

Sygn. akt: KIO 455/16

**WYROK**  
**z dnia 13 kwietnia 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Paulina Zielenkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 8 kwietnia 2016 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2016 roku przez wykonawcę Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrze

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach

przy udziale wykonawcy Famur S.A. z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie wykonawcy Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrze

Nakazuje Zamawiającemu wykreślenie § 6 pkt II ust. 8 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy o treści: Dzierżawca zastrzega sobie możliwość zmiany lokalizacji przedmiotu dzierżawy w ramach Oddziałów Kompani Węglowej S.A. (zarówno przed zawarciem jak i po zawarciu umowy). Zmiana lokalizacji jest możliwa pod warunkiem, że kombajn będący przedmiotem oferty może być zastosowany w nowym wyrobisku ścianowym tj. wyrobisko w nowej lokalizacji charakteryzuje się parametrami zbliżonymi do lokalizacji określonej w siwz lub lepszymi. Dzierżawca powiadomi Wydzierżawiającego o zmianie lokalizacji przedmiotu dzierżawy w terminie umożliwiającym dokonanie zmiany lokalizacji jednak nie krótszym niż 1 tydzień przed planowaną zmianą. W przypadku skorzystania przez Dzierżawcę z uprawnienia do*

*zmiany lokalizacji, zapisy umowy odnoszące się do lokalizacji zostaną odpowiednio dostosowane przez wskazanie nowej lokalizacji i urzędzeń współpracujących o ile taka będzie potrzebna.*

Nakazuje Zamawiającemu w § 5 ust. 8 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* modyfikacje zawartych w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia postanowień przez określenie wyznaczenia daty rozpoczęcia naliczania 100% wartości ustalonej dobowej stawki czynszu dzierżawy zgodnie z datą na dokonanie próby wydajności określającej zdolność produkcyjną kombajnu.

Nakazuje Zamawiającemu w § 4 ust. 7 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* zastąpienie zdania: *Jeżeli w trakcie tego postoju zostanie wznowiona eksploatacja, to z dniem pisemnego poinformowania Wydzierżawiającego o tym fakcie następuje naliczanie stawki dzierżawy, a umowa zostaje wydłużona o dotychczasowy okres postoju, co nie wymaga zawarcia aneksu do umowy* następującym zdaniem: *Jeżeli w trakcie tego postoju zostanie wznowiona eksploatacja, to Dzierżawca niezwłocznie poinformuje Wydzierżawiającego o tym fakcie i nastąpi wznowienie naliczania stawki dzierżawy, a umowa zostaje wydłużona o dotychczasowy okres postoju, co nie wymaga zawarcia aneksu do umowy.*

Nakazuje Zamawiającemu wykreślić § 4 ust. 9 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* o treści: *W przypadku gdy Zamawiający zmuszony będzie do czasowego wstrzymania wydobywania ze względów ekonomicznych na okres dłuższy niż 5 dni roboczych, a suma tych dni w okresie obowiązywania umowy nie będzie wieszła niż 10%+1 dzień umownego okresu dzierżawy Wydzierżawiający nie będzie naliczał stawki dzierżawy za ten okres. Natomiast gdy suma tych dni przekroczy ww. okres od następnego dnia Wydzierżawiający będzie naliczał stawkę w wysokości 50% jej wartości netto.*

Nakazuje Zamawiającemu wykreślić § 4 ust. 10 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* o treści: *Okres obowiązywania umowy zostaje przedłużony o okres wstrzymania wydobywania, jednak nie dłuższy niż 10% okresu dzierżawy +1 dzień umownego okresu dzierżawy i nie wymaga to zawarcia aneksu do umowy*

Nakazuję Zamawiającemu w § 4 ust. 5 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy zastąpienie postanowienia: Po okresie dzierżawy Dzierżawca wyda przedmiot dzierżawy wraz z wyposażeniem dodatkowym podlegającym zwrotowi (rezerwa części) w ciągu 30 dni od daty zakończenia demontażu. Za ten okres nie będzie naliczana stawka dzierżawy. Wyposażenie podlegające zwrotowi będzie zwrócone w stanie wynikającym z przechowywania w rejonie eksploatacji przedmiotu dzierżawy. następującym: Po okresie dzierżawy Dzierżawca wyda przedmiot dzierżawy wraz z wyposażeniem dodatkowym podlegającym zwrotowi (rezerwa części) w ciągu 21 dni od dnia rozpoczęcia demontażu. W przypadku braku zwrotu kompletnego przedmiotu dzierżawy we wskazanym terminie Zamawiający zostanie obciążony karą w wysokości dobowej stawki dzierżawy netto za każdy dzień opóźnienia. Wyposażenie podlegające zwrotowi będzie zwrócone w stanie wynikającym z przechowywania w rejonie eksploatacji przedmiotu dzierżawy.*

Nakazuje Zamawiającemu w § 10 ust. 6 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy zastąpienie postanowienia: Wydierżawiający może obciążyć Dzierżawcę karą za nie zwrócenie do 30 dni części, których brakowało przy zwrocie przedmiotu dzierżawy w wysokości 50% wartości części nowych, a w przypadku części podlegających zwrotowi, w stanie nie pogorszonym (tzw. wyprawki zwrotnej) 100% wartości części wg cen obowiązujących dla KW S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla KW S.A. cennika części nowych, przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybko zużywające się i nieobjęte gwarancją następującym: „Wydierżawiający może obciążyć Dzierżawcę karą za nie zwrócenie do 30 dni części, których brakowało przy zwrocie przedmiotu dzierżawy w wysokości 100% wartości części wg cen obowiązujących dla KW S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla KW S.A. cennika części nowych, przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybko zużywające się i nieobjęte gwarancją.”*

Nakazuje Zamawiającemu wykreślić z załącznika nr 2a do SWIZ - *Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów techniczno-użytkowych dla zadania nr 3 - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Halemba –*

*Wirek, punktu 53 lit. k) o treści: dostarczenia instrukcji określającej sposób deaktywacji uszkodzonych czujników oraz warunki na jakich kombajn może być dalej eksploatowany do czasu usunięcia usterki lub wymiany uszkodzonego elementu.*

W pozostałym zakresie odwołania nie uwzględnia.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrze tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od Zamawiającego Kompani Węglowej S.A. z siedzibą w Katowicach na rzecz wykonawcy Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrze kwotę 18 600 gr 00 (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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:**

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: *Dzierżawa kombajnów ścianowych oraz zespołów pompowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. - dostawy planowane do realizacji od drugiego półrocza 2016 roku, z podziałem na trzynaście zadań*

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 marca 2016 roku pod numerem 2016-92526.

29 marca 2016 roku Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień opublikowanej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), polegającym na wprowadzeniu do SIWZ postanowień naruszających art. 29 ust. 1 ustawy przez nieprecyzyjne i niedokładne opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający bądź uniemożliwiający złożenie prawidłowo skalkulowanej oferty, a także naruszających przepisy Kodeksu cywilnego oraz naruszających art. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego:

- 1) art. 29 ust. 1 ustawy przez nieprecyzyjne i niedokładne opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający bądź uniemożliwiający złożenie prawidłowo skalkulowanej oferty, polegające w szczególności na zastrzeżeniu możliwości zmiany lokalizacji przedmiotu dzierżawy w ramach Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. bez konkretnego wskazania warunków tej zmiany,
- 2) art. 29 ust. 1 ustawy przez nieprecyzyjne i niedokładne opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający bądź uniemożliwiający złożenie prawidłowo skalkulowanej oferty, polegające w szczególności na wprowadzeniu postanowień uniemożliwiających Wykonawcy skalkulowanie stawki czynszu dzierżawy, z uwagi na

- brak precyzyjnego określenia okresu dzierżawy, przez zastrzeżenie jego skrócenia wraz z obniżeniem czynszu przy braku jednoznacznego wskazania okresu obniżenia,
- 3) art. 29 ust. 1 w zw. art. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, polegające w szczególności na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego, do realizacji których ma prowadzić zamówienie, a także w sposób budzący poważne wątpliwości co do zakresu przedmiotu zamówienia i jego wymagań technicznych, które w ocenie Odwołującego nie mogą być spełnione przez żadną maszynę,
  - 4) art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 k.c. przez sformułowanie postanowień SIWZ oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, polegający przede wszystkim na wprowadzeniu w SIWZ postanowień: uzależniających wykonanie odbioru technicznego i testu wydajności od woli Zamawiającego, umożliwiających wstrzymanie naliczania czynszu z przyczyn ekonomicznych uznanych za uzasadnione jedynie przez Zamawiającego oraz zastrzeżeniu rażąco niskich kar umownych na rzecz Wykonawcy,
  - 5) art. 7 ust. 1 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy powodując w ten sposób prowadzenie postępowania z naruszeniem nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności przez niczym nieuzasadnione ograniczenie konkurencji, wprowadzając do specyfikacji postanowienia i wymagania, które nie mogą być spełnione i są nierealne. Ponadto wymagania co do przedmiotu zamówienia są nieadekwatne względem celu postępowania.

Odwołujący wniósł nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SIWZ w zakresie i brzmieniu proponowanym w treści odwołania, w sposób usuwający niezgodności kwestionowanych postanowień z ustawą, zgodnie z żądaniami zawartymi w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania od wskazanych wyżej czynności Zamawiającego, gdyż przez sformułowanie postanowień specyfikacji, w sposób naruszający przepisy ustawy Zamawiający w znaczny sposób uniemożliwia Odwołującemu przygotowanie i złożenie oferty i ubieganie się o udzielenia zamówienia, podczas gdy Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu i miałby szanse wygrać postępowanie. Ponadto naruszenie przez Zamawiającego zasad prawa zamówień publicznych powoduje, iż Odwołujący nie może w pełni skalkulować oferty i zaoferować przedmiotu, który spełnia wymagania techniczne określone w zamówieniu, ponieważ

informacje zawarte w SIWZ powodują, że nie jest możliwe poprawne i rzetelne obliczenie stawki czynszu. SIWZ, w szczególności załącznik nr 5 do SIWZ, to uniemożliwiają. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, przez nieosiągnięcie przychodów możliwych do uzyskania w toku wykonywania zamówienia. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą związaną z przedmiotem zamówienia i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu i tym samym braku możliwości uzyskania zamówienia i zysku z nim związanego. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia (wyrok KIO 124/14).

#### Odwołujący następująco uzasadniał

W dniu 18 marca 2016 r. na stronie Internetowej Zamawiającego: <https://www.kwsa.pl/dostawcy/przetargi> została opublikowana Specyfika Istotnych Warunków Zamówienia dotycząca przedmiotowego postępowania przetargowego. W ocenie Odwołującego postanowienia SIWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem postępowania, które obejmuje 13 zadań, jest dzierżawa kombajnów ścianowych oraz zespołów pompowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. - dostawy planowane do realizacji od drugiego półrocza 2016 roku.

Postępowanie obejmuje:

Zadanie nr 1 - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Bielszowice.

Zadanie nr 2 - Dzierżawa zespołu pompowego do zasilania instalacji zraszania kombajnu ścianowego oraz chłodzenia jego silników elektrycznych wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Bielszowice.

Zadanie nr 3 - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Halemba - Wirek.

Zadanie nr 4 - Dzierżawa zespołu pompowego do zasilania instalacji zraszania kombajnu ścianowego oraz chłodzenia jego silników elektrycznych wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Halemba - Wirek.

Zadanie nr 5 - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Jankowice.

Zadanie nr 6 - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Jankowice.

Zadanie nr 7 - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Jankowice.

Zadanie nr 8 - Dzierżawa trzech zespołów pompowych do zasilania instalacji zraszania kombajnów ścianowych oraz chłodzenia ich silników elektrycznych wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Jankowice.

Zadanie nr 9 - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Rydułtowy - Anna.

Zadanie nr 10 - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Rydułtowy - Anna.

Zadanie nr 11 - Dzierżawa dwóch zespołów pompowych do zasilania instalacji zraszania kombajnów ścianowych oraz chłodzenia ich silników elektrycznych wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Rydułtowy - Anna.

Zadanie nr 12 - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Ziemowit.

Zadanie nr 13 - Dzierżawa zespołu pompowego do zasilania instalacji zraszania kombajnu ścianowego oraz chłodzenia jego silników elektrycznych wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Ziemowit.

Odwołujący wskazał, że SIWZ w sposób istotny naruszają przepisy ustawy, a mianowicie art. 29 ust. 1 ustawy, art. 29 ust. 2 ustawy, a także art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 k.c., a przedmiot zamówienia został opisany w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego, a także w sposób który uniemożliwia złożenie prawidłowo skalkulowanej oferty. Odwołujący wskazał, że zarzuty odwołania dotyczące postanowień umownych są w istocie zarzutami wobec treści SIWZ. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedała się w kwestii własnej kognicji w zakresie rozpoznawania zarzutów naruszania przez Zamawiających przepisów Kodeksu cywilnego. Z pewnością mieści się w niej ocena naruszenia zasad zawartych w art. 5 czy art. 353<sup>1</sup> K.c., które odwołują się do kategorii zgodności z ustawą czy zasad współżycia społecznego (wyrok KIO z dnia 25 października 2014 roku; sygn. akt: KiO 2397/14). Stanowisko Izby znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku 2 dnia 17 lipca 2011 roku; sygn. akt: XII Ga 314/11 oraz Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 roku; sygn. akt: X Ga 677/08).



I.

Zamówienie obejmuje 13 zadań, przy czym ilość dni dzierżawy określono w pkt IX SIWZ i waha się ona od 250 dni do 1094 dni, w poszczególnych zadaniach. Należy wskazać między innymi na zdania 6,12, w których ilość dni dzierżawy określono odpowiednio na 250 i 270 dni (czyli znacznie poniżej roku). Kombajny są przeznaczone do eksploatacji określonych ścian, których parametry opisano w, załączniku nr 2a do SIWZ (z rozbiem na poszczególne kopalnie). Tymczasem w pkt XV.15 SIWZ, w pkt 5 załącznika nr 2 (formularz ofertowy) oraz w § 3 ust. 5 załącznika nr 5 (Istotne postanowienia które zostaną wprowadzone do umowy, dalej zwany IPU) wskazano, że wartość Umowy zawiera wszelkie koszty poniesione w celu należytego wykonania zamówienia, a cena ofertowa zawiera wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia. W szczególności koszty te mają obejmować koszty przeglądu i napraw przedmiotu dzierżawy w okresie zmian ich lokalizacji (przezbijanie ścian). Natomiast w § 6 pkt III ust. 8 IPU wskazano, że: „Dzierżawca zastrzega sobie możliwość zmiany lokalizacji przedmiotu dzierżawy w ramach Oddziałów Kompanii Węglowej S.A, (zarówno przed zawarciem, jak i po zawarciu umowy). Zmiana lokalizacji jest możliwa pod warunkiem, że kombajn będący przedmiotem oferty może być zastosowany w nowym wyrobisku ścianowym tj. wyrobisko w nowej lokalizacji charakteryzuje się parametrami zbliżonymi do lokalizacji określonej w siwz lub lepszymi. Dzierżawca powiadomi Wydzierżawiającego o zmianie lokalizacji przedmiotu dzierżawy w terminie umożliwiającym dokonanie zmiany lokalizacji jednak nie krótszym niż 1 tydzień przed planowaną zmianą, W przypadku skorzystania przez Dzierżawcę z uprawnienia do zmiany lokalizacji, zapisy umowy odnoszące się do lokalizacji zostaną odpowiednio dostosowane przez wskazanie nowej lokalizacji i urzędzeń współpracujących o ile taka będzie potrzeba.”. Dla zadań 3, 9, i 10 nie określono jednak ilości zmian, których przewiduje Zamawiający, ani ich zakresu. Z jednej strony w załączniku 2a wskazano, że zmiana lokalizacji ma dotyczyć przebrojenia ścian, z drugiej natomiast w § 6 IPU mowa jest już o zmianie lokalizacji w ramach oddziałów.

W związku z krótkim okresem dzierżawy dla niektórych zadań wynoszącym jedynie 250 lub 270 dni i brakiem jednoznacznego określenia przez Zamawiającego ilości i zakresu zmiany lokalizacji Wykonawca nie ma możliwości właściwego oszacowania kosztów jakie należy przyjąć do kalkulacji stawki dzierżawnej, którą mógłby zaoferować w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto przy tak krótkim czasie dzierżawy, mając na uwadze obecnie panujące na rynku stawki dobowe wartość przeprowadzenia ewentualnych remontów może przekroczyć lub w przypadku przeglądów wynieść ponad 50 % wartości jaką otrzyma Wykonawca z tytułu dzierżawy za okres pełnych 250 dni dzierżawy.

Ileokroć Zamawiający zgłosi potrzebę zmiany miejsca dzierżawy, będzie wiązało się to z poniesieniem przez Wykonawcę dodatkowych kosztów. Warto mieć na uwadze, że

Zamawiający nie wskazał wprost ile takich zmian lokalizacji może nastąpić. Wprawdzie w załączniku 2a dla zadania 5 i 7 w pkt 56 wskazano, że przewidziano dwie zmiany lokalizacji, jednak w dalszej części IPU, § 6 pkt II ust. 8, zastrzeżono zmianę lokalizacji w ramach oddziałów Kompanii Węglowej. Powoduje to, że Wykonawca pozostaje w niepewności co do możliwości zmian lokalizacji, przy czym należy wyjaśnić, że przebrojenie ścian nie jest tożsame ze zmianą lokalizacji przez zmianę oddziału, gdyż przebrojenie może odbywać się w ramach tego samego oddziału, natomiast zmiana, o której mowa § 6 pkt II ust. 8, generuje kolejne jeszcze wyższe koszty. Zamawiający nie wskazał jednak czy i kiedy taka zmiana ma nastąpić, ani ile razy.

Z punktu widzenia możliwości rzetelnej kalkulacji ceny oferty w przedmiotowym postępowaniu powyższe postanowienia ustanawiające możliwość dowolnego przenoszenia lokalizacji przez Zamawiającego, bez uiszczania na rzecz wykonawców dodatkowego wynagrodzenia, a wręcz przy obciążeniu wykonawców kosztami takiego przeniesienia, wprowadzają znaczącą niepewność kontraktową. Wskazanie w załączniku 2a dla zadania 5 i 7 w pkt 56, iż Zamawiający przewiduje dwie zmiany lokalizacji (przebrojenie ścian) w nieznacznym tylko stopniu ogranicza ryzyko wykonawcy, bowiem nie wiadomo, czy przeniesienie lokalizacji nie będzie dotyczyć także innego oddziału Zamawiającego, natomiast jednostkowy koszt przenoszenia może być bardzo różny, w zależności od konkretnych uwarunkowań pierwotnej i docelowej lokalizacji. Niepewność ta oznacza w praktyce nieuzasadnione ryzyko po stronie wykonawcy w zakresie konieczności poniesionych kosztów nawet ponad 50 % wartości jaką otrzyma Wykonawca z tytułu dzierżawy (w szczególności przy krótkim okresie dzierżawy przewidzianym dla zadań 6, 12). Ponadto Zamawiający nie zawarł również w SIWZ postanowień dotyczących warunków zmiany lokalizacji, powodując u odwołującego obawę, czy wykonawca nie będzie obciążony jeszcze innymi dodatkowymi kosztami. Niewątpliwie przedmiotowy stan faktyczny uniemożliwia sporządzenie oferty i skalkulowanie stawki czynszu na określonym poziomie bowiem Wykonawca nie ma wiedzy o możliwych obciążeniach i kosztach związanych z wykonaniem umowy. Na marginesie warto wskazać, że Zamawiający mógłby posłużyć się dostępnymi w systemie prawa zamówień publicznych instytucjami lub wprowadzić postanowienia umowy, które odpowiadałyby jego potrzebom, a jednocześnie - w odróżnieniu od zakwestionowanych postanowień - nie pociągałyby za sobą przerzucenia na wykonawców ryzyka kontraktowego wynikającego ze zmian okoliczności leżących po stronie zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że w wyroku z dnia 10 października 2013 r.. KIO 2316/13. KIO 2318/13 izba za zasadny uznała zarzut, naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 p.z.p. w sytuacji, gdy zamawiający „nie określa warunków dokonania zmiany, nie wiadomo, jakich lokalizacji

dotyczyć beda zmiany, iaki czas będzie miał wykonawca na przeprowadzenie zmian". W tym samym wyroku Izba przyznała że „zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy przez opisanie sposobu wprowadzenia zmian przedmiotu zamówienia do przyszłej umowy w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący nie uwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty", a, „postanowienia nie były określone w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z podaniem wszystkich okoliczności mających wpływ na kalkulację oferty." Izba uznała jednocześnie, że stwierdzone naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż może prowadzić do różnej oceny skali przedmiotu zamówienia powierzonego wykonawcom do wykonania, a w konsekwencji do złożenia ofert nieporównywalnych. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 2 września 2010 r. KIO 1756/10 „przewidziane w ogłoszeniu lub specyfikacji przypadki zmiany umowy nie mogą być całkowicie dowolne i pozwalać na radykalną zmianę umowy w stosunku do treści oferty. W szczególności nie powinny być to przypadki pozwalające zamawiającemu na dokonywanie zmian uzależnionych tylko od jego chęci i woli."

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o wykreślenie z załącznika nr 5 do SIWZ § 6 pkt II ust.8 oraz wskazanie w § 6 pkt I ust. 4 załącznika nr 5 liczby zmian lokalizacji dla każdego zadania (względnie odpowiednie uzupełnienie załącznika nr2a do SIWZ dla każdego zadania).

## II.

W związku z określeniem przez Zamawiającego zasad przeprowadzania testu wydajności oraz odbioru technicznego, a także związanym z tym obniżeniem stawki dzierżawnej, zawartymi odpowiednio w załączniku nr 5 do SIWZ § 5 ust. 6 oraz załączniku nr 5 do IPU, Odwołujący podniósł, że w pkt II załącznika nr 8 do Umowy Zamawiający zastrzegł że „Zdolność produkcyjna kombajnu ścianowego zostanie ustalona poprzez próbę wydajności przeprowadzoną w okresie do 3 miesięcy po rozruchu ściany, jednak nie wcześniej niż po uzyskaniu ścianą postępu 200m po chodniku nadścianowym." Tymczasem w pkt III. 3.2. załącznika nr 1 do SIWZ określono, że test wydajności zostanie przeprowadzony po zakończeniu rozruchu ściany. Rozruch ściany wedle pkt III 3.3. załącznika nr 1 do SIWZ zostanie zakończony w wyniku uzyskania przez ścianę średniego wybiegu 30 m i pełnego zawału skał stropowych (średni wybieg ściany - średnia odległość od ociosu węglowego ściany w momencie jej uruchomienia do ociosu węglowego w momencie zakończenia rozruchu mierzona w chodnikach przyścianowych). W okresie od uruchomienia kombajnu do czasu wykonania przedmiotowego testu Wykonawca ma prawo do naliczania jedynie 50% stawki dzierżawnej. Tym samym wartość finansowa umowy może zostać obniżona nawet o 1,5 miesiąca dzierżawy przy założeniu, że test zostanie Wykonany ostatniego dnia 3 miesiąca i zostanie uzyskany postęp 200 metrów po chodniku nadścianowym. Ponadto w

przypadku nie wykonania przedmiotowego testu nie z winy Wykonawcy, a z winy Dzierżawcy naliczanie 100% czynszu dzierżawy rozpoczyna się także dopiero po 3 miesiącach.

Natomiast powyższe stoi w sprzeczności z załącznikiem nr 1 do SIWZ, zgodnie z którymi w pkt III.3.2 i 3.3 wskazano, że przez test wydajnościowy kombajnu Zamawiający rozumie „okres, w którym dostarczony przez Wykonawcę kombajn zostanie poddany próbie sprawności i wydajności. Test zostanie wykonany po zakończeniu rozruchu ściany i będzie trwał 5 dni roboczych po sobie następujących”, natomiast rozruch ściany i jego zakończenie został zdefiniowany w następujący sposób: „za zakończenie rozruchu ściany uważa się między innymi: uzyskanie przez ścianę średniego wybiegu 30 m i pełnego zawału skał stropowych (średni wybieg ściany - średnia odległość od ociosu węglowego ściany w momencie jej uruchomienia do ociosu węglowego w momencie zakończenia rozruchu mierzona w chodnikach przyścianowych). Rozruch ściany powinien zostać zakończony do 30 dni kalendarzowych od uruchomienia kompleksu ścianowego potwierdzonego Protokołem odbioru technicznego podpisanego przez przedstawicieli Stron. Zamawiający zastrzega sobie prawo do wydłużenia tego okresu maksymalnie o 10 dni.”

Łatwo zatem zauważyć, że pomiędzy postanowieniami załącznika nr 1 do SIWZ oraz załącznika nr 8 do Umowy zachodzi rozbieżność. Nawet jeśli przyjąć, że powyższe wątpliwości Zamawiający mógłby rozstrzygnąć w drodze wyjaśnienia treści SIWZ, to w dalszym ciągu postanowienia te pozostają w sprzeczności z przepisami ustawy.

Przy obecnym brzmieniu SIWZ, a w szczególności § 5 ust. 6-8 załącznika nr 5 do SIWZ, Zamawiający nie będzie zainteresowany, aby przeprowadzić test wydajności w możliwie najszybszym terminie, co będzie wiązało się z poniesieniem przez wykonawcę realnych strat finansowych w przypadku zawarcia umowy o obecnej treści. Warto podkreślić, że Wykonawca przystępując do przetargu gwarantuje osiągnięcie zdolności produkcyjnej wymaganej przez Zamawiającego przez dobór odpowiedniego typu maszyny i powinien mieć on realny wpływ na ustalenie terminu, w którym zostanie przeprowadzony test wydajności.

W tym miejscu trzeba zaznaczyć, że mimo niekwestionowanego uprawnienia Zamawiającego do właściwie jednostronnego kreowania postanowień umownych, uprawnienie to nie jest nieograniczone. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 K.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie. Sąd Najwyższy w uchwale podjętej w składzie 7 sędziów z dnia 22 maja 1991 roku podkreślił, iż „Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne,

istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażające ich interesy. Zgoda obydwu stron jest oczywistym wymogiem tak przy zawarciu umowy, jak i przy zmianach jej treści, stąd też nawet przy najdalej idących ułatwieniach w realizacji inicjatywy zmian pozostawiona jest drugiej stronie możliwość odmowy zgody na zmiany. W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków". Powyższe można bez wątplenia odnieść do opisanego powyżej zarzutu. Wykonawca będąc zobowiązanym do prowadzenia serwisu przedmiotu dzierżawy, powinien mieć realny wpływ na dokonanie testu wydajności. Treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z ustawą. Sprzeczność treści lub celu stosunku z ustawą, zgodnie z art. 58 K.c., prowadzi do nieważności umowy, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek. I wreszcie - postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Zasady współżycia społecznego to zasady mające na celu uelastycznienie przepisów prawnych w praktyce ich stosowania przez wprowadzenie oceny moralnej. Źródłem zasad współżycia społecznego są normy moralne, wg niektórych teoretyków prawa także obyczajowe, powszechnie akceptowane. Znaczenie zasad współżycia społecznego podkreśla przepis art. 5 K.c., zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Pozostawienie w gestii Zamawiającego wyłącznej kompetencji do wyznaczenia terminu testu wydajności może prowadzić do poważnego naruszenia wyżej wskazanych zasad, gdyż jak wskazano, do czasu przeprowadzenia testu stawka dzierżawna będzie obniżona o 50%, nie jest bowiem w interesie Zamawiającego wcześniejsze przystąpienie do wykonania testu. Warto także mieć na uwadze, że uruchomienie kombajnu w ścianie i oddanie go do eksploatacji zostaje zawsze potwierdzone stosownym dokumentem podpisanym przez obydwie strony umowy potwierdzającym dostarczenie do Zamawiającego kompletnego i sprawnego przedmiotu zamówienia, tak więc nie ma żadnych przesłanek, aby dokonywać obniżenia czynszu aż o połowę w okresie od daty rozruchu kombajnu do dnia zakończenia testu wydajności. Dopiero w przypadku nie wykonania testu wydajności we wskazanym terminie z winy wykonawcy, mógłby on ponosić odpowiedzialność z tego tytułu. Oczywiście przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy, kalkulując cenę ofertową, jednak jak wskazano powyżej i co zostało podniesione także w dalszej części odwołania, Zamawiający wprowadził do SIWZ postanowienia, które uniemożliwiają poprawne

skalkulowanie ceny. Interesów wykonawcy w wyżej wskazanym zakresie nie zabezpiecza postanowienie w § 5 ust. 13 załącznika nr 5 do SIWZ, w którym wskazano, że terminy odbiorów i zwrotu podlegają wcześniejszemu uzgodnieniu między stronami umowy, gdyż jak Odwołujący wskazał powyżej, przy zastrzeżeniu naliczania połowy stawki dzierżawnej, Zamawiający nie będzie zainteresowany szybkim przystąpieniem do odbioru i wykonania testu.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wnosi o zmianę punktu II. w załączniku nr 8 do umowy (załącznika nr 5 do SIWZ) i nadanie mu treści:

„Zdolność produkcyjna kombajnu ścianowego zostanie ustalona poprzez próbę wydajności przeprowadzoną w okresie do 30 dni po rozruchu ściany.”

Ponadto Odwołujący wnosi o zmianę § 5 ust. 7 załącznika 5 do SIWZ dla zadań nr 1, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 12 i nadanie mu treści: „Odbiór techniczny kombajnu po dokonaniu pomyślnego testu wydajności kombajnu ścianowego, o którym mowa w załączniku nr 3 do umowy powinien być podpisany w dniu następnym po dokonaniu pomyślnego testu wydajności. Za dokonanie pomyślnego testu wydajności uznaje się w tym przypadku osiągnięcie zakładanego i deklarowanego przez Wydierżawiającego poziomu dobowego wydobywania odpowiednio dla kombajnu min .... ton urobku brutto przy 18 godzinach w ciągu doby. Dokonanie odbioru potwierdzone zostanie w formie pisemnego protokołu odbioru technicznego po wykonaniu testu wydajności (załącznik nr 6 do umowy). Wydierżawiający zobowiązany jest zapewnić udział swojego upoważnionego przedstawiciela w czynnościach odbioru. Dzień podpisania tego protokołu wyznacza datę rozpoczęcia naliczania 100% wartości ustalonej dobowej stawki czynszu dzierżawy.”

oraz zmianę § 5 ust. 8 załącznika nr 5 do SIWZ dla zadań nr 1, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 12 i nadanie mu treści: „W przypadku nie wykonania pomyślnego testu wydajności w terminie o którym mowa w załączniku nr 8 do Umowy z przyczyn leżących po stronie Dzierżawcy, dzień następnym po upływie 30 dni, wyznacza datę rozpoczęcia naliczania 100% wartości ustalonej dobowej stawki czynszu dzierżawy.”

III.

W załączniku nr 5 do SIWZ w § 4 dotyczącym warunków dzierżawy Zamawiający przewidział szereg postanowień umożliwiających skrócenie okresu dzierżawy.

W § 4 ust. 9 wskazano: „W przypadku gdy Zamawiający zmuszony będzie do czasowego wstrzymania wydobywania ze względów ekonomicznych na okres dłuższy niż 5 dni roboczych, a suma tych dni w okresie obowiązywania umowy nie będzie wieszka niż 10%+1 dzień umownego okresu dzierżawy Wydierżawiający nie będzie naliczał stawki dzierżawy za ten

okres. Natomiast gdy suma tych dni przekroczy ww. okres od następnego dnia Wydzierżawiający będzie naliczał stawkę w wysokości 50% jej wartości netto."

Zamawiający gwarantuje sobie prawo do zmniejszenia zakresu finansowego umowy o okres w którym będzie naliczana 50% stawka dzierżawna. Tak więc okres obowiązywania dzierżawy oraz zakres finansowy umowy bez żadnych konsekwencji może być ograniczony. Warto wskazać w § 4 ust. 11 zastrzeżono przedłużenie okresu obowiązywania umowy o okres wstrzymania wydobycia, jednak nie dłuższy niż 10%+1 dzień umownego okresu dzierżawy i nie wymaga to zawarcia aneksu do umowy, natomiast nie wzięto pod uwagę przedłużenia okresu dzierżawy o okres faktycznego wstrzymania wydobycia.

Podobnie w § 4 ust 7 IPU, przewidziano naliczanie stawki dzierżawnej nie od momentu wznowienia eksploatacji, a od poinformowania o tym Wydzierżawiającego. Jednocześnie w punkcie tym nie przewidziano możliwości przedłużenia okresu dzierżawy, natomiast wstrzymanie naliczania czynszu może wynosić nawet 180 dni, co przy okresie dzierżawy dla zadań 6,12 stanowi ponad połowę okresu dzierżawy.

Odnosząc się do powyższych postanowień Odwołujący wskazał, że powyższe prowadzi do nieuprawnionego sformułowania SIWZ, które w istotny sposób mogą wprowadzać w błąd wykonawców. Według dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia, a więc również kwestie związane z terminem realizacji zamówienia, opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Czas realizacji zamówienia, na jaki wykonawca musi zabezpieczyć określone środki techniczne, osobowe i finansowe, ma istotne znaczenie dla sporządzenia oferty i dokonania wyceny uwzględniającej wszystkie ryzyka związane z danym zamówieniem.

Zamawiający w przypadku przekroczenia limitu zawieszenia wydobycia tj. 10%+ 1 dzień zastrzega sobie prawo do obniżenia stawki dzierżawnej do 50% za każdy następny dzień nie określając jednocześnie maksymalnego okresu w którym obniżona stawka będzie naliczana, nie gwarantuje także wydłużenia dzierżawy o okres w którym będzie naliczana obniżona stawka dzierżawna. Także ta okoliczność powoduje, że zarówno okres obowiązywania umowy, jak i jej zakres finansowy może ulec zmianie, której wykonawca nie jest w stanie przewidzieć i skalkulować (bo dotyczy przyczyn niezależnych od wykonawcy). Wprawdzie Zamawiający może przewidzieć w SIWZ prawo opcji (co jednak wydaje się być trudne do zrealizowania w przypadku umowy dzierżawy), to jednak nawet przewidując prawo opcji, Zamawiający jest zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 listopada 2014 r., KIO 2394/14 podkreśliła, że „zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala

wykonawcom na rzetelne skalkulowanie oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać." W tym postępowaniu Zamawiający nie tylko nie określił jednoznacznie poziomu zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, ale wręcz przewiduje bliżej nieokreślone skrócenie dzierżawy lub jej zawieszenie, które nie spowoduje wydłużenia okresu obowiązywania umowy.

Odwołujący wnosi o wykreślenie z załącznika nr 5 do SIWZ § 4 ust. 9 i 10.

Ponadto Odwołujący wnosi o zmianę § 4 ust. 7 załącznika nr 5 do SIWZ i nadanie mu treści: „W przypadku przymusowego, nieprzewidzianego wcześniej, dłuższego postoju przedmiotu dzierżawy (np. konieczność otamowania rejonu ze względu na wzrost zagrożenia tąpnięciami, wybuchem metanu, pyłu węglowego, zagrożeniem wodnym, pożarowym, zaburzeniami tektonicznymi itp.) następuje zawieszenie naliczania stawki dzierżawy na okres uzgodniony przez Strony nie dłużej jednak niż 180 dni. Po tym okresie, nawet jeżeli urządzenie nie zostanie uruchomione Wydzierżawiający ma prawo do naliczania stawki dzierżawnej zgodnie z niniejszą umową. Rozpoczęcie zawieszenia następuje z dniem pisemnego poinformowania Wydzierżawiającego o przyczynach postoju, podjętych działaniach i dalszych zamierzeniach. Jeżeli w trakcie tego postoju zostanie wznowiona eksploatacja, to Dzierżawca niezwłocznie poinformuje Wydzierżawiającego o tym fakcie i nastąpi wznowienie naliczania stawki dzierżawy, a umowa zostaje wydłużona o dotychczasowy okres postoju, co nie wymaga zawarcia aneksu do umowy. Jeżeli eksploatacja przedmiotu dzierżawy nie zostanie rozpoczęta w ciągu 180 dni postoju to strony uzgadniają wypłatę odszkodowania za utracony przedmiot dzierżawy zgodnie z § 11 niniejszej umowy."

#### IV.

W załączniku nr 5 do SIWZ § 4 ust. 4 i 5 wskazano, że „4. Naliczanie stawki dzierżawy dla każdej ściany kończy się w dniu rozpoczęcia demontażu przy udziale przedstawiciela Wydzierżawiającego określonego w Wezwaniu Serwisowym (tzn. za dzień, w którym rozpoczęto demontaż Wydzierżawiający nie naliczy stawki za dzierżawę przedmiotu umowy). Dzierżawca powiadomi Wydzierżawiającego telefonicznie oraz pisemnie na 14 dni przed terminem rozpoczęcia demontażu przedmiotu dzierżawy. W przypadku nieobecności Wydzierżawiającego przy rozpoczęciu demontażu, wiążącą będzie data demontażu określona w Wezwaniu Serwisowym. Protokół zdawczo-odbiorczy zostanie podpisany przez Dzierżawcę i będzie wiążący dla Stron. Po okresie dzierżawy Dzierżawca wyda przedmiot dzierżawy wraz z wyposażeniem dodatkowym podlegającym zwrotowi (rezerwa części) w ciągu 30 dni od daty zakończenia demontażu. Za ten okres nie będzie naliczana stawka dzierżawy. Wyposażenie podlegające zwrotowi będzie zwrócone w stanie wynikającym z przechowywania w rejonie eksploatacji przedmiotu dzierżawy."



W odniesieniu do powyższych zapisów w związku z brakiem zapisów dotyczących długości okresu w jakim może być przeprowadzony demontaż kombajnu Odwołujący wskazuje, że zgodnie z argumentami przedstawionymi w pkt 3 powyżej Zamawiający ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 K.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego. Wykonawca przez cały okres dzierżawy kombajnu, a także po jej zakończeniu ponosi stałe koszty w formie np. kosztów amortyzacji, kosztów kredytowania itp. Wykonawca musi wiedzieć kiedy wydzierżawiony przez niego kombajn ścianowy wróci po skończonej dzierżawie w celu jak najszybszego wyremontowania przedmiotowego kombajnu i przeznaczeniu go do następnego potencjalnego klienta. W przypadku zapisów w obecnym brzmieniu Zamawiający tak naprawdę nie określa terminu, w którym zwróci przedmiot dzierżawy do Wykonawcy. Określono wprawdzie czas zwrotu, jednak od zakończenia demontażu, ale i w tym przypadku jego rozpoczęcie jest uzależnione od woli i decyzji Zamawiającego. Bez wątplenia brak określenia terminu zwrotu przedmiotu dzierżawy, czy też uzależnienie tego terminu od ustaleń własnych Zamawiającego, jest sprzeczne z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 K.c.

Podtrzymując dotychczas zaprezentowane stanowisko Odwołujący wnosi o zmianę § 4 ust. 5 załącznika nr 5 do SIWZ i nadanie mu treści: „Po okresie dzierżawy Dzierżawca wyda przedmiot dzierżawy wraz z wyposażeniem dodatkowym podlegającym zwrotowi (rezerwa części) w ciągu 21 dni od dnia rozpoczęcia demontażu. W przypadku braku zwrotu kompletnego przedmiotu dzierżawy we wskazanym terminie Zamawiający zostanie obciążony karą w wysokości dobowej stawki dzierżawy netto za każdy dzień opóźnienia. Wyposażenie podlegające zwrotowi będzie zwrócone w stanie wynikającym z przechowywania w rejonie eksploatacji przedmiotu dzierżawy.”

V.

W załączniku nr 5 do SIWZ § 10 ust. 6 wskazano, że „6. Wydzierżawiający może obciążyć Dzierżawcę karą za nie zwrócenie do 30 dni części, których brakowało przy zwrocie przedmiotu dzierżawy w wysokości 50% wartości części nowych, a w przypadku części podlegających zwrotowi, w stanie niepogorszonej (tzw. wyprawki zwrotnej) 100% wartości części wg cen obowiązujących dla KW S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla KW S.A. cennika części nowych, przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybko zużywające się i nieobjęte gwarancją.”

Powołując się wcześniejsze zarzuty odnoszące się do naruszenia art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 k.c. Odwołujący wskazuje, że także powyższe postanowienie stoi w sprzeczności ze wspomnianymi normami. Wykonawca przekazując Zamawiającemu przedmiot umowy do

dzierżawy przekazuje maszynę nową lub po kapitalnym remoncie podnoszącym wartość maszyny o wartość wykonanego remontu. Każde urządzenie w tym kombajn podlega kosztom m.in. amortyzacji, kredytowania itp. W związku z tym Odwołujący nie może się zgodzić na określenie przez Zamawiającego wysokości kary za elementy których brakowało przy zwrocie przedmiotu dzierżawy w wysokości 50% wartości części nowych. Wartość kary za brakujące elementy powinna wynosić 100% wartości części wg cen obowiązujących dla KW S.A. przy zakupie części nowych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę § 10 ust. 6 załącznika nr 5 do SIWZ i nadanie mu treści: „Wydzierżawiający może obciążyć Dzierżawcę karą za nie zwrócenie do 30 dni części, których brakowało przy zwrocie przedmiotu dzierżawy w wysokości 100% wartości części wg cen obowiązujących dla KW S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla KW S.A. cennika części nowych, przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybkozużywające się i nieobjęte gwarancją.”

## VI.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz w sposób daleko odbiegający od adekwatnych wymagań dla danego rodzaju urządzeń, które mają być przedmiotem dzierżawy. Ponadto wskazywane przez Odwołującego postanowienia SIWZ, uniemożliwiają wykonawcą złożenie prawidłowej oferty oraz rzetelne obliczenie ceny. Odwołujący wskazuje na następujące naruszenia, dotyczące załącznika nr 2a dla poszczególnych zadań:

A. W załączniku nr 2a w opisie parametrów dla poszczególnych zadań Zamawiający wskazuje:

„Dostarczona DTR/Instrukcja musi zawierać Informację dotyczące zastosowanych uchwytów nożowych organów urabiających (między innymi typ, twardość części chwytnej, twardość części zewnętrznej), oraz zalecanych typów noży urabiających wraz z podaniem twardości trzonka noża. Uchwyt nożowy musi być utwardzony przez nawęglanie. Brak stosowania przez użytkownika zalecanych noży nie może być podstawą do nieuznanej gwarancji.”

Postanowienia takie znajdują się w załączniku nr 2a: dla zadania 1 - pkt 45 lit. g, dla zadania 3 - pkt 53 lit. h, dla zadania 5 - pkt 47, dla zadania 6 - pkt 43 lit. f dla zadania 7 - pkt 47, dla zadania 9 - pkt 53 lit. h, dla zadania 10 - pkt 49 lit. h, dla zadania 12 - pkt 47.

Odwołujący wskazał, że postępowanie dotyczy dzierżawy maszyny, która po zakończeniu dzierżawy zostanie zwrócona Wykonawcy. Wyjaśnienia wymaga, że noże kombajnowe skrawające caliznę są dobierane w zależności od charakterystyki pokładu, m.in. ze względu na twardość węgla, ilość i rodzaj przerostów występujących w pokładzie. Niedostateczna dokładność ich wykonania, niska jakość zastosowanych materiałów czy źle dobrane pasowanie lub długość noża mogą skutkować przyspieszonym zużyciem podzespołów maszyny, a w szczególności organów urabiających i przekładni planetarnej ramienia. Mając na uwadze, że Wykonawca ma udzielić gwarancji na wskazane podzespoły, przy jednoczesnym wskazaniu zalecanych typów noży, brak jest podstaw, aby odstępstwa Zamawiającego miały skutkować objęciem gwarancją usterek, spowodowanych niezastosowaniem się przez Zamawiającego do zasadnych i kluczowych zaleceń Wykonawcy.

Warto także wskazać, że zgodnie z § 8 ust. 20 IPU dla zadań nr 1, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 12 „20. Stwierdzenie eksploatacji przedmiotu dzierżawy nie zgodnie z obowiązującą instrukcją i mającej wpływ na jego żywotność, powoduje utratę praw wynikających z tytułu gwarancji w tym zakresie”. Zatem na pierwszy rzut oka widać, że w SIWZ zachodzi sprzeczność co do zakresu odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawcy. Jest to o tyle istotne, że Wykonawca przygotowując ofertę, którą zamierza złożyć w postępowaniu, w kalkulacji uwzględni także koszty serwisu gwarancyjnego. W przypadku gdy Zamawiający zastrzega niczym nie uzasadnione odstępstwo od stosowania instrukcji, Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności z tego tytułu.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 23 września 2014 r., KIO 1875/14, stawiane przez Zamawiającego wymogi dla przedmiotu zamówienia, muszą być adekwatne dla jego potrzeb, do których realizacji ma prowadzić zamówienie. Zamawiający nie może zatem wymagać wskazania w instrukcji określonych zaleceń, po czym umożliwić sobie dobrowolne odstępnie od nich, co może prowadzić do powstania znacznej szkody po stronie Wykonawcy. Ponadto Zamawiający musi tak opisać przedmiot zamówienia, aby Wykonawca miał możliwość prawidłowego skalkulowania ceny ofertowej. W orzecznictwie KIO wielokrotnie podkreślano, że prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem Zamawiającego i powinno nastąpić z uwzględnieniem zobiektywizowanych interesów Zamawiającego.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o zmianę załącznika nr 2a do SIWZ i wykreślenie z załącznika 2a dla zadania 1 - pkt 45 lit. g; dla zadania 3 - pkt 53 lit. h; dla zadania 5 - pkt 47; dla zadania 6 - pkt 43 lit. f; dla zadania 7 - pkt 47; dla zadania 9 - pkt 53 lit. h; dla zadania 10 - pkt 49 lit. h; dla zadania 12 - pkt 47 ostatniego zdania i nadanie tym punktom treści: „Dostarczona DTR/Instrukcja musi zawierać informację dotyczące zastosowanych uchwytów nożowych organów urabiających (między innymi typ, twardość części chwytnej, twardość

części zewnętrznej), oraz zalecanych typów noży urabiających wraz z podaniem twardości trzonka noża. Uchwyt nożowy musi być utwardzony przez nawęglanie."

B. W załączniku nr 2a w opisie spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów techniczno użytkowych dla zadania 3 Zamawiający wskazuje:

- w pkt 4 wskazano: „Dopuszcza się urabianiem kombajnu ściany, w której polu przekroju występuje do 50% skały płonnej z zastrzeżeniem możliwości występowania zaburzenia do 100% wysokości ściany. Uwaga pod pojęciem lokalnego zaburzenia należy rozumieć 100% zaniku węgla na całej wysokości ściany na skutek przejeżdżania przez uskok lub inne zaburzenie geologiczne."

Zamawiający w przetargu dotyczącym kombajnu ścianowego służącego do urabiania węgla wymaga dostarczenia kombajnu, który w praktyce będzie urabiał w pokładzie, w którym znajduje się 100% przerostów kamienia. Wymagany przez Zamawiającego parament nie jest możliwy do osiągnięcia przez żaden kombajn, ponieważ tego typu maszyny są przeznaczone do urabiania węgla. Urabianie przerostów kamienia w skali 100 % nie jest przeznaczeniem żadnego z projektowanych i produkowanych kombajnów ścianowych. W instrukcjach maszyn dopuszcza urabianie przerostów kamienia, jednak jego udział w pokładzie jest ściśle określony. Udział ten jest ustalony na poziomie, który nie powoduje uszkodzenia maszyny. Powyższe wskazuje, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do jego potrzeb oraz w sposób uniemożliwiający złożenie prawidłowej oferty, ponieważ opisany przez Zamawiającego kombajn nie istnieje. Odwołujący wniósł o zmianę przedmiotowego postanowienia i nadanie mu brzmienia: Dopuszcza się urabianie kombajnem ściany, w której w polu przekroju jej furty eksploatacyjnej występuje do 40 % skały płonnej. W przypadku przekroczenia dopuszczalnej wartości za wszelkie uszkodzenia i ponadnormatywne zużycie podzespołów kombajnu odpowiada Zamawiający.

- w pkt 53 lit k) wskazano, że wykonawca jest zobowiązany do: „dostarczenia instrukcji określającej sposób deaktywacji uszkodzonych czujników oraz warunki na jakich kombajn może być dalej eksploatowany do czasu usunięcia usterki lub wymiany uszkodzonego elementu."

Odwołujący podniósł, że kombajny wyposażone są czujniki, które decydują o bezpieczeństwie obsługi (np. czujniki przepływu, czujnik ciśnienia zamontowane w instalacji wodnej kombajnu w celu kontrolowania czy do zraszania jest doprowadzana ilość wody gwarantująca gaszenie iskier powstających na skutek urabiania) oraz prawidłowej pracy

maszyny (np. czujniki poziomu oleju - chroniące maszynę przed pracą ze zbyt niskim poziomem oleju). Czujniki te nie mogą być deaktywowane. Praca z deaktywowanymi czujnikami mogłaby spowodować trwałe uszkodzenie maszyny oraz narazić obsługę maszyny na niebezpieczeństwo utraty zdrowia lub nawet życia. Zawarcie powyższego wymogu stoi w sprzeczności z pozostałymi wymaganiami SIWZ, w tym zawartymi w IPU, a ponadto może narażać wykonawców na ujemne konsekwencje prawne.

Odwołujący wniósł o wykreślenie z załącznika nr 2a dla zadania 3 punktu 53 lit. h.

- w pkt 54 wskazano „Zwrotowi podlega kombajn w stanie technicznym uwzględniającym zużycie podzespołów wynikające z eksploatacji w okresie obowiązywania umowy, odpowiednio oczyszczony, bez olejów i smarów, podzielony na transportowe podzespoły (jednostki) jak przy dostawie, przy czym nie podlega zwrotowi wyprawka bezzwrotna, elementy złączne, śruby, osłony, pokrywy oraz szybkozużywające się i nieobjęte gwarancją (zgodnie z wykazem przekazanym Zamawiającemu wraz z dostawą kombajnu)”

Zamawiający proponuje w tym postanowieniu zwrot niekompletnej maszyny tj. w szczególności kombajn bez osłon i pokryw. Powyższe części są integralną częścią maszyny, która ulegają zużyciu, lecz mogą być remontowane i ponownie wykorzystane do produkcji maszyny lub innych celów. Ponadto należy podkreślić że urządzenie tj. kompletny kombajn ścianowy jest oddany Zamawiającemu do dzierżawy, nie jest jego własnością tak więc powinien zostać zwrócony kompletny w stanie wynikającym z jego normalnej eksploatacji zgodnej z DTR producenta.

Odwołujący wniósł zmianę pkt 54 w załączniku nr 2a dla zadania 3 i nadanie mu treści: „Zwrotowi podlega kombajn w stanie technicznym uwzględniającym zużycie podzespołów wynikające z eksploatacji w okresie obowiązywania umowy, odpowiednio oczyszczony, bez olejów i smarów, podzielony na transportowe podzespoły (jednostki) jak przy dostawie, przy czym nie podlega zwrotowi: wyprawka bezzwrotna, elementy złączne, śruby, szybkozużywające się i nieobjęte gwarancją (zgodnie z wykazem przekazanym Zamawiającemu wraz z dostawą kombajnu)”

C. W załączniku nr 2a w opisie spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów techniczno użytkowych dla poszczególnych dla zadania 9 Zamawiający wskazuje:

- w pkt 3: „Dopuszcza się urabianiem organami będącymi na standardowym wyposażeniu kombajnu, pokładów węgla z przerostami skały płonnej lub skały w stopie/spągu o wytrzymałości na ściskanie do 80MPa wg GIG.

- w pkt 4: „Dopuszcza się urabianie kombajnem ściany, w której polu przekroju jej furty eksploatacyjnej występuje do 35% skały płonnej z zastrzeżeniem możliwości występowania zaburzenia lokalnego do 100% wysokości ściany na jej całej długości.”

analogiczne postanowienia znajdują się w pkt 3 i 4 załącznika 2a dla zadania 10 i dla zadania 12.

Kompilacja powyższych postanowień oznacza, że Zamawiający wymaga kombajnu ścianowego (do urabiania węgla), który w praktyce będzie urabiał sam kamień (100% wysokości ściany i na całej jej długości). Aktualne są uwagi Odwołującego opisane w pkt B powyżej. Wymagany przez Zamawiającego parament nie jest możliwy do osiągnięcia przez żaden kombajn, ponieważ tego typu maszyny są przeznaczone do urabiania węgla, a nie kamienia. Urabianie przerostów kamienia w skali 100 % nie jest przeznaczeniem żadnego z projektowanych i produkowanych kombajnów ścianowych. W instrukcjach maszyn dopuszcza urabianie przerostów kamienia, jednak jego udział w pokładzie jest ściśle określony. Udział ten jest ustalony na poziomie, który nie powoduje uszkodzenia maszyny. Powyższe wskazuje, że ponownie Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do jego potrzeb oraz w sposób uniemożliwiający złożenie prawidłowej oferty, ponieważ opisany przez Zamawiającego kombajn ścianowy nie istnieje. Tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia stawia także pod znakiem zapytania dokonane przez Zamawiającego rozeznanie ściany, a przede wszystkim cel postępowania. Zgodnie z treścią SIWZ, przedmiotem dzierżawy mają być kombajny ścianowe, jak wskazano nieprzystosowane do urabiania kamienia, więc jeśli celem Zamawiającego jest pozyskanie innego surowca niż węgiel powinno to jasno wynikać ze specyfikacji.

Odwołujący wniósł o zmianę przedmiotowego postanowienia i nadanie mu brzmienia: Dopuszcza się urabianie kombajnem ściany, w której w polu przekroju jej furty eksploatacyjnej występuje do 40 % skały płonnej. W przypadku przekroczenia dopuszczalnej wartości za wszelkie uszkodzenia i ponadnormatywne zużycie podzespołów kombajnu odpowiada Zamawiający.

D. W załączniku nr 2a w opisie spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów techniczno użytkowych dla poszczególnych dla zadania 12 Zamawiający wskazuje

- w pkt 52: „Wraz z przedmiotem zamówienia Wykonawca dostarczy technologię naprawy organów urabiających zastosowanych w kombajnie metodą spawalniczą WPS.”

Nieuzasadnione jest oczekiwanie przez Zamawiającego dokumentacji technologicznej umożliwiającej naprawę podzespołów kombajnu, z uwagi na udzielaną przez Wykonawcę gwarancję oraz zobowiązanie do świadczenia usług serwisowych. W przypadku dostarczenia

takiej dokumentacji Wykonawca pozbawiony będzie możliwości weryfikacji wykonywanych przez Zamawiającego prac przy jednoczesnym przyjęciu na siebie odpowiedzialności gwarancyjnej. Ponadto należy podkreślić fakt że kombajn ściany jest oddany Zamawiającemu w dzierżawę, nie jest on właścicielem urządzenia i bez zgody Wyzierżawiającego nie może wykonywać jego remontów oraz napraw. Powyższe po raz kolejny może prowadzić do niemożności określenia pełnej odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawcy, a co za tym idzie nie jest możliwe obliczenie prawidłowej ceny ofertowej i skalkulowanie wszelkich czynników cenotwórczych, gdyż opis przedmiotu zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny, nieadekwatny i z naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o wykreślenie z załącznika nr 2a dla zadania 12 pkt 52.

Podsumowując Odwołujący wnosi o:

- 1) wykreślenie z załącznika nr 5 do SIWZ § 6 pkt II ust.8 oraz wskazanie w § 6 pkt 1 ust. 4 załącznika nr 5 liczby zmian lokalizacji dla każdego zadania (względnie odpowiednie uzupełnienie załącznika nr 2a do SIWZ dla każdego zadania),
- 2) zmianę punktu li. w załączniku nr 8 do umowy (załącznika nr 5 do SIWZ) i nadanie mu treści: „Zdolność produkcyjna kombajnu ściany zostanie ustalona poprzez próbę wydajności przeprowadzoną w okresie do 30 dni po rozruchu ściany.”,
- 3) zmianę § 5 ust. 7 załącznika 5 do SIWZ dla zadań nr 1, 3, 5, 6, 7, 9,10,12 i nadanie mu treści: „Odbiór techniczny kombajnu po dokonaniu pomyślnego testu wydajności kombajnu ściany, o którym mowa w załączniku nr 3 do umowy powinien być podpisany w dniu następnym po dokonaniu pomyślnego testu wydajności. Za dokonanie pomyślnego testu wydajności uznaje się w tym przypadku osiągnięcie zakładanego i deklarowanego przez Wyzierżawiającego poziomu dobowego wydobywania odpowiednio dla kombajnu min....ton urobku brutto przy 18 godzinach w ciągu doby. Dokonanie odbioru potwierdzone zostanie w formie pisemnego protokołu odbioru technicznego po wykonaniu testu wydajności (załącznik nr 6 do umowy). Wyzierżawiający zobowiązany jest zapewnić udział swojego upoważnionego przedstawiciela w czynnościach odbioru. Dzień podpisania tego protokołu wyznacza datę rozpoczęcia naliczania 100% wartości ustalonej dobowej stawki czynszu dzierżaw”,
- 4) zmianę § 5 ust. 8 załącznika nr 5 do SIWZ dla zadań nr 1, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 12 i nadanie mu treści: „W przypadku nie wykonania pomyślnego testu wydajności w terminie o którym mowa w załączniku nr 8 do Umowy z przyczyn leżących po stronie Dzierżawcy, dzień następnego po upływie 30 dni, wyznacza datę rozpoczęcia naliczania 100% wartości ustalonej dobowej stawki czynszu dzierżaw”,
- 5) wykreślenie z załącznika nr 5 do SIWZ § 4 ust. 9 i 10,

- 6) zmianę § 4 ust. 7 załącznika nr 5 do SIWZ i nadanie mu treści: „W przypadku przymusowego, nieprzewidzianego wcześniej, dłuższego postoju przedmiotu dzierżawy (np. konieczność otamowania rejonu ze względu na wzrost zagrożenia tąpnięciami, wybuchem metanu, pyłu węglowego, zagrożeniem wodnym, pożarowym, zaburzeniami tektonicznymi itp.) następuje zawieszenie naliczania stawki dzierżawy na okres uzgodniony przez Strony nie dłużej jednak niż 180 dni. Po tym okresie, nawet jeżeli urządzenie nie zostanie uruchomione Wydierżawiający ma prawo do naliczania stawki dzierżawnej zgodnie z niniejszą umową. Rozpoczęcie zawieszenia następuje z dniem pisemnego poinformowania Wydierżawiającego o przyczynach postoju, podjętych działaniach i dalszych zamierzeniach. Jeżeli w trakcie tego postoju zostanie wznowiona eksploatacja, to Dzierżawca niezwłocznie poinformuje Wydierżawiającego o tym fakcie i nastąpi wznowienie naliczania stawki dzierżawy, a umowa zostaje wydłużona o dotychczasowy okres postoju, co nie wymaga zawarcia aneksu do umowy. Jeżeli eksploatacja przedmiotu dzierżawy nie zostanie rozpoczęta w ciągu 180 dni postoju to strony uzgadniają wypłatę odszkodowania za utracony przedmiot dzierżawy zgodnie z § 11 niniejszej umowy.”,
- 7) zmianę § 4 ust. 5 załącznika nr 5 do SIWZ i nadanie mu treści: „Po okresie dzierżawy Dzierżawca wyda przedmiot dzierżawy wraz z wyposażeniem dodatkowym podlegającym zwrotowi (rezerwa części) w ciągu 21 dni od dnia rozpoczęcia demontażu. W przypadku braku zwrotu kompletnego przedmiotu dzierżawy we wskazanym terminie Zamawiający zostanie obciążony karą w wysokości dobowej stawki dzierżawy netto za każdy dzień opóźnienia. Wyposażenie podlegające zwrotowi będzie zwrócone w stanie wynikającym z przechowywania w rejonie eksploatacji przedmiotu dzierżawy.”,
- 8) zmianę § 10 ust. 6 załącznika nr 5 do SIWZ i nadanie mu treści: „Wydierżawiający może obciążyć Dzierżawcę karą za nie zwrócenie do 30 dni części, których brakowało przy zwrocie przedmiotu dzierżawy w wysokości 100% wartości części wg cen obowiązujących dla KW S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla KW S.A. cennika części nowych, przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybkozużywające się i nieobjęte gwarancją.”,
- 9) zmianę załącznika nr 2a do SIWZ i wykreślenie z załącznika 2a dla zadania 1 - pkt 45 lit. g; dla zadania 3 - pkt 53 lit. h; dla zadania 5 - pkt 47; dla zadania 6 - pkt 43 lit. f; dla zadania 7 - pkt 47; dla zadania 9 - pkt 53 lit. h; dla zadania 10 - pkt 49 lit. h; dla zadania 12 - pkt 47 ostatniego zdania i nadanie tym punktom treści: „Dostarczona DTR/Instrukcja musi zawierać informację dotyczące zastosowanych uchwytów nożowych organów urabiających (między innymi typ, twardość części chwytnej,



twardość części zewnętrznej), oraz zalecanych typów noży urabiających wraz z podaniem twardości trzonka noża. Uchwyt nożowy musi być utwardzony przez nawęglanie.",

- 10) wykreślenie z załącznika nr 2a dla zadania 3 punktu 53 lit. h,
- 11) zmianę pkt 54 w załączniku nr 2a dla zadania 3 i nadanie mu treści: „Zwrotowi podlega kombajn w stanie technicznym uwzględniającym zużycie podzespołów wynikające z eksploatacji w okresie obowiązywania umowy, odpowiednio oczyszczony, bez olejów i smarów, podzielony na transportowe podzespoły (jednostki) jak przy dostawie, przy czym nie podlega zwrotowi: wyprawka bezzwrotna, elementy złączne, śruby, szybkozużywające się i nieobjęte gwarancją (zgodnie z wykazem przekazany Zamawiającemu wraz z dostawą kombajnu)",
- 12) wykreślenie z załącznika nr 2a dla zadania 12 pkt 52,
- 13) zmianę załączniku nr 2a dla zadań 3 ,9, 10 i 12 przedmiotowego zapisu i nadanie mu brzmienia Dopuszcza się urabianie kombajnem ściany, w której w polu przekroju jej furty eksploatacyjnej występuje do 40 % skały płonnej. W przypadku przekroczenia dopuszczalnej wartości za wszelkie uszkodzenia i ponadnormatywne zużycie podzespołów kombajnu odpowiada Zamawiający,
- 14) Dokonanie w SIWZ wszelkich zmian zgodnych z żądaniami przedstawionymi powyżej, w celu ujednoczenia zapisów specyfikacji.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 marca 2016 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku*

*naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcę Famur S.A. z siedzibą w Katowicach

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy Joy Global (Poland) Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach – zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej faksem oraz emailem w dniu 4 kwietnia 2016 roku. Zgodnie z art. 185 ust 2 ustawy zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku (Dz. U. 2014 poz. 964 j.t.) *w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* czytamy w § 5, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wnoszone drogą elektroniczną opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (podpis kwalifikowany) przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu. Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego nie wnieśli zgłoszenia przystąpienia w wymaganej przepisami formie, tym samym nie stali się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie na rozprawie.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający, już po wniesieniu odwołania, pismami z dnia 6 kwietnia 2016 roku oraz z dnia 7 kwietnia 2016 roku dokonał modyfikacji postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że w zakresie podniesionej w punkcie I uzasadnienia odwołania argumentacji, w związku z dokonaną przez Zamawiającego zmianą do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) wycofał żądanie wskazania liczby zmian lokalizacji dla każdego zadania, natomiast podtrzymał wniosek o wykreślenie z załącznika nr 5 do SIWZ § 6 pkt II ust. 8.

W zakresie punkcie VI uzasadnienia odwołania Odwołujący oświadczył, że w związku z opublikowaną zmianą SIWZ przez Zamawiającego wycofuje zarzut wraz z uzasadnieniem wskazanym w: literze A punktu VI uzasadnienia odwołania; literze B punkt VI uzasadnienia odwołania w zakresie punktu 54 dla zadania nr 3 podanego w załączniku 2a do SIWZ oraz literze D punkt VI uzasadnienia odwołania.

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba podaje:

- art. 29 ust. 1 ustawy – *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagani i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty,*
- art. 29 ust. 2 ustawy - *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,*
- art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,*
- art. 14 ustawy - *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. nr 16 poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej,*
- art. 5 Kodeksu cywilnego – *Nie można czynić ze swojego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.*
- art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego – *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.*

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu na regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12 *...dla stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy p.z.p. wystarcza wprowadzić zaistnienie możliwości utrudnienia konkurencji. Jednakże wykazanie możliwości naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń wykonawcy, przesuając w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność za wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontradyktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego, jak i rozkładowi ciężaru dowodu (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p.), a i brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy p.z.p. nie uprawnia do takiego wniosku. Z drugiej jednak strony zamawiający winien jednak przekonać Izbę, że dany parametr znajduje uzasadnienie w jego potrzebach. Tylko bowiem zamawiający wie, jaki konkretnie efekt zamierza osiągnąć w drodze zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby*

*Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).*

Izba wskazuje, że określone w ustawie zasady, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców to „szkielet” każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 27 maja 2009 roku sygn. akt: II Ca 158/09 wskazał - *Z przepisu art. 7 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem należy uznać, że fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stosowanie tych zasad prowadzi do realizacji celu określonego w pzp jakim jest wybranie najkorzystniejszej oferty spełniającej potrzeby zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 pzp z kolei wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednakże zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nie odpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia (tak Małgorzata Stachowiak w M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2007, wyd. II.).(...).*

Zamawiający zobowiązany jest w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zgodnie z ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie

oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy. Warto w tym miejscu również wskazać na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku, który w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 roku sygn. akt XII Ga 431/09 uzasadniał: *Podkreślić trzeba, że zakaz przewidziany przepisem art. 29 ust. 2 ustawy ... nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Ponadto nie jest podstawą do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób sprzeczny z zasadami ustawowymi to, że wypełnienie wymagań technicznych jest trudne do spełnienia dla danego wykonawcy (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 07.02.2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-175/05). (...) Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 09.X.2008r., sygn. akt KIO//UZP 1024/08, zgodnie z którym " (...) Bezspornie Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów. Rozwój technologii, a w ślad za tym postęp w produkcji sztucznej nawierzchni kolejnych generacji daje Zamawiającemu prawo wymagania od wykonawców dostarczenia produktu o pożądanym przez niego parametrach w nowoczesnej technologii, czyli w okolicznościach sprawy, nawierzchni ze sztucznej trawy bez wypełnienia. W tym też zakresie Zamawiający kieruje się potrzebą realizowanej inwestycji, celowością i ekonomią wydatkowania środków publicznych i wykorzystywaniem w przyszłości obiektu sportowego. Nie można postawić zarzutu Zamawiającemu utrudniania uczciwej konkurencji przez dążenie do uzyskania boiska o parametrach najlepszych wg posiadanej przez niego wiedzy". (...) Powtórzyć trzeba, że 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. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27.07.2007 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-879/07).*

Natomiast w wyroku Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 4 lutego 2015 roku sygn. akt GSK 2203/13 zostało wyartykułowane, że *Celem postępowania jest nabycie przez*

*zamawiającego rzeczy (praw, usług), które odpowiadają jego potrzebom. Zasadnie podnosi skarżący, iż stosowanie zasady uczciwej konkurencji nie może prowadzić do nabycia dostaw czy usług, które nie odpowiadają potrzebom zamawiającego. Przez sformułowanie potrzeb zamawiającego w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy należy, w ocenie Sądu, rozumieć nie tylko określenie rodzaju urządzeń, które zamawiający zamierza nabyć oraz zasad serwisu gwarancyjnego tych urządzeń. Zamawiający ma prawo, a jako jednostka sektora finansów publicznych i obowiązek, planowania racjonalnej pod względem finansowym i użytkowym eksploatacji urządzeń również po okresie gwarancyjnym, w związku z czym określenie przedmiotu zamówienia powinno uwzględniać również ten element.*

Również Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie konsekwentnie wskazuje, że granicą rygoryzmu przy formułowaniu wymagań w zakresie parametrów technicznych zamówienia są **potrzeby** Zamawiającego, obiektywie skonkretyzowane w przygotowanym przez Zamawiającego opisie przedmiotu zamówienia, jednakże co należy podkreślać, opis przedmiotu zamówienia musi być precyzyjny i jednoznaczny, dający się zidentyfikować i określić, a obowiązki te Zamawiający wykonać winien rzetelnie. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06 *opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Natomiast za wyrokiem Sadu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 roku sygn. akt CSK 626/13 czytamy, że w przepisach Pzp ustanowiono wymóg rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia w SIWZ. Zgodnie z literalną wykładnią art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot "mógłby utrudniać uczciwą konkurencję" stanowi o tym, że dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio, co jest ugruntowane w orzecznictwie i doktrynie. W odniesieniu do dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy, należy zaznaczyć, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione oraz również jednoznacznie podane. Pamiętać bowiem należy, że to opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom, którzy zamierzają złożyć w postępowaniu oferty, na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Tym samym wykonawcy muszą mieć wiedzę na temat czynników wpływających na kalkulację ceny oferty i nie mogą ich się domyślać czy też wyinterpretowywać, ewentualnie czynić jakieś hipotetyczne założenia. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz*

uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być *konkretne, jednoznaczne i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo.*

Izba poddała analizie stanowiska prezentowane przez Strony i uczestnika postępowania odwoławczego w zakresie podniesionych przez Odwołującego zarzutów odwołania i uznała:

I.

W zakresie podniesionej w punkcie I uzasadnienia odwołania argumentacji oraz podtrzymanego wniosku o wykreślenie z załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy § 6 pkt II ust. 8.*

Izba ustaliła, że w § 6 pkt II ust. 8 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* wskazał Zamawiający:

„Dzierżawca zastrzega sobie możliwość zmiany lokalizacji przedmiotu dzierżawy w ramach Oddziałów Kompani Węglowej S.A. (zarówno przed zawarciem jak i po zawarciu umowy).

Zmiana lokalizacji jest możliwa pod warunkiem, że kombajn będący przedmiotem oferty może być zastosowany w nowym wyrobisku ścianowym tj. wyrobisko w nowej lokalizacji charakteryzuje się parametrami zbliżonymi do lokalizacji określonej w siwz lub lepszymi. Dzierżawca powiadomi Wydierżawiającego o zmianie lokalizacji przedmiotu dzierżawy w terminie umożliwiającym dokonanie zmiany lokalizacji jednak nie krótszym niż 1 tydzień przed planowaną zmianą. W przypadku skorzystania przez Dzierżawcę z uprawnienia do zmiany lokalizacji, zapisy umowy odnoszące się do lokalizacji zostaną odpowiednio dostosowane przez wskazanie nowej lokalizacji i urządzeń współpracujących o ile taka będzie potrzebna.”

Izba zarzut uwzględniła i nakazała wykreślenie z postanowień w § 6 pkt II ust. 8 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy.* W ocenie Izby Odwołujący podnosząc naruszenie przepisów ustawy wykazał, że postanowienie to jest nazbyt ogólne i nie pozwalające w zasadzie wykonawcy przygotowującemu ofertę w postępowaniu do właściwej kalkulacji oferty. Odwołujący wyjaśnił, że zmiana lokalizacji, które w zasadzie przy tak skonstruowanych postanowienia nie wiadomo czy w ogóle będą następować a jeżeli będą to nie sposób określić do jakich miejsc, obciąża wykonawcę składającego ofertę kosztami takich „przenosin”. Tym samym niemożliwa jest właściwie kalkulacja oferty, bowiem założenie dotyczące zmiany lokalizacji danego sprzętu



do dowolnej lokalizacji, w zasadzie w dowolnym czasie świadczy o tym, że przedmiot zamówienia opisany został niejednoznacznie oraz niewyczerpująco. Jednocześnie Zamawiający wymaga skalkulowania kosztów zmiany lokalizacji kombajnu na co w sposób jednoznaczny wskazuje w § 3 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy*, zgodnie z którym, w cenie dobowej stawki dzierżawy wykonawca musi skalkulować wszystkie określone koszty w tym również transport, odbiór techniczny na dole w kopalni jak również przeglądy i naprawy w okresie zmian lokalizacji. Zaznaczyć należy, że zmiana lokalizacji w ramach oddziałów generuje dodatkowe i inne koszty niż tylko zmiana polegająca na przebrojeniu ścian, które mogą odbywać się w ramach tego samego oddziału. Brak wskazania przez Zamawiającego ewentualnych miejsc zmiany lokalizacji przez wskazanie tych miejsc, do których może nastąpić przeniesienie wskazuje na brak jednego z elementów opisu przedmiotu zamówienia, bowiem nie wiadomo na dzień składnia ofert w jakich miejscach na terenie oddziałów Zamawiającego w zasadzie realizowane będzie zamówienie, a to ma niewątpliwie wpływ na kalkulację ceny oferty jak również samą realizację zamówienia, co zostało wskazane również w przedstawionym powyżej stanowisku Izby. Izba zaznacza również, że w tym zakresie w zasadzie brak jest opisu przedmiotu zamówienia, do sporządzenia którego Zamawiający jest zobowiązany. Dlatego też Izba zarzut uwzględniła i nakazała Zamawiającemu wykreślenie § 6 pkt II ust. 8 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy*.

II.

W zakresie podniesionej w punkcie II uzasadnienia odwołania argumentacji dotyczącej przeprowadzania testów wydajności oraz odbioru technicznego.

W zakresie tego zarzutu odwołujący wniósł o:

- zmianę punktu II w załączniku nr 8 do umowy (załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy*) i nadanie mu treści: „Zdolność produkcyjna kombajnu ścianowego zostanie ustalona poprzez próbę wydajności przeprowadzoną w okresie do 30 dni po rozruchu ściany.”
- zmianę § 5 ust. 7 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* dla zadań nr 1, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 12 i nadanie mu treści: „Odbiór techniczny kombajnu po dokonaniu pomyślnego testu wydajności kombajnu ścianowego, o którym mowa w załączniku nr 3 do umowy powinien być podpisany w dniu następnym po dokonaniu pomyślnego testu wydajności. Za dokonanie pomyślnego testu wydajności uznaje się w tym przypadku osiągnięcie zakładanego i deklarowanego przez Wydierżawiającego poziomu dobowego wydobycia odpowiednio dla kombajnu min .... ton urobku brutto przy 18

godzinach w ciągu doby. Dokonanie odbioru potwierdzone zostanie w formie pisemnego protokołu odbioru technicznego po wykonaniu testu wydajności (załącznik nr 6 do umowy). Wdzierżawiający zobowiązany jest zapewnić udział swojego upoważnionego przedstawiciela w czynnościach odbioru. Dzień podpisania tego protokołu wyznacza datę rozpoczęcia naliczania 100% wartości ustalonej dobowej stawki czynszu dzierżawy."

- zmianę § 5 ust. 8 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* dla zadań nr 1, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 12 i nadanie mu treści: „W przypadku nie wykonania pomyślnego testu wydajności w terminie o którym mowa w załączniku nr 8 do Umowy z przyczyn leżących po stronie Dzierżawcy, dzień następnny po upływie 30 dni, wyznacza datę rozpoczęcia naliczania 100% wartości ustalonej dobowej stawki czynszu dzierżawy."

Zamawiający w dokumentacji postępowania zawarł następujące wymagania:

- w punkcie II w załączniku nr 8 do umowy (załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy*) „Zdolność produkcyjna kombajnu ścianowego zostanie ustalona poprzez próbę wydajności przeprowadzoną w okresie do 3 miesięcy po rozruchu ściany, jednak nie wcześniej niż po uzyskaniu ścianą postępu 200 m po chodniku nadścianowym.”

- w § 5 ust. 7 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* dla zadań nr 1, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 12 „Odbiór techniczny kombajnu ścianowego, o którym mowa w załączniku nr 3 do umowy powinien być podpisany w terminie do 3 miesięcy od odbioru technicznego przedmiotu dzierżawy. Za dokonanie pomyślnego testu wydajności uznaje się w tym przypadku osiągnięcie zakładanego i deklarowanego przez Wdzierżawiającego poziomu dobowego wydobywania odpowiednio dla kombajnu min .... ton urobku brutto przy 12 godzinach w ciągu doby. Dokonanie odbioru potwierdzone zostanie w formie pisemnego protokołu odbioru technicznego po wykonaniu testu wydajności (załącznik nr 6 do umowy). Wdzierżawiający zobowiązany jest zapewnić udział swojego upoważnionego przedstawiciela w czynnościach odbioru. Dzień podpisania tego protokołu wyznacza datę rozpoczęcia naliczania 100% wartości ustalonej dobowej stawki czynszu dzierżawy."

- § 5 ust. 8 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* dla zadań nr 1, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 12: „W przypadku nie wykonania pomyślnego testu wydajności w terminie o którym mowa w załączniku nr 8 do Umowy z przyczyn leżących po stronie Dzierżawcy, dzień następnny po upływie 3 miesięcy, wyznacza datę rozpoczęcia naliczania 100% wartości ustalonej dobowej stawki czynszu dzierżawy."

Zamawiający pismem z dnia 7 kwietnia 2016 roku - pkt 2 i 3 tego pisma - dokonał zmian:

- w punkcie II załącznika nr 8 do umowy (załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy*), „Zdolność produkcyjna kombajnu ścianowego zostanie ustalona poprzez próbę wydajności przeprowadzoną w okresie do 50 dni od zakończenia rozruchu ściany, jednak nie wcześniej niż po uzyskaniu ścianą postępu co najmniej 30m dwoma chodnikami przyścianowymi.”

oraz

- w § 5 ust. 7 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy*, „

„Odbiór techniczny kombajnu po dokonaniu pomyślnego testu wydajności kombajnu ścianowego, o którym mowa w załączniku nr 3 do umowy powinien być podpisany niezwłocznie tj. w terminie do 5 dni roboczych od odbioru technicznego przedmiotu dzierżawy. Za dokonanie pomyślnego testu wydajności uznaje się w tym przypadku osiągnięcie zakładanego i deklarowanego przez Wydierżawiającego poziomu dobowego wydobycia odpowiednio dla kombajnu min .... ton urobku brutto przy 12 godzinach w ciągu doby. Dokonanie odbioru potwierdzone zostanie w formie pisemnego protokołu odbioru technicznego po wykonaniu testu wydajności (załącznik nr 6 do umowy). Wydierżawiający zobowiązany jest zapewnić udział swojego upoważnionego przedstawiciela w czynnościach odbioru. Dzień podpisania tego protokołu wyznacza datę rozpoczęcia naliczania 100% wartości ustalonej dobowej stawki czynszu dzierżawy.”

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że zmiany te nie są identyczne z wnioskowanymi przez Odwołującego, jednakże zmieniają stan faktyczny sprawy; zaznaczył również, że została wyjaśniona rozbieżność dotyczą postępów w zakresie średniego wybiegu – ujednoczone 30 metrów. Zamawiający zmodyfikował wymagania co do okresów przeprowadzenia próby wydajności i (po zmianie) wynosi on 50 dni. Zamawiający wprowadził termin na dokonanie odbioru i wynosi on 5 dni. Zamawiający podał, że po dokonanych zmianach jednoznacznie jest określony okres przeprowadzenia testów wydajności, czas odbioru oraz termin podpisania protokołu odbioru a wykonawca jest w stanie skalkulować czynsz, ponieważ jest w stanie określić maksymalny okres, w którym będzie mu przysługiwało 50% stawki czynszu dzierżawnego.

Izba wskazuje, że Zamawiający dokonał zmian w postanowieniach w punkcie II załącznika nr 8 do umowy (załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy*) oraz w § 5 ust. 7 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy*, tym samym zmienił postanowienia zawarte w SIWZ, które były kwestionowane przez Odwołującego, tym samym Izba wskazuje, że zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego, Zamawiający wykonał przed rozpoznaniem odwołania czynności w zakresie kwestionowanych postanowień.

Zaznaczyć należy, że odwołanie wpłynęło do Zamawiającego 29 marca br. natomiast pismem z 7 kwietnia br. Zamawiający wprowadził zmiany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Istotnym dla sprawy jest fakt, że ustawa *de lege lata* w związku z wniesieniem odwołania nie nakazuje Zamawiającemu powstrzymania się z dokonywaniem w prowadzonym postępowaniu dalszych czynności, Zamawiający może ich dokonywać; w tym może również wykonywać czynności w zakresie postanowień dokumentacji objętych zarzutami i wnioskami. Jednocześnie należy zaznaczyć, że dokonane czynności nie muszą być zgodne z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Zamawiający nie może jedynie do czasu wydania orzeczenia przez Izbę zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika wprost z art. 183 ust. 1 ustawy. Na mocy art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wynika z tego, że również czynności dokonane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu po wniesieniu odwołania składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, który jest brany pod uwagę z urzędu przy ustalaniu wyniku sprawy według reguły z art. 192 ust. 2 ustawy. Jeżeli nowe czynności spowodowały usunięcie objętych zarzutami naruszeń przepisów ustawy, podtrzymane w tym zakresie odwołanie podlega oddaleniu, z uwagi na brak wpływu tych naruszeń na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w dacie wyrokowania.

W zakresie § 5 ust. 8 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* Zamawiający w trakcie rozprawy wskazał, że postanowienie to nie zostało zmienione, jednakże wykonawcy będą przysługiwały roszczenia odszkodowawcze z Kodeksu cywilnego.

Izba nakazała Zamawiającemu modyfikację postanowienia z § 5 ust. 8 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* w taki sposób aby było to postanowienie spójne w innych postanowieniach dokumentacji postępowania, a szczególności z określonym terminem i zakresem dla przeprowadzenia próby wydajności wskazanym w punkcie II załącznika nr 8 do umowy (załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy*). Wskazać należy, po pierwsze że kwestionowane przez Odwołującego postanowienia w punkcie II załącznika nr 8 do umowy (załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy*), oraz w § 5 ust. 7 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy*, zostały zmienione przez Zamawiającego a ich zmieniona treść nie podlega w postępowaniu odwoławczym ocenie, niemniej nie pozostają one bez wpływu na treść postanowienia z § 5 ust. 8 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy*. Zasadnym jest aby wykonawca miał pewność, że wypłata pełnej wartości dobowej stawki czynszu dzierżawy (100%) następować będzie w następnym

dniu po upływie terminu na dokonanie próby kombajnu. Opis realizacji przedmiotu zamówienia zawarty w postanowieniach umowy staje się w takich okolicznościach kompatybilny z pozostałymi postanowieniami umowy, które mogą w zasadzie ulec jeszcze zmianie. Dlatego też Izba zarzut w tym zakresie uwzględniła i nakazała Zamawiającemu w zakresie § 5 ust. 8 załącznika nr 5 do SWIZ – Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy modyfikacje zawartych w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia postanowień przez określenie wyznaczenia daty rozpoczęcia naliczania 100% wartości ustalonej dobowej stawki czynszu dzierżawy zgodnie z datą na dokonanie próby wydajności określającej zdolność produkcyjną kombajnu.

III.

W zakresie podniesionej w punkcie III uzasadnienia odwołania argumentacji dotyczącej § 4 ust. 7, 8 i 9 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy.*

W § 4 ust. 7 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* Zamawiający podał: „W przypadku przymusowego, nieprzewidzianego wcześniej, dłuższego postoju przedmiotu dzierżawy (np. konieczność otamowania rejonu ze względu na wzrost zagrożenia tąpnięciami, wybuchem metanu, pyłu węglowego, zagrożeniem wodnym, pożarowym, zaburzeniami tektonicznymi itp.) następuje zawieszenie naliczania stawki dzierżawy na okres uzgodniony przez Strony nie dłużej jednak niż 180 dni. Po tym okresie, nawet jeżeli urządzenie nie zostanie uruchomione Wydierżawiający ma prawo do naliczania stawki dzierżawnej zgodnie z niniejszą umową. Rozpoczęcie zawieszenia następuje z dniem pisemnego poinformowania Wydierżawiającego o przyczynach postoju, podjętych działaniach i dalszych zamierzeniach. Jeżeli w trakcie tego postoju zostanie wznowiona eksploatacja, to z dniem pisemnego poinformowania Wydierżawiającego o tym fakcie następuje naliczanie stawki dzierżawy, a umowa zostaje wydłużona o dotychczasowy okres postoju, co nie wymaga zawarcia aneksu do umowy. Jeżeli eksploatacja przedmiotu dzierżawy nie zostanie rozpoczęta w ciągu 180 dni postoju to strony uzgadniają wypłatę odszkodowania za utracony przedmiot dzierżawy zgodnie z § 11 niniejszej umowy.”

W § 4 ust. 9 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* Zamawiający podał: „W przypadku gdy Zamawiający zmuszony będzie do czasowego wstrzymania wydobywania ze względów ekonomicznych na okres dłuższy niż 5 dni roboczych, a suma tych dni w okresie obowiązywania umowy nie będzie wieszka niż 10%+1 dzień umownego okresu dzierżawy Wydierżawiający nie będzie naliczał stawki dzierżawy

za ten okres. Natomiast gdy suma tych dni przekroczy ww. okres od następnego dnia Wydierżawiający będzie naliczał stawkę w wysokości 50% jej wartości netto."

W § 4 ust. 10 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* Zamawiający podał: „Okres obowiązywania umowy zostaje przedłużony o okres wstrzymania wydobywania, jednak nie dłuższy niż 10% okresu dzierżawy +1 dzień umownego okresu dzierżawy i nie wymaga to zawarcia aneksu do umowy”

Odwołujący wniósł o:

- wykreślenie z załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* § 4 ust. 9 i 10,
- o zmianę § 4 ust. 7 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* i nadanie mu treści: „W przypadku przymusowego, nieprzewidzianego wcześniej, dłuższego postoju przedmiotu dzierżawy (np. konieczność otamowania rejonu ze względu na wzrost zagrożenia tąpnięciami, wybuchem metanu, pyłu węglowego, zagrożeniem wodnym, pożarowym, zaburzeniami tektonicznymi itp.) następuje zawieszenie naliczania stawki dzierżawy na okres uzgodniony przez Strony nie dłużej jednak niż 180 dni. Po tym okresie, nawet jeżeli urządzenie nie zostanie uruchomione Wydierżawiający ma prawo do naliczania stawki dzierżawnej zgodnie z niniejszą umową. Rozpoczęcie zawieszenia następuje z dniem pisemnego poinformowania Wydierżawiającego o przyczynach postoju, podjętych działaniach i dalszych zamierzeniach. Jeżeli w trakcie tego postoju zostanie wznowiona eksploatacja, to Dzierżawca niezwłocznie poinformuje Wydierżawiającego o tym fakcie i nastąpi wznowienie naliczania stawki dzierżawy, a umowa zostaje wydłużona o dotychczasowy okres postoju, co nie wymaga zawarcia aneksu do umowy. Jeżeli eksploatacja przedmiotu dzierżawy nie zostanie rozpoczęta w ciągu 180 dni postoju to strony uzgadniają wypłatę odszkodowania za utracony przedmiot dzierżawy zgodnie z § 11 niniejszej umowy."

W zakresie postanowień dotyczących § 4 ust. 7 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* Izba uznała, że zasadnym jest wniosek Odwołującego o zmianę postanowień ww. ustępu i zagwarantowanie wykonawcy realizującemu umowę, że w przypadku wznowienia wydobywania *Dzierżawca niezwłocznie poinformuje Wydierżawiającego o tym fakcie i nastąpi wznowienie naliczania stawki dzierżawy*. Jest to element jednoznacznie związany w wypłatą wynagrodzenia i stanowi o rzeczywistym odzwierciedleniu realizacji umowy, czyli sposobu realizacji zamówienia, jak również pozwala na precyzyjne i jednoznaczne wskazanie terminu naliczania stawki dzierżawy. Zaznaczyć należy, że takie postanowienie przyczyni się również do konieczności

powiadomienia wydzierżawiającego o uruchomieniu kombajnu, czego brakowało w dotychczasowych postanowienia umowy. Dlatego też Izba zarzut w tym zakresie uwzględniła i nakazała Zamawiającemu w zakresie § 4 ust. 7 załącznika nr 5 do SWIZ – Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy zastąpienie zdania: *Jeżeli w trakcie tego postoju zostanie wznowiona eksploatacja, to z dniem pisemnego poinformowania Wydzierżawiającego o tym fakcie następuje naliczanie stawki dzierżawy, a umowa zostaje wydłużona o dotychczasowy okres postoju, co nie wymaga zawarcia aneksu do umowy.* następującym zdaniem: *Jeżeli w trakcie tego postoju zostanie wznowiona eksploatacja, to Dzierżawca niezwłocznie poinformuje Wydzierżawiającego o tym fakcie i nastąpi wznowienie naliczania stawki dzierżawy, a umowa zostaje wydłużona o dotychczasowy okres postoju, co nie wymaga zawarcia aneksu do umowy.*

W zakresie postanowień dotyczących § 4 ust. 9 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* Zamawiający argumentował w trakcie rozprawy, że przewidział przestój z przyczyn ekonomicznych a przyczyny takiego przestoju są niezależne od Zamawiającego, podkreślając, że zgodnie z § 4 ust. 10 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* został przewidziany przedłużony okres obowiązywania umowy, a to pozwala na określenie i skalkulowanie ryzyka. W ocenie Izby przyczyny ekonomiczne leżące po stronie Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy całkowitego zaniechania wypłaty czynszu dzierżawnego w czasie, gdy urządzenie dzierżawione, tu kombajn ścianowy, pozostaje w dyspozycji Zamawiającego. Wskazać przy tym należy, że podstawa wstrzymania wypłaty czynszu dzierżawnego z powodu przyczyn ekonomicznych nie została określona przez Zamawiającego, w zasadzie nie sposób stwierdzić co też Zamawiający rozumie przez „przyczyny ekonomiczne”, a co za tym idzie nie sposób skalkulować i określić możliwość ich zaistnienia. Uczestnik postępowania odwoławczego w trakcie rozprawy słusznie zauważył, że uwzględniając takie postanowienia umowy w zasadzie każdy podmiot składający ofertę powinien założyć, że z rozpoczęciem obowiązywania umowy czynsz dzierżawny będzie liczony w wysokości 50% i będzie tak przez cały okres umowy, ponieważ sytuacja ekonomiczna zamawiającego nie będzie mu pozwalała na podjęcie wydobywania. Zamawiający wskazywał natomiast, że uczestnik postępowania odwoławczego w trakcie rozprawy sprawiane policzył ryzyka jakie musi ponieść ewentualnie wykonawca składając ofertę w postępowaniu w maksymalnym wymiarze tych ryzyk. Niemniej, niezależnie od tego co policzył każdy z uczestniczących w rozprawie podmiotów, Izba wskazuje, że zgodnie z ustępem 9 paragrafu 4 Zamawiający, gdy będzie zmuszony do wstrzymania wydobywania ze względów ekonomicznych na okres dłuższy niż 5 dni roboczych, a suma tych dni nie będzie większa niż 10% + 1 dzień umownego okresu dzierżawy nie będzie naliczał stawki dzierżawy za ten okres, natomiast w pozostałym

okresie, w którym nie będzie wydobywania a przekraczającym wskazaną powyżej ilość dni będzie naliczał stawkę w wysokości 50% jej wartości netto. Przy takim sposobie określenia wypłaty czynszu dzierżawnego uwzględniając przy tym postanowienia wskazane w ust. 10 tego paragrafu, które jasno wskazują, że okres obowiązywania umowy zostanie przedłużony tylko o okres wstrzymania wydobywania nie dłuższy niż 10% + 1 dzień umownego okresu dzierżawy, nie sposób nie podzielić wniosku Odwołującego. W tym miejscu należy zaznaczyć, że cena oferty powinna być rzeczywistym odzwierciedleniem kosztów realizacji umowy, natomiast – jak wskazywał uczestnik postępowania odwoławczego - przy takiej konstrukcji postanowień umowy założona cena przez wykonawcę musiałaby być niewspółmiernie wysoka w związku z koniecznością zabezpieczenia interesów wykonawców, z uwzględnieniem wszystkich ryzyk wynikających z dokumentacji postępowania (przyjmująca jako koniecznym do zabezpieczenia 50% wartości czynszu).

Jednocześnie nie sposób pominąć faktu, że każdy wykonawca, inaczej subiektywnie będzie dokonywał oceny i kalkulacji ryzyk- w tym należy upatrywać naruszenie zasady uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy subiektywnie będą uwzględniać ryzyka i jeden wykonawca może uwzględnić wszystkie ryzyka określone w specyfikacji, a inny może ich nie brać pod uwagę przy przygotowywaniu ofert, wobec precyzyjnych braków wystąpienia okoliczności czasowego wstrzymania wydobywania ze względów ekonomicznych. Nie należy bowiem zapominać, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek opisanie sposobu realizacji zamówienia w sposób jednoznaczny i precyzyjny, nie pozostawiający po stronie wykonawców dowolności, która wpłynie na kalkulację oferty. Zamawiający ma możliwość uregulowania postanowień umowy, które będą zabezpieczać jego potrzeby przy jednoczesnym wypełnieniu wymagań w zakresie opisu przedmiotu zamówienia odnoszących się w tym przypadku do sposobu jego realizacji, który będzie jednoznaczny oraz w wyniku jego oszacowania pozwalający na precyzyjne skalkulowanie ceny oferty. Dlatego też Izba zarzut w tym zakresie uwzględniła i nakazała Zamawiającemu wykreślić § 4 ust. 9 i 10 załącznika nr 5 do SWIZ – Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy.

IV.

W zakresie podniesionej w punkcie IV uzasadnienia odwołania argumentacji dotyczącej § 4 ust. 4 i 5 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy.*

W § 4 ust. 4 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* Zamawiający podał: „Naliczanie stawki dzierżawy dla każdej ściany kończy się w dniu rozpoczęcia demontażu przy udziale przedstawiciela Wydierżawiającego określonego w Wezwaniu Serwisowym (tzn. za dzień, w którym rozpoczęto demontaż Wydierżawiający



nie naliczy stawki za dzierżawę przedmiotu umowy). Dzierżawca powiadomi Wydzierżawiającego telefonicznie oraz pisemnie na 14 dni przed terminem rozpoczęcia demontażu przedmiotu dzierżawy. W przypadku nieobecności Wydzierżawiającego przy rozpoczęciu demontażu, wiążącą będzie data demontażu określona w Wezwaniu Serwisowym. Protokół zdawczo-odbiorczy zostanie podpisany przez Dzierżawcę i będzie wiążący dla Stron.”

W § 4 ust. 5 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* Zamawiający podał: „Po okresie dzierżawy Dzierżawca wyda przedmiot dzierżawy wraz z wyposażeniem dodatkowym podlegającym zwrotowi (rezerwa części) w ciągu 30 dni od daty zakończenia demontażu. Za ten okres nie będzie naliczana stawka dzierżawy. Wyposażenie podlegające zwrotowi będzie zwrócone w stanie wynikającym z przechowywania w rejonie eksploatacji przedmiotu dzierżawy.”

Odwołujący wniósł o zmianę § 4 ust. 5 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* i nadanie mu treści: „Po okresie dzierżawy Dzierżawca wyda przedmiot dzierżawy wraz z wyposażeniem dodatkowym podlegającym zwrotowi (rezerwa części) w ciągu 21 dni od dnia rozpoczęcia demontażu. W przypadku braku zwrotu kompletnego przedmiotu dzierżawy we wskazanym terminie Zamawiający zostanie obciążony karą w wysokości dobowej stawki dzierżawy netto za każdy dzień opóźnienia. Wyposażenie podlegające zwrotowi będzie zwrócone w stanie wynikającym z przechowywania w rejonie eksploatacji przedmiotu dzierżawy.”

W trakcie rozprawy Zamawiający argumentował, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych, demontaż przestrzeni ściany ma nastąpić w okresie 3 miesięcy od zakończenia eksploatacji, wskazując jednocześnie, że w zakresie demontażu poza kombajnem ścianowym pozostaje szereg innych urządzeń i elementów, z których to kombajn ścianowy stanowi jeden z mniejszych. Zamawiający wskazał również, że to po jego stronie leży interes w jak najszybszym demontażu kombajnu ścianowego i wywiezieniu go na powierzchnię, zaznaczył, że zgodnie z technologią likwidacji ściany, jednym z pierwszych urządzeń jakie są demontowane jest kombajn ścianowy (technologia likwidacji ściany określona w dokumencie wewnętrznym Zakładu Górniczego, zatwierdzonym przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego – § 365 ust. 2 ww. rozporządzenia). Jednakże należy zaznaczyć, że argumentacja Zamawiającego przedstawiona na rozprawie, że maksymalny okres ryzyka jakie musi skalkulować wykonawca wynosi 3 miesiące, nie jest spójną z argumentacją

przedstawioną wcześniej. Zamawiający przeczy sam sobie w prezentowanym stanowisku, bowiem z jednej strony wskazując, że w ciągu trzech miesięcy od zakończenia eksploatacji musi nastąpić demontaż przestrzeni ściany oraz, że kombajn ścianowy jest w pierwszej kolejności demontowany i wywożony na powietrzną a następnie twierdząc, że wykonawca, zgodnie z ww. rozporządzeniem powinien składając ofertę przyjąć okres 3 miesięcy. W ocenie Izby potwierdza to brak regulacji w zakresie zwrotu (wydania) wydierżawiającemu kombajnu ścianowego w określonym terminie w SWIZ. Dodatkowo, co wskazał uczestnik postępowania odwoławczego brak tej regulacji i w efekcie brak pewności wykonawcy co do terminu zwrotu dzierżawionego przez Zamawiającego kombajnu jest tym bardziej widoczny, że we wskazanym dla przykładu w trakcie rozprawy przypadku, nawet po półrocznym okresie nie może odebrać od Zamawiającego kombajnu ścianowego, czemu Zamawiający nie zaprzeczył. Izba zaznacza, że Zamawiający nie kwestionował, że termin w proponowanej zmianie postanowienia jest niemożliwy do zrealizowania, natomiast uczestnik postępowania odwoławczego w trakcie rozprawy wskazywał, że każda kopalnia jest w stanie oddać kombajn ścianowy wydierżawiającemu w terminie od 7 do 21 dni, czego również Zamawiający nie zakwestionował.

Dlatego też Izba zarzut w tym zakresie uwzględniła i nakazała Zamawiającemu w zakresie § 4 ust. 5 załącznika nr 5 do SWIZ – Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy zastąpienie postanowienia: „Po okresie dzierżawy Dzierżawca wyda przedmiot dzierżawy wraz z wyposażeniem dodatkowym podlegającym zwrotowi (rezerwa części) w ciągu 30 dni od daty zakończenia demontażu. Za ten okres nie będzie naliczana stawka dzierżawy. Wyposażenie podlegające zwrotowi będzie zwrócone w stanie wynikającym z przechowywania w rejonie eksploatacji przedmiotu dzierżawy.” następującym „Po okresie dzierżawy Dzierżawca wyda przedmiot dzierżawy wraz z wyposażeniem dodatkowym podlegającym zwrotowi (rezerwa części) w ciągu 21 dni od dnia rozpoczęcia demontażu. W przypadku braku zwrotu kompletnego przedmiotu dzierżawy we wskazanym terminie Zamawiający zostanie obciążony karą w wysokości dobowej stawki dzierżawy netto za każdy dzień opóźnienia. Wyposażenie podlegające zwrotowi będzie zwrócone w stanie wynikającym z przechowywania w rejonie eksploatacji przedmiotu dzierżawy.”

V.

W zakresie podniesionej w punkcie V uzasadnienia odwołania argumentacji dotyczącej § 10 ust. 6 załącznika nr 5 do SWIZ – Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy.

W § 10 ust. 6 załącznika nr 5 do SWIZ – Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy Zamawiający podał: „Wydierżawiający może obciążyć Dzierżawcę karą

za nie zwrócenie do 30 dni części, których brakowało przy zwrocie przedmiotu dzierżawy w wysokości 50% wartości części nowych, a w przypadku części podlegających zwrotowi, w stanie niepogorszonym (tzw. wyprawki zwrotnej) 100% wartości części wg cen obowiązujących dla KW S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla KW S.A. cennika części nowych, przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybkozużywające się i nieobjęte gwarancją."

Odwołujący wniósł o zmianę § 10 ust. 6 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* i nadanie mu treści: „Wydierżawiający może obciążyć Dzierżawcę karą za nie zwrócenie do 30 dni części, których brakowało przy zwrocie przedmiotu dzierżawy w wysokości 100% wartości części wg cen obowiązujących dla KW S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla KW S.A. cennika części nowych, przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybkozużywające się i nieobjęte gwarancją."

Umowa określa co jest przedmiotem dzierżawy czyli kombajn ścianowy o określonym typie, jednocześnie kombajn ścianowy musi zostać dostarczony Zamawiającemu zgodnie z jego wymaganiami określonymi w umowie. Tym samym Zamawiający po zakończeniu realizacji umowy powinien zwrócić wykonawcy kombajn ścianowy wraz ze wszystkimi częściami, z wyłączeniem tych, które nie podlegają zwrotowi takimi jak elementy złączne, szybkozużywające się i nieobjęte gwarancją. W przypadku niezwrócenia danych części, co przecież nie stanowi zasady, dzierżawca winien uiścić stosowną karę. Określenie przez Zamawiającego kary na poziomie 50% wartości części nowych nie jest wystarczające, tym bardziej, że sam Zamawiający w trakcie rozprawy wskazał, że na § 10 ust. 8 załącznika nr 5 do SWIZ – *Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy* podnosząc, że stronie przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego kary umowne na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego, a co pozwala przypuszczać, że wartość części niezwrócony przewyższa określone 50%. Słusznie również wskazał uczestnik postępowania odwoławczego, że odniesienie się do możliwości dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego będzie stanowiło po stronie wykonawcy ciężar udowodnienia wartości niezwróconych części, co w sytuacji, gdy części te znajdują się u Zamawiającego jest utrudnione. Takie postanowienie umowy również uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie oferty, tym bardziej, że nie wiadomo jakich części Zamawiający może nie zwrócić, co ponownie prowadzi do tego, na co Izba wskazywała uwagę już w treści uzasadnienia, że brak precyzyjnego opisu powoduje konieczność czynienia hipotetycznych

założeń, które mają w jakiś sposób umożliwić kalkulację oferty, jednakże każdy z wykonawców czynić może te założenia w inny, nieporównywalny sposób co w zamówieniach publicznych jest niedopuszczalne, a konsekwencji prowadzi do wniosku, że takie postanowienia umowy nie mogą się ostać.

Dlatego też Izba zarzut w tym zakresie uwzględniła i nakazała Zamawiającemu w zakresie § 10 ust. 6 załącznika nr 5 do SWIZ – Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy zastąpienie postanowienia: „Wydierżawiający może obciążyć Dzierżawcę karą za nie zwrócenie do 30 dni części, których brakowało przy zwrocie przedmiotu dzierżawy w wysokości 50% wartości części nowych, a w przypadku części podlegających zwrotowi, w stanie nie pogorszonym (tzw. wyprawki zwrotnej) 100% wartości części wg cen obowiązujących dla KW S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla KW S.A. cennika części nowych, przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybko zużywające się i nieobjęte gwarancją.” następującym: „Wydierżawiający może obciążyć Dzierżawcę karą za nie zwrócenie do 30 dni części, których brakowało przy zwrocie przedmiotu dzierżawy w wysokości 100% wartości części wg cen obowiązujących dla KW S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla KW S.A. cennika części nowych, przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybko zużywające się i nieobjęte gwarancją.”

VI.

B – pkt 4.

W zakresie podniesionej w punkcie VI B uzasadnienia odwołania argumentacji dotyczącej załącznika nr 2a do SWIZ - *Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów techniczno-użytkowych zadania nr 3 - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Halemba – Wirek, punktu 4.*

Zamawiający w punkcie 4 ww. załącznika wskazał: „Dopuszcza się urabianiem kombajnu ściany, w której polu przekroju występuje do 50% skały płonnej z zastrzeżeniem możliwości występowania zaburzenia do 100% wysokości ściany. Uwaga pod pojęciem lokalnego zaburzenia należy rozumieć 100% zaniku węgla na całej wysokości ściany na skutek przejeżdżania przez uskok lub inne zaburzenie geologiczne.”

Odwołujący wniósł o zmianę: „Dopuszcza się urabianie kombajnem ściany, w której w polu przekroju jej furty eksploatacyjnej występuje do 40 % skały płonnej. W przypadku

przekroczenia dopuszczalnej wartości za wszelkie uszkodzenia i ponadnormatywne zużycie podzespołów kombajnu odpowiada Zamawiający.”

Zamawiający argumentując na rozprawie wyjaśnił, że w punkcie 3 załącznika nr 2a do SWIZ - *Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów techniczno-użytkowych*, dopuścił urabianie, organami będącymi na standardowym wyposażeniu kombajnu pokładów węgla z przekrojem skały płonnej lub skały w stropie / spągu o wytrzymałości na ściskanie do 80 MPa wg GIG. Zaznaczyć należy zatem, że Zamawiający określił z jakiego rodzaju skałą można mieć do czynienia w wyrobisku ścianowym. Zamawiający zaznaczył w trakcie swojej wypowiedzi, że wydobywanie węgla stanowi o jego dochodzie, natomiast wyrabianie ściany stanowi jedynie koszt jaki ponosi, jednakże charakterystyka geologiczna Zagłębia Górnośląskiego nakazuje uwzględniać ewentualne wystąpienie zaburzeń górnico - geologicznych.

Wskazanie przez Zamawiającego twardości skały jakie może wystąpić pozwala na dobór odpowiedniego kombajnu ścianowego jak również zaprojektowania właściwych jego podzespołów umożliwiających urabianie w niekorzystnych warunkach.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego zgodni byli co do tego, że z postanowienia zawartego w punkcie 4 wynika, że może być urabiana ściana, która będzie w 100% węglem jak również będzie w 100% skałą.

Zamawiający zaznaczył na rozprawie, że nie było wniosku w odwołaniu o określenie ilości skały w przekroju wyrobiska ścianowego, natomiast uczestnik postępowania odwoławczego wskazywał, że *przyczyną tak określonych postanowień SIWZ z pewnością jest brak badań geologicznych, które powodują, że Zamawiający nie ma wiedzy jaka procentowa ilość wtrąceń skał będzie się znajdować w powierzchni ściany.*

W ocenie Izby, uwzględniając zakres zarzutu jak również określony wniosek Odwołującego Izba uznała, że nie ma podstaw do dokonania zmiany postanowień punktu 4 załącznika nr 2a do SWIZ - *Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów techniczno-użytkowych* zadania nr 3 - *Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Halemba – Wirek*. Zamawiający określił zarówno rodzaj skały z jaką można mieć do czynienia w wyrobisku ścianowym, wskazując, że w polu przekroju występuje do 50% skały płonnej z zastrzeżeniem możliwości występowania zaburzenia do 100% wysokości ściany. Odwołujący w przedstawionej argumentacji na rozprawie nie wskazał, że nie jest możliwe złożenie oferty z uwagi na brak urządzeń mogących realizować zamówienie, nie poparł argumentacji zawartej w odwołaniu a nawet nie próbował jej uprawdopodobnić skupiając uwagę na konieczności zmiany postawień punktu 4, które w przypadku uszkodzenia kombajnu lub ponadnormatywnego zużycia części przerzuciłby na Zamawiającego

odpowiedzialność. Zaznaczyć przy tym należy, że Odwołujący odnosił się ogólnikowo do treści instrukcji maszyn w odwołaniu wskazując, że dopuszczają one urabianie przerostów kamienia zaznaczając przy tym, że udział kamienia w pokładzie jest ściśle określony, taki, który nie powoduje uszkodzenia maszyny. Izba zatem wskazuje, że miał możliwość wykazywania się dowodami na tę okoliczność, czego zaniechał. Niewątpliwie wymagania Zamawiającego, które przejawiają się w określonych parametrach technicznych, nie są standardowe dla tej branży a co za tym idzie, są trudne do spełnienia jednakże Odwołujący nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił, że są niemożliwe do spełnienia.

B – pkt 53 lit.k

W zakresie podniesionej w punkcie VI B uzasadnienia odwołania argumentacji dotyczącej załącznika nr 2a do SWIZ - *Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów techniczno-użytkowych zadania nr 3 - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Halemba – Wirek*, punktu 53 lit. k.

Zamawiający w punkcie 53 lit. k ww. załącznika wskazał: „Wykonawca zobowiązany jest do: (...) dostarczenia instrukcji określającej sposób deaktywacji uszkodzonych czujników oraz warunki na jakich kombajn może być dalej eksploatowany do czasu usunięcia usterki lub wymiany uszkodzonego elementu.”

Odwołujący wniósł o wykreślenie z załącznika nr 2a dla zadania 3 punktu 53 lit. k.

Zamawiający argumentował, że postawienie w kwestionowanym punkcie nie ma na celu tego aby mógł używać kombajnu dalej do eksploatacji ściany, ale chodziło o to aby mógł użyć kombajnu w zakresie umożliwiającym jego naprawienie. Zamawiający wskazał, że po stronie serwisu pozostaje naprawa kombajnu, lecz to Zamawiający zobowiązany jest do przygotowania miejsca, w którym ten serwis będzie wykonany w sposób bezpieczny. Pełnomocnik wyjaśnia, że kombajn musi zostać przemieszczony po ścianie w miejsce bezpieczne, wcześniej przygotowane i umożliwiające bezpieczną pracę załogi.

Odwołujący natomiast wskazywał, że w przypadku zadziałania czujnika sygnalizującego awarię, to po stronie serwisu pozostaje usunięcie awarii i w tym zakresie nie są potrzebne Zamawiającemu żadne instrukcje, określające sposób dezaktywacji uszkodzonych czujników oraz warunki na jakich kombajn może być eksploatowany do czasu usunięcia awarii lub usunięcia uszkodzonego elementu.

W ocenie Izby - uwzględniając argumentację przedstawioną na rozprawie, jak również argumentację Odwołującego zawartą w treści odwołania, a szczególności odniesienie się do tego, że praca z deaktywowanymi czujnikami mogłaby narazić obsługę maszyny

na niebezpieczeństwo utraty zdrowia lub nawet życia jak również mogłaby spowodować trwale uszkodzenie maszyny, przy czym Zamawiający wskazał w kwestionowanym punkcie wprost nie na konieczność prac serwisowych lecz dalszą eksploatację kombajnu, czyli jego wykorzystanie – zasadnym jest przychylenie się do wniosku Odwołującego. Zamawiający w zakresie podnoszonej na rozprawie argumentacji, a odnoszącej się do tego, że musi mieć możliwość przetransportowania kombajnu po ścianie w miejsce, w którym będzie mógł zostać wykonany jego serwis może zażądać takiej instrukcji, która określi warunki na jakiej kombajn ma zostać przetransportowany.

Dlatego też Izba zarzut w tym zakresie uwzględniła i nakazała Zamawiającemu wykreślić z załącznika nr 2a do SWIZ - Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów techniczno-użytkowych dla zadania nr 3 - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Halemba – Wirek, punktu 53 lit. k „dostarczenia instrukcji określającej sposób deaktywacji uszkodzonych czujników oraz warunki na jakich kombajn może być dalej eksploatowany do czasu usunięcia usterki lub wymiany uszkodzonego elementu”.

C.

W zakresie podniesionej w punkcie VI C uzasadnienia odwołania argumentacji dotyczącej załącznika nr 2a do SWIZ - Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów techniczno-użytkowych dla: zadania nr 9 - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Rydułtowy – Anna; zadania nr 10 - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Rydułtowy – Anna; zadania nr 12 - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KWK Ziemowit – punkt 3 i 4

Zamawiający w punkcie 3 i 4 ww. załącznika dla zadania 9, 10, 12 wskazał:

- w pkt 3: „Dopuszcza się urabianiem organami będącymi na standardowym wyposażeniu kombajnu, pokładów węgla z przerostami skały płonnej lub skały w stopie/spągu o wytrzymałości na ściskanie do 80MPa wg GIG.
- w pkt 4: „Dopuszcza się urabianie kombajnem ściany, w której polu przekroju jej furty eksploatacyjnej występuje do 35% skały płonnej z zastrzeżeniem możliwości występowania zaburzenia lokalnego do 100% wysokości ściany na jej całej długości.”

Odwołujący wniósł o zmianę i zastąpienie postanowienie: „Dopuszcza się urabianie kombajnem ściany, w której w polu przekroju jej furty eksploatacyjnej występuje do 40 %

skwały pónnej. W przypadku przekroczenia dopuszczalnej wartości za wszelkie uszkodzenia i ponadnormatywne zużycie podzespołów kombajnu odpowiada Zamawiający.”

W ocenie Izby, uwzględniając zakres zarzutu jak również wniosek Odwołującego Izba uznała, że nie ma podstaw do dokonania zmiany postanowień punktu 3 i 4 załącznika nr 2a do SWIZ dla zdania 9, 11, 12. Argumentacja Izby jaka została przedstawiona w zakresie rozpoznania zarzutu opisanego w punkcie VI. B – pkt 4 uzasadnienia odwołania pozostaje aktualna i w tym zakresie.

Reasumując, Izba uznała, że wyniku czynności dokonanej przez Zamawiającego doszło do naruszenia przepisów wskazanych na wstępie odwołania przez Odwołującego, dlatego też Izba nakazała zmiany postanowień zawartych w dokumentacji postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**