadnia sankcjonowanie ich niewykonania lub nienależytego wykonania karami umownymi. Zgodnie bowiem z §1 ust. 1 projektu umowy przedmiotem umowy jest: opracowanie kompletnej dokumentacji projektowo - wykonawczej modernizacji maszyny wyciągowej i urządzenia sterowniczo - sygnałowego górniczego wyciągu szybowego, szybu 1.3 należącego do Zamawiającego, położonego w Bogdance oraz wykonanie własnym staraniem z własnych materiałów i przy użyciu własnego sprzętu prac (robót) polegających na modernizacji maszyny wyciągowej i urządzenia sterowniczo - sygnałowego górniczego wyciągu szybowego, szybu 1.3. Stosownie do art 483 §1 kc: Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zastrzeganie kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań pieniężnych jest niedopuszczalne, co oznacza również niedopuszczalność zastrzegania kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z powodu niewykonania zobowiązania pieniężnego. Zamawiający przywołał w tym zakresie orzecznictwo KIO.

Zamawiający wyjaśnił, że prowadząc kopalnię węgla kamiennego działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych, i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości, w tym przypadku potrzeb energetycznych. Postanowienia projektu umowy dotyczące kar umownych w kształcie nadanym po wprowadzonych przez Zamawiającego zmianach są nad wyraz łagodne dla wykonawców, i bez wątpienia mieszczą się w granicach zasady swobody umów, interpretowanej zgodnie z orzecznictwem powołanym w wywodzie zawartym powyżej.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym o ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Wobec oświadczenia złożonego przez Odwołującego na posiedzeniu z udziałem stron postępowania o cofnięciu zarzutów odwołania wskazanych w pkt 5, 6, 7, 8, 9, 10 i 12, z uwagi na zmianę treści SIWZ, rozpoznaniu podlegały zarzuty odwołania wskazane w pkt 1, 2, 3, 4 oraz 11 odwołania, tj.:

Zarzut nr 1 – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w postępowaniu tj. wprowadzenie w pkt 4 [b] tire [1] zd. [1] i [2] OPZ wymogu, by obwody wirników silników wyciągowych zasilic z czterech jednokierunkowych przekształtników tyrystorowych chłodzonych powietrzem, z których każdy zabudowany będzie z sześciu tyrystorów, a prąd wyprostowany znamionowy ciągły przekształtników był nie niższy, niż 6 kA, który to wymóg - odnośnie wymaganego prądu znamionowego zasilanych silników - nie ma technicznego uzasadnienia, a w całości ogranicza konkurencję w postępowaniu, gdyż przekształtniki tego typu nie występują w powszechnie dostępnych ofertach producentów przekształtników tyrystorowych;

Zarzut nr 2 – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w postępowaniu tj. wprowadzenie w pkt 4 [b] tire [1] zd. 3 OPZ wymogu, by przeciążalność przekształtników spełniała wymagania normy PN-IEC146-1-1+AC dla V klasy przeciążalności [górnictwo] tj. zapewniała przeciążalność prądem 150% prądu znamionowego przez 2h i przeciążenie prądem o wartości 200% prądu znamionowego przez 1 min, podczas, gdy wymóg ten nie ma technicznego uzasadnienia, a ogranicza konkurencję w Postępowaniu, gdyż przekształtniki tego typu nie występują w powszechnie dostępnych ofertach producentów przekształtników tyrystorowych;

Zarzut nr 3 – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w postępowaniu tj. wprowadzenie w pkt 4 [b] tire [1] OPZ szczegółowych wymagań odnośnie zabezpieczenia temperaturowego przekształtników tyrystorowych, które nie mają technicznego uzasadnienia, a - narzucając konkretne rozwiązanie techniczne - ograniczają konkurencję w postępowaniu;

Zarzut nr 4 – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w postępowaniu tj. wprowadzenie w pkt 4 [b] tire [3] OPZ wymogu, by układy regulacji prądu przekształtników wyposażać w dwa niezależne układy pomiaru prądu z

których jeden powinien mierzyć prąd zasilania przekształtników, a drugi prąd wyjściowy, podczas, gdy nie ma on technicznego uzasadnienia, a - narzucając konkretne rozwiązanie techniczne - ogranicza konkurencję w Postępowaniu;

Zarzut nr 11 – dotyczący naruszenia art. 353[1] k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez ukształtowanie §13 projektu umowy w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową i ograniczający konkurencję w postępowaniu tj. poprzez zaniechanie wprowadzenia obowiązku zapłaty kary umownej przez Zamawiającego w przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę wskutek okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, co powoduje zachwianie równowagi kontraktowej, zniechęcając wykonawców do udziału w postępowaniu.

Jak wynika z treści Opisu przedmiotu zamówienia, w pkt 4 „Szczegółowe założenia dla modernizacji maszyny wyciągowej”, litera „b” tiret pierwszy, zdanie pierwsze, drugie i trzecie miały następującą treść:

„Obwody wirników silników wyciągowych należy zasilić z czterech jednokierunkowych przekształtników tyrystorowych chłodzonych powietrzem, z których każdy zbudowany będzie z sześciu tyrystorów. Prąd wyprostowany znamionowy ciągły przekształtników powinien być nie niższy niż 6kA. Przeciężalność przekształtników musi spełniać wymagania normy PN-IEC 146-1-1+AC dla klasy przeciężalności (górnictwo) tj. zapewnić przeciężalność prądem 150% prądu znamionowego przez 2 h i przeciężenie prądem o wartości 200% prądu znamionowego przez 1 min.”

Natomiast w akapicie trzecim znajduje się postanowienie o następującej treści: „W celu uzyskania możliwości oceny stopnia obciążenia przekształtników, przekształtniki tyrystorowe obwodu głównego muszą być wyposażone w układy pomiaru temperatury obudowy tyrystorów lub radiatorów.”

Tiret trzeci akapit drugi zawiera postanowienie o treści: „Układy regulacji prądu przekształtników należy wyposażyć w dwa niezależne układy pomiaru prądu, z których jeden powinien mierzyć prąd zasilania a drugi prąd wyjściowy.”

### **Izba zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na oddalenie z następujących powodów.

W zakresie pierwszych dwóch zarzutów odwołania, dotyczących postanowień OPZ, zgodnie z którymi „Obwody wirników silników wyciągowych należy zasilić z czterech jednokierunkowych przekształtników tyrystorowych chłodzonych powietrzem, z których każdy zbudowany będzie z sześciu tyrystorów. Prąd wyprostowany znamionowy ciągły przekształtników powinien być nie niższy niż 6kA. Przeciężalność przekształtników musi

spełniać wymagania normy PN-IEC 146-1-1+AC dla klasy przeciążalności (górnictwo) tj. zapewnić przeciążalność prądem 150% prądu znamionowego przez 2 h i przeciążenie prądem o wartości 200% prądu znamionowego przez 1 min.”, skład orzekający uznał, że Zamawiający wykazał, iż wymogi te są wynikiem jego uzasadnionych potrzeb. Zarówno w treści odpowiedzi na odwołanie, jak i w toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że jego intencją jest zakup przekształtników o zbliżonych własnościach eksploatacyjnych do tych, aktualnie eksploatowanych przez Zamawiającego oraz które pozwolą na zapewnienie możliwości funkcjonowania wyciągu szybowego (tj. prowadzenia transportu urobku), nie tylko w warunkach tzw. normalnych, ale również w sytuacjach nadzwyczajnych, tj. podczas wystąpienia awarii. Tym samym intencją Zamawiającego jest zwiększenie niezawodności układu napędowego maszyny wyciągowej jak również zmniejszenie kosztów jej eksploatacji. Zamawiający na potwierdzenie swojego stanowiska przedłożył szereg dowodów wraz z odpowiedzią na odwołanie. Izba miała na uwadze, że stanowisko Zamawiającego w przedmiocie żądania takiego, a nie innego rozwiązania wynika z jego dotychczasowych doświadczeń, co potwierdzają w szczególności złożone dowody w postaci karty napraw i remontów maszyny wyciągowej S 1.3 oraz wyciągu z książki raportowej szybu 1.3 z 2006 r., potwierdzające pracę maszyny wyciągowej z jednym silnikiem. Co istotne, w ocenie składu orzekającego opisane przez Zamawiającego wymogi, nie ograniczają konkurencji. Zamawiający, co zostało przez niego przyznane w toku rozprawy, jest zainteresowany zakupem rozwiązania dedykowanego, tj. nie znajdującego się w standardowej ofercie producentów tego typu sprzętu.

Prezentowane przez Odwołującego stanowisko w treści odwołania oraz na rozprawie, nie pozostawia natomiast wątpliwości, iż właśnie okoliczność, iż Zamawiający nie jest zainteresowany zakupem rozwiązania standardowego budzi sprzeciw Odwołującego. Jak bowiem wskazał Odwołujący podczas rozprawy - brak jest urządzeń, które w czasie awarii będą pracować tak jak oczekuje tego Zamawiający, w tym celu konieczne jest doprowadzanie do stanu działania nie zgodnego ze specyfikacją techniczną. Natomiast sam Zamawiający przyznał, że w sytuacjach awaryjnych sprzęt pracował na granicy swoich możliwości, ale jednocześnie podkreślił, że przy monitorowaniu wszystkich istotnych parametrów było to możliwe. Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego takie wymagania Zamawiającego wynikają z jego uzasadnionych potrzeb.

W tym miejscu podkreślić należy, że fakt, iż dany produkt nie należy do oferty standardowej producentów, nie czyni jeszcze takiego wymogu ograniczającym konkurencję, bowiem istnieje możliwość wyprodukowania tych elementów na zamówienie, jest to tylko kwestia chęci ze strony producentów. Okoliczność, iż producenci z którymi współpracuje Odwołujący mogą nie być zainteresowani taką produkcją nie czyni jeszcze zaskarżonych postanowień SIWZ naruszającymi przepisy ustawy Pzp.

W tym miejscu odnosząc się do złożonych przez Odwołującego dowodów, w szczególności korespondencji z producentami, z którymi Odwołujący współpracuje, wskazać należy, że w ocenie składu orzekającego dowody te wskazują jedynie na to, że producenci ci nie posiadają w swojej standardowej ofercie rozwiązania, którym zainteresowany jest Zamawiający, jednak to nie dowodzi jeszcze ograniczenia konkurencji. Podobnie krzywa obciążalności prądowej silnika nie stanowi również takiego dowodu, jak zresztą okazało się podczas rozprawy jest to wyliczenie jedynie teoretyczne, gdyż w praktyce Zamawiającemu udało się, podczas awarii, doprowadzić silnik do pracy na oczekiwanym poziomie. Natomiast dowody na udane realizacje zamówień dla innych zamawiających dowodzą jedynie tego, że Odwołujący sprostął z powodzeniem wymaganiom opisanym przez innego zamawiającego z innym postępowaniu, gdzie zamawiający miał odmienne potrzeby, od tych, jakie ma zamawiający w tym postępowaniu. Raz jeszcze podkreślenia wymaga, że o omawianych wymogach Zamawiającego decydują w tym przypadku jego obiektywne potrzeby.

W ocenie Izby nie potwierdziły się również zarzuty nr 3 i 4.

Odwołujący argumentował w toku rozprawy, że kwestionowane przez niego w zarzucie nr 3 żądanie Zamawiającego jest sugestią konkretnego rozwiązania technicznego w zakresie kontroli temperatury. Natomiast renomowani producenci przekształtników tyrystorowych wystarczająco zabezpieczają temperaturowo swoje urządzenia. Zamawiający natomiast argumentował, że nie narzuca sposobu pomiaru temperatury tyrystora, nie wskazuje na żadne techniczne rozwiązania, a jego celem jest otrzymanie rozwiązania pozwalającego pracownikowi na miejscu mieć możliwość ciągłego monitorowania temperatury.

Jak wskazano powyżej, Izba ustaliła, że brzmienie spornego postanowienia OPZ, którego dotyczy omawiany zarzut jest następujące: „W celu uzyskania możliwości oceny stopnia obciążenia przekształtników, przekształtniki tyrystorowe obwodu głównego muszą być wyposażone w układy pomiaru temperatury obudowy tyrystorów lub radiatorów.” W toku rozprawy Odwołujący przyznał, że z tego postanowienia wywodzi, iż Zamawiający wymaga, aby układ pomiaru temperatur był zabudowany w obudowie tyrystorów. W ocenie Izby taki wniosek nie jest uprawniony w świetle literalnego brzmienia omawianego postanowienia, z którego w ocenie Izby wynika jedynie wymóg, aby układy pomiaru temperatury zapewniały pomiar temperatury obudowy tyrystorów lub radiatorów, nie natomiast aby pomiar ten odbywał się przy pomocy układu pomiaru temperatur zabudowanego w obudowie tyrystorów. Jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy - układ ma mierzyć temperaturę obwodową, a nie być na niej zamontowany, ponadto ma być to bezpośredni pomiar temperatur i nie może być to metoda pośrednia oparta na pomiarze prądu.

Podobnie w zakresie zarzutu nr 4, Odwołujący również argumentował, że Zamawiający w sposób nieuprawniony żąda określonego rozwiązania technicznego. Sporne postanowienie OPZ ma następujące brzmienie „Układy regulacji prądu przekształtników należy wyposażyć w dwa niezależne układy pomiaru prądu, z których jeden powinien mierzyć prąd zasilania a drugi prąd wyjściowy”. Podczas rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że żąda dwóch niezależnych układów pomiarów prądu, ale nie stawia jednocześnie wymogu, że mają one funkcjonować jako układy sprzężenia. Zamawiający w sytuacjach awaryjnych chciał mieć możliwość wykorzystania sygnału wyjściowego i uzyskać dodatkową możliwą rezerwę, która pozwoli wykonać cykl awaryjny przejazdu maszyny, gdy nastąpi uszkodzenie w pomiarze układu prądu wejściowego. Bez układu sprzężenia maszyna nie pojedzie. Zamawiający argumentował ponadto, że dwa niezależne pomiary pozwolą mu na szybszą diagnozę w czasie awarii. Jak wyjaśnił Zamawiający „układy regulacji prądu” należy rozumieć jako obiekty. Te dwa sygnały należy doprowadzić do tych obiektów i dopracować, aby były dostępne.

W ocenie Izby zaistniały na gruncie omawianych postanowień OPZ spór ma swoje źródło w tym, iż postanowienia OPZ są rozumiane przez Odwołującego w sposób odmienny niż wynika to z ich literalnego brzmienia. Z brzmienia omawianych postanowień nie można zdaniem składu orzekającego wyprowadzić wniosku i narzuceniu przez Zamawiającego określonych rozwiązań technicznych.

Nie potwierdził się również ostatni z zarzutów, tj. zarzut nr 11. W ocenie składu orzekającego brak postanowienia umownego, na który powołuje się Odwołujący nie powoduje nierówności stron. Na podkreślenie zasługuje okoliczność, iż wykonawca nie jest pozbawiony możliwości dochodzenia swoich roszczeń na zasadach ogólnych.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania. Orzekając o kosztach z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Izba miała na uwadze postanowienia §3 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia, zgodnie z którym do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania obejmujące w szczególności wynagrodzenie pełnomocników jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł.

Przewodniczący: .....