

Sygn. akt: KIO 256/19

WYROK

z dnia 26 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2019 r. przez **Centrum Hydrauliki DOH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Konstytucji 148, 41-906 Bytom** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna, Bogdanka, 21-013 Puchaczów**

przy udziale:

- A. **Elektrometal Spółka Akcyjna, ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. **ELTRANS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Inwalidzka 11, 41-506 Chorzów** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **Centrum Hydrauliki DOH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Odwołującego - **Centrum Hydrauliki DOH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** na rzecz Zamawiającego - **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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

Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej: „ustawa Pzp” postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Opracowanie projektów, wykonanie obiektów budowlanych, zakup, dostawa, montaż, rozruch urządzeń i instalacji do rozbudowy instalacji klimatyzacji centralnej dla schładzania wyrobisk dołowych z zastosowaniem zawiesziny lodowej w polu Stefanów w Lubelskim Węglu Bogdanka S.A.”, numer referencyjny: 443/IZP /PFR/2019.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer: 2019/S 023-051474 z dnia 1 lutego 2019 r. W tym samym dniu Zawiadający opublikował na swej stronie internetowej Specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Dniu 11 lutego 2019 r. Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniosła odwołanie na czynność sporządzenia ogłoszenia i SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nadto w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez włączenie do zakresu przedmiotu zamówienia zakresu czynności możliwego do wykonania jedynie przez jednego wykonawcę;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskutek opisanych powyżej naruszeń, poprzez nieuzasadnione ograniczenie dostępu wykonawców do udziału w postępowaniu niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) wykreślenia z Rozdziału V.I.I) a) A tiret pierwsze Części I SIWZ oraz odpowiednio Pkt III. 1.3) 1.1) a) A tiret drugie Ogłoszenia o zamówieniu słowa: „PES”;

- 2) wykreślenia z Rozdziału V. 1.1) a) A tiret drugie Części I SIWZ oraz odpowiednio Pkt III. 1.3) 1.1) a) A tiret drugie Ogłoszenia o zamówieniu;
- 3) wykreślenia z Rozdziału 4.2.9 (str. 5), 4.3.2.4 (str. 12) Części III SIWZ oraz § 2 ust. 1 pkt 10 Części II SIWZ względnie wyłączenie ich zakresu do odrębnej części postępowania wraz z dopuszczeniem składania ofert częściowych.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, iż jest zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu, jednak obowiązujące sformułowanie opisu warunków udziału w postępowaniu, a także opisu przedmiotu zamówienia (zakresu przedmiotu zamówienia) pozbawia go, a także wiele innych podmiotów, możliwości skutecznego wzięcia udziału w postępowaniu. Decyzja o włączeniu w zakres przedmiotu zamówienia zakresu możliwego do wykonania przez jeden zaledwie podmiot (lub krąg podmiotów, o którym wyłącznie ten podmiot decyduje), a także włączenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu w praktyce uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu innym wykonawcom oraz wprowadzenie uczciwej konkurencji w tym zakresie. Nadto wprowadzenie modyfikacji postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w kształcie zaproponowanym przez Odwołującego wydatnie poszerzy - przy zachowaniu pełnej ochrony interesów Zamawiającego oraz jego personelu - krąg potencjalnych wykonawców i zarazem dostępnych dla Zamawiającego urządzeń i rozwiązań.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zastosował dwa warunki udziału w postępowaniu dotyczące kwalifikacji zawodowych, określanych jako „wiedza i doświadczenie”, ujęte w treści Rozdziału V.I.I) a) A Części I SIWZ oraz odpowiednio pkt III. 1.3) 1.1) a) A ogłoszenia o zamówieniu:

„1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

a) zdolności technicznej lub zawodowej - Zamawiający wymaga, aby w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawcy wykazali, że:

A. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonali należycie:

— co najmniej 1 zamówienie obejmujące opracowanie projektu, dostarczeni, wykonanie montażu i uruchomienie co najmniej 1 centralnej klimatyzacji dołowej wykorzystującej trójkomorowy podajnik cieczy PES o wartości zamówienia co najmniej 6 000 000,00 PLN netto,

— co najmniej 1 zamówienie obejmujące modernizację co najmniej 1 trójkomorowego podajnika cieczy PES wraz z układem sterowania i wizualizacji o wartości zamówienia co najmniej 1 000 000,00 PLN netto,”

Określając zakres przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał jako jego elementy w szczególności:

- 1) w „Ogólnym opisie przedmiotu zamówienia” (Rozdział 4.2.9 Części III SIWZ, str. 5): „Modernizacja istniejącego trójkomorowego podajnika cieczy DRK 200 produkcji Siemag do zasilania zawieszoną lodową wraz z modernizacją układu sterowania.”
- 2) W „Szczegółowym opisie zadań objętych przedmiotem zamówienia” (Rozdział 4.3.2.4 części III SIWZ, str. 12): „Przystosowanie trójkomorowo rurowego podajnika PES do zasilania zawieszoną lodową w oparciu o fabrycznie nowe i oryginalne części producenta.”
- 3) W treści projektu umowy (§ 2 ust. 1 pkt 10 części II SIWZ, str. 4): „Dokonanie modernizacji trójkomorowego podajnika cieczy DRK 200 produkcji Siemag do zasilania zawieszoną lodową wraz z modernizacją układu sterowania” |

Uzasadniając zarzut dotyczący pierwszego z ww. warunków udziału w postępowaniu, dotyczących kwalifikacji zawodowych, Odwołujący podniósł, że Zamawiający wprowadził uzasadniony i proporcjonalny wymóg dotyczący posiadania doświadczenia tj. obejmującego opracowanie projektu, dostarczenie, wykonanie montażu i uruchomienie co najmniej 1 centralnej klimatyzacji dołowej wykorzystującej trójkomorowy podajnik cieczy, jednakże bezpodstawnie, w ocenie Odwołującego, ograniczył możliwy zakres dopuszczalnych doświadczeń tylko do podajników „PES”. Odwołujący podał, iż określenie to stanowi znak towarowy, na którego prawo ochronne posiada SIEMAG Tecberg Group GmbH z siedzibą w Republice Federalnej Niemiec (dalej, również rozumiejąc inne podmioty z tej grupy: „SIEMAG”), zgodnie z certyfikatem EUIPO numer 017472168. W praktyce działalności górniczej występują jednak również inne rozwiązania tożsame oferowanym przez SIEMAG. Posiadanie doświadczenia w ich wykonaniu w równym stopniu pozwala na przyjęcie, że wykonawca dysponuje kwalifikacjami, w szczególności wiedzą i doświadczeniem, pozwalającymi na zrealizowanie zamówienia. Jest tak zwłaszcza dlatego, że prace dotyczące samego zaworu „PES” stanowią jedynie niewielki zakres wykonywanych prac. Względem na uczciwą konkurencję w postępowaniu, a zwłaszcza uniknięcie sytuacji, gdy jeden podmiot (SIEMAG) może wziąć udział w postępowaniu bądź de facto zdecydować, kto będzie mógł wziąć udział wymaga, zdaniem Odwołującego, nakazania Zamawiającemu niewielkiej zmiany SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, zaproponowanej przez Odwołującego.

W odniesieniu do drugiego z kwestionowanych warunków udziału w postępowaniu Odwołujący stwierdził, iż w całości stoi on w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji. Mając na względzie, że urządzenie i rozwiązanie PES jest objęte, oprócz wskazanej powyżej ochroną w zakresie znaku towarowego, również patentem udzielonym na rzecz SIEMAG (PL/EP 1950376), nie jest formalnie możliwe, by tego typu doświadczeniem mógł się wykazać ktokolwiek poza SIEMAG lub podmiotami przez SIEMAG desygnowanymi. Fundamentalnie

ogranicza to krąg potencjalnych wykonawców w postępowaniu. Zastrzeżenia patentowe wykluczają bowiem możliwość zgodnej z prawem ingerencji w urządzenie objęte ochroną patentową i tym samym zgodne z prawem wykazanie się tego rodzaju doświadczeniem inaczej niż za zgodą SIEMAG. Treść warunku wydaje się być nieuzasadniona zwłaszcza z tej przyczyny, że czynność modernizacji obecnie funkcjonującego urządzenia stanowi jedynie niewielką część przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego uzasadniona jest zatem modyfikacja SIWZ i Ogłoszenia o zamówieniu dotycząca powyższego warunku, polegająca na jego wykreśleniu i tym samym dopuszczenia do postępowania szerszej grupy podmiotów dysponujących właściwym potencjałem oraz doświadczeniem.

W zakresie zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia, Odwołujący podał, iż w świetle praw wyłącznych, którymi dysponuje SIEMAG w odniesieniu do urządzenia PES, jest nieuzasadnione i godzące w uczciwą konkurencję włączenie w zakres przedmiotu postępowania czynności polegających na ingerencji w posiadany przez Zamawiającego podajnik PES produkcji SIEMAG. Należy negatywnie ocenić wplecenie powyższych czynności w ramach znacznie szerszego przedmiotu postępowania, którego zasadniczym i najbardziej cennym elementem jest zaprojektowanie i szeroko pojęta rozbudowa instalacji klimatyzacji centralnej poprzez, ujmując w pewnym uproszczeniu, dostarczenie do istniejącej instalacji zawiesziny wody lodowej, jako nośnika chłodzenia, a nie modernizacja urządzenia PES. Takie opisanie przedmiotu zamówienia determinuje wynik postępowania, w którym złożyć skuteczną ofertę może wyłącznie SIEMAG lub podmiot przez niego wskazany i odpowiednio autoryzowany i upoważniony. Zdaniem Odwołującego uzasadnione jest dokonanie jednej z dwóch możliwych czynności, to jest bądź wyłączenia objętych zakresem zaskarżenia czynności z postępowania, a następnie stosownie do decyzji Zamawiającego wprowadzenia do odrębnego postępowania (nieobjętego przepisami ustawy Pzp lub udzielonego w trybie niekonkurencyjnym - zamówienia z wolnej ręki), bądź też utworzenia części postępowania i wprowadzenia możliwości składania w postępowaniu ofert częściowych. Tylko w taki sposób, w ocenie Odwołującego, pojawi się swobodna i uczciwa konkurencja, z pożytkiem dla Zamawiającego oraz jego finansów.

Pismami z dnia 15 lutego 2019 r. zostały zgłoszone przestąpienia do postępowania odwoławczego: po stronie Odwołującego - przez Elektrometal Spółka Akcyjna z siedzibą w Cieszynie, który pismem z dnia 25 lutego 2019 r. przedstawił pisemne stanowisko w sprawie, oraz po stronie Zamawiającego - przez ELTRANS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, który pismem z dnia 25 lutego 2019 r., złożonym na posiedzeniu, przedstawił pisemne stanowisko w sprawie.

Na posiedzeniu, pismem z dnia 26 lutego 2019 r., Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc m.in. o jego oddalenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów zawartych w dokumentacji postępowania.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniu Zamawiający wskazał m.in., iż kwestionowane przez Odwołującego warunki udziału w postępowaniu w żadnym stopniu nie ograniczają konkurencji i nie podważają pozycji wykonawców, są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, wynikającymi ze specyfiki przedmiotowego zamówienia. Tak samo określenie przez Zamawiającego zakresu przedmiotu zamówienia, obejmującego modernizację trójkomorowego podajnika cieczy PES i nie wyłączenie tego zakresu, czy to do odrębnego zadania, czy też do odrębnego zamówienia, podyktowane jest obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, wynikającymi ze specyfiki zamówienia.

Zamawiający przedstawił stan faktyczny, w ramach którego ma być wykonana rozbudowa centralnej klimatyzacji, objęta przedmiotowym zamówieniem, wskazując, iż w należącym do niego polu wydobywczym Stefanów funkcjonuje system centralnej klimatyzacji, o mocy chłodniczej 6,0 MW, w którym jako chłodziwo wykorzystywana jest woda lodowa. Zadaniem tej instalacji jest chłodzenie podziemnych wyrobisk górniczych należących do prowadzonej przez Zamawiającego kopalni węgla kamiennego. W skład funkcjonującego obecnie systemu centralnej klimatyzacji w Stefanowie wchodzi następujące urządzenia i instalacje:

- 1) Powierzchniowa Stacja Klimatyzacji Centralnej (wytwarzająca wodę lodową);
- 2) Rurociągi szybowe (zasilający izolowany i powrotny nieizolowany),
- 3) Trójkomorowy podajnik cieczy PES (którego zadaniem jest redukcja ciśnienia po stronie pierwotnej tj. z około 100 bar do ciśnienia po stronie wtórnej ok. 40 bar)
- 4) Rurociągi dołowe systemu klimatyzacji (które transportują wodę lodową do chłodnic powietrza zabudowanych w rejonach wydobywczym).

Powyższy system centralnej klimatyzacji, w skład którego wchodzi trójkomorowy podajnik cieczy PES może być określony systemem klasycznym, powszechnie stosowanym w podziemnych zakładach górniczych, zarówno w krajowych jak i zagranicznych. W Polsce w okresie od 1999 roku do chwili obecnej zostało zbudowanych 14 takich systemów centralnej klimatyzacji, wykorzystujących trójkomorowy podajnik cieczy PES. Wykonawcami tych systemów klimatyzacji centralnej były m.in. takie podmioty jak: PeBeKa S.A., DPMtech Sp. z o.o., Konsorcjum Firm w składzie: GK WONAM S.A., Wonam Serwis Sp. z o.o., Siemag Tecberg Polska Sp. z o.o. oraz PPU WONAM Sp. z o.o., a także firma Eltrans Sp. z o.o. W związku z oddalaniem się podziemnych rejonów wydobywczym od szybu i tym samym od

podajnika trójkomorowego PES oraz planowanym uruchomieniem przez Zamawiającego ściany 1/V111/391 o wybiegu około 7500 m, powstała konieczność zapewnienia dodatkowej ilości chłodu w oddalających się od szybu wyrobiskach. Z dokonanych przez Zamawiającego obliczeń wynika, że deficyt mocy chłodniczej wynosi 3,0 MW. Ponadto woda lodowa stosowana jako medium chłodzące w istniejącym systemie centralnej klimatyzacji znacznie się podgrzewa w wyniku transportu rurociągami na duże odległości. Na wejściu do chłodnic woda ta osiąga temperaturę powyżej 8° C, która jest za wysoka i nie zapewnia prawidłowego działania chłodnic. W związku z koniecznością dostarczenia chłodziwa na dłuższe odległości, funkcja chłodząca będzie jeszcze w mniejszym stopniu realizowana. Z uwagi na powyższe, zostały przez Zamawiającego podjęte działania mające na celu zapewnienie prawidłowego chłodzenia w rejonach wydobywczych oddalonych od szybu. Zapewnienie prawidłowego chłodzenia w podziemnych wyrobiskach górniczych ma znaczenie nie tylko dla komfortu pracujących tam ludzi, ale również dla bezpieczeństwa ich pracy oraz dla bezpieczeństwa znajdujących się tam urządzeń. Z tego też względu podjęte zostały przez Zamawiającego, najpierw przy udziale własnych specjalistów, a następnie przy udziale naukowców z Politechniki Krakowskiej prace mające na celu ustalenie optymalnego wariantu rozbudowy istniejącego systemu centralnej klimatyzacji. Kluczowe znaczenie dla wyniku tych prac stanowi sporządzona na zlecenie Zamawiającego przez: dr hab, inż. B. N. Ź. oraz dr inż. J. Ź. z Politechniki Krakowskiej: „Analiza możliwości zastosowania zawiesiny lodowej w systemie klimatyzacji centralnej w LW „Bogdanka”, stanowiąca Załącznik do OPZ, (dalej: „Analiza”). Zamawiający zlecił naukowcom z Politechniki Krakowskiej wykonanie analizy możliwości zastosowania pionierskiego rozwiązania tj. użycia zawiesiny lodowej jako medium chłodzącego zamiast aktualnie wykorzystywanej wody lodowej w istniejącym już u Zamawiającego systemie centralnej klimatyzacji. Rozwiązanie to, w ocenie Zamawiającego, było rozwiązaniem najkorzystniejszym z uwagi na możliwość utrzymania dotychczasowej sieci rurociągów magistralnych i brak konieczności przebudowy rurociągu szybowego, możliwość utrzymania tej samej masy czynnika chłodzącego w instalacji klimatyzacji oraz możliwość przeprowadzenia przebudowy istniejącego układu centralnej klimatyzacji bez konieczności jej wyłączenia i tym samym bez konieczności wstrzymania wydobywania węgla. Zamawiający podkreślił, że dotychczas nie funkcjonuje w podziemnych wyrobiskach górniczych system centralnej klimatyzacji z transportem lodu zawieszinowego działający w układzie zamkniętym.

Autorzy Analizy przeanalizowali w jej ramach możliwość zastosowania zawiesiny lodowej jako medium chłodzącego w systemie centralnej klimatyzacji funkcjonującej u Zamawiającego, w skład którego wchodzi konkretny trójkomorowy podajnik cieczy PES opierając się na parametrach i zasadach działania tego konkretnego urządzenia. W Analizie przedstawiona została koncepcja rozbudowy istniejącego układu centralnej klimatyzacji, w

ramach której powstanie rozbudowany system centralnej klimatyzacji w skład którego wchodzić będą:

- 1) istniejąca Stacja Klimatyzacji Centralnej wytwarzająca wodę lodową;
- 2) nowa instalacja do produkcji zawiesiny lodowej z wody lodowej;
- 3) istniejące rurociągi szybowe: zasilający izolowany oraz powrotny nieizolowany;
- 4) zmodernizowany trójkomorowy podajnik cieczy PES (znajdujący się na poziomie 990 m. pod ziemią);
- 5) istniejące rurociągi dołowego systemu klimatyzacji transportujące zawiesinę lodową do chłodnic powietrza zabudowanych w rejonach wydobywczych.

Następnie Zamawiający przedstawił podstawowe ustalenia zawarte w Analizie, w zakresie koncepcji rozbudowy, przewidującej wykorzystanie istniejącego systemu klimatyzacji i wykorzystanie istniejącego podajnika trójkomorowego PES, wchodzącego w skład aktualnie funkcjonującego systemu centralnej klimatyzacji, zaznaczając m.in., że z Analizy wynika, że trójkomorowy podajnik cieczy PES jest najważniejszym urządzeniem wchodzącym w skład systemu centralnej klimatyzacji i jednocześnie jest on newralgicznym urządzeniem z punktu widzenia transportu zawiesiny lodowej w systemie centralnej klimatyzacji. Trójkomorowy podajnik cieczy PES z uwagi na funkcję którą spełniać będzie w ramach rozbudowanego systemu centralnej klimatyzacji można określić jako „serce” całego systemu tj. najważniejsze urządzenie, od którego sprawnej pracy zależy sprawne funkcjonowanie całego systemu centralnej klimatyzacji. Prawie wszystkie przewidywane zagrożenia wynikające ze zmiany medium chłodzącego ze stosowanej wody lodowej na zawiesinę lodową kumulują się właśnie na pracy tego podajnika. Ponadto z Analizy tej wynika, że rozwiązanie newralgicznych dla działania systemu zagadnień zwłaszcza związanych z modernizacją trójkomorowego podajnika cieczy PES, wymaga od wykonawcy podjęcia ścisłej współpracy zarówno z jego producentem tj. Siemag Tecberg jak i z dostawcą urządzeń do produkcji lodu.

Zamawiający wskazał, że na newralgiczną rolę pracy trójkomorowego podajnika cieczy PES w układzie centralnej klimatyzacji z wykorzystaniem lodu zawiesinowego zwraca uwagę również N. Szlęzak w pracy naukowej pt.: „Możliwości wykorzystania lodu zawiesinowego w klimatyzacji kopalń podziemnych”, zwracając uwagę na fakt, że nie jest do końca znany jeszcze efekt obładzania tego urządzenia i że trwają ciągle prace badawcze nad możliwością przepływu lodu zawiesinowego przez to urządzenie, co wymaga przeprowadzenia prób ruchowych.

Zastosowanie w systemie centralnej klimatyzacji podziemnych wyrobisk górniczych medium chłodzącego w postaci zawiesiny lodowej jest rozwiązaniem nowatorskim albowiem nigdzie na świecie nie funkcjonuje system klimatyzacji centralnej podziemnych wyrobisk

górnicych z transportem lodu zawieszinowego, pracujący w układzie zamkniętym. Pewne próby w tym zakresie podejmowane były jedynie w górnictwie niemieckim, ale żadna taka instalacja nie funkcjonuje. Inwestycja objęta przedmiotowym zamówieniem ma zatem charakter innowacyjny, nowatorski i nie wszystkie aspekty zastosowania tego rozwiązania zostały sprawdzone. W związku z tym istnieje szereg ryzyk związanych zarówno z osiągnięciem oczekiwanego przez Zamawiającego rezultatu, jak również ze sprawnym i bezpiecznym funkcjonowaniem rozbudowanego systemu centralnej klimatyzacji.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający wskazał m.in., że określenie przez niego przedmiotu zamówienia, obejmującego również modernizację trójkomorowego podajnika cieczy PES, nie wynikało jedynie z dowolnej decyzji Zamawiającego, lecz było podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, wynikającymi ze specyfiki przedmiotu zamówienia, w tym z konieczności uwzględnienia ustaleń i wniosków zawartych w Analizie. Specyfika przedmiotowego zamówienia polega na tym, że:

- rozbudowywany system centralnej klimatyzacji stanowi system (układ) wzajemnie ze sobą współpracujących urządzeń, którego efektem pracy ma być osiągnięcie określonego rezultatu polegającego na uzyskaniu określonej, wymaganej przez Zamawiającego temperatury czynnika chłodzącego w podziemnych wyrobiskach górniczych;
- przedmiot zamówienia jest zadaniem pionierskim, albowiem dotychczas nie funkcjonuje w podziemnych wyrobiskach górniczych centralna klimatyzacja z transportem lodu zawieszinowego, działająca w układzie zamkniętym i już z tego względu jego realizacja obciążona jest pewnym ryzykiem nieosiągnięcia zamierzonych efektów;
- wszystkie urządzenia rozbudowanej klimatyzacji centralnej pracować będą w układzie szeregowym, co oznacza, że parametry zawiesziny lodowej wytworzonej w instalacji do produkcji zawiesziny lodowej będą parametrami zawiesziny zasilającej podajnik trójkomorowy PES. Taka struktura wymaga aby wszystkie elementy współpracujące w systemie czyli: instalacja do produkcji zawiesziny lodowej, rurociągi, trójkomorowy podajnik cieczy PES, pracowały na optymalnych dla systemu parametrach, ponieważ wszystkie te elementy są od siebie zależne;
- z Analizy wynika, że podajnik trójkomorowy PES, którego funkcją jest redukcja wartości ciśnienia słupa cieczy z obiegu pierwotnego do wartości dopuszczalnej w obiegu wtórnym stanowi newralgiczne urządzenie z punktu widzenia transportu zawiesziny. Zastosowanie zawiesziny w obiegu pierwotnym i wtórnym ze względu na wartość ciśnień i specyfikę działania podajnika trójkomorowego PES odbiega od standardów zastosowania zawiesziny lodowej w innych aplikacjach. Specyfika proponowanego obiegu (...) wymaga na etapie realizacji projektu od wykonawcy we współpracy z producentem podajnika

trójkomorowego PES - SIEMAG TECBERG oraz firmą dostarczającą urządzenia do produkcji lodu rozwiązania wskazanych newralgicznych dla działania systemu zagadnień. W celu uzyskania instalacji klimatyzacyjnej, której medium chłodzące stanowić będzie zawieszona lodowa wymagane jest przystosowanie trójkomorowego podajnika cieczy PES do zasilania zawieszoną lodową i dokonanie modyfikacji jego sterowania. Szczegółowy zakres modyfikacji podajnika PES będzie wynikał z zastosowanych ostatecznych parametrów pracy każdego elementu układu chłodniczego (wykorzystującego zawieszoną lodową) w oparciu o szczegółowe, skorelowane ze sobą projekty wykonawcze;

- zgodnie z postanowieniami SIWZ (pkt 4.3.5 pkt 2 lit. b) Opisu Przedmiotu Zamówienia) ocena prawidłowości wykonania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia będzie dokonywana poprzez wykonanie pomiaru temperatury chłodziwa w rurociągach z zawieszoną lodową na piątym kilometrze od podajnika PES w chodnikach nadścianowym i podścianowym ściany 1 A/III/391 (podczas Testu eksploatacyjnego wydajności). Ocena ta ma służyć stwierdzeniu czy cel modernizacji, którym jest otrzymanie jak najniższej temperatury na zasilaniu chłodnic na dole Kopalni został osiągnięty.

Mając na uwadze powyższą specyfikę przedmiotowego zamówienia, w tym ustalenia zawarte w Analizie, podział przedmiotu zamówienia i wyodrębnienie z niego tak istotnego i newralgicznego elementu, którym jest modernizacja trójkomorowego podajnika cieczy PES, mogłoby poważnie zagrozić realizacji inwestycji polegającej na rozbudowie instalacji klimatyzacji centralnej. Z samego faktu, że przedmiotowa inwestycja ma charakter innowacyjny (nowatorski) istnieje ryzyko jej niewłaściwego wykonania i nie osiągnięcia zakładanych rezultatów przedsięwzięcia w postaci określonych parametrów temperatury w wyrobiskach górniczych. Dlatego też w celu zminimalizowania powyższego ryzyka, konieczne jest wykonanie przedmiotowej rozbudowy w ramach jednego zadania, realizowanego przez jednego wykonawcę. Zwrócić należy uwagę, że w przypadku wyłączenia z zakresu przedmiotowego zamówienia modernizacji podajnika trójkomorowego PES do odrębnego zadania, czy też do odrębnego zamówienia, w sytuacji, w której parametry w zakresie wielkości temperatury nie zostałyby osiągnięte - nie byłoby możliwe ustalenie, który z wykonawców ponosi za to odpowiedzialność. Ponadto, dokonanie podziału zakresu rzeczowego przedmiotowego zamówienia i wyodrębnienie czy to do odrębnego zadania czy też do odrębnego zamówienia, modernizacji tego podajnika PES spowodowałoby dla Zamawiającego istotne, nadmierne uciążliwości związane z koordynacją realizacji obu zadań przez różnych wykonawców i niewątpliwie w sposób istotny zwiększyłoby ryzyko niepowodzenia realizacji przedmiotowej inwestycji.

Na poparcie prezentowanego stanowiska Zamawiający przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2016 roku, sygn. akt: KIO 611/16, wyrok KIO

z dnia 7 października 2013 roku, sygn. akt: KIO 2184/13, wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2016 roku, sygn. akt: KIO 1382/1 oraz przedstawił poglądy doktryny, zaprezentowane w: Komentarzu „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, pod red. Marzeny Jaworskiej, Doroty Grześkowiak-Stojek, Julii Jarnickiej, Agnieszki Matusiak, 2018, wydanie 4, komentarz do art. 29 PZP, Pkt II, ppkt 3, Jerzego Piroga - w komentarzu „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, 2017, wydanie 14, komentarz do art. 29 PZP.

Zamawiający podniósł również, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający określając zakres zamówienia, przewidujący modernizację trójkomorowego podajnik PES (nie dokonując podziału zamówienia na części), dopuścił się naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie pozostają gołosłowne. W ocenie Zamawiającego nie dowodzą powyższego, powoływane przez Odwołującego prawa z patentu nr PL/EP 1950376, które przysługują SIEMAG TECBERG GmbH. Odwołujący nie podjął bowiem nawet próby dowodzenia, że w wyniku modernizacji, stanowiącego własność Zamawiającego, trójkomorowego podajnika cieczy PES, dojdzie do jakiegokolwiek naruszenia prawa własności przemysłowej. Sam fakt modernizacji urządzenia, co do którego prawa patentowe przysługują SIEMAG TECBERG GmbH nie oznacza, że w wyniku dokonania tej modernizacji dojdzie do naruszenia praw uprawnionego z patentu. Do naruszenia prawa z patentu mogłoby dojść jedynie wówczas, gdyby w wyniku modernizacji tego konkretnego trójkomorowego podajnika cieczy PES powstało rozwiązanie, na które wcześniej została udzielona ochrona patentowa. Zamawiający tymczasem nie posiada wiedzy na temat istnienia takiego patentu, a z uwagi na nowatorski charakter całej inwestycji w skali światowej, jest wręcz niemożliwe, aby takie rozwiązanie objęte było ochroną patentową. Odwołujący w tym zakresie natomiast nie podjął żadnej próby dowodzenia czy choćby nawet próby uprawdopodobnienia, że do takiego naruszenia praw patentowych w wyniku tej modernizacji mogłoby dojść.

Nadto Zamawiający stwierdził, iż uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą żądania Odwołującego związanego z powyższym zarzutem poprzez wykreślenie Rozdz. 4.2.9. (str. 5), 4.3.2.4. (str. 12) Części III SIWZ oraz § 2 ust. 1 pkt 10 Części II SIWZ ewentualnie poprzez wyłączenie z zakresu przedmiotowego postępowania modernizacji trójkomorowego podajnika cieczy PES do odrębnej części postępowania wraz z dopuszczeniem składania ofert częściowych, skutkowałoby powstaniem sytuacji, w której nie byłoby możliwości realizacji „okrojonego zamówienia” w kontekście treści postanowień Projektu umowy i Opisu Przedmiotu Zamówienia. Dla tak okrojonego zamówienia nie byłoby możliwe przeprowadzenie przewidzianych w Projekcie umowy i Opisie Przedmiotu Zamówienia: uruchomienia zmodernizowanej instalacji centralnej klimatyzacji, jej rozruchu, sprawdzenia prawidłowości działania, a także przeprowadzenia ruchu próbnego, w trakcie którego wykonane mają być

testy sprawdzające osiągnięcie m.in. wymaganych przez Zamawiającego parametrów w zakresie temperatury chłodziwa, a tym samym nie byłoby możliwe sprawdzenie osiągnięcia celu realizacji przedmiotowej inwestycji. Ponadto, nie byłoby możliwe dokonanie odbioru końcowego przedmiotu umowy, ponieważ zgodnie z postanowieniami projektu umowy odbiór ten przewidziany został po pomyślnym przeprowadzeniu ruchu próbnego zmodernizowanej klimatyzacji centralnej trwającego 90 dni. Natomiast w odniesieniu do wyłączonego zamówienia nie istniałyby żadne dokumenty tj. ani projekt umowy ani OPZ na podstawie których zamówienie to miałyby być realizowane. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 5 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2130/14.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający stwierdził, iż są one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a podyktowane są obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, wynikającymi ze specyfiki przedmiotu zamówienia, w tym potrzebą zapewnienia maksimum bezpieczeństwa przy realizacji nowatorskiego rozwiązania. Specyfika przedmiotu zamówienia polega na tym, że dotyczy ono rozbudowy konkretnego systemu klimatyzacji centralnej, w skład którego wchodzi konkretne urządzenie w postaci trójkomorowego podajnika cieczy PES. Ponadto przedmiot zamówienia obejmuje modernizację tego konkretnego trójkomorowego podajnika cieczy PES i to w zakresie, który dotychczas nie był wykonywany. Inwestycja ma charakter nowatorski i jej realizacja łączy się z ryzykiem, że nie zostanie osiągnięty zakładany rezultat. Dodatkowo, jak to zostało wskazane w Analizie, podajnik ten jest najważniejszym, a zarazem newralgicznym urządzeniem w całym systemie klimatyzacji centralnej. Od jego sprawnej pracy - po modernizacji związanej ze zmianą medium chłodzącego - zależy będzie sprawne funkcjonowanie całego systemu centralnej klimatyzacji. Istotne jest również, że Autorzy Analizy, co do pracy przedmiotowego urządzenia po jego istotnej modernizacji związanej ze zmianą medium chłodzącego mają największe obawy. W kontekście powyższego jest rzeczą oczywistą, że Zamawiający pragnie powierzyć realizację przedmiotowego zamówienia wykonawcy, który posiada doświadczenie zarówno w zaprojektowaniu i wykonaniu instalacji centralnej klimatyzacji, w skład której wchodzi trójkomorowy podajnik cieczy PES, jak również który posiada doświadczenie w zakresie modernizacji trójkomorowego podajnika cieczy PES, a nie żadnego innego podajnika.

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że wbrew zarzutom odwołania, warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej nie godzą także w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na rynku istnieje wiele podmiotów, które posiadają doświadczenie w zakresie projektowania, dostawy, montażu i uruchomieniu instalacji klimatyzacji centralnej z wykorzystaniem trójkomorowego podajnika cieczy PES, jak również istnieją podmioty, które posiadają doświadczenie w zakresie modernizacji tego

podajnika. Mając na uwadze, że to Zamawiający jest właścicielem zakładu górniczego, w którym zastosowany ma być innowacyjne rozwiązanie modernizacji systemu centralnej klimatyzacji i to on ponosi całkowitą odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, za bezpieczeństwo pracy i funkcjonowania tego zakładu, za zdrowie i życie pracujących tam ludzi, a także za jego ekonomiczne wyniki, przysługuje mu wyłączne prawo decydowania o tym, jakie warunki udziału w postępowaniu będą najbardziej odpowiednie z punktu widzenia jego uzasadnionych potrzeb, nawet jeśli w wyniku ich ustanowienia nie każdy wykonawca działający na rynku będzie w stanie złożyć skutecznie ofertę w tym postępowaniu. Potencjalny zaś wykonawca, którym jest Odwołujący, nie jest uprawniony do narzucania Zamawiającemu sposobu sformułowania warunku udziału w postępowaniu, w sposób pozwalający na wzięcie w nim udziału w sytuacji gdy za potrzebą po stronie Zamawiającego wprowadzenia takiego warunku stoją względy zapewnienia bezpieczeństwa pracy urzędów oraz względy zapewnienia ochrony ludzkiego życia. Przepisy Pzp mają przede wszystkim na celu zabezpieczenie interesów zamawiających poprzez zapewnienie racjonalnego i celowego wydatkowania przez nich środków finansowych przy jednoczesnym zapewnieniu równego dostępu przedsiębiorców do zamówień. Z tym, że dla wykazania możliwości naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie jest wystarczające samo podniesienie, że dla Odwołującego dane warunki udziału w postępowaniu są niewygodne, nieopłacalne bądź utrudnione. Na potwierdzenie powyższego, Zamawiający przywołał stanowisko KIO zaprezentowane m.in. w wyroku z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 855/18.

Do odpowiedzi na odwołanie zostały m.in. załączone przywoływane w jej treści: opracowanie N. Szlęzak w: *Górnictwo i Geologia, Możliwości wykorzystania lodu zawieszinowego w klimatyzacji kopalń podziemnych*; Schemat schładzania wodą lodową ściany w pokładzie 391 w polu Stefanów; Schemat schładzania zawiesziną lodową ściany w pokładzie 391 w polu Stefanów; pismo dr hab. inż. B. N. Ź. z dnia 25.02.2019 roku.

Na posiedzeniu Odwołujący złożył pismo przygotowawcze z dnia 26 lutego 2019 r., w którym dodatkowo wskazał okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz załączył dowody na poparcie przytoczonych okoliczności w postaci pisma pełnomocnika Siemag Tacberg do Odwołującego znak: Z-18023 wraz z wyciągiem z załączników, dotyczącego naruszeń praw wyłącznych Semag Tacberg przez Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, iż stosownie do przepisu art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 roku - Prawo własności przemysłowej (t.j. Dz.U. z 2017 roku, poz. 776 z późn. zm., dalej „PWP”) „Przez uzyskanie patentu nabywa się prawo wyłącznego korzystania z wynalazku w sposób zarobkowy lub zawodowy na całym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej. Na podstawie przepisu art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 roku o dokonywaniu europejskich zgłoszeń patentowych oraz skutkach patentu europejskiego w Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz U. z

2016 r. poz. 2) przez uzyskanie patentu europejskiego, w którym Rzeczpospolita Polska została wyznaczona jako kraj ochrony, nabywa się, z zastrzeżeniem ust. 2 i 3, takie same prawa, jakie przyznaje patent udzielony na podstawie Prawa własności przemysłowej.” Z kolei zgodnie z treścią art. 153 ust. 1 PWP: „Przez uzyskanie prawa ochronnego nabywa się prawo wyłącznego używania znaku towarowego w sposób zarobkowy lub zawodowy na całym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej.” Jednemu podmiotowi - SIEMAG Tecberg Group GmbH z siedzibą w Republice Federalnej Niemiec przysługują: Patent Europejski numer PL/EP 1 950 376 na „Trójkomorowy podajnik rurowy” z pierwszeństwem z dniem 28 stycznia 2007 roku, obejmujący Rzeczpospolitą Polską jako kraj ochrony oraz Prawo ochronne na znak towarowy Unii Europejskiej „PES” numer 017472168. Zarówno uprawniony, jak i jego przedstawiciel - SIEMAG Tecberg Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach aktywnie walczą w ochronie powyżej opisanych praw.

Następnie Odwołujący wskazał, iż prace związane z modernizacją dotychczas zamontowanego u Zamawiającego podajnika „PES” produkcji SIEMAG, stanowią jedynie niewielki element (szacowany przez Przystępującego oraz przez Odwołującego na maksymalnie 3% jego wartości) przedmiotu zamówienia. Tymczasem oba warunki udziału w Postępowaniu dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia wymagają od Wykonawców posiadania doświadczenia w zakresie czynności dotyczących tego właśnie urządzenia. Mając na względzie trwającą od wielu lat ochronę patentową urządzenia, a także działania uprawnionego, nie sposób zasadnie przyjmować, że ktokolwiek poza uprawnionym oraz podmiotami z jego grupy i wykonawcami przez niego dobranymi może legitymować się tego rodzaju doświadczeniem. W związku z posiadaniem prawem ochronnym niedopuszczalne jest w szczególności posługiwanie się przez podmioty nieuprawnione pojęciem „PES” w treści wykazu usług czy w treści udzielanych referencji. W odniesieniu do urządzenia objętego ochroną patentową powszechnie uważa się, że wyczerpanie prawa będące konsekwencją wprowadzenia danego egzemplarza do obrotu wyłącza możliwość zakazania przez uprawnionego dokonywania czynności konserwacyjnych lub serwisowych. Taka zgoda jest jednak potrzebna do tego, aby wprowadzić ulepszenia czy modernizację produktu objętego patentem. Dodatkowo wskazać należy, że do dokonania tego rodzaju czynności byłoby z reguły potrzebne posiadanie dokumentacji technicznej, objętej z kolei ochroną praw autorskich.

Zdaniem Odwołującego należy zdecydowanie negatywnie ocenić sytuację, gdy niewiele znaczący (i rozłączny względem pozostałych elementów) fragment przedmiotu zamówienia determinował w rzeczywistości kształt dokumentacji dużo szerszego postępowania, jego przebieg, następnie i wynik.

Po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, a także materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk stron i zapoznaniu się ze stanowiskiem uczestników postępowania, którzy zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w związku z tym jest zainteresowany ukształtowaniem treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w sposób, który umożliwi mu skuteczne złożenie oferty.

ELTRANS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, zgłaszająca przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: (dalej również: „Przystępujący Eltrans”) oraz Elektrometal Spółka Akcyjna z siedzibą w Cieszynie zgłaszająca przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego (dalej również: „Przystępujący Elektrometal”) skutecznie przystąpiły do postępowania odwoławczego stając się jego uczestnikami, bowiem wypełniły wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Przepisy te stanowią, iż *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.*

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania oraz ww. dowody załączone do pism Zamawiającego i Odwołującego.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do części III SIWZ, zawierającej ogólny opis przedmiotu zamówienia (OPZ) w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia jest wykonanie następujących zadań:

1. Wykonanie projektu budowlanego budynku produkcji zawiesiny lodowej, rurociągów zawiesiny lodowej, kanału kablowego, zagospodarowanie terenu wokół budynku (dalej Obiekt), w branżach budowlanej, elektrycznej, mechanicznej, teletechnicznej i wodno - kanalizacyjnej.

2. Wykonanie wielobranżowego projektu wykonawczego w branżach określonych w punkcie powyżej, a także sporządzenie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz specyfikacji technicznej wykonania odbioru robót budowlanych.
3. Wykonanie projektów technicznych wykonawczych obejmujących następujące urządzenia i instalacje (dalej Urządzenia):
 - a. budowę w oparciu o generator próżniowy instalacji do produkcji zawiesiny lodowej o mocy chłodniczej 3,1MW w budynku produkcji zawiesiny lodowej w branżach mechanicznej, elektrycznej,
 - b. wykonanie układu wizualizacji i sterowania pracą urządzeń instalacji do produkcji zawiesiny lodowej,
 - c. podłączenia układu zawiesiny lodowej do pracującej instalacji klimatyzacji centralnej.
4. Wykonanie na własny koszt wszelkich czynności, w tym opracowań, a także uzyskanie wszelkich dokumentów, opinii (uzgodnień) - w tym branżowych, zezwoleń, operatów, badań, inwentaryzacji, map, które zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa będą niezbędne do wykonania przez Wykonawcę projektów budowlanych oraz do uzyskania przez Wykonawcę w imieniu i na rzecz Zamawiającego: decyzji o pozwoleniu na budowę Obiektu, decyzji o pozwoleniu na użytkowanie Obiektu oraz zezwolenia na oddanie do ruchu Urządzeń.
5. Uzyskanie przez Wykonawcę w imieniu i na rzecz Zamawiającego, ostatecznej decyzji o pozwoleniach na budowę Obiektu oraz ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie Obiektu i niezwłoczne przekazanie w/w dokumentów Zamawiającemu.
6. Wykonanie na podstawie zatwierdzonego projektu budowlanego (Obiektu), ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę oraz na podstawie odebranego przez Zamawiającego projektu wykonawczego z własnych materiałów i przy użyciu własnego sprzętu, robót budowlanych polegających na budowie budynku do produkcji zawiesiny lodowej.
7. Montaż i uruchomienie układu do produkcji zawiesiny lodowej o mocy 3,1 MW.
8. Wpięcie układu do produkcji zawiesiny lodowej do istniejącej instalacji centralnej klimatyzacji w polu Stefanów.
9. Modernizacja istniejącego trójkomorowego podajnika cieczy DRK 200 produkcji Siemag do zasilania zawiesiną lodową wraz z modernizacją układu sterowania.
10. Budowa kanału kablowego.
11. Budowa linii kablowej 6kV od stacji GSTZ w polu Stefanów do Obiektu.

12. Dostawa wyprawki gwarantującej pracę instalacji do produkcji zawiesziny lodowej w okresie gwarancji ze współczynnikiem niezawodności 95.
13. Przeprowadzenie rozruchu urządzeń i instalacji po jej wybudowaniu.
14. Wykonanie Ruchu Próbnego urządzeń i instalacji po jej wybudowaniu.
15. Wykonanie i przekazanie Zamawiającemu dokumentacji powykonawczej Obiektu.
16. Wykonanie i przekazanie Zamawiającemu dokumentacji powykonawczych projektów technicznych Urządzeń.
17. Wykonanie i przekazanie Zamawiającemu dokumentacji technicznych urządzeń i instalacji, zawierające między innymi DTR, instrukcje obsługi, deklaracje zgodności, atesty, certyfikaty, protokoły z badań, protokoły odbiorów oraz inne niezbędne dokumenty, umożliwiające eksploatację urządzeń.
18. Wykonanie wszelkich prac przygotowawczych niezbędnych do wykonania Przedmiotu Umowy, a także wykonanie pozostałych świadczeń i obowiązków określonych w Umowie oraz tych obowiązków i świadczeń, które obciążają Wykonawcę na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba jest związana zakresem zarzutów przedstawionych w odwołaniu, przy czym w przypadku gdy odwołanie dotyczy postanowień SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu, jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie, treść zarzutów odwołania podlega ocenie z uwzględnieniem żądań im towarzyszącym w zakresie zmiany SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu.

W ocenie Izby zarzuty odwołania nie potwierdziły się. Nie zostało wykazane, aby na skutek zakwestionowanych przez Odwołującego postanowień SIWZ, Zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp.

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp *zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*

Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż *przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*

Jak zostało wskazane w SIWZ, w związku z planowym powiększeniem rejonu robót eksploatacyjnych na dole w polu Stefanów, Zamawiający zamierza dokonać rozbudowy instalacji klimatyzacji centralnej o mocy chłodniczej 6 MW do mocy 9,1 MW z zastosowaniem zawiesiny lodowej. Obecnie istniejąca instalacja klimatyzacji centralnej jako chłodziwo wykorzystuje wodę lodową, w jej skład wchodzi m.in. trójkomorowy podajnik cieczy PES, którego zadaniem jest redukcja ciśnienia po stronie pierwotnej tj. z ok. 100 bar do ciśnienia po stronie wtórnej – ok. 40 bar.

Z obszernie wyżej przedstawionego stanowiska Zamawiającego, zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie, w tym Analizy możliwości zastosowania zawiesiny lodowej w systemie klimatyzacji centralnej w LW „Bogdanka”, sporządzonej przez dr hab. inż. B. N. Ź. oraz dr inż. J. Ź. z Politechniki Krakowskiej (dalej: „Analiza”) wynika, iż przedmiot zamówienia jest rozwiązaniem nowatorskim, dotychczas niestosowanym. Stanowisko to znajduje również potwierdzenie w załączonym do odpowiedzi na odwołanie artykule autorstwa Nikodema Szlązak, Dariusza Obracaj, Kazimierza Piergies, AGH Wydział Górnictwa i Geoinżynierii „Możliwości wykorzystania lodu zawiesinowego w klimatyzacji kopalń podziemnych”; Górnictwo i Geologia 2011, Tom 6, Zeszyt 3. Nadto sformułowane w tym artykule wnioski wskazują m.in., iż rozbudowa istniejącej klimatyzacji o dodatkową moc chłodniczą uzyskiwaną na podstawie lodu zawiesinowego powinna być tańsza niż na podstawie wody lodowej, jak również, że wykorzystanie lodu zawiesinowego w kopalniach podziemnych jest technicznie możliwe i termodynamicznie uzasadnione. Zastosowanie lodu zawiesinowego w obiegach zamkniętych wymaga przeprowadzenia badań nad przepływem zawiesiny przez chłodnice powietrza, trójkomorowy podajnik cieczy oraz przez układy regulacji i sterowania jego przepływem.

Zostało wykazane, że trójkomorowy podajnik cieczy PES, jest istotnym elementem objętej zamówieniem rozbudowy Centralnej Klimatyzacji w Polu Stefanów. Wskazują na to nie tylko Zamawiający jak i Przystępujący Eltrans, wykazujący, iż chodzi o zamknięty układ ciśnieniowy i w związku z tym nie da się wykonać instalacji powierzchniowych bez modernizacji instalacji PES i odwrotnie, istnieje bowiem współzależność elementów klimatyzacji. Potwierdza to również załączone do odpowiedzi na odwołanie pismo p. B. N.-Ź. z dnia z dnia 25.02.2019, skierowane do Zamawiającego na jego wystąpienie o opinię o możliwości podziału na poszczególne zadania: budowa wytwórni zawiesiny lodowej oraz odrębnie: modernizacja podajnika PES rozbudowy centralnej klimatyzacji w Stefanowie, w kontekście zastosowania zawiesiny lodowej w układzie chłodzenia, w którym znalazło się potwierdzenie, że: wszystkie planowane przedsięwzięcia są ze sobą integralnie związane, we wszystkich

etapach pod względem projektowym oraz inwestycyjnym powinno być realizowane przy zachowaniu odpowiedzialności wykonawcy za całość realizowanych prac, oceny poprawności realizacji można dokonać analizując wzajemne współdziałanie układu naziemnej stacji przygotowania zawiesziny lodowej z instalacją rurociągów szybowych, trójkomorowym podajnikiem PES oraz instalacją systemu klimatyzacji dołowej.

Nie jest sporne, że elementem obecnej centralnej klimatyzacji jest ww. podajnik PES, jak również nie jest sporne, że ten sam podajnik ma być elementem rozbudowanej klimatyzacji, której projekt oraz wykonanie obejmuje przedmiot zamówienia. Odwołujący nie zakwestionował stanowiska Zamawiającego i Przystępującego Eltrans, z którego wynika, że objęty przedmiotem zamówienia system klimatyzacji stanowi zamknięty obieg, co obrazowo przedstawiają załączone do odpowiedzi na odwołanie schematy. W związku z tym należy uznać, iż odpowiada ono rzeczywistości. Tym samym w ocenie Izby, za niesporne należy uznać, iż podajnik PES jest nieodłącznym elementem większej całości, jaką jest centralna klimatyzacja. Mając natomiast na uwadze podkreślany przez Zamawiającego cel wszczęcia przedmiotowego postępowania oraz funkcję, jaką w tym systemie odgrywa podajnik PES, należy zgodzić się z Zamawiającym, że wydzielenie z postępowania jego modernizacji jest pozbawione racjonalnych podstaw, bowiem nie pozwalałoby na osiągnięcie, bądź zwiększałoby ryzyko nieosiągnięcia celu przedsięwzięcia.

Odwołujący nie zakwestionował twierdzeń Zamawiającego, zawartych w odpowiedzi na odwołanie dotyczących podmiotów, które w jego ocenie zapewniają konkurencję. Należy zatem przyjąć, iż podmioty te mogą zafunkcjonować w przedmiotowym postępowaniu. Oznacza to, iż argumentacja Odwołującego skupiona na tym, iż producent trójkomorowego podajnika PES tj. SiemagTecberg Graup GmbH korzysta z ochrony znaku towarowego PES oraz patentu, a także z praw autorskich, zwłaszcza wobec niekwestionowania przez Odwołującego, że na ten moment nie jest wiadomo jaki zakres modernizacji tego podajnika będzie konieczny i czy będzie się to wiązało, a jeśli tak, to w jakim zakresie, z ingerencją w to urządzenie i chronione prawa, nie może zostać uznana za potwierdzającą zarzut naruszenia konkurencji. Nadto nie zostało wykazane przez Odwołującego np. że producent nie udziela zgody na modernizację tych podajników, że nie jest w związku z tym możliwe, aby udzielił zgody czy współpracował w przedmiotowym postępowaniu z innym podmiotem, a jedynie zostało stwierdzone, że Odwołujący nie uzyska takiej zgody z uwagi na pozostawanie w sporze z tym podmiotem, za dowód czego należy uznać ww. pismo pełnomocnika Siemag załączone do pisma przygotowawczego Odwołującego. Jednakże to, że Odwołujący zakłada, że nie otrzymałby takiej zgody, nie oznacza, że inne podmioty takiej zgody nie otrzymają i nie oznacza, że przedmiot zamówienia został opisany z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby również podnoszona przez Odwołującego i Przystępującego Elektrometal okoliczność, iż modernizacja trójkomorowego podajnika cieczy PES stanowi niewielki zakres i zaledwie ok. 3% wartości całego zamówienia, w sytuacji, gdy nie jest kwestionowana przez niego funkcja, jaką pełni ten podajnik i jego rola w całym systemie, podkreślana przez Zamawiającego i Przystępującego Eltrans, nie przemawia za wydzieleniem tego zakresu do odrębnego zamówienia. Sama zakładana wartość modernizacji podajnika nie przesądza bowiem o tym, że stanowi ona nieistotny zakres projektu i robót. Skoro podajnik PES jest newralgicznym urządzeniem w całym systemie, a z wzajemnej współzależności poszczególnych elementów systemu klimatyzacji wynika, że w zakres modernizacji jest uzależniony od tego jak zostanie zaprojektowany i wykonywany pozostały zakres zamówienia, to, w ocenie Izby, wielkość zakładanego wynagrodzenia nie przekłada się na podstawę do wydzielenia tego zakresu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający i Przystępujący Eltrans wykazali, że przedmiot zamówienia jest nowym rozwiązaniem, dotychczas nie stosowanym na świecie w górnictwie podziemnym, planowany system stanowi komplet, który musi wypełniać cel, tj. osiągnięcie niższej temperatury w podziemnych wyrobiskach. Z tym wiąże się modernizacja urządzenia PES, jednak na chwilę obecną nie jest wiadome jaki zakres tej modernizacji jest konieczny i w związku z tym, jaki zakres współpracy z producentem będzie potrzebny, wiąże się to bowiem z projektem całego systemu i wszystkich elementów wchodzących w jego skład. W związku z tym nie jest możliwe opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w odniesieniu do modernizacji trójkomorowego podajnika cieczy PES, skoro zakres modernizacji pozostaje w ścisłym związku z objętym zamówieniem sporządzeniem projektu na cały system i będzie określany w ramach tego projektu. Tym samym nie jest możliwe uwzględnienie żądania Odwołującego wydzielenia modernizacji podajnika PES do odrębnej, ewentualnie wydzielonej części lub do odrębnie przeprowadzonego postępowania. Nie można ograniczać przedmiotu zamówienia do wykonania powierzchniowej stacji i pozostałych jej elementów, zapominając o tym, że klimatyzacja stanowi integralną całość, w skład której wchodzi również, odgrywając doniosłą rolę, podajnik PES. Specyfika zamówienia wskazuje, iż taki podział przedmiotu zamówienia nie pozwalałby na jego wykonanie w sposób opisany w niezakwestionowanej przez Odwołującego części SIWZ. Zauważenia przy tym wymaga, że Odwołujący stawiając żądanie wyłączenia z postępowania modernizacji podajnika PES nie postawił jednocześnie żądań zmiany SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, które stanowiłby dostosowanie ich zapisów do zmienionego, na skutek żądanego wyłączenia, opisu przedmiotu zamówienia i które pozwalałby jednocześnie na realizację zamówienia i osiągnięcia zakładanego celu. Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego dotyczącym braku, na chwilę obecną, możliwości określenia zakresu modernizacji urządzenia PES, a tym samym braku

możliwości sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia na postulowany do wyodrębnienia z obecnego postępowania zakres prac, jak również nie zaprzeczył twierdzeniem, że chodzi o zamknięty układ ciśnieniowy, jak również nie wykazał, że postulowana zmiana SIWZ w zakresie OPZ i wydzielenie modernizacji PES do odrębnej części lub odrębnego postępowania, pozwoli na osiągnięcie celu opisanego w SIWZ oraz pozwoli na wykonanie pozostałych elementów zamówienia, w tym np. rozruchu i odbioru.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy zostało wykazane, że opis przedmiotu zamówienia wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, jest związany ze specyfiką zamówienia, jak również, że brak wydzielenia modernizacji PES do odrębnego postępowania wiąże się z ryzykiem, że będzie dwóch różnych wykonawców, co przy innowacyjnym charakterze przedsięwzięcia może zwiększyć ryzyko niepowodzenia oraz brak określenia odpowiedzialności za taki wynik.

W ocenie Izby argumentacja Zamawiającego i Przystępującego Eltrans jest spójna i logiczna, znajduje potwierdzenie w dowodach złożonych do akt sprawy. W związku z tym, okoliczność, iż nie wszyscy wykonawcy działający na rynku będą mogli skutecznie złożyć ofertę nie oznacza, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia naruszył przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. *Nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia wszyscy wykonawcy działający w danej branży, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.* (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 23 stycznia 2009 r. LEX nr 1713343). Potwierdza to również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, licznie przytoczone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, jak również np. stanowisko Sądu Okręgowego w Krakowie: *Prawdą jest również, że zamawiający ma prawo dokonać opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną z nim ofertę. Zamawiający może bowiem żądać i oczekiwać do wykonawców rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych. Jednakże jest tak wyłącznie wówczas, gdy jest to uzasadnione jego rzeczywistą potrzebą.* (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 2 marca 2016 r. sygn. akt II Ca 19/16; UZP Zamówienia publiczne w orzecznictwie; Zeszyty Orzecznicze; Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, zeszyt nr 26). Tym bardziej zatem nie występuje naruszenie ww. przepisu gdy, tak jak to mam miejsce w okolicznościach analizowanej sprawy, jest większa liczba potencjalnych wykonawców.

Postępowanie przez Izbą jest kontrydiktoryjne. W ocenie Izby Zamawiający wykazał zasadność dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, jak również brak uzasadnienia dla podziału zamówienia na części, w sposób postulowany w odwołaniu. Odwołujący natomiast nie wykazał naruszenia zasad konkurencji poprzez zastosowany przez Zamawiającego opis

przedmiotu zamówienia, nie wykazał, iż przedmiot zamówienia może być rozłącznie traktowany.

Skoro w sprawie zostało wykazane, że nie jest uzasadnione wydzielenie modernizacji podajnika cieczy PES do odrębnego postępowania oraz, że podajnik ten pełni newralgiczną rolę w systemie klimatyzacji, to zakwestionowane przez Odwołującego warunki udziału w postępowaniu należy uznać za opisane w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Tym bardziej, że chodzi o legitymowanie się doświadczeniem w odniesieniu do jednego (a nie większej, nadmiernej, liczby) zamówienia obejmującego opracowanie projektu, dostarczenie i wykonanie montażu i uruchomienie co najmniej jednej klimatyzacji dołowej wykorzystującej trójkomorowy podajnik cieczy PES i określonej wartości, której Odwołujący nie kwestionował, jak również o legitymowanie się doświadczeniem w wykonaniu jednego zamówienia obejmującego modernizację co najmniej jednego trójkomorowego podajnika cieczy PES wraz z układem sterowania i wizualizacji.

Również w odniesieniu do kwestionowanych przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, nie można uznać argumentacji Odwołującego i Przystępującego Elektrometal, dotyczącej zakładanej wartości modernizacji trójkomorowego podajnika cieczy PES. Nie uwzględnia ona bowiem wyżej opisanej funkcji i roli w systemie klimatyzacji odgrywanej przez ten podajnik, które to uzasadniają wymaganie legitymowania się określonym w SIWZ doświadczeniem. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie w sposób przekonujący przedstawił specyfikę przedmiotu zamówienia i wynikającą z niej konieczność wykonania zamówienia, tj. zaprojektowane i wykonane jako całość, w sposób kompleksowy, uwzględniający wszystkie jego elementy, w tym znajdujący się około 1000 m pod ziemią trójkomorowy podajnik cieczy PES i związaną z tym konieczność legitymowania się przez wykonawcę doświadczeniem w opracowaniu wskazanego projektu oraz modernizacji trójkomorowego podajnika cieczy PES.

Określona w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp mająca znaczenie m.in. przy ocenie czynności Zamawiającego, jaką jest określenie warunków udziału w postępowaniu, była wielokrotnie przedmiotem analizy w orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych. Na znaczenie zasady proporcjonalności w zamówieniach publicznych wskazywał w swoim orzecznictwie również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii Trybunał wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Z kolei zgodnie z wyrokiem Trybunału z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Sri i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08)

przy określaniu, którzy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a ewentualne ograniczenia konkurencji mogą być stosowane jedynie w zakresie niezbędnym dla osiągnięcia celów danego zamówienia (podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/17 Michaniki oraz wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C- 538/07 Assitur).

W ramach dokonywania oceny czynności zamawiającego pod kątem zachowania zasady proporcjonalności należy brać pod uwagę takie okoliczności jak przydatność (warunek przydatności) i niezbędność (warunek niezbędności) zastosowanych ograniczeń - do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Ewentualne ograniczenia konkurencyjności postępowania muszą być zastosowane jedynie w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga, iż zastosowane środki w ogóle muszą pozwalać na osiągnięcie tych celów, przy czym należy wziąć pod uwagę wymóg, aby cele określone przez zamawiającego były istotniejsze niż skutki zastosowania środków ograniczających konkurencję (por. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2018 r. KIO/KD 20/18).

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zostało wykazane, że zakwestionowane przez Odwołującego warunki udziału w postępowaniu spełniają warunki przydatności i niezbędności, wynikają z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, pozostają w związku ze specyfiką zamówienia. Zostało również wykazane, że na rynku istnieje kilka podmiotów, także tych niepowiązanych kapitałowo z producentem podajnika PES, którzy są w stanie spełnić warunki udziału w postępowaniu i podjąć się wykonania zamówienia.

Tym samym, w ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1 a ustawy Pzp poprzez określenie ww. warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do art. 190 ust. 1 Pzp strony są obowiązane do przedkładania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne do zamknięcia rozprawy. W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął ciężarowi udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez tak sformułowane warunki udziału w postępowaniu, pomimo, iż to na nim stosownie do art. 6 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp on spoczywał.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: