

WYROK
z dnia 14 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Aneta Mlącka
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2021 r. przez wykonawcę **FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polska Grupa Górnicza S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów 1, 2, 3 i 4 odwołania.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** na rzecz zamawiającego **Polska Grupa Górnicza S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Polska Grupa Górnicza, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dzierżawę kombajnu ścianowego w okresie eksploatacji ścian 616 i 619 w pokładzie 326 dla PGG S.A. Oddział KWK „Bolesław Śmiały” wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 3 września 2021 r., nr 2021/S 171-447648.

W dniu 10 września 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SWZ”, w zakresie następujących postanowień SWZ:

- I. § 4 ust. 8 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 lit a) Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” - w zakresie w jakim wprowadza termin płatności wynoszący 120 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego (dla Wykonawców posiadających status dużego przedsiębiorcy), a ze względu na przepisy ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych w przypadku Wykonawcy spełniającego warunki do zakwalifikowania go do kategorii mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw określonych w Załączniku 1 do Rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 roku uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L187 z 26.06.2014 r.), wprowadza termin płatności wynoszący 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego;
- II. § 4 ust. 8 pkt 2 lit c) Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” - w zakresie w jakim Zamawiający wymaga od Wykonawcy złożenia oświadczenia, że Strony zgodnie oświadczają, że termin 120 dniowy, o którym mowa w powyższym ustępie, został ustalony w dobrej wierze, z zastosowaniem zasady rzetelności oraz w zgodzie z dobrymi praktykami handlowymi. Strony potwierdzają, że termin, o którym mowa powyżej, uwzględnia właściwości przedmiotu świadczenia Wydzierżawiającego, w tym w szczególności czas potrzebny Dzierżawcy na wykorzystanie przedmiotu

świadczenia zgodnie z przeznaczeniem, a także termin realizacji świadczenia przez Wdzierżawiającego;

- III. § 11 ust.2 pkt 4 i ust.9 Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” - w zakresie w jakim ustala karę umowną za niezwrócenie części przedmiotu dzierżawy w wysokości 75 % wartości wg cen części nowych, z wyłączeniem uprawnienia dla Wdzierżawiającego do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych;
- IV. Załącznik nr 1 do SWZ - „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” Część 5 „Postanowienia gwarancyjne i serwisowe” pkt 2, w zakresie w jakim wprowadza zastrzeżenie, że wałki skrzętne (wałki przeciążeniowe) zabezpieczające silniki posuwu lub/i organów urabiających dostarczane będą przez Wdzierżawiającego w całym okresie dzierżawy nieodpłatnie, w ramach świadczonych usług gwarancyjnych, na koszt Wdzierżawiającego (w koszcie dzierżawy), oraz że objęte będą gwarancją w całym okresie dzierżawy, a koszty wałków skrzętnych oraz ich wymiany ujęte będą w stawce dzierżawnej;
- V. Załącznik nr 1 do SWZ - „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” Część 2 „Wykaz istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych” Część A pkt 33 lit. f), w zakresie w jakim zamawiający wymaga aby wykonawca wyraził zgodę na samodzielne usuwanie awarii (w tym wymianę elementów zabezpieczających, a w szczególności tzw. wałków skrzętnych - przeciążeniowych- jeżeli kombajn będzie w nie wyposażony) w zakresie eksploatacji, naprawy i obsługi przez pracowników Zamawiającego przeszkolonych przez Wykonawcę;
- VI. Załącznik nr 1 do SWZ - „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” Część 2 „Wykaz istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych” Część A pkt 14 lit. c) w zakresie w jakim wprowadza zastrzeżenie, że koszty wymiany wałków ujęte będą w stawce dzierżawnej oraz, że czas wymiany wałków skrzętnych (wałków przeciążeniowych) zabezpieczających silniki posuwu i/lub organów urabiających wliczany jest do sumarycznego miesięcznego czasu postoju kombajnu Tp spowodowanego awariami wynikłymi z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego, a wałki skrzętne mogą być wymieniane przez pracowników kopalni bez udziału pracowników serwisu i o zerwaniu wałka serwis Wykonawcy ma być informowany telefonicznie przez osoby dozoru wyższego Zamawiającego;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, a

także nie zapewniający równego traktowania wykonawców w szczególności poprzez wprowadzenie zróżnicowanego terminu płatności za realizującą przedmiot umowy przez wykonawcę w zależności od posiadanego przez niego statusu mikro, małego, średniego bądź dużego przedsiębiorcy co ma bezpośredni wpływ na kalkulację oferty składanej przez poszczególnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu;

2. art. 353¹ K.c. w zw. z art. 5 K.c. i w zw. z art. 8 ust.1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych poprzez sformułowanie postanowień § 4 ust. 7 pkt 2 lit b) Załącznika nr 5 do SWZ w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego oraz poprzez narzucenie w projekcie Umowy oświadczeń, które zgodnie z ustawą powinny być wynikiem wzajemnych uzgodnień stron, a na które Odwołujący nie wyraża zgody;
3. art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 2 ustawy Pzp poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, za pomocą niedokładnych i niezrozumiałych określeń oraz w sposób nieproporcjonalny do uzasadnionych potrzeb i celów zamawiającego wynikających z przedmiotu zamówienia w zakresie określenia odpowiedzialności materialnej zamawiającego za niezwrócenie części przedmiotu dzierżawy w postaci kary umownej w wysokości 75% wartości części wg cen części nowych;
4. art. 353¹ k.c. w zw. z art.484 § 1 k.c. i w zw. z art. 5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz ustalenie projektowanych postanowień umowy w sposób spreczny z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego i naruszający zasady współżycia społecznego, jak również w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego w zakresie ustalenia kary umownej, którą zobowiązany będzie zapłacić Dzierżawca (Zamawiający) za niezwrócenie części przedmiotu dzierżawy w wysokości 75% wartości części wg cen części nowych, zamiast 100% tej wartości;
5. art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 2 ustawy Pzp poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, za pomocą niedokładnych i niezrozumiałych określeń oraz w sposób nieproporcjonalny do uzasadnionych potrzeb zamawiającego w zakresie wprowadzenia zastrzeżenia (wymogu) nieodpłatnego dostarczania przez wykonawcę wałków skrętnych w całym okresie dzierżawy, oraz wymogu udzielenia zgody na samodzielne usuwanie awarii (szczególnie w zakresie wymiany wałków skrętnych - przeciążeniowych) z jednoczesnym wliczeniem czasu wymiany do sumarycznego miesięcznego czasu postoju kombajnu, co uniemożliwia wykonawcy prawidłowe

skalkulowanie stawki czynszu dzierżawy z uwagi niemożliwe do oszacowania ryzyko konieczności wymiany wałków skrętnych także w przypadkach wymiany wałków z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i jego pracowników, wobec braku określenia limitu ilościowego takich wałków dostarczanych w ramach czynszu dzierżawy w całym okresie dzierżawy oraz uniemożliwia wykonawcy prawidłowe wyliczenie minimalnej średniorocznej dostępności kombajnu (stanowiącej jedno z kryteriów oceny ofert) wobec wliczenia do czasu wymiany wałków skrętnych (wałków przeciążeniowych) dokonywanej przez Zamawiającego (także w wyniku awarii powstałych z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego) do sumarycznego miesięcznego czasu postoju kombajnu T_p spowodowanego awariami;

6. art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego i naruszający zasady współżycia społecznego, jak również w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego w zakresie nałożenia na wykonawcę obowiązku nieodpłatnego dostarczania wałków skrętnych (w nieograniczonej ilości) w całym okresie dzierżawy, bez względu na przyczynę ich uszkodzenia, w tym także w przypadkach ich uszkodzenia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i jego pracowników, jak również w przypadkach ich uszkodzenia z przyczyn niezależnych od żadnej ze stron z jednoczesnym wymogiem udzielenia zgody na dokonywanie wymiany wałków skrętnych samodzielnie (bez udziału wykonawcy) przez pracowników Zamawiającego i wliczeniem czasu wymiany do czasu postoju kombajnu spowodowanego awariami.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SWZ:
 - a) w zakresie § 4 ust. 8 pkt 1 lit a) oraz pkt 2 lit a) Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności faktur wynoszącego 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego, bez względu na posiadany przez wykonawcę status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy;
 - b) w zakresie § 4 ust. 8 pkt 2 lit c) Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” poprzez jego usunięcie w całości;
 - c) w zakresie § 11 ust.4 i ust.9 Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia

publicznego” poprzez zmianę i nadanie tym postanowieniom następującej treści:

- ust.4 - „za niezwrócenie w terminie 30 dni części, których brakowało przy zwrocie przedmiotu dzierżawy w wysokości 100% wartości części wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. cennika części nowych (cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawę części), jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o cenniki wg oferty od Wyzierżawiającego przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybkozużywające się i nieobjęte gwarancją”

- ust.9 - „ W przypadku, gdy kary umowne nie pokryją wyrządzonej szkody, Strona, która takiej szkody doznała ma prawo dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych. Całkowita wartość kar umownych oraz odszkodowań, przysługujących Stronie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez drugą Stronę obowiązków wynikających z umowy, nie przekroczy kwoty wartości gwarantowanej netto umowy”.

d) w zakresie załącznika nr 1 do SWZ - „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” Część 5 „Postanowienia gwarancyjne i serwisowe” pkt 2 poprzez usunięcie z treści zastrzeżenia:

„Wałki skrętne (wałki przeciążeniowe) zabezpieczające silniki posuwu lub/i organów urabiających:

- dostarczane będą przez Wyzierżawiającego w całym okresie dzierżawy nieodpłatnie, w ramach świadczonych usług gwarancyjnych, na koszt Wyzierżawiającego (w koszcie dzierżawy),

- objęte będą gwarancją w całym okresie dzierżawy, koszty wałków skrętnych oraz ich wymiany ujęte będą w stawce dzierżawnej”.

e) w zakresie Załącznika nr 1 do SWZ - „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” Część 2

„Wykaz istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych” Część A pkt 33 lit. f) poprzez jego zmianę i nadanie następującej treści:

„Wykonawca w ramach realizacji zamówienia na uzasadniony wniosek Zamawiającego wyrazi zgodę na samodzielne usuwanie awarii nieobjętych gwarancją w zakresie eksploatacji, naprawy i obsługi, przez pracowników Zamawiającego przeszkolonych przez Wykonawcę.”.

f) w zakresie Załącznika nr 1 do SWZ - „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” Część 2 „Wykaz istotnych dla Zamawiającego wymagań i

parametrów technicznych” Część A pkt 14 lit. c) poprzez jego zmianę i nadanie następującej treści:

„Silniki elektryczne w organach urabiających i w napędach posuwu wyposażone w mechaniczne zabezpieczenia przed przeciążeniem - tzw. wałki skrętne (wałki przeciążeniowe). W przypadku zaoferowania kombajnu wyposażonego w wałki skrętne (wałki przeciążeniowe) Wałki skrętne (wałki przeciążeniowe) zabezpieczające silniki posuwu lub/i organów urabiających objęte będą gwarancją w całym okresie dzierżawy, a czas ich wymiany w przypadku napraw gwarancyjnych wliczany będzie do sumarycznego miesięcznego czasu postoju kombajnu Tp spowodowanego awariami wynikłymi z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego. (W przypadku braku wałków skrętnych wpisać nie dotyczy).”.

3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego;
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Odnośnie zarzutu 1 i 2 Odwołujący podniósł m.in., że nie zostały spełnione przesłanki do wprowadzenia w niniejszym postępowaniu na zasadzie wyjątku 120-dniowego terminu płatności ceny, gdyż strony w umowie tak nie ustaliły, a ustalenie takie ma charakter wyłącznie jednostronny, dokonany przez Zamawiającego jako autora wzoru umowy, a żaden z potencjalnych wykonawców nie miał i nie ma wpływu na wprowadzenie takiego terminu płatności. Z tego względu, na zasadzie art. 353¹ K.c. w. zw. z art. 5 K.c. i w zw. z art. 8 ust.1 ustawy Pzp postanowienie § 4 ust. 8 pkt 2 lit c) Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” powinno zostać usunięte w całości, a postanowienie § 4 ust. 8 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 lit a) zmienione poprzez wprowadzenie jednolitego 60-dniowego terminu płatności dla wszystkich kategorii przedsiębiorców.

Odnośnie zarzutów 3 i 4 Odwołujący podniósł m.in., że wykonawca jako właściciel przedmiotu dzierżawy pozostaje w niepewności, co do tego w jakim zakresie ostatecznie odzyska przedmiot dzierżawy lub w jakim zakresie będzie musiał ponieść koszty jego odtworzenia w przypadku zwrotu niekompletnego przedmiotu lub braku zwrotu przedmiotu dzierżawy bez uzasadnionej przyczyny. Postanowienia objęte zarzutami odwołania stanowią nieuzasadnione i zmierzające do wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawców, obciążenie finansowe. Zapłata przez Zamawiającego za niezwrócone części przedmiotu dzierżawy w wysokości 75% wartości części nowych, nie pozwoli na pokrycie kosztów odtworzenia przez wykonawcę niezwróconej części. Koszt odtworzenia części przekracza wartość 75% części nowej, natomiast Zamawiający wyklucza, w projektowanych

postanowieniach umowy, możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przez wykonawcę (wyzierżawiającego).

Odnosnie zarzutu 5 i 6 Odwołujący podniósł m.in., że wałek skrętny (wałek przeciążeniowy) to podzespół urządzenia, jakim jest kombajn ścianowy służący do wydobywania węgla kamiennego, jest rodzajem bezpiecznika. Działanie tego zespołu ma charakter zabezpieczający i jest niemal identyczne jak działanie bezpiecznika topikowego. Wałek przeciążeniowy ma za zadanie wyłączenie kombajnu ścianowego w momencie, gdy elementy kombajnu uderzą w ścianę, zakleszczą się, po to aby nie dopuścić do uszkodzenia innych podzespołów kombajnu, o dużo większej wartości jak chociażby przekładnia planetarna, której koszt to kilkaset tysięcy złotych. Wałek przeciążeniowy, który ulega „zerwaniu” powoduje konieczność jego wymiany. To wałek, który zadziałał prawidłowo, zgodnie ze swoim przeznaczeniem. Konieczność jego wymiany podyktowana jest jego prawidłowym zadziałaniem, a nie jego wadą.

Zamawiający, wprowadzając zastrzeżenia w załączniku nr 1 do SWZ wyraźnie wymaga, aby wałki skrętne (wałki przeciążeniowe) były dostarczane w całym okresie dzierżawy nieodpłatnie, na koszt Wyzierżawiającego (Wykonawcy), a ich koszt ma zostać ujęty w koszcie dzierżawy. Jednocześnie Zamawiający zastrzega w pkt 2 części 5 Załącznika nr 1 do SWZ, że DTR/Instrukcja użytkowania nie może zawierać zapisów wyłączających tzw. wałki skrętne (wałki przeciążeniowe) z gwarancji jako elementy zabezpieczające, jak również ograniczających możliwość samodzielnej ich wymiany przez służby Dzierżawcy. Ponadto w Części 2, Część A pkt 33 lit f) Zamawiający wyraźnie wprowadza regulację, że pracownicy zamawiającego są uprawnieni do samodzielnego usuwania awarii, w tym wymianę wałków skrętnych (przeciążeniowych), co powoduje, że dokonywanie wymiany wałków skrętnych (w tym także czas dokonania tej wymiany) miałoby pozostawać poza kontrolą wykonawcy.

Przy tak sformułowanych zastrzeżeniach w treści opisu przedmiotu zamówienia niemożliwe jest prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej. Jak wskazano powyżej uszkodzenia wałków skrętnych mogą wynikać (i w ocenie odwołującego tak się dzieje najczęściej) z nieprawidłowej (nieostrożnej) eksploatacji urządzenia, spowodowanej działaniem operatora (górnika obsługującego kombajn) lub z powodu różnych zaburzeń występujących w samej ścianie, która jest urabiana kombajnem. W praktyce uszkodzenia wałków skrętnych („zerwanie” na skutek prawidłowego zadziałania i spełnienia funkcji zabezpieczającej) w przeważającej ilości przypadków są właśnie wynikiem nieprawidłowej obsługi kombajnu ścianowego, na którą odwołujący jako wyzierżawiający nie ma żadnego wpływu, gdyż obsługa kombajnu pozostaje w całości po stronie pracowników Zamawiającego. Zamawiający wprowadzając skarżone zastrzeżenie w całości przerzuca na wykonawcę ryzyko związane z koniecznością ponoszenia kosztów wymiany tych elementów.

A ponadto Wykonawca nie jest w stanie, w żaden sposób ocenić ile wałków skrętnych będzie zobowiązany do dostarczenia w czasie trwania umowy najmu.

W dniu 15 września 2021 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył pismo, w którym oświadczył, że uznaje odwołanie w części (pkt 1 i 2) i dokonał modyfikacji treści § 4 ust.8 Załącznika nr 5 do SWZ, nadając mu brzmienie: „Strony zgodnie ustalają, że termin płatności faktur dokumentujących zobowiązania Dzierżawcy wynikające z niniejszej Umowy wynosić będzie 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego. Faktury Wydzierżawiający wystawiać będzie Dzierżawcy nie później niż 30 dni przed terminem płatności”.

W dniu 7 października 2021 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył pismo, w którym oświadczył, że uznaje odwołanie w części (pkt 3) i dokonał modyfikacji treści §11 Załącznika nr 5 do SWZ, wskazując że usuwa się treść ust. 2 pkt 4, tj. 4) za niezwrócenie w terminie 21 dni części, których brakowało przy zwrocie przedmiotu dzierżawy w wysokości 75% wartości części wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. cennika części nowych (*cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawy części*), jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o cenniki wg oferty od Wydzierżawiającego przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybkozużywające się i nieobjęte gwarancją.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie w zakresie skierowanym na rozprawę uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SWZ „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” w Części 5 „Postanowienia gwarancyjne i serwisowe” w pkt 2 zamieścił następującą treść:

„Wałki skrzętne (wałki przeciążeniowe) zabezpieczające silniki posuwu lub/i organów urabiających:

- dostarczane będą przez Wydierżawiającego w całym okresie dzierżawy nieodpłatnie, w ramach świadczonych usług gwarancyjnych, na koszt Wydierżawiającego (w koszcie dzierżawy),
- objęte będą gwarancją w całym okresie dzierżawy, koszty wałków skrzętnych oraz ich wymiany ujęte będą w stawce dzierżawnej”

W Załączniku nr 1 do SWZ - „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” Części 2 „Wykaz istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych” w Części A pkt 33 lit. f), Zamawiający zamieścił następującą treść „Wykonawca w ramach realizacji zamówienia wyraża zgodę na samodzielne usuwanie awarii (w tym wymianę elementów zabezpieczających, a w szczególności tzw. wałków skrzętnych - przeciążeniowych - jeżeli kombajn będzie w nie wyposażony) w zakresie eksploatacji, naprawy i obsługi przez pracowników Zamawiającego przeszkolonych przez Wykonawcę.”.

W Części 2 „Wykaz istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych” w Części A pkt 14 lit. c Załącznika nr 1 do SWZ Zamawiający zamieścił następującą treść: „(...) W przypadku zaoferowania kombajnu wyposażonego w wałki skrzętne (wałki przeciążeniowe): Koszty wymiany tych wałków ujęte będą w stawce dzierżawnej, Wałki skrzętne (wałki przeciążeniowe) zabezpieczające silniki posuwu lub/i organów urabiających objęte będą bezwzględną gwarancją w całym okresie dzierżawy a czas ich wymiany wliczany jest do sumarycznego miesięcznego czasu postoju kombajnu Tp spowodowanego awariami wynikłymi z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego. (W przypadku braku wałków skrzętnych wpisać nie dotyczy). Wałki skrzętne mogą być wymieniane przez pracowników kopalni bez udziału pracowników serwisu. O zerwaniu wałka serwis Wykonawcy będzie informowany telefonicznie przez osoby dozoru wyższego Zamawiającego.”.

Zamawiający pismem z dnia 21 września 2021 r. udzielił wyjaśnień oraz dokonał zmiany treści SWZ, w tym udzielił odpowiedzi na pytania nr 30 i 31.

„30. Załącznik nr 1 do SWZ, Część 5 pkt 2, tiret 1 i 2:

„Wałki skrętne (wałki przeciążeniowe) zabezpieczające silniki posuwu lub/i organów urabiających:

- dostarczane będą przez Wydierżawiającego w całym okresie dzierżawy nieodpłatnie, w ramach świadczonych usług gwarancyjnych, na koszt Wydierżawiającego (w koszcie dzierżawy),

- objęte będą gwarancją w całym okresie dzierżawy, koszty wałków skrętnych oraz ich wymiany ujęte będą w stawce dzierżawnej.”.

Wykonawca złożył wniosek o modyfikację powyższego zapisu w sposób następujący:

„Wałki skrętne (wałki przeciążeniowe) zabezpieczające silniki posuwu lub/i organów urabiających objęte będą gwarancją w całym okresie dzierżawy.”.

Odpowiedź Zamawiającego:

„Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ i jednocześnie wyjaśnia, że w myśl zapisów tego samego załącznik nr 1 do SWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, część 5, pkt 5, w części Odpowiedzialność z tytułu gwarancji jakości obejmuje zarówno wady, które w chwili odbioru technicznego tkwiły w przedmiocie dzierżawy, jak i wszelkie inne wady fizyczne, ujawnione przed upływem terminu obowiązywania gwarancji. Gwarancja jakości nie obejmuje jednak wad wynikających z używania przedmiotu dzierżawy niezgodnie z jego przeznaczeniem, właściwościami i instrukcjami Producenta przedmiotu dzierżawy oraz postanowieniami zawartymi w niniejszej umowie, a także wad wynikających z braku dokonywania konserwacji, napraw i obowiązkowych przeglądów zgodnie z warunkami gwarancji i instrukcja Obsługi.”.

„31. Załącznik nr 1 do SWZ, Część 5 pkt 5:

„5.Odpowiedzialność z tytułu gwarancji jakości obejmuje wady powstałe z przyczyn, które w chwili odbioru technicznego tkwiły w przedmiocie dzierżawy, jak i wszelkie inne wady fizyczne, powstałe lub ujawnione przed upływem terminu obowiązywania gwarancji (...).”.

Wykonawca złożył wniosek o modyfikację powyższego zapisu w sposób następujący:

„Odpowiedzialność z tytułu gwarancji jakości obejmuje wady powstałe z przyczyn, które w chwili odbioru technicznego tkwiły w przedmiocie dzierżawy (...).”.

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający dokonuje zmiany treści SWZ Część 5, pkt 5 Załącznika nr 1 do SWZ następująco:

„Odpowiedzialność z tytułu gwarancji jakości obejmuje zarówno wady, które w chwili odbioru technicznego tkwiły w przedmiocie dzierżawy, jak i wszelkie inne wady fizyczne, ujawnione przed upływem terminu obowiązywania gwarancji. Gwarancja jakości nie obejmuje jednak wad wynikających z używania przedmiotu dzierżawy niezgodnie z jego przeznaczeniem, właściwościami i instrukcjami Producenta - przedmiotu dzierżawy oraz postanowieniami zawartymi w niniejszej umowie, a także wad wynikających z braku dokonywania konserwacji, napraw i obowiązkowych przeglądów zgodnie z warunkami gwarancji i instrukcją obsługi.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Z treści SWZ, jak i załączników do SWZ, jednoznacznie wynika, że wałki skrętne (wałki przeciążeniowe) dostarczane będą przez wydierżawiającego w całym okresie dzierżawy nieodpłatnie, w ramach świadczonych usług gwarancyjnych, na koszt Wydierżawiającego. Dlatego też ich koszt powinien być ujęty w koszcie dzierżawy. Wałki skrętne objęte będą bowiem gwarancją w całym okresie dzierżawy.

Odpowiedzialność z tytułu gwarancji jakości – jak wynika z odpowiedzi udzielonych na pytania wykonawców i dokonanych modyfikacji SWZ - obejmuje wady, które w chwili odbioru technicznego tkwiły w przedmiocie dzierżawy, jak i wszelkie inne wady fizyczne, ujawnione przed upływem terminu obowiązywania gwarancji. Tak więc odpowiedzialność za te wady ponosi wykonawca. Gwarancja jakości nie obejmuje jednak wad wynikających z używania przedmiotu dzierżawy niezgodnie z jego przeznaczeniem, właściwościami i instrukcjami Producenta - przedmiotu dzierżawy oraz postanowieniami zawartymi w niniejszej umowie, a także wad wynikających z braku dokonywania konserwacji, napraw i obowiązkowych przeglądów zgodnie z warunkami gwarancji i instrukcją obsługi. Nie jest więc tak – jak twierdzi Odwołujący – że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za wszelkie uszkodzenia wałka skrętnego, a co za tym idzie na własny koszt dokonywał wymiany wałków niezależnie od tego jaka była przyczyna jego uszkodzenia. Interes wykonawcy chronią bowiem zarówno postanowienia SWZ, jak również modyfikacje SWZ dokonane przez Zamawiającego (powyższe wprost wynika z odpowiedzi na pytania nr 30 i 31) oraz działania podjęte przez Zamawiającego, które mają na celu zabezpieczenie właściwego działania kombajnu ścianowego a co za tym idzie wałków skrętnych. Wykonawcy są bowiem zobowiązani do przeszkolenia pracowników Zamawiającego tak aby nie dochodziło do uszkodzeń wałków skrętnych będących skutkiem nieprawidłowego używania urządzenia (kombajnu ścianowego). Tak więc za uszkodzenia wałka skrętnego będące następstwem niewłaściwego używania kombajnu nie będzie ponosił odpowiedzialności wykonawca a Zamawiający. Kombajny zostały bowiem wyposażone w rejestratory, które zapisują okoliczności powstałych sytuacji i pozwalają na ustalenie przyczyny zerwania wałka skrętnego. Zamawiający wprowadził w tym postępowaniu zmiany w SWZ w stosunku do postępowań prowadzonych w poprzednich latach, które są konsekwencją bardzo wysokich kosztów związanych z uszkodzeniami wałków skrętnych a, które dotychczas ponosił Zamawiający i to bez względu na przyczynę powstałego uszkodzenia. Obecne postanowienia SWZ – jak słusznie wskazywał Zamawiający – odpowiedzialność za powstałe uszkodzenia wałków skrętnych w zależności od ich przyczyny rozkładają na obie strony przyszłej umowy. Zasadność takiego rozwiązania potwierdzają złożone przez Odwołującego wezwania serwisowe nr: 42/21/S/1098, 42/21/S/1146, 42/21/S/1181, 42/21/S/1404,

42/21/S/1738 (Oddział KWK Piast – Ziemowit Ruch Piast) oraz nr: 49/21/S/705, 49/21/S/717, 49/21/S/774 (Oddział KWK ROW Ruch Marcel), które Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego i z treści, których wynika, że w trakcie realizacji wskazanych w wezwaniach umów realizowane były także naprawy serwisowe „poza gwarancją” a więc powstałe z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i za tego rodzaju uszkodzenia odpowiedzialność będzie ponosił Zamawiający („używania przedmiotu dzierżawy niezgodnie z jego przeznaczeniem, właściwościami i instrukcjami Producenta”). Dlatego też położył nacisk na prawidłową eksploatację kombajnu ścianowego a co tym idzie odpowiednie przeszkolenie pracowników. Jest to niezwykle istotne z uwagi na bardzo wysoki koszt przestoju kombajnu ścianowego (prześlij w okresie pół godziny to koszt w kwocie 22 000 zł z uwagi na brak możliwości wydobywania węgla w tym czasie), który poniosą kopalnie. Istotny jest więc czas wymiany wałka. Czas wymiany wałka przez pracowników Zamawiającego wynosi 30 minut, natomiast faktyczny czas wymiany wałka w sytuacji, gdy wymiana była realizowana przez Odwołującego to jedna godzina w sytuacji gdy czas reakcji serwisu to aż cztery godziny.

W kontekście powyższych okoliczności i zmian wprowadzonych przez Zamawiającego w zakresie odpowiedzialności gwarancyjnej niezwykle ważną jest kwestia dotycząca ustalenia ryzyka wymiany wałka skrętnego i ilości wymienianych wałków skrętnych. Odwołujący – wbrew prezentowanemu konsekwentnie stanowisku - ma taką możliwość. Ilość wymienianych wałków jest do oszacowania. To przecież sam Odwołujący w załączeniu do odwołania złożył wykaz „zużycia wałków w latach 2018 - 2020 w kopalniach PGG”, z którego wynika, że we wskazanym okresie w kopalniach PGG wymieniono 780 wałków skrętnych na łączną kwotę 3 688 000 zł. Także złożony przez Zamawiającego wykaz „Zestawienie ilości wymienionych wałków skrętnych w kombajnach ścianowych PGG” pokazuje faktyczną ilość wymienionych wałków skrętnych. W okresie referencyjnym dokonano 291 wymian. Zestawienie to – wbrew stanowisku Zamawiającego - nie potwierdza, że w przypadku kombajnów dostarczonych przez Odwołującego ilość wymian była większa, gdyż wałki odwołującego są jakościowo gorsze. Z przedstawionego zestawienia wniosków takich nie da się wywieść. Dotyczy ono bowiem trzech dostawców, z czego kombajny wykonawców EICKHOFF i YOY pracują dla sześciu kopalń każdy a Odwołującego dla 13. W oparciu o to zestawienie można więc oceniać wyłącznie ilość wymian a nie jakość dostarczanych wałków skrętnych. Faktyczna ilość wymian dokonanych w okresach wskazanych w złożonych zestawieniach jest więc do ustalenia. Obydwa ze złożonych wykazów – zestawień Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego.

Reasumując stwierdzić należy, że brak jest podstaw do wprowadzania zmian w zakresie odpowiedzialności gwarancyjnej, która została ukształtowana w taki sposób, że uwzględni zasadę równości obydwu stron stosunku prawnego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....