

WYROK

z dnia 29 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 r. przez wykonawcę **I. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Climatronic I. D., ul. Małobądzka 29; 42-500 Będzin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, Zakład Wsparcia Produkcji, ul. Towarowa 1; 44-330 Jastrzębie Zdrój,**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **I. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Climatronic I. D., ul. Małobądzka 29; 42-500 Będzin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **I. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Climatronic I. D., ul. Małobądzka 29; 42-500 Będzin**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **I. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Climatronic I. D., ul. Małobądzka 29; 42-500 Będzin** na rzecz zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, Zakład Wsparcia Produkcji, ul. Towarowa 1; 44-330 Jastrzębie Zdrój** kwotę **4 481 zł 72 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta osiemdziesiąt jeden złotych, siedemdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę oraz wynagrodzenia i wydatków 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 2019 r. poz. 2019) 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

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Dostawa wraz z zabudową kompletnych 4 niestacjonarnych agregatów wody lodowej typu woda/woda o mocy chłodniczej 950-999 kW każdy z osprzętem dla JSWS.A. KWK Jastrzębie-Bzie”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 lutego 2021 r., pod nr 2021/S 040-100878.

Dnia 8 marca 2020 roku wykonawca I. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Climatronic I. D. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu (dalej „SWZ”), w szczególności specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ (dalej „Specyfikacja Techniczna”) oraz wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ (dalej: „Wzór Umowy”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 nPzp, poprzez przygotowanie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także poprzez prowadzenie postępowania w sposób nieproporcjonalny oraz nieprzejrzysty, co przejawia się w szczególności w postawieniu przez zamawiającego nieuzasadnionych ekonomicznie ani technicznie wymagań w specyfikacji technicznej, żądaniu wykazania nieproporcjonalnie wysokiej zdolności finansowej lub kredytowej, skrajnie jednostronnych zapisów umownych,
2. art. 17 ust. 1 nPzp, poprzez przygotowanie postępowania, w którym niemożliwe jest zapewnienie najlepszej jakości dostaw i usług uzasadnionych charakterem zamówienia, a także uniemożliwiającego uzyskanie najlepszych efektów gospodarczych, zwłaszcza w stosunku do poniesionych nakładów, co przejawia się w szczególności w nieuzasadnionym względami technicznymi lub ekonomicznymi żądaniu zastosowania rozwiązania niegwarantującego bezpieczeństwa, które w Polsce nigdy nie było stosowane w warunkach zakładu górniczego, wymogu zastosowaniu zbędnych elementów, uniemożliwienia uczestnictwa w przetargu wykonawców korzystających ze sprawdzonych (w tym na terenie kopalni zamawiającego) i konkurencyjnych technologii.
3. art. 99 ust. 1 nPzp, poprzez sformułowanie postanowień SWZ, w postaci Specyfikacji Technicznej (jako opisu przedmiotu zamówienia), w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w tym poprzez zaniechanie zastosowania dostatecznie dokładnych

- i zrozumiałych określeń, uwzględniających wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, co przejawia się w szczególności w nieokreśleniu sposobu zrzutu wody chłodzącej uniemożliwiając stworzenie odpowiedniego sterownika i zaprojektowanie całości konstrukcji.
4. art. 99 ust. 2 nPzp, poprzez zaniechanie sformułowania postanowień SWZ, w postaci Specyfikacji Technicznej (jako opisu przedmiotu zamówienia), wymaganych cech przedmiotu zamówienia, co przejawia się w szczególności w nieokreśleniu przez zamawiającego procesu zrzutu wody chłodzącej oraz nieokreśleniu wszystkich funkcjonalności, jaką posiadać ma końcowe urządzenie wraz z instalacją towarzyszącą.
 5. art. 99 ust. 3 nPzp, poprzez zastosowanie dla sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu nieistniejącego kodu CPV, mianowicie kodu o oznaczeniu „43600000” zamiast prawidłowego kodu oznaczonego nr „43600000-9”;
 6. art. 99 ust. 4 nPzp w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, a to poprzez wskazanie procesu oraz produktu dostarczanego (z uwagi na opatentowanie zastosowanych sprężarek) przez konkretnego wykonawcę,
względnie
 7. art. 99 ust. 5 i 6 nPzp, poprzez zaniechanie dopuszczenia rozwiązań równoważnych względem przedmiotu zamówienia sformułowanego według dotychczasowych postanowień Specyfikacji Technicznej oraz zaniechanie sformułowania (wskazania) kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności;
 8. art. 101 ust. 1 nPzp, poprzez zaniechanie zastosowania w postanowieniach SWZ, w postaci Specyfikacji Technicznej (jako opisu przedmiotu zamówienia), jednego ze wskazanych w przepisach PZP sposobów opisu przedmiotu zamówienia, a to poprzez:
 - a) nieokreślenie wyłącznie funkcjonalności, oraz
 - b) wskazanie konkretnych rozwiązań bez odwołania się do konkretnych zharmonizowanych norm lub wspólnych specyfikacji technicznych.
 9. art. 112 ust 1 z zw. z art. 116 ust. 1 nPzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wymaganej zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jak również uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a to w szczególności poprzez żądanie przedstawienia wykazu i względnie referencji wykonanych dostaw urządzeń o mocy 950-999 kW, mimo tego, że technologia i sposób działania urządzeń chłodniczych nie zmienia się znacznie przy skalowaniu mocy, a realnie istotną okolicznością w aspekcie doświadczenia wykonawcy jest

doświadczenie z dostawą lub modernizacją urządzeń chłodniczych użytkowanych w warunkach zakładu górniczego. Nadmienić należy, że urządzenia o takiej mocy są bardzo rzadko zamawiane, w przypadku zamawiającego ostatnie takie zamówienie miało miejsce ponad 10 lat temu.

10. art. 112 ust. 1 z zw. z art. 115 ust. 1 nPzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wymaganej zdolności finansowej lub ekonomicznej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jak również uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a to w szczególności poprzez żądanie przedstawienia przez zamawiającego dowodu na posiadanie zdolności finansowej i kredytowej w wysokości aż 3.500.000,00 zł, mimo iż zdolność taka nie jest konieczna dla zapewnienia realizacji umowy, zwłaszcza przy ciągłej pracy przedsiębiorstwa wykonawcy.
11. art. 16, 17 oraz art. 433 pkt 3) nPzp, poprzez zastosowanie postanowień projektu umowy nakładających na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi, nadto określając uprawnienia zamawiającego w sposób obiektywnie sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.
12. Przyjęcie mocy i charakteru urządzenia zmierzającej do obejście prawa, a to art. 120 ustawy z dnia 9 czerwca 2011r. Prawo geologiczne i górnicze w zw. z § 29 i 31 rozporządzenia Ministra Energii (dalej „Rozporządzenie ME”) z dnia 23 listopada 2016r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych, poprzez określenie maksymalnej mocy w wysokości 999 kW, w sposób oczywisty zmierzającego do niezaliczenia tych maszyn do podstawowych obiektów, maszyn i urządzeń zakładu górniczego o których mowa w § 29 przywołanego rozporządzenia ME, a tym samym uniknięcia konieczności uzyskania pozwolenia na oddanie tego urządzenia do ruchu w zakładzie górniczym, a także określenia, iż urządzenia objęte dostawą mają być urządzeniami niestacjonarnymi, pomimo iż charakter tych urządzeń oraz towarzysząca im instalacja każe domniemywać, że będą one wykorzystywane jako urządzenia stacjonarne.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści SWZ, w tym treści Specyfikacji Technicznej oraz treści Wzoru Umowy, a także zmianę treści Ogłoszenia, poprzez:

1. zmianę treści sekcji III pkt III.1.3.) Ogłoszenia (pn. Zdolność techniczna i zawodowa) poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej potwierdzać będzie wykonanie co najmniej 2 dostaw górniczych urządzeń chłodniczych wykonanych w okresie 5 lat przed terminem składania ofert wraz z podaniem ich przedmiotu, ilości agregatów, typu i mocy chłodniczej, dat

wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane (Załącznik nr 3 do SWZ)”;

2. zmianę treści pkt 10.1.3 SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej potwierdzać będzie wykonanie co najmniej 2 dostaw górniczych urządzeń chłodniczych wykonanych w okresie 5 lat przed terminem składania ofert wraz z podaniem ich przedmiotu, ilości agregatów, typu i mocy chłodniczej, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane (Załącznik nr 3 do SWZ)”,

3. zmianę treści pkt 10.1.1. SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości co najmniej: 1 000 000,00 zł w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed ich złożeniem”,

4. zmianę treści § 6 pkt 11 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Zamawiający zastrzega sobie prawo przeniesienia urządzeń do innych wyrobisk bądź innego zakładu Zamawiającego lub udostępnienia urządzenia podmiotowi trzeciemu. Zamawiający zachowuje przy tym uprawnienia z tytułu gwarancji pod warunkiem, iż warunki użytkowania urządzenia będą tożsame z pierwotnie określonymi dla tego urządzenia. Zamawiający w przypadku przeniesienia urządzenia o ponad 30 km od miejsca jego pierwotnego usytuowania zobowiązany jest do pokrycia dodatkowych kosztów Wykonawcy związanych z odległym dojazdem na miejsce w związku z wykonywaniem swojego zobowiązania wynikającego z niniejszej umowy.”,

5. zmianę treści § 7 ust. 3 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonawca ponosi wobec Zamawiającego odpowiedzialność z tytułu gwarancji, określonej w dokumencie gwarancyjnym. Treść dokumentu gwarancyjnego powinna spełniać wymogi normalne i powszechnie stosowane przy tego typu urządzeniach. Zamawiający może wykonywać uprawnienia z tytułu gwarancji niezależnie od uprawnień z tytułu rękojmi, jednakże nie może ich wykonywać względem tej samej części, podzespołu lub zespołu jednocześnie.”,

6. zmianę treści § 7 ust. 6 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Odpowiedzialność z tytułu gwarancji obejmuje zarówno wady powstałe z przyczyn, które w chwili odbioru tkwiły w urządzeniu jak i wszelkie inne wady fizyczne urządzenia, powstałe lub ujawnione przed upływem terminu obowiązywania gwarancji, chyba, że wady te powstały z winy Zamawiającego, w szczególności poprzez nieprawidłowe użytkowanie urządzenia, w tym w warunkach, w których nie miało być ono użytkowane.”,

7. skreślenie § 7 ust. 11 Wzoru umowy i nadanie odpowiedniej numeracji pozostałym ustępom, względnie zmianę tego ustępu poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Wymienione w ramach gwarancji części, podzespoły i zespoły będą nowe, tj. nieużywane i nieregenerowane”,

8. zmianę treści § 7 ust. 12 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Wymienione w ramach gwarancji elementy lub podzespoły oraz wykonane w ramach gwarancji prace objęte są gwarancją wydłużoną o czas dokonywania naprawę lub wykonywania prac.”,

9. wykreślenie § 7 ust. 13 Wzoru umowy i nadanie pozostałym postanowieniom odpowiedniej numeracji,

10. zmianę treści § 7 ust. 14 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonawca zobowiązany jest do gotowości do wykonania świadczeń wynikających z udzielonej gwarancji w dniach od poniedziałku do soboty, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy”,

11. zmianę treści § 7 ust. 15 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Przyjazd ekipy serwisowej do zakładu Zamawiającego wraz z narzędziami i przyrządami specjalistycznymi, częściami zamiennymi, podzespołami i zespołami potrzebnymi do awaryjnej naprawy urządzeń według informacji przekazanych przy zgłoszeniu awarii przez Zamawiającego nastąpi niezwłocznie, nie dłużej niż w ciągu 24 godzin od momentu zgłoszenia awarii. Czas ten może ulec wydłużeniu, jeżeli Zamawiający zmienił położenie urządzenia, co wymaga dłuższego transportu”,

12. zmianę treści § 7 ust. 16 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Usunięcie awarii urządzeń nastąpi w terminie do 48 godzin, liczonymi od momentu przybycia ekipy serwisowej oraz dotransportowania przez Zamawiającego do miejsca naprawy dostarczonych przez Wykonawcę części zamiennych, podzespołów i zespołów. Czas ten ulega wydłużeniu, jeżeli zgłoszenie awarii było nieprawidłowe lub gdy w toku naprawy wyjdą na jaw inne niż zgłoszone problemy z działaniem urządzenia wymagające dostarczenia dodatkowych osób lub części.”,

13. zmianę treści § 7 ust. 21 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „W okresie gwarancji pełen zakres usług serwisowych łącznie z zapewnieniem normalnego asortymentu części zamiennych w tym materiałów eksploatacyjnych, koszty dojazdu serwisu, transport urządzeń związany z realizacją przez Zamawiającego uprawnień z tytułu gwarancji następuje staraniem i na koszt Wykonawcy, poza sytuacjami określonymi w odrębnych postanowienia umowy.”,

14. zmianę treści § 7 ust. 22 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „W przypadku awarii urządzenia powstałej z winy Zamawiającego koszty materiałów i części zamiennych niezbędnych do naprawy oraz ich wymiany pokryje Zamawiający.”,

15. zmianę treści § 7 ust. 24 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Zamawiający bez utraty gwarancji na całe urządzenie, może eksploatować urządzenie przy wykorzystaniu części i materiałów szybkozużywających pochodzących od innych dostawców niż Wykonawca, zaakceptowanych uprzednio do stosowania przez Wykonawcę.”,

16. zmianę treści § 7 ust. 25 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Zamawiający może przekazać urządzenie oraz składające się na niego części i podzespoły w całości lub w części do badań jednostce specjalistycznej wybranej wspólnie z Wykonawcą.”,

17. wykreślenie treści części II pkt 1.5. Specyfikacji Technicznej,

18. zmianę treści części II pkt 1.7 Specyfikacji Technicznej poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Praca na czynniku chłodniczym: 513A lub R-134a”,

19. zmianę treści części II pkt 1.10 Specyfikacji Technicznej poprzez dodanie „lub mechaniczny”,

20. zmianę treści części II pkt 2 Specyfikacji Technicznej poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „System automatycznego wykrywania wycieku czynnika chłodniczego automatycznie wyłączający urządzenia z pod napięcia”,

21. skreślenie postanowienia części III pkt 2 Specyfikacji Technicznej,

22. zmianę treści załącznika nr 4 do umowy poprzez zmianę terminów wykonania poszczególnych etapów na następujące:

| Lp | ETAP | Termin realizacji |
|------|--|------------------------------------|
| 1. | Opracowanie dokumentacji wraz z uzyskaniem niezbędnych opinii, decyzji i dopuszczeń | 1,5 miesiąca od podpisania umowy. |
| II. | Dostawa urządzeń | Od 1,5. miesiąca do 7. miesiąca |
| III. | Zabudowa urządzeń wraz z niezbędnymi odbiorami rzeczoznawczymi oraz organów nadzoru górniczego | Od 7. do 11. miesiąca |
| IV. | Wykonanie pozytywnego 72 godzinnego ruchu próbnego, odbiór techniczny kompletnej instalacji i odbiór końcowy | W 12. miesiącu od podpisania umowy |

- i zobowiązanie zamawiającego do stworzenia i wykorzystania grafiki odpowiadającej powyższym terminom w miejsce wykorzystanej w obecnym wzorze umowy,

23. zmianę § 10 ust. 13 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Wszelkie wynikające z umowy należności (należność główna, należności uboczne, w tym odszkodowania, kary umowne, odsetki i inne) nie mogą być przedmiotem obrotu, prawa rzeczowego, przewłaszczenia, zabezpieczenia, ani obciążenia, w tym cesji, sprzedaży, zastawu rejestrowego bez pisemnej zgody Zamawiającego.”,

24. zmianę § 10 ust. 14 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Zamawiający uprawniony będzie do potrącenia (kompensaty) z wynagrodzenia wszelkich przysługujących mu wzajemnych wymagalnych i bezspornych wierzytelności. Wskutek potrącenia wynagrodzenie i wierzytelność wzajemna Zamawiającego umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej”,

25. zmianę § 13 ust. 4 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Zamawiający ma prawo rozwiązać umowę w całości lub ograniczyć zakres jej realizacji oraz odpowiadające ograniczonej części wynagrodzenie Wykonawcy, ze skutkiem natychmiastowym, z ważnych powodów, w szczególności w przypadku:

- a) zmian w strukturze organizacyjnej Zamawiającego skutkującej tym, że umowa nie może być realizowana,
- b) utraty przez Wykonawcę uprawnień niezbędnych do wykonywania działalności lub czynności objętej przedmiotem umowy, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,
- c) niewykonywania lub nienależytego wykonywania przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w szczególności poprzez:
 - uchylenie się przez Wykonawcę od realizacji umowy w całości lub w części,
 - wykonywanie przedmiotu umowy w sposób niezgodny ze sposobem określonym w umowie,
 - uchybienie terminu realizacji przedmiotu umowy przekraczające 30 dni”,

26. zmianę § 13 ust. 7 Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „W przypadku rozwiązania umowy z przyczyn o których mowa w ust. 3 - 6, z wyłączeniem ust. 3 pkt a), powyżej, Wykonawcy nie przysługuje prawo do odszkodowania z tego tytułu”.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że posiada interes w kwestionowaniu postanowień SWZ oraz Ogłoszenia z uwagi na to, iż ich brzmienie ogranicza odwołującemu złożenie prawidłowej i konkurencyjnej oferty oraz udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Gdyby postanowienia SWZ oraz Ogłoszenia zostały prawidłowo skonstruowane, wykonawca mógłby wziąć udział w postępowaniu i złożyć konkurencyjną ofertę, w następstwie której mógłby ewentualnie uzyskać zamówienie i je wykonać. W związku z poprzednim wypełnione zostają przesłanki art. 505 PZP, a odwołującemu przysługuje możliwość wniesienia odwołania.

Odwołujący wskazał, co następuje.

1. Doświadczenie i referencje wykonawcy

Zamawiający w pkt 10.1.3 SWZ oraz sekcji III pkt III.1.3.) Ogłoszenia wymaga od potencjalnych wykonawców przedłożeniu wykazu robót polegających na dostawie,

co najmniej dwóch agregatów wody lodowej typu woda/woda o mocy 950 - 999 kW każdy, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, jednakże wedle posiadanych przez odwołującego informacji na przestrzeni ostatnich 5 lat żaden podmiot nie zamawiał takich urządzeń. Istotnym w tym miejscu jest fakt, iż zgodnie z przywołanym punktem zamawiający może, lecz nie musi zażądać referencji od zgłaszającego się wykonawcy z wykonania takich robót, co w rzeczywistości sprawia, iż zamawiający może zgodnie z ogłoszeniem dopuścić do udziału wybranego przez siebie wykonawcę, od pozostałych wymagając przedstawienia niemożliwych do uzyskania referencji. Tak sformułowane wymagania zamawiającego są także nieracjonalne i nieuzasadnione, bowiem określony przedział mocy urządzeń jest bardzo wąski i nieracjonalny z punktu widzenia przedmiotu zamówienia. W realiach urządzeń górniczych istotne jest to, czy wykonawca posiada doświadczenie w dostawie lub modernizacji urządzeń chłodniczych wykorzystywanych w warunkach zakładu górniczego. Moc układów chłodzących nie wpływa w znacznym stopniu na budowę urządzenia, a sposób i mechanizm działania pozostają tożsame. Przyjęte przez zamawiającego rozwiązanie sprawia wrażenie tzw. zmowy referencyjnej i jest niemożliwe do pogodzenia z ogólnymi zasadami zamówień publicznych.

2. Termin realizacji zamówienia.

Zamawiający określił harmonogram realizacji zamówienia w załączniku nr 4 do Wzoru Umowy. Zamawiający podzielił zamówienie na 4 etapy, tj. kolejno:

| Lp | ETAP |
|------|---|
| 1. | Opracowanie dokumentacji wraz z uzyskaniem niezbędnych opinii, decyzji i dopuszczeni |
| II. | Dostawa urządzeń |
| III. | Zabudowa urządzeń wraz z niezbędnymi odbiorami rzeczoznawczymi oraz organów nadzoru górniczego |
| IV. | Wykonanie pozytywnego 72 godzinowego ruchu próbnego, odbiór techniczny kompletnej instalacji i odbiór końcowy |

Zamawiający na całość realizacji dostawy przewiduje sześć miesięcy, co pozostaje w sprzeczności z zasadą konkurencyjności oraz proporcjonalności przy realizacji zamówień publicznych. Tak krótki termin jest niemożliwy do dochowania, jeżeli wykonawca nie posiada gotowych urządzeń „na stanie”, co przy specyficznej mocy agregatów i ich cenie nie jest możliwe, zwłaszcza w świetle tego, iż teoretycznie każdy z ubiegających się wykonawców nie wie, czy jego oferta zostanie wybrana. Jednocześnie określone przez zamawiającego terminy tworzą iluzję rozsądnej ilości czasu na realizację poszczególnych etapów, gdyż zamawiający podnosić może, że wykonawca na dostawę urządzeń ma 4 pełne miesiące, a na ich zabudowanie 3,5 miesiąca. Terminy te jednak na siebie nachodzą i oceniając te terminy w sposób realny i rozsądny, wykonawca na stworzenie i dostarczenie urządzeń ma miesiąc lub jeżeli dostarczy je później, musi dokonać ich zabudowy na przestrzeni półtora miesiąca. Zastrzeżenia budzi także to, iż zamawiający przewiduje rozpoczęcie dostawy

urządzeń jeszcze przed uzyskaniem niezbędnych dopuszczeń, decyzji i opinii, co stanowi także naruszenie ogólnych norm bezpieczeństwa. Zważywszy za rodzaj planowanych prac, przyjmując iż przetarg odbywać się ma przy zachowaniu pełnej konkurencyjności, zakładając przy tym, iż zamawiający nie wie, kto zostanie wykonawcą i faktycznie ma zamiar dokonać oceny złożonych ofert i wybrać spośród nich najlepszą, całościowy termin realizacji powinien wynieść rok, a poszczególne jego etapy nie powinny na siebie nachodzić. Tym samym wykonawca powinien zastosować harmonogram przewidujący następujące terminy etapów.

| Lp | ETAP | Termin realizacji |
|------|--|------------------------------------|
| I. | Opracowanie dokumentacji wraz z uzyskaniem niezbędnych opinii, decyzji i dopuszczeń | 1,5 miesiąca od podpisania umowy. |
| II. | Dostawa urządzeń | Od 1,5. miesiąca do 7. miesiąca |
| III. | Zabudowa urządzeń wraz z niezbędnymi odbiorami rzeczoznawczymi oraz organów nadzoru górniczego | Od 7. do 11. miesiąca |
| IV. | Wykonanie pozytywnego 72 godzinnego ruchu próbnego, odbiór techniczny kompletnej instalacji i odbiór końcowy | W 12. miesiącu od podpisania umowy |

Tak określone terminy zagwarantują, zdaniem odwołującej się warunki niezbędne dla zachowania uczciwej konkurencji, pozostaną także w zgodzie z zasadą proporcjonalności określoną w art. 16 PZP. Jednocześnie terminy te pozwolą zamawiającemu uzyskanie najlepszej jakości dostawy z uwagi na to, iż w postępowaniu wezmą udział inne podmioty, w tym odwołujący, które z dużym prawdopodobieństwem będą w stanie przedstawić zamawiającemu niższą cenę.

3. Zapisy Wzoru Umowy.

Przyjęte przez zamawiającego we Wzorze Umowy stanowiącej załącznik nr 5 do SWZ zapisy skutecznie zniechęcają wykonawców chcących wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający ma w praktyce możliwość zaniechania egzekwowania ich zapisów względem konkretnego wykonawcy, przy jednoczesnym stosowaniu takich zapisów celem zniechęcenia pozostałych. Zapisy Wzoru Umowy pozostają tym samym w sprzeczności z art. 16 oraz 17 PZP, tworząc warunki uniemożliwiające zachowanie uczciwej konkurencji oraz sprzeczne z zasadą proporcjonalności. Tak też kolejno:

- A. określony w § 2 Harmonogram jest niemożliwy do dotrzymania co wykazano w pkt. 2 uzasadnienia,
- B. określone w postanowieniach § 6 ust. 11 w zw. z § 7 ust. 3, 4, 6, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 21, 22, 24, tworzą skrajnie nierównomierne rozłożenia obowiązków między zamawiającym a wykonawcą, będąc przy tym sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami w sposób rażąco naruszając przy tym zasady współzycia społecznego. Postanowienia te kolejno:

- § 6 ust. 11. Zamawiający zastrzega sobie prawo przeniesienia urządzeń do innych wyrobisk bądź innego zakładu zamawiającego lub udostępnienia urządzenia podmiotowi trzeciemu, bez utraty gwarancji.

- § 7 ust. 3. Wykonawca ponosi wobec zamawiającego odpowiedzialność z tytułu gwarancji, określonej w dokumencie gwarancyjnym. Treść dokumentu gwarancyjnego powinna spełniać wymogi zamawiającego przedstawione w umowie. Zamawiający może wykonywać uprawnienia z tytułu gwarancji niezależnie od uprawnień z tytułu rękojmi.

- § 7 ust. 4. Wykonawca udziela gwarancji na każde z dostarczonych urządzeń oraz wykonane instalacje. Okres obowiązywania gwarancji wynosi 24 miesiące.

- § 7 ust. 6. Odpowiedzialność z tytułu gwarancji obejmuje zarówno wady powstałe z przyczyn, które w chwili odbioru tkwiły w urządzeniu jak i wszelkie inne wady fizyczne urządzenia, powstałe lub ujawnione przed upływem terminu obowiązywania gwarancji (jednocześnie w oparciu o ust. 25 to zamawiający sam i bez jakiegokolwiek kontroli wybiera jednostkę, która podejmuje decyzję w zakresie tego, kiedy te błędy powstały).

- § 7 ust. 11. Wymienione w ramach gwarancji części, podzespoły i zespoły będą nowe, tj. nieużywane i nieregenerowane, wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy od ich dostarczenia.

- § 7 ust. 12. Wymienione w ramach gwarancji elementy lub podzespoły oraz wykonane w ramach gwarancji prace zostaną objęte nową gwarancją na niezmienionych warunkach.

- § 7 ust. 13. Uprawnienie do określenia obowiązków wykonawcy z tytułu gwarancji przysługuje zamawiającemu - co stoi w sprzeczności z art. 577 - 581 Kodeksu cywilnego.

- § 7 ust. 14. Wykonawca zobowiązany jest do całodobowej gotowości do wykonania świadczeń wynikających z udzielonej gwarancji w każdym dniu tygodnia, w tym również w soboty oraz dni ustawowo wolne od pracy.

- § 7 ust. 15. Przyjazd ekipy serwisowej do zakładu zamawiającego wraz z narzędziami i przyrządami specjalistycznymi niebędącymi w obrocie handlowym, częściami zamiennymi, podzespołami i zespołami potrzebnymi do awaryjnej naprawy urządzeń nastąpi w terminie nie dłuższym niż 8 godzin od momentu zgłoszenia wady.

- § 7 ust. 16. Usunięcie awarii urządzeń nastąpi w terminie do 48 godzin, liczonymi od momentu przybycia ekipy serwisowej oraz dotransportowania przez zamawiającego do miejsca naprawy dostarczonych przez wykonawcę części zamiennych, podzespołów i zespołów.

- § 7 ust. 21. W okresie gwarancji pełen zakres usług serwisowych łącznie z zapewnieniem pełnego asortymentu części zamiennych w tym materiałów eksploatacyjnych, koszty dojazdu serwisu, transport urządzeń związany z realizacją przez zamawiającego uprawnień z tytułu gwarancji następuje staraniem i na koszt wykonawcy.

- § 7 ust. 22. W przypadku awarii urządzenia powstałej z winy zamawiającego koszty materiałów i części zamiennych niezbędnych do naprawy oraz ich wymiany pokryje zamawiający. W przypadku dokonania wymiany części urządzenia na nowe przy jednoczesnym zwrocie wykonawcy części podlegających wymianie, koszt nowych części zamiennych, którymi obciążony zostanie zamawiający, zostanie skorygowana do kosztu części poremontowej.

- § 7 ust. 24. Zamawiający bez utraty gwarancji na całe urządzenie, może eksploatować urządzenie przy wykorzystaniu części i materiałów szybkozużywających pochodzących od innych dostawców niż wykonawca.

Powyższe zapisy oznaczają w praktyce, iż zamawiający może praktycznie bez ograniczeń wykorzystywać dostarczone urządzenie w dowolnym miejscu, warunkach, w sposób sprzeczny z normalnym użytkowaniem danego urządzenia, a pełną odpowiedzialnością za uszkodzenia obarczać wykonawcę, jednocześnie żądając dostępności wykonawcy w miejscu i czasie nierealnie do dochowania. Postanowienia dotyczące nowej gwarancji po każdej naprawie, uprawnienia zamawiającego do kształtowania obowiązków wykonawcy według swojej woli, wybierania przez zamawiającego jednostki decydującej o tym, czy dane uszkodzenie jest lub nie jest winą wykonawcy, a także realny zakaz naprawy jakiegokolwiek elementu, miast tego zobowiązanie do wymiany na całkowicie nowy, do tego wyprodukowany w określonym przez zamawiającego terminie, są zapisami wprost absurdalnymi.

Postanowienia § 10 ust. 13 ustanawiający zakaz materialnoprawnego pełnomocnictwa do dochodzenia przysługujących wykonawcy należności bez pisemnej zgody zamawiającego. Taka regulacja pozbawia wykonawcę gwarantowanych mu konstytucyjnie środków prawnej ochrony swoich interesów, gdyż wyłącza możliwość skorzystania przez wykonawcę z pomocy profesjonalnego prawnika przy odzyskiwaniu należnych mu roszczeń, w dodatku nie czyniąc w tym zakresie żadnych ograniczeń względem zamawiającego.

Postanowienie § 10 ust. 14 uprawnia zamawiającego do dokonywania potrąceń względem przysługujących zamawiającemu wierzytelności, również tych niewymagalnych. Rozwiązanie takie daje w rzeczywistości zamawiającemu możliwość dowolnego kształtowania sytuacji prawnej wykonawcy, w tym także do bezpodstawnego niewypłacenia mu wynagrodzenia. Zgodnie z takim zapisem zamawiający może wystawić nawet notą obciążeniową całkowicie pozbawioną podstaw faktycznych i prawnych, by następnie potrącić całość wynagrodzenia wykonawcy i odmówić jej zapłaty.

Postanowienie § 13 ust. 4 uprawnia zamawiającego do rozwiązania umowy w całości lub ograniczenie jej realizacji oraz wynagrodzenia wykonawcy ze skutkiem natychmiastowym między innymi z przyczyny jakiegokolwiek uchybienia przez wykonawcę terminowi realizacji przedmiotu umowy, co oznacza, że nawet jednodniowe opóźnienie w tym zakresie uprawnia

zamawiającego do rozwiązania umowy i odmowy wypłaty wynagrodzenia wykonawcy. Ponadto w ust. 5 zamawiający zastrzega sobie prawo odstąpienia od umowy w razie wystąpienia zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy przestanie leżeć w jego interesie, co w praktyce niezwykle szeroko kształtuje uprawnienie zamawiającego do odstąpienia lub wypowiedzenia zawartej umowy. Jednocześnie w ust. 7 umowy zawarto, iż w takich przypadkach wykonawcy nie przysługuje prawo do odszkodowania, natomiast w ust. 8 zamawiający zastrzega sobie dodatkowo uprawnienie do nałożenia na wykonawcę kary umownej.

Określone powyżej zapisy godzą w podstawowe zasady kształtowania obowiązków stron w ramach zawartej umowy cywilnoprawnej i stanowią nadużycie pozycji zamawiającego, jako podmiotu nieporównywalnie większego od potencjalnych wykonawców. Jakkolwiek praktyka niezrównoważonych obowiązków zamawiającego i wykonawcy jest niestety powszechna, tak określone w postępowaniu warunki są niemożliwe do przyjęcia przez jakiegokolwiek wykonawcę, chyba, że ten otrzyma dżentelmeńskie zapewnienie o niestosowaniu tych postanowień. W rzeczywistości zapisy te wydają się mieć na celu wyłącznie odstraszenie zainteresowanych udziałem wykonawców od ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

4. Ogłoszenie.

W Ogłoszeniu zamawiający wskazał błędny kod CPV „43600000 Części maszyn górniczych, kopalniczych oraz budowlanych”, podczas gdy właściwy kod dla tego typu zamówienia to „43600000-9”. Jakkolwiek różnica jest niewielka, tak zautomatyzowane systemy katalogizacji toczących się zamówień mogą błędnie określonego kodu nie przetworzyć, a tym samym ograniczyć liczbą potencjalnych odbiorców komunikatu, a w konsekwencji ilość zgłoszeń. Zamawiający zobowiązany jest do stosowania bezwzględnie prawidłowych kodów, czego w tym przypadku nie dopełnił.

5. Specyfikacja Techniczna.

Zamawiający w przyjętej przez siebie Specyfikacji Technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ, określa poszczególne elementy mającego powstać systemu w taki sposób, iż pozbawione celu stają się stworzenie przez potencjalnego wykonawcę projektu technicznego rozwiązania (który wykonawca ma wykonać zgodnie z § 5 ust. 1 Wzoru Umowy), które dany wykonawca chce zastosować. W rzeczywistości wymagania postawione przez zamawiającego zawężają pole potencjalnych rozwiązań do jednego głównego projektu, który różnić może się kwestiami zupełnie nieistotnymi. Tak też kolejno zamawiający wymaga zastosowania sprzęzarek produkowanych wyłącznie przez jeden podmiot, czynników chłodzących dedykowanych dla rozwiązań tego konkretnego producenta, a także pomniejszych elementów systemu oraz oprogramowania które nie pozostawiają „pola manewru” potencjalnym zamawiającym. Opis przedmiotu zamówienia każe kwestionować to,

czy zamawiający wyznaczył jedynie cele i niezbędne elementy ich uzyskania, czy też wie już, jaki projekt chce zrealizować. Wskazania wymaga przy tym, iż rozwiązania, które w Specyfikacji Technicznej wskazuje zamawiający nie gwarantują w opinii odwołującego bezpieczeństwa ich użytkowania w warunkach kopalnianych. W części dotyczącej oprogramowania towarzyszącego instalacji zamawiający nie określa nawet tego, jak przebiegać ma proces zrzutu wody chłodzącej agregaty, wskazując jedynie z kim ma przebiegać współpraca w tym zakresie.

5.1. Sprężarka.

Zamawiający w pkt. 1.5. części II. Specyfikacji Technicznej poświęconej wymaganiom szczegółowym, stawia wymóg zastosowania przez wykonawcę zastosowanie sprężarki semihermetycznej na łożyskach magnetycznych bezolejowych. Takie sprężarki produkuje wyłącznie jeden podmiot - Danfoss Turbocor Compressors Inc z siedzibą w Finlandii, pod nazwą handlową „Danfoss Turbocor®”. Zamawiający nie dopuszcza przy tym stosowania opcji równoważnej pomimo tego, iż zakładach górniczych powszechnie stosuje się sprężarki olejowe, które gwarantują niezawodność i bezpieczeństwo, stanowiąc jednocześnie rozwiązanie sprawdzone i ekonomiczne. Wybrany przez zamawiającego typ sprężarki nie gwarantuje bezpieczeństwa jego użytkowania w warunkach prowadzenia podziemnego zakładu górniczego. Z uwagi na sposób działania bezolejowych sprężarek magnetycznych są one niewątpliwie bezpieczne w warunkach stosunkowo higienicznych, jednakże w warunkach podziemnego zakładu górniczego sprężarki takie, w opinii techników odwołującego, grożą zapłonem. Niebezpieczeństwo związane jest z dostaniem się jakichkolwiek drobin między wirnik a rdzeń stojana, co skutkować musi tworzeniem się iskier w momencie tarcia tych drobin o obracające się elementy układu. O ile w przypadku sprężarek olejowych także istnieje taka możliwość, o tyle w sprężarce bezolejowej brak jest medium (oleju) odbierającego ciepło i odcinającego dopływ powietrza. W sytuacji, gdy w powietrzu otaczającym sprężarkę znajdować się będzie łatwopalny gaz, ryzyko zapłonu jest bardzo wysokie. Jednocześnie nie jest możliwe całkowite wyeliminowanie ryzyka dostania się takowych drobin do układu, nawet przy zastosowaniu najlepszych osłon i filtrów powietrza. Warunki pracy urządzenia nie są w pełni możliwe do przewidzenia zważywszy na to, iż zamawiający w wyniku postępowania chce otrzymać urządzenia niestacjonarne. Na zwiększone ryzyko zapłonu wskazują także inne zapisy specyfikacji technicznej, tj. kolejno:

„2. System wykrywający wyciek czynnika chłodniczego dla każdego urządzenia automatycznie wyłączające urządzenie z pod napięcia.

3. System Automatycznego gaszenia urządzenia w przypadku zapalenia urządzenia typu AUG-12 lub równoważny dla każdego urządzenia.”.

O ile system wykrywania wycieku jest rozwiązaniem stosowanym powszechnie, o tyle nieuzasadnione ekonomicznie i technicznie jest tworzenie systemu dla każdego urządzenia

w ramach agregatu. Uzasadnieniem dla takiego rozwiązania może być wyłącznie świadomość awaryjności przedmiotowych sprężarek bezolejowych. W przypadku systemu automatycznego gaszenia urządzenia wymaga podkreślenia, że system typu AUG-12 przeznaczony jest do zabezpieczenia przeciwpożarowego maszyn i urządzeń górniczych zawierających olej mineralny. System taki nie jest sprawdzony czy zweryfikowany względem gaszenia sprężarek bezolejowych. Jakkolwiek zamawiający dopuszcza system równoważny, to jednak zaakceptuje on także urządzenie AUG-12, również wtedy, gdy będzie ono stosowane razem z niesprawdzonym typem sprężarki.

Powyższe rozwiązania przyjęte przez zamawiającego nie gwarantują uczciwej konkurencji, nadto nie gwarantują bezpieczeństwa zdrowia i życia ludzi znajdujących się „na dole”. Jakkolwiek zamawiający stawia przed wykonawcą obowiązek uzyskania zezwoleń, zgód i dopuszczeń, to czyni to względem rozwiązania, którego wykonawca nie może być pewny, czy zezwolenia, zgody i dopuszczenia uzyska. Jednocześnie brak jest uzasadnienia ekonomicznego dla takich rozwiązań. Zamawiający powinien dopuścić opcje równoważne względem bezolejowej sprężarki semihermetycznej na łożyskach magnetycznych. Jeżeli zamawiający zainteresowany jest charakterystyczną dla przyjętej sprężarki funkcjonalnością lub z innych względów wyraża nią zainteresowanie, to powinno to znaleźć wyraz z przyjętych kryteriach i sposobie oceny ofert, gdzie jednak zamawiający, w pkt. 15 SWZ, jako jedyne kryterium przyjmuje cenę. Z takiego zapisu wynika, iż zamawiającego interesuje uzyskanie określonej funkcjonalności agregatów przy możliwie najniższej cenie, co z kolei stoi w sprzeczności z przyjętym rozwiązaniem technicznym.

Zgodnie z art. 17 PZP zamawiający winien w drodze udzielenia zamówienia uzyskać najlepsze efekty społeczne, środowiskowe. Art. 120 ustawy z dnia 9 czerwca 2011r. prawo geologicznego i górniczego oraz § 7 wydanego na podstawie delegacji ustawowej rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych wskazują, iż kierownik ruchu zakładu górniczego ma obowiązek dokonania właściwego i zgodnego i przeznaczeniem doboru maszyn i urządzeń w sposób uniemożliwiający powstanie zagrożenia dla bezpieczeństwa i zdrowia osób oraz środowiska. Przyjęte przez zamawiającego w ramach specyfikacji technicznej sprężarki stanowią swoisty eksperyment - o ile więc może to być dopuszczalnie, gdy z taką propozycją wyjdzie potencjalny wykonawca, który przedłoży odpowiednią dokumentację gwarantującą bezpieczeństwo takiego rozwiązania, to niedopuszczalne jest wymaganie przez zamawiającego zastosowania sprzętu, względem którego bezpieczeństwo jest kwestionowane, a wynik analiz i ekspertyz nieznan. Istotnym jest także to, iż w specyfikacji technicznej oraz samym SWZ zabrakło informacji o tym, iż takie urządzenie stosowane ma być „na dole”, tj. w warunkach podziemnego ruchu górniczego. Wzmiankę o tym fakcie odnaleźć można

dopiero w zapisach Wzoru Umowy, konkretnie o fakcie tym stanowi § 5 ust. 15. Jest to zdaniem odwołującego informacja na tyle istotna, iż powinna znaleźć się w SWZ oraz bezpośrednio w specyfikacji technicznej stworzonej przez zamawiającego.

5.2. Zawory rozprężne

Zamawiający w część II Specyfikacji Technicznej w pkt 1.10 stawia wymóg zastosowania elektronicznych zaworów rozprężnych nie dopuszczając zastosowania opcji równoważnej. Zapis taki zastosowano pomimo tego, iż powszechnie w tego typu instalacjach stosuje się także zawory mechaniczne, które z uwagi na brak elektroniki są przy tym także bardziej niezawodne. Przyjęte rozwiązanie nie znajduje uzasadnienia technicznego ani ekonomicznego z punktu widzenia celów, jakie zamawiający ma osiągać w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w oparciu o przepisy PZP.

5.3. Czynnik chłodniczy.

Zamawiający w Specyfikacji Technicznej stawia przed wykonawcą wymóg stosowania czynnika chłodzącego 513A bez dopuszczenia opcji równoważnej, jednego z niewielu czynników dedykowanych przy tym urządzeniom firmy DANFOSS. Wskazać należy, iż z powodzeniem można stosować także inne czynniki, takie jak powszechnie stosowany czynnik R134a. Podkreślenia wymaga także, iż jakkolwiek producent czynnika 513A deklaruje, iż jest on niepalny, to jednak deklaracja taka dotyczy normalnych warunków użytkowania, nie w zamkniętych pomieszczeniach w zakładzie górniczym, a wszystkie składowe tego czynnika (R1234yf oraz R134a) są palne. Odwołujący kwestionuje zasadność takiego rozwiązania z uwagi na to, iż wyklucza ono wiele podmiotów rynkowych z udziału w postępowaniu, co spowodowane jest koniecznością specjalistycznej adaptacji urządzeń niezbędnej dla użytkowania jako czynnik chłodzący czynnika 513A.

5.4. Brak określenia jak przebiegać ma proces zrzutu wody chłodzącej agregaty.

W urządzeniach klimatyzacyjnych jednym z kluczowych zagadnień jest proces zrzutu wody chłodzącej agregaty, gdyż wymaga to opracowania odpowiedniego sterownika. Sterownik taki powinien być dobrany do konkretnej konstrukcji i opracowany z uwzględnieniem konkretnych kryteriów jego przyszłego użytkowania. Zamawiający powinien w tym zakresie określić przynajmniej to, czy obieg wody chłodzącej ma być obiegiem otwartym czy zamkniętym, czego jednak zamawiający nie uczynił. W specyfikacji technicznej w aspekcie procesu zrzutu wody zamawiający wskazuje natomiast rozwiązanie, które wymusza współpracę z producentami określonego oprogramowania, co następuje w części II pkt 8. Specyfikacji Technicznej. Zamawiający nie stawia przy tym wymagania kompatybilności opracowanego sterownika, ale tworzy warunki zmuszające do skorzystania z rozwiązań konkretnych producentów. Takie rozwiązanie nie znajduje uzasadnienia ekonomicznego, jest nieproporcjonalne i nieuzasadnione, przy tym wykluczające podmioty,

które w stosowanych przez siebie urządzeniach, w tym produkowanych przez tych wykonawców, nie korzystają z oprogramowania wskazanych dostawców lecz sami tworzą odpowiednie sterowniki.

5.5. Gazowy akumulator hydrauliczny

Zamawiający w części III Specyfikacji Technicznej poświęconej wymaganiom dodatkowym w pkt 2. stawia przed wykonawcą wymóg zastosowania gazowego akumulatora hydraulicznego w obiegu wody lodowej o objętości minimum 4m³. Taki wymóg po raz kolejny podważa sens tworzenia przez wykonawcę projektu technicznego urządzenia. Zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji postępowania nie wyjaśnia jaką funkcję lub względem jakiej funkcjonalności miałby owy akumulator być niezbędny lub przydatny. Stosowane instalacje systemów chłodniczych nie stosują takiego rozwiązania. Wykorzystanie określonego w pkt 2 części III Specyfikacji Technicznej akumulatora może dotyczyć wyłącznie bardzo konkretnego projektu i z całą pewnością nie jest elementem niezbędnym każdego możliwe rozwiązania gwarantującego osiągnięcie celów postawionych przez zamawiającego.

5.6. Brak informacji o mocy silnika i napięcia do agregatu.

Zamawiający w specyfikacji technicznej nie określa jaka jest moc silnika i napięcie źródła zasilania agregatu. Informacja taka jest niezbędna dla stworzenia prawidłowego projektu urządzenia, tym samym stanowiąc informację istotną względem przedmiotu zamówienia.

6. Nieproporcjonalnie wysoka zdolność kredytowa.

W pkt. 10 SWZ zamawiający stawia przed wykonawcą obowiązek przedłożenia dowodu posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy w wysokości, co najmniej 3.500.000,00 zł (trzy i pół miliona złotych) w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed ich złożeniem. Warunek taki jest zdaniem odwołującego nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia. Zważywszy na szereg uprawnień zamawiającego i możliwości kontrolowania wykonywania umowy, żądanie przedłożenia dowodu tak wysokiej zdolności kredytowej, zwłaszcza w okolicznościach generalnego strachu gospodarczego i zachowawczego zachowania banków i instytucji bankowych, prowadzi w rzeczywistości do wykluczenia wszystkich „mniejszych” wykonawców, pozostawiając pole jedynie największym, co nie jest uzasadnione charakterem zamówienia. Za dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, stanowiącą podstawę wprowadzonych w prawie krajowym regulacji zamówień publicznych w aspekcie zasady proporcjonalności: „Instytucje zamawiające równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania

na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców (art. 18 ust 1 dyrektywy). Specyfikacje techniczne zapewniają równy dostęp wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia i nie tworzą nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia zamówienia publicznego na konkurencję (art 42 ust. 2 dyrektywy). Zasadzie proporcjonalności została nadana ranga ogólnej zasady postępowania. Za wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (C-376/08) ograniczenie konkurencyjności dopuszczalne jest jedynie w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów (...) opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyk zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. W realiach niniejszej postępowania odwołujący, pomimo wieloletniego funkcjonowania na rynku i posiadania bardzo dobrej reputacji, przy tym często oferujący nad wyraz konkurencyjne ceny, zostaje wykluczony z postępowania z powodu wymogu wykazania zdolności kredytowej w wysokości nieuzasadnionej realiami postępowania. Zamawiający może kompensować doznane szkody z należnego wykonawcy wynagrodzenia, a zdolność kredytowa wymagana jest o tyle, o ile wykonawca zamówienia po prostu nie wykona. W takiej jednak sytuacji zamawiający ma szeroką gamę uprawnień przeciwdziałającym powstaniu po jego stronie szkody. Tym samym nie ma przyczyn, które wymagałyby przedstawienia tak wysokiej zdolności kredytowej od wykonawcy innej, niż celem wykluczenia go z postępowania.

Całość przedstawionych powyżej okoliczności tworzy obraz zamówienia stworzonego w sposób wykluczający większość potencjalnych wykonawców od udziału w postępowaniu. Z ostrożności procesowej odwołujący powstrzymuje się przed wskazaniem potencjalnej przyczyny takiego stanu rzeczy, wskazując przy tym, iż całokształt postanowień Ogłoszenia, SWZ, w tym Specyfikacji Technicznej i Wzoru Umowy budzi uzasadnione wątpliwości względem tego, czy w postępowaniu zachowano zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W ramach swojej argumentacji odwołujący złożył do akt sprawy dodatkowe pismo procesowe.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 nPzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 nPzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1nPzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Izba, co prawda przyjęła w poczet dokumentacji postępowania odwoławczego dokumenty złożone przez odwołującego, jako dowody w sprawie, jednakże stwierdziła, że nie mają one istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba w całości podziela istotnie merytoryczną argumentację zamawiającego, uznając ją za własną [za wyrokiem SO w Warszawie z 25 sierpnia 2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *„Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów (...).”*].

Zamawiający wskazał, co następuje.

Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu przetargowym.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących sposobu określenia przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu wskazać w pierwszej kolejności należy, że nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu ustawy PZP ma miejsce wówczas, gdy wykonawcy znajdujący się w takiej samej lub podobnej sytuacji traktowani są w odmienny sposób, tj. jeden z wykonawców czy jedna z kategorii wykonawców jest traktowana przez zamawiającego w sposób uprzywilejowany. Przestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców polega bowiem na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (por. wyrok KIO 2272/12, wyrok KIO 2333/12, wyrok KIO 2349/12, wyrok KIO 2350/12). Niemniej, zasada ta nie oznacza, że zamawiający w ramach danego postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego nie może opisu przedmiotu zamówienia sformułować w taki sposób, że pewne kategorie wykonawców obowiązują inne warunki

związane z realizacją zamówienia, o ile poprzez takie uregulowania nie ulegnie zakłóceniu uczciwa konkurencja pomiędzy potencjalnymi wykonawcami. Celem, który realizuje zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada zachowania uczciwej konkurencji jest bowiem zapewnienie możliwie szerokiemu gronu podmiotów możliwości ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego, o ile oczywiście spełniają oni warunki udziału w postępowaniu oraz dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Odnosząc powyższe uwagi do kwestionowanych przez odwołującego zapisów ogłoszenia o zamówieniu oraz zapisów SWZ (w tym Specyfikacji technicznej stanowiącej Załącznik nr 1 do SWZ - dalej: „Specyfikacja techniczna” oraz wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do SWZ - dalej: „wzór umowy”), wskazać należy, że wbrew odmiennym twierdzeniom odwołującego, nie wpływają one niekorzystnie na możliwość zachowania uczciwej konkurencji w ramach postępowania przetargowego. W szczególności zamawiający wskazuje, co następuje:

Doświadczenie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego określenia warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej (doświadczenia) zamawiający wskazuje, że w dniu 6 kwietnia 2021 r. dokonał modyfikacji punktu 10.1.3 SWZ oraz sekcji III pkt III. 1.3.) Ogłoszenia w taki sposób, że w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany jest wykazać, że wykonał dostawę co najmniej dwóch agregatów wody lodowej typu woda/woda o mocy chłodniczej co najmniej 950 kW każdy lub wykonania, co najmniej jednej budowy lub dokończenia budowy kompletnego układu klimatyzacji centralnej lub grupowej z przeznaczeniem do schładzania wyrobisk dołowych kopalni, w której skład wchodziły co najmniej dwa urządzenia o mocy chłodniczej co najmniej 950 kW każdy, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający zrezygnował zatem z zapisów SWZ, które odwołujący kwestionuje. Na dowód powyższego zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących środków dowodowych:

- a) *Pismo Zamawiającego znak PP/WG.2280-3/21-72/21 z 02.04.2021 r.*
- b) *SWZ w wersji obowiązującej od 02.04.2021 r.*

Ponadto, ustosunkowują się do zawartych w odwołaniu twierdzeń poniesionych na poparcie przedmiotowego zarzutu, zamawiający wskazuje, że nie polegają na prawdziwych twierdzeniach odwołującego, jakoby zgodnie z punktem 10.1.3, SWZ zamawiający jedynie mógł, ale nie musiał zażądać referencji od zgłaszającego się wykonawcy z wykonania takich robót. W rzeczywistości zamawiający wymaga spełnienia warunków udziału w postępowaniu od każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu przetargowym, a referencji oraz pozostałych dokumentów określonych w punkcie 10 SWZ żąda od wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zamawiający wskazuje, że warunek w zakresie doświadczenia został sformułowany w sposób określony w SWZ, ponieważ co prawda mechanizm działania

urządzeń z fizycznego punktu widzenia nie zmienia się w zależności od mocy, ale moc urządzeń rzutuje na właściwości urządzeń, jak choćby jego rozmiar, pobór mocy, etc. Stąd, dla uzyskania pewności, że zamówienie zostanie udzielone wykonawcy, który będzie w stanie je zrealizować, powinno zostać ono udzielone nie wykonawcy, który kiedykolwiek wykonał urządzenia tego rodzaju, co urządzenia stanowiące przedmiot zamówienia o jakiegokolwiek mocy, ale wykonawcy, który ma doświadczenie w dostawie i zabudowie urządzeń o mocy wymaganej dla przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu przetargowym. Brak jest zatem podstaw dla sformułowanego przez wykonawcę zarzutu, jakoby przyjęte przez zamawiającego rozwiązanie sprawia wrażenie tzw. zmowy referencyjnej i jest niemożliwe do pogodzenia z ogólnymi zasadami zamówień publicznych.

Zdolność finansowa i kredytowa

W ocenie zamawiającego nie mają uzasadnionych podstaw zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 112 ust. 1 w z zw. z art. 115 ust. 1 nPzp, poprzez określenie wymaganej od wykonawcy zdolności finansowej i kredytowej na poziomie, co najmniej: 3 500 000,00 zł. W żadnym razie nie znajduje uzasadnienia również twierdzenia odwołującego, jakoby warunek taki był nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz prowadziłby w rzeczywistości do wykluczenia wszystkich „mniejszych” wykonawców, pozostawiając pole jedynie największym, co nie jest uzasadnione charakterem zamówienia. Zamawiający wskazuje mianowicie, że warunek finansowy nie ma takiej funkcji zabezpieczenia ewentualnych roszczeń zamawiającego wobec wykonawcy na którą wskazuje odwołujący, ale ma na celu zapewnienie udziału w postępowaniu przez podmioty, które będą w stanie sprostać realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z § 10 ust. 4 wzoru umowy wynagrodzenie wykonawcy zostanie uiszczony w taki sposób, że połowa wynagrodzenia zostanie uiszczona po dostawie oraz bezawaryjnym ruchu próbnym dwóch urządzeń, a druga połowa zostanie uiszczona po dostawie, bezawaryjnym ruchu próbnym dwóch pozostałych urządzeń oraz końcowym odbiorze technicznym wszystkich urządzeń, przy czym termin zapłaty każdej części wynagrodzenia wynosi zgodnie z § 10 ust. 6 wzoru umowy minimum 60 dni. Oznacza to, że wykonawca na mocy umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania przetargowego będzie musiał przez okres realizacji przedmiotu zamówienia ponosić we własnym zakresie koszty wytworzenia lub zakupu urządzeń, instalacji, części, podzespołów koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia, a wynagrodzenie otrzyma najwcześniej po dwóch miesiącach od dokonania dostawy i uruchomienia dwóch pierwszych urządzeń. Dodać do tego należy, że przedmiot zamówienia ma dla funkcjonowania KWK „Jastrzębie-Bzie” kluczowe znaczenie. Urządzenia będące przedmiotem zamówienia będą schładzać wodę, która następnie poprzez pompy obiegowe dostarczana będzie do chłodnic powietrza w rejonach prowadzenia robót przygotowawczych i eksploatacyjnych w podziemnych wyrobiskach zakładu górnego.

Chłodnice powietrza następnie poprzez wodę lodową odbierać będą ciepło z przepływającego powietrza, w celu zapewnienia warunków klimatycznych pozwalających na pracę załogi dołowej w rejonach. W KWK „Jastrzębie-Bzie” roboty prowadzone są na znacznych głębokościach gdzie temperatura pierwotna górotworu sięga 50°C. Awaria agregatów wody lodowej może poważnie utrudnić realizację harmonogramu robót eksploatacyjnych i przygotowawczych, a nawet całkowicie uniemożliwić jego realizację ze względu na wysoce prawdopodobne wystąpienie przekroczeń temperatury powietrza 33°C mierzonej termometrem suchym z uwagi na brak możliwości dostarczenia wody lodowej do chłodnic powietrza. Zgodnie bowiem z § 239 rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych w temperaturze przekraczającej 33°C można zatrudnić pracowników tylko w ramach akcji ratowniczej. Dodatkowo podkreślić należy, że ze względu na etap na jakim znajduje się KWK „Jastrzębie-Bzie”, tj. zakład górniczy w trakcie budowy, dostawa urządzeń stanowi dla zamawiającego inwestycję o charakterze strategicznym, szczególnie w aspekcie bezpieczeństwa pracy załogi, oraz możliwości dalszej budowy Zakładu. Oznacza to, że dla zamawiającego jest szczególnie ważne, aby realizacja przedmiotu zamówienia odbywała się bez zakłóceń, których powodem mogą być również problemy płatnicze wykonawcy, oraz została zakończona w terminie. Realizacji przedmiotu zamówienia sprostać może zatem jedynie taki wykonawca, który dysponuje odpowiednim potencjałem również ekonomicznym. W związku z tym określony w punkcie 10.1.3 SWZ warunek udziału w postępowaniu jest w pełni uzasadniony.

Zarzut dotyczący terminu realizacji zamówienia

Zamawiający podnosi, że w dniu 6 kwietnia 2021 r. dokonał modyfikacji SWZ oraz wzoru umowy stanowiącej załącznik do SWZ w zakresie określenia terminu realizacji zamówienia, który w stosunku do dwóch urządzeń będących przedmiotem zamówienia został wydłużony do 9 miesięcy od daty zawarcia umowy (dwa pierwsze urządzenia powinno zostać dostarczone tak jak pierwotnie określono do 6 miesięcy od daty zawarcia umowy). Na dowód powyższego zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących środków dowodowych:

- a) *Pismo Zamawiającego znak PP/WG.2280-3/21-72/21 z 02.04.2021 r.*
- b) *SWZ w wersji obowiązującej od 02.04.2021 r.*
- c) *Załącznik nr 1 do SWZ w wersji obowiązującej od 02.04.2021 r.*
- d) *Załącznik nr 5 do SWZ w wersji obowiązującej od 02.04.2021 r.*

Zamawiający wskazuje przy tym, że brak jest uzasadnionych podstaw dla wydłużenia tego terminu do 12 miesięcy. Realizacja przedmiotu zamówienia w terminie 9 miesięcy jest możliwa nawet w warunkach epidemii COVID-19. W szczególności, możliwe jest budowanie innych podzespołów agregatu pod sprężarki na łożyskach magnetycznych, do których

odwołujący ma największe zastrzeżenia. Ewentualny wykonawca, który wykaże doświadczenie w produkcji czy dostawie maszyn o dużych mocach wymaganych przez zamawiającego będzie posiadał już projekt urządzenia zbliżonego, w którym będzie trzeba zastosować inną sprężarkę niż stosowane do tej pory sprężarki olejowe, gdyż reszta podzespołów posiada zbliżoną lub tożsamą budowę przy określonych mocach. Przedmiot zamówienia musi być przy tym zrealizowany w terminie krótszym niż 12 miesięcy, ponieważ wymagają tego potrzeby zakładu zamawiającego, dla którego przeznaczony jest przedmiot zamówienia. KWK „Jastrzębie-Bzie” prowadzi prace w rejonach o znacznych głębokościach i temperaturze skał pierwotnych sięgającej 50°C. Zmiana terminu realizacji zamówienia na dłuższy niż 9 miesięcy może poważnie zaburzyć harmonogram robót eksploatacyjnych, a nawet całkowicie uniemożliwić jego realizację ze względu na wysoce prawdopodobne wystąpienie przekroczeń temperatury powietrza 33°C mierzonej termometrem suchym z uwagi na brak możliwości dostarczenia wody lodowej do chłodziw powietrza. Ze względu na planowany zakres robót górniczych oraz związanym z tym dużym zagrożeniem klimatycznym dopuszczalna była zmiana terminu realizacji zamówienia do 9 miesięcy od daty zawarcia umowy przy spełnieniu poniższych warunków:

- do 6 miesięcy od daty zawarcia umowy - dostawa i uruchomienie 2 kompletnych agregatów typu woda/woda o mocy chłodniczej 950-999 kW,
- do 9 miesięcy od daty zawarcia umowy - dostawa i uruchomienie 2 kompletnych agregatów typu woda/woda o mocy chłodniczej 950-999 kW.

Zamawiający wyjaśnia przy tym, że „nachodzenie na siebie” poszczególnych etapów realizacji zamówienia jest konieczne ze względu na zapewnienie właściwej koordynacji robót pomiędzy służbami wykonawcy i zamawiającego w zakresie transportu (leżącego po stronie zamawiającego) oraz montażu (leżącego po stronie wykonawcy) w celu zapewnienia terminowej realizacji przedmiotu zamówienia. Na marginesie zamawiający wskazuje, że termin realizacji zamówienia określony w SIWZ nie był kwestionowany przez wszystkich wykonawców potencjalnie zainteresowanym udzieleniem im zamówienia, którzy składali prośby o wyjaśnienie treści SWZ, a 9-miesięczny termin realizacji zamówienia był terminem proponowanym przez jednego z potencjalnych wykonawców i to nie ze względu na okoliczności, na które wskazuje odwołujący - tj. na rzekomą niemożliwość realizacji zamówienia w terminie krótszym niż 12 m-c - ale z uwagi na pogarszającą się sytuację pandemiczną.

Zarzut dotyczący ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający wskazuje, że zarzut odwołującego, jakoby zamawiający określił przedmiot zamówienia za pomocą kodu CPV „43600000” jest całkowicie bezpodstawny i dla Zamawiającego niezrozumiały. Należy bowiem wskazać, że kod CPV przypisany przez zamawiającego do przedmiotu zamówienia to „42500000 Urządzenia chłodzące

i wentylacyjne”. Jest to kod w pełni adekwatny do przedmiotu zamówienia, zatem potencjalni wykonawcy poszukujący informacji o ogłoszonych podstępowaniach przetargowym bez żadnego problemu mogą uzyskać wiedzę o tym, co jest przedmiotem niniejszego zamówienia. W związku z powyższym zarzut odwołującego dotyczący kodu CPV określonego przez zamawiającego jest całkowicie chybiony.

Zarzuty dotyczące treści Specyfikacji technicznej.

Odwołujący zarzuca, że zapisy zawarte w Specyfikacji technicznej opisują przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w tym poprzez zaniechanie zastosowania dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący zarzuca również, iż zapisy zawarte w Specyfikacji technicznej zawężają pole potencjalnych rozwiązań do jednego głównego projektu, który różnić może się kwestiami zupełnie nieistotnymi, a także, że rozwiązania określone w Specyfikacji Technicznej nie gwarantują bezpieczeństwa ich użytkowania w warunkach kopalnianych. Z twierdzeniami odwołującego nie można się jednak zgodzić.

Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania zamawiającego oraz, że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji (por. uchwała KIO sygn. akt KIO/UZP 1024/08). Zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej, niż standardowa, lub o podwyższony parametrach, o ile jest w stanie swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi okolicznościami (por. wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 236/08).

Odnosząc się do kwestii technicznych, poruszonych w odwołaniu, zamawiający wskazuje na następujące okoliczności.

Punkt II.1.5 Specyfikacji technicznej.

Odwołujący zarzuca, że określony przez zamawiającego typ sprężarki, jaki powinien być zgodnie ze Specyfikacją zastosowany przy realizacji przedmiotu zamówienia, nie gwarantuje bezpieczeństwa jego użytkowania w warunkach prowadzenia podziemnego zakładu górniczego. Odwołujący twierdzi mianowicie, że bezolejowe sprężarki magnetyczne stosowane w warunkach podziemnego zakładu górniczego grożą zapłonem. Zamawiający wskazuje, że zgodnie z jego najlepszą wiedzą łożyskowania magnetyczne zapewniają większą efektywność przy jednoczesnym zmniejszeniu zużycia energii, gabarytów urządzeń, ciężaru w stosunku do stosowanych dotychczas w górnictwie rozwiązań. Zastosowanie do przedmiotu zamówienia sprężarek olejowych oznaczałoby konieczność zastosowania

rozwiązań przestarzałych, wymagających zastosowania silników o wysokich mocach i zużyciu energii. W układach olejowych zastosowanych w urządzeniach pomimo zastosowania odolejaczy czy filtrów drobiny oleju przedostają się wraz z krążącym czynnikiem do wymienników powodując spadek ich wydajności. Zastosowany w układzie olej musi być w trakcie pracy chłodzony, co prowadzi do konieczności zastosowania kolejnego podzespołu coraz bardziej komplikującego budowę i pracę urządzenia oraz wymaga zapewnienia medium chłodzącego - dotychczas wody chłodzącej skraplacze, a w związku z tym wzrost jej temperatury i koniecznością zapewnienia zrzutu większej ilości ciepła. Zamawiającego podnosi zatem, że bezolejowe sprężarki magnetyczne nie powodują większego zagrożenia spowodowania zapłonu, a umożliwia uzyskanie urządzenia mniej energochłonnego i bardziej kompaktowego.

Punkt pkt.II.1.10 Specyfikacji technicznej.

Odwołujący zarzuca, że zamawiający wymaga zastosowania zaworów rozprężnych elektronicznych mimo, iż „powszechnie w tego typu instalacjach stosuje się także zawory mechaniczne, które z uwagi na brak elektroniki są przy tym także bardziej niezawodne”, w związku z czym określone w Specyfikacji technicznej rozwiązanie nie znajduje uzasadnienia technicznego ani ekonomicznego z punktu widzenia celów, jakie zamawiający ma osiągać w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustosunkowując się do podniesionych przez odwołującego zarzutów zamawiający wskazuje, że posiada doświadczenie z zaworami rozprężnymi mechanicznymi w maszynach o dużej mocy, które były użytkowane w zakładach zamawiającego w układach klimatyzacji grupowej dla schładzania wyrobisk dołowych. Przede wszystkim jednak zastosowanie zaworów rozprężnych mechanicznych (a nie elektronicznych) nie pozwala na połączenie takiego zaworu z układem sterowania urządzeniem i nie umożliwia zdalnego sterowania (z powierzchni kopalni) oraz wizualizacji pracy wszystkich urządzeń określonych w punkcie II.8 Specyfikacji technicznej, czego zamawiający również wymaga. W związku z tym wymagane przez zamawiającego rozwiązanie jest uzasadnione z technicznego oraz ekonomicznego punktu widzenia.

Punkt II.1.7 Specyfikacji technicznej

Odwołujący zarzuca, że w Specyfikacji Technicznej zawarto wymóg stosowania czynnika chłodzącego 513A bez dopuszczenia opcji równoważnej, podczas gdy dla urządzeń możliwe ma być stosowanie innych czynników chłodniczych, takich jak czynnik R134a.

Zamawiający w odniesieniu do tego zarzutu podnosi, że ze względu na przepisy dotyczące ochrony klimatu możliwość zastosowania czynnika chłodniczego R-134a będzie stopniowo ograniczana na rzecz innych czynników chłodniczych o niskim GWP (z ang. Global Warming Potential). Czynnik R-134a posiada GWP-1430. Czynnik R513a jest azeotropowym czynnikiem chłodniczym stosowanym w nowych modernizowanych układach,

który zapewnia doskonałą wydajność i energooszczędność w porównaniu z R-134a. Wskaźnik GWP dla czynnika chłodzącego 513A wynosi 573, czyli jest mniejszy o 56% w porównaniu do czynnika R134a. Przy tym jego wydajność jest zbliżona do czynnika R134a dla modernizowanych i nowych układów chłodniczych, posiada zerowy poślizg temperatury (mieszanka azeotropowa) oraz klasa palności A1 wg ASHRAE - bezpieczny i niepalny. Z uwagi na swoje własności termodynamiczne czynnik chłodzący 513A jest optymalnym produktem przeznaczonym do niskotemperaturowych układów chłodniczych.

Punkt pkt.II.2 Specyfikacji technicznej.

Odwołujący zarzuca, że wymóg wyposażenia urządzeń w system wykrywający wyciek czynnika chłodniczego dla każdego urządzenia automatycznie wyłączający urządzenia z pod napięcia ma być nieuzasadnione technicznie i ekonomicznie.

Zamawiający wskazuje, że ze względu na etap na jakim znajduje się KWK „Jastrzębie-Bzie”, tj. zakład górniczy w trakcie budowy, wszystkie urządzenia będą na etapie realizacji inwestycji zabudowane w jednej lokalizacji, natomiast w późniejszym etapie planowane jest ich przebudowanie w inne rejony. Ponadto zamawiający podnosi, że nieuzasadnione z technicznego i ekonomicznego punktu widzenia jest wyposażanie urządzeń w jeden system wykrywania wycieku czynnika chłodniczego dla wszystkich agregatów wyłączający wszystkie agregaty, ponieważ awaria jednego z 4 agregatów nie powoduje konieczności postoju pozostałych. Tym samym, wprowadzenie urządzeń w systemy automatycznego wyłączania spod napięcia dla każdego urządzenia pozwoli uniknąć sytuacji, w której ewentualny wyciek czynnika chłodzącego w jednym z agregatów skutkować będzie koniecznością wyłączenia całego urządzenia, a nie tylko tego agregatu, w którym nastąpił wyciek.

Brak określenia w opisie przedmiotu zamówienia przebiegu proces zrzutu wody chłodzącej agregaty.

Odwołujący zarzuca, że w Specyfikacji technicznej nie został przedstawiony przebieg procesu zrzutu wody chłodzącej.

W odniesieniu do tego zarzutu zamawiający wskazuje, że w punkcie II.1.3 Specyfikacji technicznej przedstawił parametry wody chłodzącej skraplacze, którą zamawiający zapewni w trakcie ruchu próbnego i okresu gwarancji do czego zamawiający odniósł się również w odpowiedzi na jedno z pytań do SWZ: „Zamawiający zapewni w trakcie ruchu próbnego oraz okresu gwarancji temperaturę wody na wlocie do skraplaczy $+5^{\circ}\text{C} \pm 1^{\circ}\text{C}$ oraz wydatek wody $122,4 \text{ m}^3/\text{h}$. Parametry te mogą podlegać chwilowym wahaniom ze względu na specyficzne dołowe warunki pracy”. Ponadto w punkcie I.2.c Specyfikacji technicznej wskazano, że do obowiązków zamawiającego należy „doprowadzenie rurociągów obiegu wody chłodzącej $\text{Ø}200$ i wody lodowej do 10m od pierwszego agregatu”.

Na dowód powyższego zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących środków dowodowych:

a) *Pismo Zamawiającego znak PP/WG.2280-3/21-72/21 z 02.04.2021 r.*

Powyższe oznacza, że zaprojektowanie instalacji zrzutu ciepła nie leży po stronie ewentualnego wykonawcy, a informacje zawarte w Specyfikacji technicznej (w szczególności: informacje odnoszące się do wartości przepływu i temperatury wody) są wystarczające dla określenia rodzaju instalacji wody chłodzącej jako obiegu zamkniętego. Ponadto, jak wynika ze Specyfikacji technicznej, zamawiający wymaga możliwości sterowania zdalnego i lokalnego urządzeniami oraz wymaga wizualizacji pracy urządzeń wchodzących w skład przedmiotowej instalacji. Zamawiający nie narzuca zastosowania konkretnego typu oprogramowania w celu realizacji sterowania, regulacji i zabezpieczeń przedmiotowej instalacji. Zamawiający wymaga, aby oprogramowanie zastosowane przez wykonawcę umożliwiało przygotowanie tabeli koniecznych danych w celu udostępnienia danych (np. odpytywanie w protokole MODBUS) do innych systemów wskazanych w punkcie II.8 Specyfikacji technicznej. Tym samym brak jest podstaw do twierdzenia, że rozwiązania wynikające ze Specyfikacji technicznej nie znajdują uzasadnienia ekonomicznego, czy też, że są nieproporcjonalne i nieuzasadnione.

Punkt pkt.III.2 Specyfikacji technicznej.

Odwołujący podnosi, że określony w punkcie III.2 Specyfikacji technicznej wymóg zastosowania gazowego akumulatora hydraulicznego w obiegu wody lodowej o objętości minimum 4m³ podważa sens tworzenia przez wykonawcę projektu technicznego urządzenia, oraz że zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji postępowania nie wyjaśnia, jaką funkcję lub względem jakiej funkcjonalności miałby w/w akumulator być niezbędny lub przydatny.

Zamawiający wskazuje w odniesieniu do tego zarzutu, że przewiduje pracę urządzeń w układzie zamkniętym, w związku z powyższym wymagany jest gazowy akumulator hydrauliczny o określonej w specyfikacji pojemności lub zestaw kilku mniejszych o sumarycznej pojemności 4m³ PN40, który zapewni ochronę przed skokami ciśnień w rurociągach szczególnie przy uruchomieniach i zatrzymaniach instalacji, zapewni stabilne ciśnienie pracy instalacji, co będzie miało również wpływ na bezpieczeństwo pracującej na dole w bliskości rurociągów załogi narażonej na uderzenie strugą wody podczas pojawienia się nieszczelności, która może być związana ze skokami ciśnienia w instalacji (np. przerwanie ciągłości uszczelki połączenia kołnierzewego).

Rozwiązanie wynikające z punktu III.2 Specyfikacji technicznej jest uzasadnione z technicznego i ekonomicznego punktu widzenia.

Brak informacji o mocy silnika i napięcia agregatu

Odwołujący zarzuca, iż w Specyfikacji technicznej nie określono, jaka jest moc silnika i napięcie źródła zasilania agregatu, w sytuacji, gdy informacja ta ma być niezbędna dla stworzenia prawidłowego projektu urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia.

W odniesieniu do tego zarzutu Zamawiający wskazuje, że w punkcie II.5 Specyfikacji technicznej określono wszystkie niezbędne parametry instalacji dołowych, jakie zamawiający udostępnia w miejscu zabudowy przedmiotu zamówienia. Natomiast w punkcie I.1.a Specyfikacji technicznej określono, iż po stronie ewentualnego wykonawcy leży „*dostawa i zabudowa 4 kompletnych niestacjonarnych agregatów wody lodowej o mocy 950-999 kW typu woda/woda wraz z wyłącznikami, szafami zasilającymi i sterującymi oraz osprzętem elektrycznym umożliwiające pracę bezobsługową*”. W ocenie zamawiającego kompletny agregat składa się z silnika, sprężarki oraz innego niezbędnego osprzętu, zatem to do ewentualnego wykonawcy należy dobór silników i napięcia agregatów do określonych przez zamawiającego parametrów dostępnych instalacji dołowych.

Brak jest zatem podstaw do twierdzenia, że w Specyfikacji technicznej brakuje istotnych informacji wymaganych dla stworzenia prawidłowego projektu urządzenia.

Obejście przepisów ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze oraz rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych.

Odwołujący zarzuca w odwołaniu określenie przez zamawiającego mocy i charakteru urządzenia zmierzających do obejścia prawa, a to art. 120 ustawy z 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze w zw. z § 29 i 31 rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r., w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych, poprzez określenie maksymalnej mocy w wysokości 999 kW, co zmierzać ma do niezaliczenia tych urządzeń do podstawowych obiektów, maszyn i urządzeń zakładu górniczego o których mowa w 29 przywołanego rozporządzenia ME, a tym samym: w celu uniknięcia konieczności uzyskania pozwolenia na oddanie tego urządzenia do ruchu w zakładzie górniczym, a także określenia, iż urządzenia objęte dostawą mają być urządzeniami niestacjonarnymi, pomimo iż charakter tych urządzeń oraz towarzysząca im instalacja każe domniemywać, że będą one wykorzystywane jako urządzenia stacjonarne.

W odniesieniu do tego zarzutu zamawiający wskazuje, że w istocie w sytuacji, w której urządzenia będące przedmiotem zamówienia cechowałyby się wyższymi niż określono w Specyfikacji technicznej mocami rzeczywistymi, skutkowałoby zaliczeniem urządzeń do podstawowych obiektów, maszyn i urządzeń zakładu górniczego, co z kolei uniemożliwiłoby swobodne ich przemieszczenie w rejonach prac przygotowawczych i eksploatacyjnych zgodnie z aktualnymi potrzebami zamawiającego związanymi z planowaną ciągłą rozbudową KWK „Jastrzębie-Bzie”. Określenie maksymalnej mocy urządzeń na poziomie 999kW jest więc

konieczne dla osiągnięcia założonych celów, które będą realizowane przez urządzenia. Wskazać bowiem należy, że KWK „Jastrzębie-Bzie” jest zakładem górnictwem znajdującym się w trakcie budowy, w trakcie realizacji późniejszych etapów tej inwestycji planowane jest ich przebudowanie w inne projektowane rejony KWK „Jastrzębie-Bzie”. Możliwość przeniesienia jest ważne dla zamawiającego szczególnie w perspektywie planowanej dopiero w dalszych latach istnienia Zakładu klimatyzacji centralnej na powierzchni.

Dodać do tego należy, że opisany wyżej zamysł zamawiającego nie jest żadnym obejściem przepisów prawa - urządzenia z uwagi na planowane parametry po prostu nie będą się kwalifikować jako urządzenia, których przepisy te dotyczą. Zamawiający ma przy tym prawo wymagać dostarczenia mu przedmiotu zamówienia, które będzie spełniać jego oczekiwania oraz realizować rzeczywiste potrzeby.

Zarzuty dotyczące wzoru umowy - załącznika nr 5 do SWZ.

Zapisy wzoru umowy w żadnym razie ani nie tworzą skrajnie nierównomierne rozłożenia obowiązków między zamawiającym a wykonawcą, ani nie są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami, ani też nie naruszają zasad współzycia społecznego.

W szczególności, zamawiający wskazuje tu na następujące okoliczności.

§ 6 ust. 11 (po zmianie ust. 7) wzoru umowy.

Odwołujący, jak wynika z treści odwołania, upatruje wadliwości § 6 ust. 11 wzoru umowy w jego pierwotnej wersji w tym, że zawarte w nim zapisy dawać mają zamawiającemu prawo do przeniesienia urządzeń w dowolne miejsce, gdzie panować będą inne warunki niż w zakładzie, do którego urządzenia zostaną pierwotnie dostarczone - KWK „Jastrzębie-Bzie”, a także w tym, że ewentualne przeniesienie urządzeń do innych zakładów zamawiającego wiązać się może z koniecznością wykonywania „odległych dojazdów” w związku z wykonywaniem zobowiązań wynikających z umowy.

Odnosząc się do tego zarzutu zamawiający wskazuje w pierwszej kolejności, że w związku z dokonanymi w dniu 6.04.2021 r. modyfikacjami SWZ w tym załącznika nr 5 do SWZ stanowiącego wzór umowy ust. 11 w § 6 wzoru umowy, którego dotyczy przedmiotowy zarzut, stał się ust. 7 w tymże § 6 wzoru umowy.

Na dowód powyższego zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących środków dowodowych:

a) Załącznik nr 5 do SWZ w wersji obowiązującej od 02.04.2021 r.

Ponadto zamawiający wskazuje, że z uwagi na strukturę zamawiającego, który prowadzi swoją działalność w ramach kilku zakładów górnictwem, w celu efektywnego i racjonalnego prowadzenia działalności gospodarczej oraz racjonalnego wydatkowania środków pieniężnych konieczne jest uzyskanie przez zamawiającego możliwości wykorzystania urządzeń będących przedmiotem zamówienia nie tylko w ramach działalności zakładu, do którego urządzenia te zostaną dostarczone, tj. w ramach działalności KWK Jastrzębie-Bzie.

Zamawiający wskazuje, że ze względu na etap na jakim znajduje się KWK „Jastrzębie-Bzie”, tj. ze względu na fakt, iż jest to zakład górniczy znajdujący się w trakcie budowy, urządzenia będą na obecnym etapie realizacji budowy zakładu górniczego zabudowane w jednej lokalizacji, natomiast w trakcie realizacji późniejszych etapów tej inwestycji planowane jest ich przebudowanie w inne projektowane rejony KWK „Jastrzębie-Bzie”. Przeniesienie to nastąpić ma - zgodnie z planami Zamawiającego - jeszcze przed upływem terminu obowiązywania gwarancji, który wynosi zasadniczo 24 miesiące. Możliwość przeniesienia jest ważna dla zamawiającego szczególnie w perspektywie planowanej dopiero w dalszych latach istnienia KWK „Jastrzębie-Bzie” klimatyzacji centralnej na powierzchni. W praktyce dokonuje się przeniesienia urządzeń pomiędzy zakładami górniczymi, w ramach racjonalnej gospodarki urządzeniami przez zamawiającego, jeśli urządzenie na jednym Zakładzie jest wyłączone z ruchu a na drugim jest potrzebne. W przypadku budowy KWK „Jastrzębie-Bzie” wydaje się być mało prawdopodobne przesunięcie między Zakładami, szczególnie w okresie gwarancji, natomiast prawdopodobne jest przemieszczenie każdego pojedynczego agregatu w inny rejon KWK „Jastrzębie-Bzie” niż miejsce ich pierwotnej zabudowy. Co istotne, warunki dołowe w zakładach zamawiającego są zbliżone i urządzenia będące przedmiotem zamówienia będą stosowane w podziemnych zakładach górniczych w wyrobiskach zagrożonych wybuchem, zaliczonych do stopnia „C” zagrożenia wybuchem metanu i wyrobiskach klasy „B” zagrożenia wybuchem pyłu węglowego (por. § 7 ust. 1 wzoru umowy). Warunki te jednak nie są „tożsame” czy identyczne nawet w ramach jednego zakładu górniczego, ponieważ mogą się od siebie różnić w zależności choćby od usytuowania danego wyrobiska (głębokości, na której wyrobisko się znajduje). Różnice tego rodzaju nie są istotne, tj. nie skutkują one niemożliwością użytkowania urządzeń w niektórych zakładach zamawiającego.

Zamawiający wskazuje, że wzór umowy określa warunki, w jakich urządzenie mają pracować (por. § 7 ust. 1 wzoru umowy), a także nakłada na zamawiającego obowiązek umożliwienia pracownikom wykonawcy dokonywania kontroli/przebiegów stanu technicznego i ilościowego wszystkich elementów wchodzących w skład urządzenia (§ 7 ust. 29 wzoru umowy). Oczywistym jest, że eksploatacja urządzeń w wyrobiskach o warunkach innych, niż wskazano we wzorze umowy - co wykonawca będzie mógł skontrolować - oznaczać będzie eksploatację niezgodną z umową, a tym samym powodować będzie utratę przez zamawiającego gwarancji jakości udzielonej przez wykonawcę. Obawa odwołującego wynikająca z treści odwołania, iż będzie zobowiązany z tytułu gwarancji również w przypadku eksploatacji urządzeń w warunkach innych niż określono we wzorze umowy, jest zatem całkowicie bezpodstawna. Zamawiający wskazuje również, że na etapie przygotowywania dokumentacji przetargowej nie jest możliwym stwierdzenie, czy przeniesienie urządzeń do innego zakładu zamawiającego oznaczać będzie,

że wykonywanie przez wykonawcę obowiązków w ramach gwarancji jakości oraz usług serwisowych wiązać się będzie z koniecznością wykonywania dojazdu do miejsca usytuowanego dalej od siedziby/zakładu wykonawcy, niż KWK „Jastrzębie-Bzie”, gdzie pierwotnie urządzenia będą dostarczone. Zamawiający, co oczywiste, nie ma bowiem wiedzy, który wykonawca uzyska przedmiotowe zamówienie. Będzie to możliwe dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Tymczasem przeniesienie urządzeń do innego zakładu zamawiającego może oznaczać, że urządzenia znajdować się będą bliżej siedziby/zakładu wykonawcy, niż pierwotne. Tytułem przykładu potwierdzającego w/w okoliczność zamawiający wskazuje, że KWK „Jastrzębie-Bzie” jest zakładem zamawiającej najdalej oddalony od siedziby odwołującego, co oznacza, że w przypadku hipotetycznego udzielenia zamówienia odwołującemu, ewentualne przeniesienie zamówionych urządzeń do innych zakładów zamawiającego skutkowałoby skróceniem odległości pomiędzy siedzibą odwołującego, a aktualnym miejscem eksploatacji urządzeń, w związku z czym czas przybycia ekipy serwisowej ulegnie skróceniu. Zamawiający wskazuje wreszcie, że na etapie składania ofert wykonawcy mają wiedzę, w jakich miejscach znajdują się zakłady zamawiającego i jaka jest odległość od tych zakładów do miejsca, w którym znajdują się ich siedziby/zakłady. W związku z tym są w stanie określić koszt dojazdów do każdego z zakładów zamawiającego.

Tym samym zapis zawarty w § 6 ust. 11 wzoru umowy (po zmianie: § 6 ust. 7 wzoru umowy) w żadnym razie nie może zostać uznany za niedopuszczany w świetle przepisów powszechnie obowiązującego prawa, w tym w świetle przepisów ustawy PZP.

§ 7 ust. 3 wzoru umowy

Jak wynika z treści odwołania, odwołujący upatruje sprzeczności § 7 ust. 3 wzoru umowy z przepisami prawa w tym, że - w jego ocenie - zgodnie z treścią wzoru umowy treść dokumentu gwarancyjnego nie odpowiadałaby wymogom „normalny i powszechnie stosowanym przy tego typu urządzeniach”, a zamawiający miałby możliwość wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji jednocześnie względem tej samej części, podzespołu lub zespołu jednocześnie.

Zamawiający podnosi, że § 7 ust. 3 wzoru umowy stanowi, że dokument gwarancyjny musi być zgodny z zasadami określonymi w umowie, co oznacza, że wykonawca powinien ponosić odpowiedzialność z tytułu gwarancji na zasadach określonych w umowie. Jednocześnie, w celu usprawnienia procesu zgłaszania reklamacji oraz kontroli zgodności czynności podejmowanych przez wykonawcę w związku ze zgłoszoną reklamacją zamawiający wymaga, aby wykonawca przedłożył dokument gwarancyjny, tj. dokument określający warunki gwarancji. Celem tej regulacji jest rozstrzygnięcie sytuacji, w której dokument gwarancyjny przedłożony przez wykonawcę zawierałby postanowienia dotyczące gwarancji inne niż te określone w umowie - w takiej sytuacji postanowienia zawarte

w umowie miałyby pierwszeństwo przed postanowieniami zawartymi w dokumencie gwarancyjnym. Treść regulacji zawartej w § 7 ust. 3 wzoru umowy w żadnym razie nie prowadzi jednak do sytuacji, w której dokument gwarancyjny zawierałby „nienormalne” wymogi czy też wymogi, które nie są powszechnie stosowane.

Brak jest zatem podstaw do uznania, że treść § 7 ust. 3 wzoru umowy narusza przepisy prawa, w tym przepisy ustawy PZP.

§ 7 ust. 6 wzoru umowy.

Z treści odwołania wynika, że w ocenie odwołującego § 7 ust. 6 wzoru umowy jest sprzeczny z przepisami prawa, ponieważ na jego mocy zamawiający miałby odpowiadać również za wady urządzeń powstałe z winy zamawiającego.

Tymczasem takie rozumienie § 7 ust. 6 wzoru umowy jest nieuprawnione, ponieważ zgodnie z jego treścią wykonawca odpowiada za wady, zaś zgodnie z art. 556¹ k.c. wada fizyczna polega na niezgodności rzeczy sprzedanej z umową, która istnieje wówczas, gdy rzecz sprzedana: i) nie ma właściwości, którą rzecz tego rodzaju powinna mieć ze względu na cel w umowie oznaczony albo wynikający z okoliczności lub przeznaczenie, lub ii) nie ma właściwości, o których istnieniu sprzedawca zapewnił kupującego, lub iii) nie nadaje się do celu, o którym kupujący poinformował sprzedawcę przy zawarciu umowy, a sprzedawca nie zgłosił zastrzeżenia co do takiego jej przeznaczenia, lub iv) została kupującemu wydana w stanie niezupełnym. Wada w rozumieniu art. 556¹ k.c., a tym samym i w rozumieniu § 7 ust. 6 wzoru umowy, nie jest zatem efektem sposobu korzystania z rzeczy przez jej nabywcę.

Ponadto wskazać należy, że zgodnie z § 7 ust. 22 zdanie 1 wzoru umowy, w przypadku awarii urządzenia powstałej z winy zamawiającego, koszty materiałów i części zamiennych niezbędnych do naprawy oraz ich wymiany pokryje zamawiający.

Powyższe oznacza, że warunki gwarancji określone w umowie, w tym regulacja zawarta w § 7 ust. 6 wzoru umowy, w żadnym razie nie nakładają na wykonawcę obowiązku usunięcia na własny koszt wad, uszkodzeń, usterek, awarii urządzeń spowodowanych z winy zamawiającego.

Kwestionowane przez odwołującego postanowienia wzoru umowy w żadnym razie nie nakładają na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi oraz nie określają uprawnień zamawiającego w sposób obiektywnie sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

§ 7 ust. 11 wzoru umowy.

Kwestionowana przez odwołującego regulacja zawarta w § 7 ust. 11 wzoru umowy, polegająca na doprecyzowaniu, że za części, zespoły, podzespoły „nowe” rozumie się części m.in. wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy licząc od daty ich dostarczenia, ma na celu uniknięcie sporów pomiędzy stronami umowy, co do znaczenia tego określenia.

Przede wszystkim jednak celem tej regulacji jest wyłączenie możliwości stosowania przez wykonawcę części, zespołów lub podzespołów, które mimo, że nie były używane ani regenerowane, z uwagi na okres ich przechowywania mogą nie cechować się już wymaganą jakością i przydatnością. Zastosowanie takich części może spowodować zmniejszoną żywotność urządzeń, co z uwagi na znaczenie urządzeń dla funkcjonowania KWK „Jastrzębie-Bzie” jest sytuacją dla zamawiającego niedopuszczalną.

W związku z powyższym regulacja zawarta w § 7 ust. 11 wzoru umowy w żadnym razie nie może zostać uznana za niedopuszczalną.

§ 7 ust. 12 wzoru umowy.

Odwołujący formułuje zarzut w odniesieniu do regulacji zawartej w § 7 ust. 12 wzoru umowy, zgodnie z którą wymienione w ramach gwarancji elementy lub podzespoły oraz wykonane w ramach gwarancji prace zostaną objęte nową gwarancją na niezmiennych warunkach, domagając się zmiany tej regulacji w taki sposób, aby elementy lub podzespoły oraz wykonane w ramach gwarancji prace były objęte gwarancją obowiązującą dla całego urządzenia, wydłużoną o czas dokonania naprawy.

Zamawiający wskazuje, że wymóg dotyczący objęcia wymienionych części i elementów oraz wykonanych prac nową gwarancją jest konieczne w związku ze strategicznym znaczeniem urządzeń dla funkcjonowania KWK „Jastrzębie-Bzie”. Przy tym zgodnie z § 7 ust. 11 wzoru umowy części, zespoły, podzespoły wymienione w ramach gwarancji muszą być nowe, zatem wymóg objęcia ich nową gwarancją nie jest wymogiem nadmiernym.

§ 7 ust. 13 wzoru umowy.

Odwołujący domaga się usunięcia ze wzoru umowy regulacji zawartej w jej § 7 ust. 13 wzoru umowy, zgodnie z którą uprawnienie do określenia obowiązków wykonawcy z tytułu gwarancji przysługuje zamawiającemu.

Zamawiający wskazuje, że regulacja zawarta w § 7 ust. 13 wzoru umowy nie przyznaje zamawiającemu uprawnienia do kreowania obowiązków wykonawcy z tytułu gwarancji innych, niż określone w umowie, a jedynie daje mu prawo do wskazania, czy wykonawca w ramach realizacji obowiązków z tytułu gwarancji powinien dokonać naprawy wadliwego elementu urządzenia, czy wymienić go na nowy. Taka regulacja nie może być uznana dla wykonawcy za nazbyt uciążliwą, ponieważ przyjmując na siebie obowiązek z tytułu gwarancji jakości oraz rękojmi i tak musi być gotowy do wykonania takich obowiązków (tj. do naprawy oraz wymiany na nowe części, zespołów lub podzespołów składających się na urządzenia).

§ 7 ust. 14 wzoru umowy.

Jak wynika z odwołania, odwołujący kwestionuje regulację zawartą w § 7 ust. 14 wzoru umowy w zakresie, w jakim nakłada ona na wykonawcę obowiązek wykonywania świadczeń wynikających z udzielonej gwarancji w dni ustawowo wolne od pracy.

Tymczasem z uwagi na znaczenie urządzenia dla funkcjonowania zakładu zamawiającego konieczne jest, aby świadczenia gwarancyjne były wykonywane w razie takiej konieczności 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu, w tym w dni ustawowo wolne od pracy. Ewentualny wykonawca przystępując do postępowania zdaniem zamawiającego, powinien mieć świadomość charakteru zakładów zamawiającego, które są zakładami górnictwami wydobywającymi węgiel kamienny. Ze względu na ów charakter oraz organizację pracy w zakładach zamawiającego, która ma charakter ciągły, brak możliwości żądania od wykonawcy wykonywania świadczeń wynikających z udzielonej gwarancji w dni ustawowo wolne od pracy może prowadzić do realnych, wysokich strat zamawiającego, związanych z przestojami robót eksploatacyjnych i przygotowawczych. Urządzenia mają na celu zapewnienia warunków klimatycznych pozwalających na pracę załogi dołowej w podziemnych wyrobiskach KWK „Jastrzębie-Bzie”. Roboty górnicze w KWK „Jastrzębie-Bzie” roboty prowadzone są na znacznych głębokościach gdzie temperatura pierwotna górotworu sięga 50°C. Awaria urządzeń może poważnie utrudnić realizację harmonogramu robót eksploatacyjnych i przygotowawczych, a nawet całkowicie uniemożliwić jego realizację ze względu na wysoce prawdopodobne wystąpienie przekroczeń temperatury powietrza 33 °C mierzonej termometrem suchym z uwagi na brak możliwości dostarczenia wody lodowej do chłodziń powietrza, przy czym zgodnie z § 239 rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenie ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych w temperaturze przekraczającej 33°C można zatrudnić pracowników tylko w ramach akcji ratowniczej. W przypadku wystąpienia awarii urządzeń konieczne jest zatem jak najszybsze jej usunięcie, nawet wówczas, gdy wymaga to wykonywania prac w dni ustawowo wolne od pracy.

Tym samym, regulacja zawarta w § 7 ust. 14 wzoru umowy jest w pełni uzasadniona charakterem przedmiotu zamówienia oraz jego znaczeniem dla prawidłowego funkcjonowania KWK „Jastrzębie-Bzie”.

§ 7 ust. 15 wzoru umowy.

W odniesieniu do regulacji zawartej w § 7 ust. 15 wzoru umowy, odwołujący kwestionuje dopuszczalność wymagania przez zamawiającego od wykonawcy jednolitego czasu przyjazdu niezależnie od tego, w jakim zakładzie zamawiającego urządzenia będą się znajdować, ponieważ czas dojazdu do innego niż KWK „Jastrzębie-Bzie” może być dłuższy niż do KWK „Jastrzębie-Bzie”.

Zamawiający w odniesieniu do przedmiotowego zarzutu podnosi, że ma prawo wymagać, aby zakres obowiązków wykonawcy był taki sam bez względu na to, w którym zakładzie znajdować się będą urządzenia, ponieważ znaczenie i funkcja urządzeń w każdym zakładzie zamawiającego będzie takie samo, tj. ewentualna awaria urządzeń dla każdego z zakładów

zamawiającego będzie powodować takie same konsekwencje. Wykonawcy na etapie składania ofert posiadają wiedzę, w jakich miejscach znajdują się zakłady zamawiającego i jaka jest odległość od tych zakładów do miejsca, w którym znajdują się ich siedziby/zakłady. W związku z tym są w stanie określić czas i koszt dojazdów do każdego z zakładu zamawiającego oraz w związku z tym podjąć decyzję o złożeniu oferty oraz skalkulować cenę, jaką zaoferują w zamawiającemu.

Zamawiający wskazuje również, że gdyby § 7 ust. 15 wzoru umowy został zmieniony zgodnie z żądaniem odwołującego, czas dojazdu ekipy serwisowej do innego niż KWK „Jastrzębie-Bzie” zakładu zamawiającego nie byłby w istocie określony, a tym samym zapisy umowy byłyby nieprecyzyjne i nie chroniłyby w należyty sposób interesów ani zamawiającego, ani wykonawcy, który nie byłby w stanie określić, w którym momencie wydłużony czas dojazdu do zakładu zamawiającego innego niż KWK „Jastrzębie-Bzie” może skutkować nałożeniem na niego kar umownych.

§ 7 ust. 16 wzoru umowy.

W odniesieniu do § 7 ust. 16 wzoru umowy, odwołujący domaga się wprowadzenia do niego regulacji, zgodnie z którą czas usunięcia awarii urządzeń ulegałby wydłużeniu, jeżeli zgłoszenie awarii było nieprawidłowe lub gdy w toku naprawy wyjdą na jaw inne niż zgłoszone problemy z działaniem urządzenia wymagające dostarczenia dodatkowych osób lub części.

Zamawiający wskazuje, że czas usunięcia awarii liczony jest od momentu przyjazdu ekipy serwisowej oraz dotransportowania przez zamawiającego części, zespołów, podzespołów koniecznych do usunięcia awarii, czyli po wystąpieniu obydwu okoliczności. Służby techniczne zamawiającego przed każdym zgłoszeniem awarii zawsze analizują każdą sytuację, aby przekazać wykonawcy jak najbardziej rzetelne informacje dotyczące ewentualnych przyczyn awarii oraz części, które mogą podlegać wymianie. Gdyby jednak służby techniczne zamawiającego błędnie określiły rodzaj, charakter awarii bądź przekazały wykonawcy błędne informacje, w związku z czym po przybyciu przez wykonawcę do miejsca usunięcia awarii wykonawca nie dysponowałby częściami, zespołów lub podzespołów niezbędnymi do usunięcia awarii, termin na usunięcie awarii określony w § 7 ust. 16 wzoru umowy nie rozpocznie biegu.

Tym samym § 7 ust. 16 dostatecznie zabezpiecza interesy wykonawcy, a tym samym jest dopuszczalny w świetle przepisów prawa.

§ 7 ust. 21 wzoru umowy.

Odwołujący dopatruje się sprzeczności § 7 ust. 21 wzoru umowy w wymogu, zgodnie z którym wykonawca zapewnić ma w ramach obowiązków z tytułu udzielonej gwarancji pełnego asortymentu części zamiennych w tym materiałów eksploatacyjnych - dla odwołującego regulacja zawarta w § 7 ust. 21 wzoru umowy byłaby dopuszczalna, o ile

zakres obowiązków wykonawcy obejmowałby zapewnienie normalnego asortymentu części zamiennych.

Zamawiający wskazuje, że ze względu na strategiczne znaczenie urządzeń dla funkcjonowania zakładu zamawiającego zapewnienie niepełnego asortymentu części zamiennych i materiałów eksploatacyjnych może powodować przestoje robót eksploatacyjnych i przygotowawczych brak możliwości dostarczenia przez wykonawcę danej części zamiennej w terminach określonych w umowie, ze względu na to, że wykonawca nimi nie dysponuje, skutkować będzie niemożliwością usunięcia awarii urządzeń, przez co zamawiający utraci możliwość obniżenia za pomocą urządzeń temperatury powietrza w wyrobiskach dołowych, czego konsekwencją będzie konieczność zatrzymania prowadzenia prac. Skutkiem takiej sytuacji będą realne straty produkcyjne i finansowe po stronie zamawiającego.

W związku z powyższym § 7 ust. 21 wzoru umowy, o treści określonej przez zamawiającego, jest zapisem dopuszczalnym i koniecznym z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia.

§ 7 ust. 22 wzoru umowy.

Odwołujący kwestionuje zgodność regulacji zawartej w § 7 ust. 22 wzoru umowy w zakresie, w jakim obciążający zamawiającego koszt wymiany części urządzenia na nowe zostanie skorygowany do kosztu części poremontowej w przypadku, gdy wykonawca zatrzyma część wymienioną.

Przedmiotowa regulacja w żadnym razie nie narusza interesów wykonawcy, ponieważ ma jedynie na celu wyłączenie sytuacji, w której w związku z dokonaną przez wykonawcę odpłatną wymianą części urządzenia, uzyskałby on dodatkową korzyść w postaci wymienionej części, która może podlegać remontowi i dalszej sprzedaży na rzecz innego podmiotu. W takiej bowiem sytuacji wykonawca sprzedawałby w istocie zamawiającemu nową część, za którą otrzymywałby pełną cenę, a dodatkowo otrzymywałby część urządzenia będącą własnością zamawiającego, która sama w sobie przedstawia pewną wartość i po wyremontowaniu może stanowić przedmiot dalszego obrotu. W takiej sytuacji skorygowanie - czyli obniżenie ceny części nowej do ceny części poremontowej ma na celu uzyskanie równowagi ekonomicznej stron.

Podkreślić przy tym należy, że dla możliwości dokonania korekty (obniżenia) ceny części nowej konieczne jest, aby doszło do wymiany części urządzenia na nową oraz zwrotu (wydania) wymienianej części przez zamawiającego na rzecz wykonawcy oraz przyjęcia takiej zwróconej części przez wykonawcę. W przypadkach, w których zamawiający nie wyda wykonawcy wymienionej części lub wykonawca takiej części nie będzie chciał przyjąć, do korekty ceny części nowej nie dojdzie.

W związku z powyższym brak jest podstaw dla uznania regulacji zawartej w § 7 ust. 22 wzoru umowy za niedopuszczalną.

§ 7 ust. 24 wzoru umowy.

Odwołujący upatruje sprzeczności regulacji zawartej w § 7 ust. 24 wzoru umowy z przepisami ustawy PZP w tym, że na jej mocy zamawiający może bez uprzedniej akceptacji ze strony wykonawcy i bez utraty gwarancji na całe urządzenie eksploatować urządzenie przy wykorzystaniu części i materiałów szybkozużywających pochodzących od innych dostawców niż wykonawca.

Przedmiotowa regulacja ma zabezpieczyć zamawiającego przed ustanowieniem przez wykonawcę swoistego monopolu na części i materiały szybkozużywające się, które są konieczne do eksploatacji urządzeń, ponieważ w praktyce często zdarza się, że wykonawcy w dokumentacji technicznej dostarczanych przez siebie urządzeń wprowadzają wymóg stosowania części i materiałów szybkozużywających pochodzących wyłącznie od wykonawcy pod rygorem utraty gwarancji jakości. W takich przypadkach zamawiający byłby zobowiązany do dokonywania zakupów takich części i materiałów wyłącznie u jednego wykonawcy, który mógłby dowolnie ustalać ich ceny, co prowadziłoby w efekcie do nieuzasadnionego wydatkowania środków wykonawcy i naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

W związku z tym przedmiotowa regulacja nie może zostać uznana za sprzeczną z przepisami ustawy PZP, ponieważ służy zabezpieczeniu interesów nie tylko zamawiającego, ale również interesów innych niż wykonawca uczestników obrotu dostawców części i materiałów szybkozużywających się, koniecznych do eksploatacji urządzeń.

§ 7 ust. 25 wzoru umowy.

Odwołujący kwestionuje zgodność z przepisami prawa § 7 ust. 25 wzoru umowy w zakresie, w jakim zamawiający jest uprawniony do samodzielnego wyboru jednostki badawczej, która ma sprawdzić zgodność urządzeń z wymogami wynikającymi z umowy oraz norm.

Zarzuty wykonawcy wobec regulacji zawartej w § 7 ust. 25 wzoru umowy są jednak bezpodstawne, ponieważ stanowią one w istocie powtórzenie uprawnień, które na mocy przepisów powszechnie obowiązującego prawa przysługują zamawiającemu, jako właścicieli urządzeń zamawiający nawet w przypadku braku w umowie w/w regulacji byłby uprawniony do badań w wybranej przez siebie jednostce specjalistycznej. Zmiana tej regulacji w sposób, którego żąda odwołujący, skutkowałaby pozbawieniem zamawiającego tego uprawnienia, a w dalszej konsekwencji do znaczącego ograniczenia możliwości zlecenia badań jednostce specjalistycznej w sytuacjach spornych, ponieważ wykonawca mógłby blokować przekazanie

urządzeń jednostce badawczej, poprzez brak zgody na jednostki badawcze proponowane przez zamawiającego.

W związku z powyższym brak jest podstaw dla twierdzenia, iż regulacja zawarta w § 7 ust. 25 wzoru umowy narusza przepisy ustawy PZP.

§ 10 ust. 13 wzoru umowy.

Odwołujący dopatruje się sprzeczności § 10 ust. 13 wzoru umowy z przepisami powszechnie obowiązującego prawa w tym, że regulacja ustanawia zakaz udzielania przez wykonawcę bez pisemnej zgody zamawiającego materialnoprawnego pełnomocnictwa do dochodzenia należności przysługujących wykonawcy, a tym samym pozbawia wykonawcę gwarantowanych mu konstytucyjnie środków prawnej ochrony swoich interesów w postaci możliwości skorzystania przez wykonawcę z pomocy profesjonalnego prawnika przy odzyskiwaniu należności.

Tymczasem regulacja zawarta w § 10 ust. 13 wzoru umowy w żadnym razie nie skutkuje wyłączeniem możliwości korzystania przez wykonawcę z pomocy pełnomocnika profesjonalnego przy dochodzeniu należności w stosunku do zamawiającego, ale wyłącza możliwość udzielenia przez wykonawcę bez pisemnej zgody zamawiającego pełnomocnictwa, na podstawie którego pełnomocnik byłby uprawniony do pełnego dysponowania i decydowania o należności wykonawcy, w tym do przyjmowania płatności, związanego najczęściej z umową faktoringu powierniczego, w ramach którego nie dochodzi co prawda do przeniesienia wierzytelności, ale do świadczenia kompleksowych usług zarządzania należnościami. Celem przedmiotowej regulacji jest wyeliminowanie sytuacji, w której zamawiający, bez uprzedniej akceptacji takiego stanu rzeczy, miałby uiszczać wynagrodzenie na rzecz podmiotu innego niż wykonawca wyłoniony w ramach niniejszego postępowania, a więc wyeliminowanie sytuacji, w której istniałby po stronie zamawiającego stan niepewności co do tego, czy dokonał zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy na rzecz podmiotu rzeczywiście uprawnionego do jej otrzymania.

W związku z powyższym regulacja zawarta w § 10 ust. 13 wzoru umowy jest dopuszczalna.

Zmiana § 10 ust. 14 wzoru umowy.

Odwołujący kwestionuje regulację zawartą w § 10 ust. 14 wzoru umowy twierdząc, że na mocy tej regulacji zamawiający jest uprawniony również do potrącenia swoich niewymagalnych wierzytelności z wierzytelnościami wykonawcy. W ocenie odwołującego dawać ma to możliwość dowolnego kształtowania sytuacji prawnej wykonawcy, w tym także do bezpodstawnego niewypłacenia mu wynagrodzenia.

Zamawiający wskazuje, że zarzut odwołującego jest bezzasadny, ponieważ znaczenie § 10 ust. 14 wzoru umowy nie jest takie, jakie przypisuje mu odwołujący. Nie powoduje ono modyfikacji bezwzględnych przesłanek możliwości dokonania potrącenia wynikających

z przepisów prawa, a przesłanką taką, która wynika z art. 498 k.c., jest wymagalność wiarytelności potrącającego (por. L. Stępnia, Potrącenie w systemie, s. 58 i n.; K. Gandor, w: System Prawa Cywilnego, t. III, cz. I, s. 862— 863; W. Bryl, w: Komentarz 1972, t. II, s. 1207; T, Wiśniewski, w: Gudowski, Komentarz KC 2018, III, cz. I, s. 1276; pogląd ten podzielił również SN w orzeczeniach: z 21.1.2004 r., IV CK 362/02, Legalis, z 3.4.2014 r., V CSK 242/13; z 5.11.2014 r., 111 czp 76/14, OSNC 2015, Nr 7-8, poz. 86; z 2.3.2017 r., V CSK 395/16, Legalis, z 5.3.2019 r., 11 CSK 41/18, OSNC-ZD 2019, Nr D, poz. 64; zob. jednak także Czachórski 2007, s. 384; Radwański, Olejniczak, Zobowiązania 2018, s. 384).

Tym samym na mocy § 10 ust. 14 wzoru umowy zamawiający nie uzyskuje żadnych dodatkowych uprawnień ponad te wynikające z przepisów prawa, co czyni regulację w nim zawartą za dopuszczaną w świetle przepisów ustawy PZP.

Zmiana § 13 ust. 4 wzoru i § 13 ust. 7 wzoru umowy.

Odwołujący zarzuca regulacjom zawartym w § 13 ust. 4 i ust. 7 wzoru umowy, iż dają one zamawiającemu uprawnienie do rozwiązania umowy w całości lub ograniczenie jej realizacji oraz wynagrodzenia wykonawcy ze skutkiem natychmiastowym między innymi z przyczyny jakiegokolwiek uchybienia przez wykonawcę terminowi realizacji przedmiotu umowy.

Zamawiający wskazuje, że w dniu 6 kwietnia 2021 r. dokonał modyfikacji § 13 ust. 4 wzoru umowy w taki sposób, że prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy lub ograniczenia zakresu umowy uzależnione jest nie od opóźnienia wykonawcy w realizacji obowiązków wynikających z umowy, ale od zwłoki wykonawcy w wykonywaniu tych obowiązków.

Na dowód powyższego zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących środków dowodowych:

- a) *Pismo Zamawiającego znak PP/WG.2280-3/21-72/21 z 02.04.2021 r.*
- b) *Załącznik nr 5 do SWZ w wersji obowiązującej od 02.04.2021 r.*

W związku z powyższym w/w zarzut Odwołującego stał się bezprzedmiotowy.

Dodatkowo, ponad argumentację wskazaną powyżej, Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż istotną w sprawie okolicznością jest fakt, iż przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego, stanowi *de facto* zamówienie niejako innowacyjne z punktu widzenia zaopatrywania kopalń w kompletne, niestacjonarne agregaty wody lodowej typu woda/woda. Nie można zatem odmówić zamawiającemu prawa do zamawiania produktów, które co do zasady, ze względu na swoją budowę, czy rozwiązania techniczne, wypełniają założenia zamawiającego, co do realizacji zamierzonego działania – celu inwestycyjnego. I taka też sytuacja występuje w przedmiotowym zamówieniu.

W związku z powyższym, zamawiający mając na względzie dbałość o prawidłową realizację zamówienia, postawił szereg wymagań, ponad standardowych, które profesjonalne

podmioty winne spełnić, aby móc ubiegać się o pozyskanie przedmiotowego zamówienia. Dotychczasowe doświadczenie odwołującego, realizującego od lat zamówienia dla zamawiającego i innych zamawiających będących kopalniami, może okazać się niewystarczające, gdyż zamawiający podjął decyzję o zmianie urządzeń na bardziej nowoczesne. Jednakże zmiana taka nie może być postrzegana, jako ograniczenie konkurencji. Z pewnością odwołującemu „wygodniej” byłoby realizować zamówienie o charakterze, do którego niejako się „przyzwyczaił” i ma doświadczenie. Z drugiej zaś strony odwołujący musi wziąć pod uwagę, że rynek się zmienia, a co za tym idzie zmieniają się również oczekiwania zamawiającego. Dlatego też nie sposób nakazywać zamawiającemu kupowania produktów, które z pewnością są dobre, ale nie wychodzą naprzeciw rozwojowi technologicznemu.

W związku z powyższym, zamawiający zobligowany był do ustanowienia odpowiednich warunków udziału w postępowaniu, które będą dawały gwarancję zamawiającemu, że podmiot, który zostanie wybrany w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podoła ciężarowi realizacji takiego zamówienia. Stąd m.in. wymagana przez zamawiającego zdolność ekonomiczna i finansowa, która pozwoli zabezpieczyć wykonawcę przynajmniej na pierwsze 8 miesięcy realizacji umowy (6 m-cy dostawa pierwszych dwóch urządzeń + 2 m-ce termin zapłaty).

Izba nie podzieliła obaw odwołującego związanych z możliwymi awariami dostarczanych urządzeń, czy też zagrożeniem ich użytkowania, albowiem, co odwołującemu jest wiadome, urządzenie przed jego użytkowaniem w podziemnym zakładzie górniczym musi przejść certyfikację przez jednostkę akredytowaną, która stwierdzi, czy urządzenie może być dopuszczone do takiego ruchu.

Reasumując stanowisko dotyczące postanowień umownych, kwestionowanych przez odwołującego, Izba wskazuje, iż opracowane przez zamawiającego postanowienia nie naruszają równowagi stron postępowania, a zarazem realizują uzasadnione potrzeby zamawiającego w celu prawidłowego i terminowego zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: