

Sygn. akt: KIO 2342/11

**WYROK**  
**z dnia 15 listopada 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2011 r. przez wykonawcę **Kopex S.A. w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **FAMUR sp. z o.o. w Katowicach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Kopex S.A. w Katowicach** i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Kopex S.A. w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Kopex S.A. w Katowicach** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w Katowicach** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący: .....**

## **U z a s a d n i e**

Zamawiający – Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest dostawa urządzeń do eksploatacji ścian w pokładzie 364/1 w KHW S.A. KWK Murcki-Staszic.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 19 października 2011 r. nr 2011/S 201-327699. W tej samej dacie na stronie internetowej zamawiającego została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) opisu przedmiotu zamówienia, określeniu terminu dostawy urządzeń niskiego kompleksu ścianowego, wyłączeniu możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy odwołujący – wykonawca Kopex S.A. w Katowicach wniósł w dniu 28 października 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- 3) art. 36 ust. 5 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie zakazu powierzania wykonania części zamówienia podwykonawcom.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) modyfikacji postanowień SIWZ, polegającej na określeniu ogólnych warunków i wymagań eksploatacyjnych, dotyczących kompleksu ścianowego tj. wyłącznie jego wydajności, zakresu pracy oraz warunków w jakich kompleks będzie pracował oraz wykreślenie pozostałych szczegółowych zapisów technicznych,
- 2) z ostrożności - modyfikacji postanowień SIWZ polegającej na dopuszczeniu kombajnu o średnicy organów max 1250 mm (rozdział II pkt IV.1.2.c), o prześwicie pod kombajnem min. 315 mm (rozdział II pkt IV.1.2.n), o wysokości kombajnu od spągu max 947 mm

- (rozdział II pkt IV.1.2.r), umożliwieniu przystosowania obudowy do zabudowy dodatkowych dwóch stojaków wyłącznie w sytuacji, gdy jest to wymagane cechami konstrukcyjnymi pozostałych elementów przedmiotu zamówienia (rozdział II pkt IV.2.32),
- 3) modyfikacji postanowień SIWZ, polegającej na wydłużeniu terminu realizacji przedmiotu zamówienia do 5 miesięcy (rozdział I pkt 1.1.4),
  - 4) modyfikacji postanowień SIWZ, polegającej na dopuszczeniu możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom (rozdział IV § 9 ust. 1).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że jego zdaniem pewne parametry techniczne poszczególnych urządzeń (kombajn, obudowa zmechanizowana) zostały w SIWZ określone w sposób zbyt precyzyjny, co może sugerować, że zamawiający oczekuje konkretnych urządzeń od konkretnego wykonawcy i pod to oczekiwanie został sporządzony opis przedmiotu zamówienia. Odwołujący w szczególności wskazuje następujące zapisy: *IV. Wymagania dotyczące urządzeń wchodzących w skład niskiego kompleksu ścianowego. IV.1. Kombajn ścianowy musi spełniać następujące wymagania: c) średnica organów-max 1200 mm, n) prześwit pod kombajnem min. 350 mm, r) wysokość kombajnu od spągu - nie większa niż 800 mm, IV.2. Ścianowa obudowa zmechanizowana - 171 kpl. Sekcje ścianowej obudowy zmechanizowanej muszą spełniać następujące warunki: 32. Sekcje przystosować do możliwości zabudowy dodatkowych dwóch stojaków o średnicy, co najmniej 180 mm, przed stojakami zasadniczymi. W tym celu przewidzieć w stropnicy zasadniczej i spągnicach odpowiednie gniazda.*

Odwołujący, w oparciu o posiadaną przez siebie wiedzę i ogólnie dostępne źródła (prospekty, strony internetowe) wywodził, iż dokonał analizy parametrów technicznych kombajnów oferowanych przez różnych uznanych na świecie producentów (m.in. firmy czeskiej T Machinery, niemieckiego Eickhoffa, amerykańskiego Joya, polskich ZZM, Famur), którą przedstawia tabela stanowiąca załącznik nr 5 do niniejszego pisma. W oparciu o tabelę wskazywał, że nie tylko on, ale i inni producenci poza jednym (Famur S.A.) nie będą potrafili spełnić wszystkich szczegółowo i precyzyjnie określonych wymogów SIWZ, zaś każdy z wymienionych w tabeli kombajnów umożliwia eksploatację ścian niskich, takich, jakie zamierza eksploatować zamawiający. Natomiast wymóg dotyczący sekcji ścianowej obudowy zmechanizowanej i możliwości alternatywnej zabudowy stojaków jest charakterystyczny tylko dla jednego wykonania będącego w użyciu, co wskazuje na określonego wykonawcę (Famur S.A. i spółkę zależną od Famuru - Fazos S.A.). Wymóg ten (możliwość zamocowania dodatkowych stojaków) jest we współcześnie stosowanych obudowach całkowicie zbędny, jako że ich konstrukcja zapewnia spełnienie wymaganych funkcji bez potrzeby takiego dodatkowego „wspomagania”.

Odwołujący wskazywał, że skoro zamawiający żąda dostawy kompleksu ścianowego, to powinien określić wyłącznie parametry kompleksu takie jak oczekiwaną wydajność, zakres oraz warunki pracy kompleksu, pozostałe elementy powinny zostać pozostawione do zaprojektowania i zrealizowania wykonawcy, gwarantującemu osiągnięcie w/w wydajności oraz dostosowanie urządzeń do zakresu i warunków pracy. Zwracał uwagę, że w roku 2010 . zamawiający prowadził podobne postępowanie na dostawę urządzeń do eksploatacji ścian w polu CDF dla KHW S.A. KWK „Murcki - Staszic” - nr sprawy ZP-631/2010. Pomimo częściowego uwzględnienia przez zamawiającego odwołania wniesionego przez odwołującego w ubiegłorocznym postępowaniu i dokonania zmiany treści SIWZ, zarówno odwołujący jak ani żaden inny wykonawca poza podmiotami z Grupy Famur w dalszym ciągu nie mieli możliwości złożenia oferty. Skutkowało to złożeniem ofert wyłącznie przez Famur S.A. i należący do niego w 100% podmiot zależny Fazos S.A. Natomiast w postępowaniu na dostawę kompleksu ścianowego (urządzeń) do eksploatacji niskich pokładów w KWK Pniówek prowadzonym przez JSW S.A., gdzie zakres przedmiotu zamówienia był bardzo zbliżony, zasady konkurencyjności nie były w żaden sposób ograniczone, a oferty prócz podmiotów z Grupy Famur złożyły także inne podmioty. Podnosił, że w przypadku uznania przez Izbę, iż nie jest możliwe nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ polegającej na wskazaniu ogólnych parametrów dotyczących wydajności zakresu oraz warunków pracy kompleksu konkurencyjność może zapewnić także (choć w mniejszym zakresie i dotyczącym wyłącznie odwołującego) nakazanie zamawiającemu dokonanie zmian konkretnych postanowień SIWZ wskazanych w odwołaniu, w celu dopuszczenia produktu oferowanego przez odwołującego do udziału w postępowaniu.

W dalszej części odwołania odwołujący podnosił, że zamawiający naruszył także zapisy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na realizację przedmiotu zamówienia. Trzymiesięczny termin dostawy niskiego kompleksu ścianowego jest terminem nierealnym i wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia poprzez wydłużenie terminu realizacji do 5 miesięcy. Zgodnie z posiadaną przez odwołującego wiedzą nie jest możliwe wyprodukowanie przedmiotu zamówienia, a zwłaszcza sekcji obudowy zmechanizowanej w okresie 3 miesięcy od daty zawarcia umowy, gdyż już samo badanie stanowiskowe sekcji obudowy zmechanizowanej trwa około 5 tygodni. Uzyskanie pozytywnych wyników badania stanowiskowego jest przesłanką warunkującą rozpoczęcie cyklu produkującego obudowy. Należy także przyjąć, że cykl produkcyjny 171 kompletów sekcji obudowy wynosi około 15 tygodni. Wywodził, że jeden z potencjalnych wykonawców może posiadać już wyprodukowane urządzenia, gdyż kompleks ścianowy spełniający wymagania zamawiającego był prezentowany w trakcie Międzynarodowych Targów Górnictwa, Przemysłu Energetycznego i Hutniczego Katowice wrzesień 2011 roku.

Zdaniem odwołującego nie wystąpiły także żadne przesłanki odnoszące się do specyfiki przedmiotu zamówienia, które by uprawniały zamawiającego do wprowadzenia zakazu korzystania z usług podwykonawców, zaś zamawiający nie wykazał jakie elementy specyfiki przedmiotu zamówienia uzasadniają wprowadzenie tego zakazu.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, modyfikację SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie sporządzenia SIWZ sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który ze względu na wyznaczenie zbyt krótkiego terminu realizacji dostawy i wprowadzenie zakazu powierzenia wykonania części przedmiotu zamówienia przez podwykonawcę może uniemożliwić wykonawcy złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty i prowadzić do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie, uznała je za niezasadne.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny. Przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń do eksploatacji ścian w pokładzie 364/1 w KHW S.A. KWK Murcki-Staszic. W Rozdziale I pkt 4 SIWZ zamawiający określił termin realizacji dostawy jako 3 miesiące od daty zawarcia umowy. W Rozdziale II SIWZ zatytułowanym „Szczegółowe wymagania techniczne” w pkt IV „Wymagania dotyczące urządzeń wchodzących w skład niskiego

kompleksu ścianowego” zamawiający określił wymagane parametry techniczne kombajnu ścianowego w tym m.in.:

- *średnica organów – max  $\varnothing$  1200 mm (ppkt 2c),*
- *prześwit pod kombajnem min. 350 mm (ppkt 2n),*
- *wysokość kombajnu od spągu – nie większa niż 800 mm (ppkt 2r).*

W Rozdziale II w pkt IV „Sekcje ścianowej obudowy zmechanizowanej muszą spełniać następujące warunki” zamawiający określił wymagane parametry techniczne sekcji ściany obudowy zmechanizowanej, w tym m.in. wymóg iż *Sekcje przystosować do możliwości zabudowy dodatkowych dwóch stojaków o średnicy, co najmniej 180 mm, przed stojakami zasadniczymi. W tym celu przewidzieć w stropnicy zasadniczej i spągnicach odpowiednie gniazda.*

Ponadto, W §9 ust. 1 Rozdziału IV „Istotne postanowienia umowy” zastrzeżono, iż *zamawiający wyklucza możliwość udziału podwykonawców w realizacji zakresu dostawy będącej przedmiotem niniejszej umowy.*

Ustalono nadto, iż zamawiający w dniu 9 listopada 2011 r. po wniesieniu odwołania, przed otwarciem rozprawy, dokonał modyfikacji niektórych postanowień SIWZ w ten sposób, że:

- 1) postanowienie Rozdziału II pkt IV.1 ppkt 2 c otrzymało brzmienie: „średnica organów – max 1250mm.”,
- 2) postanowienie Rozdziału II pkt IV.2 ppkt 32 otrzymało brzmienie: „Sekcje obudowy przystosować do zabudowy dodatkowych dwóch stojaków, gdy jest to wymagane cechami konstrukcyjnymi sekcji obudowy zmechanizowanej. W tym przypadku należy przewidzieć w stropnicy i spągnicach odpowiednie gniazda.”,
- 3) postanowienie Rodziału I pkt I.2 ppkt 9 otrzymało brzmienie: „Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom.”,
- 4) wykreślił postanowienie §9 ust. 1 Rodziału IV Istotne postanowienia umowy.

Przechodząc do podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba podziela podnoszone w piśmiennictwie stanowisko, że zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy Pzp objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, tak więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Z drugiej strony zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia

przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Oznacza jedynie, iż zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15 października 2007 r., V Gaz 90/07, „uprawnieniem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...)”. Jednocześnie jednak zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując siwz, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy”. Wydaje się też, że rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, (...) jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji. (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz, LEX 2010, Komentarz do art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV).

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, iż w praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające

jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu "wygodne" wszystkim wykonawcom i dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju czy przebiegu działalności (wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1122/10).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba w pierwszej kolejności poczyniła ustalenia dotyczące rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia. Izba uznała za nieudowodnione twierdzenie odwołującego, iż dobór wymaganych parametrów kombajnu ścianowego tj. prześwit pod kombajnem min. 350 mm, wysokość kombajnu od spągu - nie większa niż 800 mm wskazuje na oczekiwanie konkretnego urządzenia od konkretnego wykonawcy. Odwołujący w odwołaniu wywodził, iż dokonał analizy parametrów technicznych kombajnów oferowanych przez różnych uznanych na świecie producentów (m.in. firmy czeskiej T Machinery, niemieckiego Eickhoffa, amerykańskiego Joya, polskich ZZM, Famur), których zestawienie zawarł w tabeli stanowiącej załącznik nr 5 do odwołania. W tabeli zestawiono dziewięć różnych typów kombajnów, produkowanych przez sześciu producentów, które służą do eksploatacji ścian w niskich pokładach. W oparciu o tę tabelę wywodził, że inni producenci poza jednym (Famur S.A.) podobnie jak odwołujący nie będą potrafili spełnić wszystkich wymogów SIWZ. Izba zważyła, że zestawienie tabelaryczne zostało sporządzone i podpisane przez samego odwołującego, a zatem stanowiło jedynie wyraz jego stanowiska. Natomiast zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, zaś zgodnie z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Jak przyznał sam odwołujący tabelę sporządził w oparciu o posiadaną przez siebie wiedzę i ogólnie dostępne źródła (prospekty, strony internetowe), jednakże nie złożył w charakterze dowodów stosownych prospektów, kart katalogowych, oświadczeń producentów czy choćby wydruków ze stron internetowych, które potwierdzałyby jego stanowisko. W konsekwencji odwołujący nie wykazał sytuacji na rynku obejmującym przedmiot zamówienia, a obowiązany był dowód taki przeprowadzić skoro wywodził, że sporne postanowienia SIWZ uniemożliwiają złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty nie tylko jemu, ale także innym wykonawcom.

Ponadto wątpliwości Izby wzbudziła sama treść załącznika nr 5 do odwołania. Źródłem tych wątpliwości była rozbieżność niektórych parametrów technicznych urządzeń w nim ujawnionych z kartami katalogowymi niektórych kombajnów. W załączniku nr 5 do odwołania, odwołujący podał w przypadku oferowanego przez siebie urządzenia – kombajnu ścianowego wąskoramionowego niskiego z elektrycznym napędem posuwu KSW460NE wartość parametru technicznego „średnica organu” na poziomie „minimum 1250 mm”, podczas gdy z kart katalogowych tego urządzenia złożonych przez zamawiającego w trakcie



rozprawy wynikało, że parametr ten kształtował się na poziomie od 1000 do 1600 mm lub od 1350 do 1800 mm. Również kombajn FAM symbol FS 200 produkcji wykonawcy Famur w wersji typowej, wbrew treści załącznika nr 5 do odwołania, nie spełniał wymogów zamawiającego w zakresie wysokości urabiania (1,2 do 1,8 m wobec wymaganych 1,3 do 1,9 m), a jednak przystępujący popierał stanowisko zamawiającego zamierzając zaoferować to urządzenie. Świadczyło to o tym, iż możliwe jest dokonanie modyfikacji typowej wersji urządzenia w celu sprostania parametrom określonym w SIWZ. Skoro możliwość taka istniała w przypadku kombajnu FAM symbol FS 200, to nie można było wykluczyć, że również inni producenci będą w stanie dostosować swe produkty do wymagań SIWZ. Izba uznała zatem za wiarygodne twierdzenie zamawiającego, że kombajn górniczy nie jest produktem seryjnym, a więc w przypadku niektórych z kombajnów wskazanych w tabeli dołączonej do odwołania istnieje może możliwość dostosowania ich do wymogów zamawiającego.

Za dowód w sprawie nie mogła zostać uznana karta katalogowa urządzenia UKD400 producenta NPK Gornyje Maszyny złożona w trakcie rozprawy przez odwołującego. Izba stwierdziła bowiem, że dokument ten został sporządzony w języku angielskim, zaś odwołujący nie złożył odpisów tłumaczenia dokumentu na język polski dla zamawiającego i przystępującego. Tymczasem w świetle § 24 ust. 2 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* pisma przedkładane w toku rozprawy przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego wnoszą również w odpisach dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego.

Reasumując Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, iż kwestionowane parametry ograniczają dostęp do zamówienia także innym wykonawcom, albowiem za dowód taki nie mogła zostać uznana załączona do odwołania tabela i parametry techniczne jednego z urządzeń złożone na rozprawie.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że kwestionowane przez odwołującego parametry techniczne znajdują uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Na uwagę zasługiwał fakt, że przedmiotem zamówienia był m.in. kombajn ścianowy wchodzący w skład kompleksu do wybierania ścian, który miał umożliwić prowadzenie ściany o wysokości 1,30 m do 1,90 m, a więc ściany niskiej. Okoliczność ta wymuszała zatem konieczność zamówienia urządzeń, które ze względu na swoje rozmiary będą mogły być eksploatowane w specyficznych warunkach ściany niskiej.

Odnosnie parametru technicznego – *wysokości kombajnu od spągu nie większej niż 800 mm oraz prześwitu pod kombajnem - min. 350 mm* odwołujący powołując się na złożone

w trakcie rozprawy analizy współpracy sekcji linowej obudowy zmechanizowanej Tagor 11/21-POZ z kombajnem ścianowym KSW460NE1 i przenośnikiem ścianowym Rybnik 850 przy maksymalnej wysokości roboczej 1,9 metra oraz przy minimalnej wysokości roboczej 1,3 metra jak również przy zaciśniętej sekcji na minimalnej wysokości geometrycznej 1,1 metra wywodził, iż możliwe jest prowadzenie ściany niskiej o wysokości 1,3 do 1,9 m nawet przy wysokości kombajnu od spągu na poziomie 947 mm, a ponadto, że transportowanie węgla pod kombajnem jest możliwe także przy prześwicie 315 mm.

Odnosząc się do analiz złożonych przez odwołującego w kontekście parametru wysokości kombajnu od spągu Izba stwierdziła, iż prowadzenie ściany przy wnioskowanej przez odwołującego wysokości kombajnu od spągu na poziomie 947 mm jest możliwe, co wynikało z analizy pracy przy wysokości roboczej 1,3m, a nawet możliwe było zaciśnięcie sekcji na wysokości geometrycznej 1,1 m bez uszkodzenia urządzenia. Zamawiający zwrócił jednakże uwagę, że bezproblemowe korzystanie z takiego urządzenia odbywałoby się wyłącznie gdyby kombajn poruszał się wyłącznie po płaskiej powierzchni. Występujące w eksploatowanych przez zamawiającego pokładach nierówności terenu powodują, że pracujące urządzenie przechyla się. Podniesienie kombajnu z jednej strony pociąga za sobą jego obniżenie z drugiej, co przy większej wysokości kombajnu od spągu może prowadzić do sytuacji, w której urobek będzie cięty pod ścianą. Kombajn pracuje wprawdzie na przenośniku ścianowym co skutkuje jego pewną sztywnością i może kompensować większe przechyły, jednak przenośnik składa się z członów połączonych niezależnymi elementami, które nie są sztywno ze sobą powiązane czego efektem jest pewna elastyczność. W efekcie linia sekcji nigdy nie jest pozioma. A zatem przy nieodpowiedniej wysokości kombajnu od spągu, z braku wystarczającego luzu między stropnicą obudowy zmechanizowanej a najwyższą częścią kombajnu przemieszczającego się pod obudową należy technologicznie podnieść ścianę, co może spowodować, że oprócz węgla wyrabiany będzie także kamień.

Izba zważyła, że eksploatacja urządzenia, które ze względu na swe rozmiary przy warunkach pracy występujących u zamawiającego tj. ścianach niskich przy których wysokość urabiania wynosi od 1,3 do 1,9 m może prowadzić do wyrabiania większej ilości kamienia i generować dodatkowe koszty po stronie zamawiającego. Kamień jest bowiem produktem ubocznym, zaś koszty jego oddzielenia i zagospodarowania obciążałyby zamawiającego. W konsekwencji w warunkach pracy występujących u zamawiającego urządzenie oferowane przez odwołującego będzie mniej efektywne i spowoduje konieczność ponoszenia przez zamawiającego dodatkowych kosztów.

Odnosnie parametru technicznego – *prześwitu pod kombajnem - min. 350 mm*, Izba stwierdziła, że odwołujący sam przyznał w trakcie rozprawy, że ma on pewne, choć nie

kluczowe, znaczenie dla zamawiającego. Izba stwierdziła jednakże, iż konieczność zapewnienia sobie prześwitu pod kombajnem na poziomie minimum 350 mm znajduje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Zamawiający zwrócił bowiem uwagę, że zmniejszenie prześwitu pod kombajnem przy grubszym asortymencie węgla w negatywny sposób wpływa na efektywność pracy kombajnu. Zbyt mały prześwit powoduje bowiem zatory w transportowaniu węgla o większej frakcji, co pociąga za sobą konieczność częstszego wstrzymywania pracy kombajnu, wchodzenia pracowników obsługi na przenośnik w celu usunięcia zatoru a w konsekwencji uniemożliwia również dwukierunkową jazdę urządzenia. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zaoferowanie urządzenia, które nie zapewni odpowiedniego prześwitu pod kombajnem w sposób oczywisty generować może po stronie zamawiającego dodatkowe koszty wynikające z większego nakładu pracy pracowników go obsługujących, a także mniejszej efektywności samego kombajnu. Konieczność zapewnienia sobie dostawy urządzenia, które odpowiada obiektywnym potrzebom zamawiającego, pomimo, iż nie wszyscy wykonawcy obecni na rynku będą w stanie je dostarczyć, nie stanowi jeszcze o naruszeniu uczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosząc o wydłużenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia z 3 do 5 miesięcy powołał się na pismo Instytutu Techniki Górniczej w Gliwicach z dnia 12 sierpnia 2010 r., a więc jedynej jednostki notyfikowanej, działającej na terenie Polski, w treści którego stwierdzono, iż badanie stanowiskowe sekcji obudowy zmechanizowanej wynosi około 5 tygodni. Następnie powołując się na kolejne etapy cyklu produkcji obudowy uwidocznione w sporządzonej przez siebie tabeli wywodził, iż w przypadku obudów zmechanizowanych cykl produkcji 171 kompletów wynosić będzie 15 tygodni.

Izba zważyła, że złożone przez odwołującego pismo zostało sporządzone w sierpniu 2010 r. Wskazany tam termin badania stanowiskowego nie wynikał z odrębnych przepisów, lecz z faktycznego obciążenia jednostki badawczej pracą. Dane podane w piśmie odnosiły się zatem do rzeczywistości z ubiegłego roku, która niekoniecznie musiała odpowiadać stanowi obecnemu.

Ponadto odwołujący nie odniósł się w sposób przekonujący do dowodów złożonych przez zamawiającego w trakcie rozprawy, z których wynikało, że w przypadku innych postępowań o udzielenie zamówienia obejmujących podobny przedmiot zamówienia odwołujący akceptował trzymiesięczny termin realizacji. W szczególności dotyczyło to:

- a) oferty z 21 lipca 2010 r. na *leasing finansowy fabrycznie nowej górniczej obudowy zmechanizowanej (165 sztuk) do eksploatacji pokładów węglowych systemem ścianowym z zawaltem stropu oraz nowego zestawu zmechanizowanej obudowy skrzyżowań dla KWK Mysłowice- Wesola* – termin trzymiesięczny

- b) oferty odwołującego z 25 czerwca 2010 r. *na leasing finansowy 100 sztuk kompletnych sekcji fabrycznie nowej ścianowej obudowy zmechanizowanej dla KWK Wieczorek – termin 90 dni,*
- c) oferty odwołującego z 29 września 2010 r. *na dostawę przenośników zgrzeblowych, sekcji obudów zmechanizowanych, kruszarek oraz wyposażenia elektrycznego do eksploatacji w ścianach zawalowych dla KHW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła – termin trzymiesięczny,*
- d) oferty z 30 września 2010 r. *na dostawę przenośników zgrzeblowych, sekcji obudów zmechanizowanych, kruszarek oraz wyposażenia elektrycznego do eksploatacji w ścianach zawalowych dla KHW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła – termin trzymiesięczny.*

Polemika odwołującego przedstawiona w trakcie rozprawy ograniczyła się do wskazania, że nie wiadomo, czy we wszystkich przywołanych postępowaniach przedmiot zamówienia dotyczył obudów nowych, a także że ilość zamawianych obudów była nieporównywalna, co mogło wpłynąć na zaakceptowanie ówczasie krótszego terminu realizacji. Izba stwierdziła jednak, że niewątpliwie co najmniej oferta z 21 lipca 2010 r. dotyczyła porównywalnej ilości obudów zmechanizowanych (165 wobec 171 zamawianych w rozpatrywanej sprawie), zaś oferta z 25 czerwca 2010 r. bez wątpienia obejmowała nowy przedmiot zamówienia, więc stanowisko odwołującego okazało się nieprzekonujące.

Odwołujący nie wyjaśnił również dlaczego w sprawie o sygn. akt KIO 1661/10 zakończonej wyrokiem wydanym przez Izbę w dniu 17 sierpnia 2010 r. popierał żądanie wydłużenia terminu dostawy tożsamego przedmiotu zamówienia z dwóch do trzech miesięcy od daty zawarcia umowy i jakie przyczyny ujawnione na przestrzeni ostatniego roku spowodowały, że trzymiesięczny termin realizacji zamówienia akceptowany w ubiegłym roku uznaje za nierealny w roku obecnym.

Nie zostało również udowodnione twierdzenie odwołującego, że jeden z potencjalnych wykonawców posiada gotowy kompleks ścianowy spełniający wymagania zamawiającego, który był prezentowany w trakcie Międzynarodowych Targów Górnictwa, Przemysłu Energetycznego i Hutniczego w Katowicach we wrześniu 2011 roku, co powodować miało że tylko ten wykonawca będzie w stanie zaoferować przedmiot zamówienia w terminie wymaganym przez zamawiającego. Izba stwierdziła, że twierdzenie odwołującego nie zostało poparte żadnym dowodem. Ponadto zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, że obudowy wystawione na Targach w Katowicach są jego własnością i zostały jedynie wypożyczone wystawcy w celach ekspozycyjnych. A zatem także ten wykonawca, jeśli uzyska zamówienie, będzie obowiązany dostarczyć całość niezbędnego asortymentu w zakreślonym przez zamawiającego terminie.

Reasumując Izba stwierdziła, że nie została wykazana niemożliwość realizacji zamówienia przez odwołującego w terminie określonym przez zamawiającego, zaś

przytoczone okoliczności faktyczne nie świadczyły również o niemożliwości realizacji tego zamówienia w tym terminie przez innych wykonawców.

Izba nie rozpoznawała zarzutów zawartych w odwołaniu dotyczących postanowień Rozdziału II pkt IV.2 ppkt 32, Rozdziału II pkt IV.1.2.c oraz Rozdziału IV § 9 ust. 1 SIWZ albowiem odwołujący w trakcie rozprawy cofnął odwołanie w tym zakresie.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

**Przewodniczący:** .....