

Sygn. akt: KIO 1429/14

**WYROK**  
z dnia 24 lipca 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2014 r. przez wykonawcę **MMC Poland Sp. z o.o., ul. Grabowa 2, 40-172 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MMC Poland Sp. z o.o., ul. Grabowa 2, 40-172 Katowice** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MMC Poland Sp. z o.o., ul. Grabowa 2, 40-172 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **MMC Poland Sp. z o.o., ul. Grabowa 2, 40-172 Katowice** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na najem trzech kombajnów chodnikowych wraz z niezbędnym wyposażeniem oraz szafy zasilającej typu KE 1006 lub równoważnej dla potrzeb JSW S.A. KWK „Krupiński”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 lipca 2014 r. pod nr 2014/S 123 – 219896.

W dniu 11 lipca 2014 r. wykonawca MMC Poland Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który realnie ogranicza uczciwą konkurencję przez nieuzasadnione pozbawienie wielu wykonawców, w tym odwołującego, możliwości złożenia oferty w postępowaniu,
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskutek opisanego powyżej naruszenia, stanowiącym jednocześnie naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący objął odwołaniem następujące postanowienia SIWZ:

1. Pkt IV.2 w sekcji „Kombajn” Załącznika nr 1 do SIWZ w związku z Rozdziałem III SIWZ w zakresie określenia parametru kombajnu „podcięcie spągu” jako „min 550 mm”,
2. Pkt IV.3 w sekcji „Kombajn” Załącznika nr 1 do SIWZ w związku z Rozdziałem III SIWZ w zakresie zastrzeżenia spełnienia wymogu „Organ urabiający poprzeczny z dwoma głowicami urabiającymi z nożami urabiającymi typu U47HD65022 lub równoważne 022/139/64/65/38/30 (średnica węglika/długość noża/długość części roboczej/średnica podstawy noża/dwustopniowy 038/30)”,
3. Pkt IV.5 w sekcji „Kombajn” Załącznika nr 1 do SIWZ w związku z Rozdziałem III

SIWZ w zakresie zastrzeżenia spełnienia wymogu „realizacja następujących napędów za pomocą silników elektrycznych”: napęd organu urabiającego; napęd zespołu gąsienic; napęd podawarki i ładowarki; napęd układu hydraulicznego,

4. Pkt IV.8 lit. b) w sekcji „Kombajn” Załącznika nr 1 do SIWZ w związku z Rozdziałem III SIWZ w zakresie określenia parametru kombajnu „wymiar gabarytowy kombajnu chodnikowego - szerokość” jako „max 2500 mm”,
5. Pkt IV.8 lit. c) i d) w sekcji „Kombajn” Załącznika nr 1 do SIWZ w związku z Rozdziałem III SIWZ w zakresie określenia parametru kombajnu „wymiar gabarytowy kombajnu chodnikowego - szerokość stołu załadowczego (podstawa)” oraz „wymiar gabarytowy kombajnu chodnikowego - szerokość stołu z poszerzeniami” jako odpowiednio „2000 mm” oraz „max 3000 mm”,
6. Pkt V.10 Załącznika nr 1 do SIWZ w związku z Rozdziałem III SIWZ w zakresie zastrzeżenia spełnienia wymogu w postaci „Dodatkowe wzmocnienie połączenia obrotnicy z ramą kombajnu”.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł:

Ad. 1.

W ocenie odwołującego, zamawiający przyjął znacznie zawyżoną wartość parametru „podcięcie spągu”. Odwołujący stwierdził, iż wartość ta eliminuje możliwość złożenia oferty przez większość producentów, a to jest niezgodne z zasadami prowadzenia postępowań w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego (w tym art. 7 ust. 1 pzp).

Jednocześnie, jak wskazał odwołujący, jest to wymóg całkowicie nieuzasadniony od strony technicznej, gdyż maksymalne nachylenie podłużne, przy którym kombajny miały pracować wynosi  $18^\circ$  (pkt 1.2 Załącznika nr 1 do SIWZ - „Specyfikacja Techniczna”), a co za tym idzie, podcięcie spągu 250 mm jest w zupełności wystarczające.

Ad. 2.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający w nieuzasadniony sposób wprowadził wymóg dotyczący organu urabiającego. Odwołujący wyjaśnił, iż każdy producent kombajnu, projektując głowicę urabiającą, dostosowuje jej geometrię (ilość, kąt i miejsce usytuowania noży) pod kątem parametrów danej maszyny, uwzględniając przy tym warunki geologiczne (wytrzymałość skał na ściskanie i rozciąganie oraz abrazywność skał), w których ma ona pracować, jednocześnie zaś wytrzymałość samej maszyny. Zamawiający nie znając

szczegółowo danego rozwiązania technicznego, jakie wykonawcy mogliby zaoferować w przetargu, nie jest w stanie w ogóle wskazać, jaka powinna być minimalna ilość noży na wrębniku urabiającym. Czynności doboru ilości noży i ich usytuowania na wrębnikach dokonuje konstruktor kombajnu, projektując kombajn do pracy w zadanych warunkach. Efekt tych czynności projektowych musi być zatwierdzony przez właściwe podmioty lub organy do zastosowania w górnictwie.

Jednoznaczne rozstrzygnięcie powyższej kwestii przez zamawiającego, w żaden sposób nieuzasadnione warunkami technicznymi czy geologicznymi, powoduje zdecydowane ograniczenie kręgu wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę w postępowaniu, jednocześnie zaś wyklucza złożenie ofert przez wielu wykonawców, którzy mogliby zaoferować zamawiającemu urządzenia pełnowartościowe i w pełni przydatne dla realizacji jego potrzeb.

Odwołujący wskazał, że postanowienie powyższe powinno być usunięte.

Ad. 3.

Zdaniem odwołującego, zamawiający w nieuzasadniony sposób wprowadził wymóg dotyczący charakterystyki zastosowania napędu wskazanych podzespołów w postaci silnika elektrycznego. Jak wskazał odwołujący, napęd elektryczny podawarki i ładowarki jest elementem, który jest przyczyną częstych awarii kombajnu. Obecne trendy rozwoju techniki mechanicznego urabiania górotworu bazują na kombajnach chodnikowych z napędem hydraulicznym. Jest on mniej zawodny, szczególnie zaś przy drążeniu wyrobisk o dużym nachyleniu. Dodatkowym atutem zastosowania hydraulicznego napędu podawarki i ładowarki jest użycie kombajnu w zawodnionych przodkach, gdzie w sytuacji zalania przodka napęd elektryczny zespołu gąsienic ulega uszkodzeniu.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowe postanowienie SIWZ powinno zostać usunięte.

Ad. 4.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający przyjął nieuzasadnioną wartość parametru „wymiarów gabarytowych kombajnu chodnikowego - szerokość”, eliminując przy tym część wykonawców z udziału w postępowaniu.

Wymaganie to pozostaje sprzeczne z jednoczesnym określeniem minimalnego przekroju poprzecznego wynoszącego 25m<sup>2</sup> i szerokości urabiania wynoszącej minimum 5500mm.

W ocenie odwołującego, postanowienie to należy wykreślić, względnie zmodyfikować, dopuszczając również urządzenia o szerokości wynoszącej np. max 2700 mm. Różnica w szerokości kombajnu wynosząca 200 mm w żaden sposób nie wpływa bowiem negatywnie na zdolność manewrową kombajnu. Wręcz przeciwnie, wpływa ona korzystnie na pracę kombajnu, gdyż staje się on bardziej stabilny.

Ad. 5.

W opinii odwołującego, zamawiający przyjął nieuzasadnioną wartość parametrów „wymiary gabarytowe kombajnu chodnikowego - szerokość stołu załadowniczego (podstawa)” oraz „wymiary gabarytowe kombajnu chodnikowego - szerokość stołu z poszerzeniami”, ponownie eliminując przy tym część wykonawców z udziału w postępowaniu.

Ze względu na to, że stół załadowniczy powinien być dostosowany do wielkości wyrobiska, w którym ma pracować (wymagana szerokość minimalna 5500 mm), szerokość stołu załadowniczego (podstawa) wynosząca 2000 mm, a z poszerzeniami 3000 mm jest nieefektywna, gdyż w takim przypadku pracownicy musieliby ładować urobek po obu stronach stołu ręcznie. Stół o szerokości 2000 mm lub 3000 mm jest bowiem zbyt wąski, żeby zebrać cały urobek (od 44 do 64% urobku pozostaje poza stołem). Należy również podkreślić, że szerszy stół wpływa pozytywnie, dzięki tak zwanemu „bunkrowaniu”, na ciągłość cyklu pracy w przodku.

Węższy stół wpływa niekorzystnie nie tylko na wydajność przodka, ale przede wszystkim na bezpieczeństwo pracy górników, ponieważ podczas urabiania, w strefie zagrożenia, nie dopuszcza się, aby przebywali tam pracownicy. Ponadto odwołujący zauważył, że maksymalna szerokość kombajnu określona przez zamawiającego wynosi 2500 mm, co czyni żądania stołu załadowniczego o szerokości 2000 mm całkowicie nielogicznym.

Odwołujący mając powyższe na uwadze uznał, że proponowana modyfikacja SIWZ poprzez wprowadzenie jednolitego parametru w postaci szerokości stołu z poszerzeniami lub bez nich, wynosząca maksymalnie 3500 mm, jest uzasadniona technicznie i ekonomicznie.

Ad. 6.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w nieuzasadniony sposób wprowadził wymóg dotyczący dodatkowego wzmocnienia połączenia obrotnicy z ramą kombajnu. Rozwiązanie to nie jest, zdaniem odwołującego, w żaden sposób uzasadnione, a powoduje ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców w postępowaniu. Ze względu na to, że nie wszystkie

kombajny (dopuszczone do stosowania w górnictwie), muszą mieć wzmocnione połączenia obrotnicy z ramą kombajnu, odwołujący wskazał, że przedmiotowe postanowienie SIWZ ogranicza znacznie wachlarz możliwych do zaoferowania zamawiającemu urządzeń. Dopuszcza ono bowiem konkretne rozwiązanie techniczne, spośród wielu innych możliwych i to o porównywalnych, a często lepszych parametrach.

Odwołujący zauważył, że każdy kombajn jest projektowany i testowany z uwzględnieniem konkretnych warunków geologiczno-górnicznych, uwzględniając przy tym jednoosiową wytrzymałość skał na ściskanie. Sprawa ewentualnych wzmocnień konstrukcji kombajnu leży w gestii konstruktora maszyny. Odwołujący wskazał przy tym, że dodatkowe usztywnienie może wręcz wpłynąć negatywnie na wytrzymałość maszyny.

Zdaniem odwołującego, przedmiotowe postanowienie SIWZ powinno zostać usunięte.

Odwołujący wniósł o:

- zmianę pkt IV.2 w sekcji „Kombajn” Załącznika nr 1 do SIWZ („Specyfikacja Techniczna”) poprzez określenie parametru „podcięcie spągu” jako „min 250 mm”;
- wykreślenie pkt. IV.3 w sekcji „Kombajn” Załącznika nr 1 do SIWZ „Specyfikacja Techniczna”,
- wykreślenie pkt. IV.5 w sekcji „Kombajn” Załącznika nr 1 do SIWZ „Specyfikacja Techniczna”;
- zmianę pkt. IV.8 lit. b) w sekcji „Kombajn” Załącznika nr 1 do SIWZ („Specyfikacja Techniczna”) poprzez określenie parametru „wymiar gabarytowy kombajnu chodnikowego - szerokość” jako „max 2700 mm” lub wykreślenie pkt. IV.8 lit. b) w sekcji „Kombajn” Załącznika nr 1 do SIWZ („Specyfikacja Techniczna”);
- zmianę pkt. IV.8 lit. c) i d) w sekcji „Kombajn” Załącznika nr 1 do SIWZ („Specyfikacja Techniczna”) poprzez wprowadzenie jednolitego parametru wymiar gabarytowy kombajnu chodnikowego - szerokość stołu z poszerzeniami lub bez poszerzeń” jako „max 3500 mm”.
- wykreślenie pkt. V.10 Załącznika nr 1 do SIWZ („Specyfikacja Techniczna”).

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, jak również stanowiska stron zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba stwierdziła, że zamawiającemu przysługuje uprawnienie do określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, który w pełni zabezpiecza jego potrzeby. Zamawiający posiadając wiedzę o warunkach geologiczno-górnictwowych, w jakich będzie pracował kombajn jest uprawniony do stawiania wymogów wobec zamawianego sprzętu, o ile nie narusza to konkurencji w sposób nieuprawniony. W sytuacji, gdy potrzeby zamawiającego są obiektywnie uzasadnione, a za takie Izba uznała wymagania określone przez zamawiającego w przedmiotowej sprawie, zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia wymogów, które zawężają krąg potencjalnych wykonawców. Zawężenie to nie może mieć na celu preferowania określonego wykonawcy, ale uzyskanie produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom zamawiającego. Jednocześnie, zamawiający nie jest zobowiązany do takiego formułowania wymagań, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku złożenie oferty. Okoliczność, że odwołujący nie posiada w swojej ofercie sprzętu, który pozwoliłby mu na wzięcie udziału w postępowaniu z powodu nie spełniania określonych parametrów nie przesądza o tym, że zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji. W ocenie Izby, odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu, nie wykazał, że wymagania określone w specyfikacji i kwestionowane przez odwołującego nie wynikają ze zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego, nie wykazał też, że stawiając określone wymagania zamawiający preferuje jednego wykonawcę.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Izba stwierdziła co następuje.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący wartości parametru „podcięcie spągu” (pkt IV.2 sekcji „Kombajn” Załącznika nr 1 do SIWZ). Izba wzięła pod uwagę wskazywany przez zamawiającego charakter pokładów węgla eksploatowanych w kopalni Krupiński, w tym dużą ilość zaburzeń tektonicznych i uznała, że wydłużenie odcinka przejeżdżania stref uskokowych o 7 500mm przy małym podcięciu spągu ma znaczenie z uwagi na czas drążenia, a tym samym związane z tym koszty. Zasadność postawionego wymagania została potwierdzona przez odwołującego w złożonej na rozprawie opinii, w której autor stwierdził, iż podcięcie spągu jest podcięciem ponadstandardowym, stosowanym w kombajnach ciężkich przeznaczonych do wyrobisk wykonywanych w odrzwiach o minimalnym rozmiarze „10”. Zamawiający w specyfikacji technicznej (Załącznik nr 1 do SIWZ) w pkt I.1 przewidział, że kombajny mają mieć możliwość drążenia wyrobiska w obudowie ŁP pomiędzy 10 a 12.

Izba nie uwzględniła również zarzutu dotyczącego organu urabiającego (pkt IV.3 sekcji „Kombajn” Załącznika nr 1 do SIWZ). Odwołujący nie wykazał, iż określone przez zamawiającego rodzaj głowicy oraz minimalna ilość noży są nieuzasadnione wobec istniejących w kopalni Krupiński warunków geologiczno – górniczych. Izba uznała, że zamawiający posiadający wieloletnie doświadczenie i znajomość warunków istniejących w kopalni jest uprawniony do stawiania wymagań minimalnych w przedmiotowym zakresie. Zaniechanie stawiania wymagań i pozostawienie doboru poszczególnych parametrów producentom kombajnów mogłoby skutkować zaoferowaniem zamawiającemu kombajnów nie dostosowanych do warunków panujących w kopalni Krupiński.

W ocenie Izby, odwołujący nie udowodnił zasadności usunięcia wymagania określonego w pkt IV.5 sekcji „Kombajn” Załącznika nr 1 do SIWZ. Za przekonującą Izba uznała argumentację zamawiającego, iż w kopalni Krupiński nie występują warunki, w których napęd hydrauliczny byłby bardziej uzasadniony. Doświadczenie zamawiającego wskazuje na zasadność stosowania napędów elektrycznych w ww. kopalni m.in. z uwagi na panujące tam warunki geologiczno-górnicze, nieliczne pokłady zaliczane do zagrożenia wodnego II stopnia, większą awaryjność napędów hydraulicznych i związane z tym zagrożenie bezpieczeństwa pracowników kopalni zwłaszcza w sytuacji, gdy wszystkie wyrobiska zaliczane są do IV kategorii zagrożenia metanowego.

Odwołujący nie wykazał również, iż wskazana w pkt IV.8 lit. b sekcji „Kombajn” Załącznika nr 1 do SIWZ szerokość kombajnu w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję. Zamawiający uzasadnił wskazaną szerokość kombajnu koniecznością jego manewrowania w wyrobiskach o różnych gabarytach przy uwzględnieniu przejścia załogi, zabudowania kolejki do transportu materiałów i lutnociągu. Duże możliwości manewru

kombajnem uzasadnione są też wpływem ciśnienia górotworu na stan wyrobisk, które powoduje duże wypiętrzanie spągu oraz konwergencję.

Nie potwierdziły się zarzuty dotyczące wymiarów szerokości stołu załadownego i szerokości stołu z poszerzeniami (pkt IV.8 lit c i d sekcji „Kombajn” Załącznika nr 1 do SIWZ). W ocenie Izby, postawione przez zamawiającego wymagania są w pełni uzasadnione. Zamawiający wskazał, iż zwiększenie gabarytów kombajnu uniemożliwi transport materiałów do przodka w przypadku zmniejszenia gabarytów wyrobiska. Ponadto, jak zauważył zamawiający, wraz ze wzrostem gabarytów kombajnu rośnie jego masa, co jest bardzo niekorzystne w przypadku słabych spągów lub przejeżdżania węgla w strefach uskokowych. Jak wskazano powyżej, okoliczność, iż odwołujący nie dysponuje sprzętem spełniającym wymagania zamawiającego nie stanowi o naruszeniu przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji.

Nie została udowodniona również zasadność zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji poprzez ustanowienie wymagania posiadania przez kombajn dodatkowego wzmocnienia połączenia obrotnicy z ramą kombajnu (pkt V.10 Załącznika nr 1 do SIWZ). Odwołujący nie wykazał, że potrzeby zamawiającego nie są obiektywnie uzasadnione, w żaden sposób nie dowiódł też, że przedmiotowe wymaganie ma na celu preferowanie określonego wykonawcy. Jak wskazano powyżej, zamawiający nie jest zobowiązany do takiego formułowania wymagań, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku złożenie oferty.

Dowodu w przedmiotowej sprawie nie może stanowić złożona przez odwołującego opinia pt. „Metodologia doboru kombajnów chodnikowych do warunków górniczo-geologicznych z uwzględnieniem zapisów SIWZ będących przedmiotem odwołania (zamówienie z dnia 15.07.2014)”. Opinia ta stanowi dokument prywatny i jako taki prezentuje stanowisko strony.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła wniosek zamawiającego o przyznanie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 PLN, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

**Przewodniczący:** .....