

Sygn. akt: KIO 2115 /14

Sygn. akt: KIO 2116 /14

WYROK

z dnia 23 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2014 r. przez Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne - Maszyny Górnicze Sp. z o.o. w Zabrzu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna w Jastrzębiu-Zdroju,

orzeka:

1. oddała oba odwołania,
2. kosztami postępowania obciąża Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne-Maszyny Górnicze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne-Maszyny Górnicze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne-Maszyny Górnicze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu na rzecz Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna w Jastrzębiu-Zdroju kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Sygn. akt: KIO 2115 /14

Sygn. akt: KIO 2116 /14

UZASADNIENIE

Zamawiający, Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna w Jastrzębiu-Zdroju, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Najem kombajnu scianowego wraz z osprzętem dla potrzeb JSW S.A. KWK „Knurów-Szczygłowice” Ruch „Knurów”* (oznaczone przez Zamawiającego odpowiednio numerami spraw 59/ZZ/14 i 61/ZZ/14).

Szacunkowa wartość zamówień jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenia o zamówieniach opublikowano w dniu 01.10.2014 r. w Dz.Urz. UE pod numerami 2014/S 188-332704 i 2014/S 188-332686.

W dniu 10 października 2014 r. Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne-Maszyny Górnicze Sp. z o.o. w Zabrzu wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania względem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), sporządzonych w ww. postępowaniach o udzielenie zamówienia, oznaczone sygnaturami akt Izby: KIO 2115/14 i KIO 2116/14.

W odwołaniu oznaczonym sygn. akt KIO 2115/14 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikację następujących zapisów SIWZ i nadanie im niżej proponowanego brzmienia:

1) w załączniku nr 1 pkt. III podpunkt 18b poprzez modyfikację wymogu: „kombajn powinien być wyposażony w organy urabiające ze zraszaniem wewnętrznym inżektorowym, tzn. zraszaniem powietrzno-wodnym bez konieczności stosowania zewnętrznej sprężarki”,

tj. dopuszczenie możliwości zaoferowania kombajnu wyposażonego w tzw. kurtynę wodno-powietrzną wymagającą doprowadzenia powietrza z zewnętrznej sprężarki (dostarczanej przez Odwołującego), poprzez nadanie mu brzmienia:

„Kombajn powinien być wyposażony w organy urabiające ze zraszaniem wewnętrznym inżektorowym lub kurtynę wodno-powietrzną. W przypadku zastosowania rozwiązania z kurtyną wodno-powietrzną Wykonawca dostarczy sprężarkę potrzebną do zasilania zraszania powietrzno - wodnego zasilaną napięciem 1000 V o parametrach technicznych dostosowanych do zastosowanego zraszania powietrzno - wodnego w dostarczonym kombajnie ścianowym Wraz z kombajnem dostawca dostarczy stosowny certyfikat jednostki notyfikującej do ww. elementów.”

2) w załączniku nr 1 pkt. III podpunkt 23 poprzez modyfikację wymogu: „Kombajn powinien posiadać możliwość uruchomienia do ciągłej pracy w trybie manewrowym - konserwacyjnym bez konieczności uruchomienia pompy wodnej oraz zraszania.

Pod pojęciem ciągłej pracy Zamawiający rozumie przemieszczenie kombajnu bez wyłączania, na odległość co najmniej połowy długości ściany. Uruchomienie kombajnu do pracy (urabiania) w trybie wydobywie z organami urabiającymi winno być poprzedzone załączeniem pompy wodnej oraz zraszania bezpośrednio z kombajnu”,

poprzez nadanie mu brzmienia:

„Kombajn powinien posiadać możliwość uruchomienia do pracy w trybie manewrowym - konserwacyjnym bez konieczności uruchomienia pompy wodnej oraz zraszania (posuw włączony, organy wyłączone) umożliwiającym przemieszczenie kombajnu na odległość co najmniej połowy długości ściany. Uruchomienie kombajnu do pracy (urabiania) w trybie wydobywie z organami urabiającymi winno być poprzedzone załączeniem pompy wodnej oraz zraszania bezpośrednio z kombajnu”

3) w załączniku nr 1 pkt, V podpunkt 7 poprzez wykreślenie wymogu: „Zasilanie układu hydraulicznego zrealizowane dwoma zestawami pompowymi umożliwiającymi wzajemną rezerwację”.

W uzasadnieniu odwołania wskazano:

„[...] Po analizie zapisów SIWZ Odwołujący wskazuje, iż ich treść w sposób oczywisty narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż opis przedmiotu zamówienia zawiera zapisy, które bezzasadnie wykluczają możliwość złożenia oferty przez Odwołującego, pomimo możliwości zaoferowania przez Odwołującego kombajnu spełniającego pozostałe wymogi określone w opinii przedmiotu zamówienia. Należy wskazać, że w świetle przepisu art. 29 ustawy Pzp zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku.

1. W załączniku nr 1 pkt. III podpunkt 18b SIWZ Zamawiający wprowadził wymóg aby zaoferowany kombajn był wyposażony w organy urabiające ze zraszaniem wewnętrznym inżektorowym, tzn. zraszaniem powietrzno-wodnym bez konieczności stosowania zewnętrznej sprężarki. Odwołujący wskazuje, że domaga się dopuszczenia w SIWZ możliwości zaoferowania jako rozwiązania równoważnego obok zraszania inżektorowego także kurtyny wodno-powietrznej zasilanej z zewnętrznej sprężarki (dostarczonej przez Odwołującego). Dopuszczenie proponowanego przez Odwołującego rozwiązania jest dla Zamawiającego korzystniejsze zarówno z technicznego punktu widzenia jak i ze względów bezpieczeństwa, gdyż uzyskany efekt zraszania będzie znacznie lepszy niż w przypadku zraszania inżektorowego wymaganego w SIWZ.

2. W załączniku nr 1 pkt. III podpunkt 23 SIWZ Zamawiający wprowadził wymóg aby zaoferowany kombajn posiadał możliwość uruchomienia do ciągłej pracy w trybie manewrowym - konserwacyjnym bez konieczności uruchomienia pompy wodnej oraz zraszania. Pod pojęciem ciągłej pracy Zamawiający rozumie przemieszczenie kombajnu bez wyłączania, na odległość co najmniej połowy długości ściany. Dodatkowo uruchomienie kombajnu do pracy (urabiania) w trybie wydobywie z organami urabiającymi winno być poprzedzone załączeniem pompy wodnej oraz zraszania bezpośrednio z kombajnu.

Odwołujący wskazuje, że takie opisanie przedmiotu zamówienia jest niezgodny z obowiązującymi normami, a opisane rozwiązanie może skutkować narażeniem obsługi na utratę zdrowia lub nawet życia. Takie warunki pracy kombajnu w świetle normy PN-EN 1710 Sprzęt i komponenty używane w atmosferach potencjalnie wybuchowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych” są niedopuszczalne. W związku z czym Odwołujący domaga się zmiany SIWZ do postaci zgodnej z obowiązującymi przepisami tj. nadania pkt. III

podpunkt 23 SIWZ brzmienia: „Kombajn powinien posiadać możliwość uruchomienia do pracy w trybie manewrowym - konserwacyjnym bez konieczności uruchomienia pompy wodnej oraz zraszania (posuw włączony, organy wyłączone) umożliwiającym przemieszczenie kombajnu na odległość co najmniej połowy długości ściany. Uruchomienie kombajnu do pracy (urabiania) w trybie wydobywie z organami urabiającymi winno być poprzedzone załączeniem pompy wodnej oraz zraszania bezpośrednio z kombajnu”

3. W załączniku nr 1 pkt. V podpunkt 7 SIWZ Zamawiający wprowadził wymóg aby zaoferowany kombajn posiadał zasilanie układu hydraulicznego realizowane dwoma zestawami pompowymi umożliwiającymi wzajemną rezerwację. Odwołujący wskazuje, że stosowanie pojedynczego lub podwójnego układu hydraulicznego jest następstwem przyjętej przez projektanta wizji maszyny lub posiadanymi możliwościami przestrzeni do zabudowy instalacji. Zarówno układ pojedynczy jak i podwójny pozwalają na jednoczesne zasilanie i sterowanie taką samą ilością odbiorników, a sumaryczny wydatek dwóch pomp hydraulicznych jest taki sam jak jednej pompy hydraulicznej w układzie pojedynczym.

Analizując zapis, pojawia się pytanie dlaczego w przypadku stosowania jednego napięcia dla zasilania wszystkich silników Zamawiający dąży do uproszczenia konstrukcji urządzenia, natomiast w przypadku układu hydraulicznego wymaga rozbudowania układu o dodatkowe elementy, które w znaczny sposób obniżają pewność ruchową kombajnu. W przypadku zabudowy dwóch pomp w miejsce jednej oraz zastosowania dwóch zbiorników hydraulicznych i wszystkich układów regulacyjnych (regulator ciśnienia, zawory spływowe, itp.) w sposób oczywisty wzrasta prawdopodobieństwo awarii tych układów i unieruchomienie kombajnu.

Ponadto pragniemy wskazać że Zamawiający w załączniku nr 1 pkt. V podpunkt 1 c) wymaga aby kombajn oraz wszystkie oferowane urządzenia w dniu dostawy spełniały wymagania obowiązujących w polskim górnictwie przepisów i norm w tym określonej we wskazanym punkcie V podpunkt 1 c) Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach (Dz. U. z 2002 r. Nr 139, poz. 1169 z późn. zm.). W rozdziale 6 przedmiotowego Rozporządzenia § 656 pkt. 1 widnieje „W przypadku samoczynnego awaryjnego wyłączenia maszyny, urządzenia lub instalacji mogą być one ponownie włączone przez upoważnionego pracownika, po uprzednim ich zbadaniu i usunięciu przyczyny wyłączenia”. Z przedmiotowego zapisu jednoznacznie wynika że w przypadku wystąpienia jakiegokolwiek awarii powodującej awaryjne wyłączenie kombajnu (a do takich sytuacji bez wątplenia zalicza się awarię zasilania układu hydraulicznego) nie ma znaczenia czy kombajn będzie wyposażony w pojedynczy czy podwójny układ hydrauliczny z dwoma zestawami pompowymi umożliwiającymi wzajemną rezerwację ponieważ w każdym z

przypadków Zamawiający w celu przywrócenia maszyny (kombajnu ścianowego) do pracy musi zbadać przyczynę awarii a następnie ją usunąć. Jedynie po wykonaniu tych czynności Zamawiający może zgodnie z obowiązującym Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. rozpocząć dalszą pracę przedmiotową maszyną.

Pragniemy także zauważyć, iż w chwili obecnej z powodzeniem pracują u Zamawiającego kombajny ścianowe wyposażone w pojedynczy układ hydrauliczny (jedna jednostka napędowa). Należy wskazać, że Zamawiający w żadnym punkcie SIWZ nie wykazał, że dokonany opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony jego potrzebami.

Jak stwierdziła KIO w wyroku z dnia 9.09.2010 r. (KIO 1827/10) „Określenie przedmiotu zamówienia, w tym podział zamówienia na części, przy zachowaniu zasad wynikających z ustawy nie stanowi o konieczności możliwości realizacji danego zamówienia przez wszystkich działających w danym obszarze rynku wykonawców. Jeżeli opis przedmiotu zamówienia, jego części determinowane są potrzebami Zamawiającego, a potrzeby owe są obiektywne, wynikające z charakteru przedmiotu zamówienia, nie można mówić o naruszeniu zasad Prawa zamówień publicznych oraz prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji.”

W niniejszym postępowaniu, co wykazano, opis przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych elementów nie jest determinowany potrzebami Zamawiającego bowiem nie można stwierdzić, że potrzeby owe są obiektywne, wynikające z charakteru przedmiotu zamówienia. Należy wskazać, że dyrektywą płynącą z art. 29 ust. 2 Pzp jest przede wszystkim zakaz ustalania preferencji w opisie przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, niedozwolony jest taki opis przedmiotu zamówienia, który by bez dostatecznego uzasadnienia uniemożliwiał złożenie oferty wykonawcy, bądź grupie wykonawców lub uniemożliwił wykonawcom mogącym złożyć ofertę konkurowanie na takich samych zasadach.

Odwołujący wskazuje również, że dla wykazania naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia wystarczające jest uprawdopodobnienie tego naruszenia, przy czym naruszenie zasady uczciwej konkurencji może być wynikiem zarówno takiego opisu przedmiotu, w ramach którego zestawienie poszczególnych cech będzie wskazywało na jednego producenta, jak i takiej konfiguracji przedmiotów że ich łączne zaoferowanie dla pozostałych zaś wykonawców jest niemożliwe lub bardzo utrudnione - tak wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2012 r. (KIO 688/12). Dodatkowo „Zamawiający nie może wymagać w opisie przedmiotu zamówienia cech przedmiotu zamówienia zbędnych lub cech niemających znaczenia dla spełniania celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia” - tak wprost wyrok KIO z dnia 29.05.2013 r. (KIO 1086/13). Podsumowując Odwołujący wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu,

złożenie oferty, w postępowaniu pomimo zdolności do wyprodukowania przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie przepisów PZP. Potwierdza to m.in. wyrok KIO z dnia 11.01.2013 r. (KIO 2779/12), który stanowi: „Na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych, nie jest możliwe dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia temu wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie.”

Mając na uwadze powyższe, oczywiste przypadki opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych zapisów SIWZ. Odwołujący zwraca również uwagę, że wprowadzenie zaproponowanych przez Odwołującego zapisów w żadnym razie nie wpłynie negatywnie na zakres bezpieczeństwa pracowników Zamawiającego, a ich dokonanie przez Zamawiającego spowoduje przede wszystkim usunięcie zapisów skutkujących ograniczeniem konkurencji i może pozytywnie wpłynąć na końcową cenę przedmiotu zamówienia. Dokonanie wskazanych modyfikacji SIWZ zgodnie z żądaniami Odwołującego umożliwi udział w przedmiotowym postępowaniu większej liczby wykonawców w tym zwłaszcza Odwołującego. Zwiększenie konkurencji w niniejszym postępowaniu wpłynie zaś na końcowe obniżenie ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający przewiduje bowiem przeprowadzenie aukcji elektronicznej, jak wskazuje praktyka, w wyniku aukcji możliwe jest uzyskanie końcowej ceny przedmiotu zamówienia na poziomie od kilkunastu do kilkudziesięciu procent od ceny wywoławczej, co z pewnością nie pozostaje bez znaczenia w dzisiejszej sytuacji rynkowej. Celem postępowania o zamówienie publiczne na dostawę jest bowiem otrzymanie przez Zamawiającego produktu, najmniejszymi nakładami, który najlepiej zaspokoi jego potrzeby. Tylko w takim przypadku możliwy jest wybór najkorzystniejszej oferty, o której mowa w art. 2 ust. 5 Pzp. Jest to jednak możliwe przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. W przeciwnym razie może dojść do rozstrzygnięć niekorzystnych z punktu widzenia zamówienia publicznego, a w konsekwencji do niespełnienia celu postępowania o zamówienie publiczne, zwłaszcza na skutek nieuzasadnionego ograniczenia kręgu podmiotów mogących uczestniczyć w postępowaniu przetargowym. [...]

W odwołaniu oznaczonym sygn. akt KIO 2116/14 sformułowano dokładnie takie same zarzuty i podano takie samo ich uzasadnienie, za wyjątkiem zarzutów opisanych w pkt. 2 uzasadnienia odwołania sygn. akt KIO 2115/14, których w odwołaniu KIO 2116/14 zabrakło.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Kwestionowane postanowienia SIWZ zostały zgodnie z rzeczywistością przytoczone w treści odwołania cytowanej powyżej.

We wstępie do rozpatrzenia zarzutów dotyczących ukształtowania w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, należy wskazać na podstawowe regulacje Pzp, stanowiące niejako miernik i punkt odniesienia dla zarzutów odwołania – mianowicie zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Następnie zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Przy czym przed rozpatrzeniem zarzutów odwołania powołać również należy podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów. Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić.

Jak wskazuje ww. przepis zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wprowadzać będą przepisy samego Kodeksu cywilnego, jak regulacje też Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji k.c., jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp). Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie

opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach jego realizacji, czy innych obowiązkach umownych etc..) lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (np. kryteriach oceny ofert, trybie postępowania...).

Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego w poszczególnych trybach udzielania zamówienia, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach specyfikacji (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana w przepisach jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry. Oznacza to, iż istnieją przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają, a także sytuacje, w których naruszenia konkurencji nie występują – ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (przez podanie jego parametrów, szczegółowych warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych...etc.), postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia.

Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem dopuszczalności stopnia takiego ograniczenia, tj. ocenie podlega ich ogólna, materialna zgodności z wskazanymi przepisami.

Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w specyfikacji, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia, odnoszących się do konkretnych postanowień SIWZ czy ogłoszenia o zamówieniu, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.

Po pierwsze zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Następnie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie przez dane sformułowanie postanowień SIWZ (w tym opisu przedmiotu zamówienia), a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić.

Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis

naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale „automatyczne” przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

Dla przykładu wskazać można, iż w szczególności dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla odwołującego dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występują wykonawcy, którzy tak opisanego przedmiotu zamówienia nie mogą wykonać lub dla których jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano, niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt i specyfika rynku, którego zamówienie dotyczy, rodzaj i charakter danego ograniczenia konkurencji oraz jego skutki dla potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.

Uwzględniając powyższe, orzekając o poszczególnych zarzutach odwołań, Izba stwierdziła, co następuje.

Postawione w obu odwołaniach zarzuty dotyczą wymagania kombajnu urabiającego z wykorzystaniem wewnętrznego zraszania inżektorowego i żądania dopuszczenia kurtyny wodno-powietrznej zasilanej powietrzem z zewnętrznej sprężarki, Izba uznała za niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, iż według wywodzonego i opisywanego przez Zamawiającego na rozprawie kształtu rynku (co nie było zaprzeczane przez Odwołujące), lokalnie działa i w przetargach prowadzonych przez Zamawiającego bierze udział, czterech producentów wielkich maszyn górniczych.

Tymczasem jedynym producentem zgłaszającym zastrzeżenia do wymagania napowietrzania inżektorowego i domagającym się dopuszczenia kurtyny wodno-powietrznej zasilanej zewnątrz jest Odwołujący. Ponadto kwestionowane rozwiązanie nie jest wcale rozwiązaniem konstrukcyjnym Odwołującemu niedostępnym i przezeń niestosowanym. Przeciwnie, Odwołujący produkuje kombajny wykorzystujące dysze inżektorowe (*vide*

dowody przedstawione na rozprawie przez Zmawiającego: wyciąg z DTR dla kombajnu KSW-880EU 9004138 oraz wyciąg z DTR dla kombajnu KSW 880EU/1KV 9003204). Spełnienie tego typu wymagań rynku (w tym przypadku: wymagań Zamawiającego) jest więc dla wykonawcy możliwe (abstrahując od konieczności dostosowania się do innych wymogów związanych np. z napięciem zasilania).

W świetle zgodnych oświadczeń stron składanych na rozprawie, oba opisywane rozwiązania (dysze inżektorowe oraz kurtyna wodno-powietrzna), o ile działają prawidłowo, są mniej więcej równoważne parametrowo, tj. gwarantują podobne zużycie wody i uzyskiwaną jakość urobku. Różnica pomiędzy nimi sprowadza się natomiast do wygody i bezpieczeństwa użytkownika. Kurtyna wodno-powietrzna aby spełniać swoje funkcje i osiągać zakładane parametry winna być napowietrzana przez powietrze doprowadzane przewodami z zewnętrznej (względem kombajnu) sprężarki posadowionej w chodniku. W warunkach eksploatacji złoża przewody doprowadzające powietrze ze sprężarki do kombajnu ulegają częstym awariom i przerwaniom, co powoduje znaczny spadek efektywności wydobywania i straty kopalni (przewody i ich mechaniczne uszkodzenia nie są objęte gwarancją producenta). W przypadku odcięcia powietrza ze sprężarki, kurtyna wodno-powietrzna staje się jedynie kurtyną wodną, co znacznie podnosi zużycie doprowadzanej wody i pogarsza jakość urobku. Ponadto zewnętrzna sprężarka stanowi dodatkowe urządzenie podnoszące ciepło w chodniku (nawet jeżeli nieznacznie), a prowadzące od niej przewody muszą być pomieszczone w co do zasady minimalizowanych rozmiarowo układach. Dysze inżektorowe jako zabudowane wewnątrz kombajnu pozbawione są tego typu mankamentów i z tego względu są wygodniejsze i bezpieczniejsze w trakcie eksploatacji prowadzonej w ciasnych chodnikach i ekstremalnie trudnych warunkach.

Jak wskazywał Zamawiający, bez wahania dopuściłby stosowanie kurtyny wodno-powietrznej, jako technologię spełniającą wszelkie wymagania związane z wydobywaniem, ale tylko w przypadku gdyby na rynku pojawiły się urządzenia zasilane ze sprężarki wewnętrznej. Przyczyną eliminacji tego typu rozwiązania jest więc konieczność wykorzystywania dodatkowego, niezależnego urządzenia w postaci sprężarki zewnętrznej.

W świetle przedstawionej, wystarczającej konkurencyjności rynku i możliwości (czy nawet konieczności rynkowej, której w tym przypadku zasady konkurencji wyrażone w ustawie wcale nie znoszą i nie niwelują) adaptacji producenta do potrzeb klienta, należy ocenić wagę i znaczenie potrzeb Zamawiającego związanych z preferowaniem zakupu kombajnu z napowietrzaniem inżektorowym oraz stwierdzić, że są one w tym kontekście wystarczająco uzasadnione i tym samym wystarczają do przyjęcia zastanego kształtu przedmiotu

zamówienia. Zamawiający jest uprawniony do zamówienia i zakupu kombajnu zasilanego inżektorowo.

W związku oświadczeniem Odwołującego złożonym na rozprawie, iż wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 10 października 2014 r., stanowiące odpowiedź na pytanie 4 i 5 dotyczące treści SIWZ, usuwają jakiegokolwiek zastrzeżenia Odwołującego względem postanowień SIWZ w zakresie objętym zarzutem z pkt 2 uzasadnienia odwołania KIO 2115/14 – Izba stwierdziła, iż jakiegokolwiek niejasności związane z wymaganiami Zamawiającego istniejące w dniu wnoszenia odwołania, nie mają już miejsca, i tym samym potwierdzenie tego zarzutu nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Tym samym nawet potwierdzenie zarzutu nie mogłoby prowadzić do uwzględnienia odwołania na zasadzie art. 192 ust. 2 Pzp.

Zarzuty odwołań dotyczące wymagania zdublowania pomp zasilających układ hydrauliczny kombajnu uznano za niezasadne.

Podobnie jak w przypadku zarzutu nr 1, rynek maszyn górniczych stosujących tego typu rozwiązanie jest wystarczająco otwarty i konkurencyjny, tj. postawione wymaganie nie ogranicza konkurencji w sposób nadmierny i tym samym niezgodny z ustawą.

Według dowodów przedstawionych przez zamawiającego na rozprawie (oświadczenia trzech producentów kombajnów obecnych na rynku: EICKHOFF POLONIA, JOY i FAMUR) pozostali producenci od lat stosują i oferują rozwiązania polegające na podwójnym zasilaniu układu hydraulicznego kombajnu. Również Odwołujący stosuje podwójne zasilanie układu hydraulicznego w swoich maszynach, co stwierdzono na podstawie wyciągu z karty katalogowej kombajnu KSW-800NE produkcji Odwołującego, przedłożonej na rozprawie przez Zamawiającego.

W tym kontekście, przedstawione na rozprawie względy i potrzeby Zamawiającego – prowadzącego normalną działalność komercyjną i dążącego do maksymalizacji zysku, osiąganego m.in. przez nieprzerwane i niezakłócone wydobywanie węgla – które przemawiają za zakupem rozwiązań opisanych w SIWZ, nie muszą być wcale bezwzględne i sprowadzać się do konieczności określonego zakupu. Wystarczające są tutaj potrzeby relatywne, definiowane względem spodziewanych korzyści ekonomicznych (lub ich utraty), a także względy związane z wygodą użytkownika danych rozwiązań.

Przedstawione przez Zamawiającego argumenty związane z niewygodą i czasochłonnością wymiany uszkodzonej pompy w zablokowanym na ścianie kombajnie z niedziałającym układem hydraulicznym (w przypadku pomp pojedynczych) oraz koniecznością przzerwiania

na czas wymiany pompy sztyfty wydobywczej (co skutkuje wymiernymi stratami ekonomicznymi), są przekonujące i w ocenie Izby niepodważalne.

Przynajmniej nie podważa ich interpretacja powoływanych w treści odwołań przepisów Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach (Dz. U. z 2002 r. Nr 139, poz. 1169 z późn. zm.), a właściwie interpretacja tego typu stanu faktycznego (awarii jednej z dwóch pomp zasilających) i jego subsumpcja do wskazanych norm, dokonywana przez Odwołującego. Izba nie podziela prezentowanego przez Odwołującego stanowiska, jakoby w świetle § 656 pkt. 1 ww. rozporządzenia konieczne jest natychmiastowe usunięcie awarii jednej pompy, nawet gdy jednocześnie zapewniona jest możliwość obsługi układu hydraulicznego przez drugą pompę i jego sprawnego oraz prawidłowego działania.

W myśl powołanego przepisu, w przypadku samoczynnego awaryjnego wyłączenia maszyny, urządzenia lub instalacji mogą być one ponownie włączone przez upoważnionego pracownika, po uprzednim ich zbadaniu i usunięciu przyczyny wyłączenia. Powyższe zostaje spełnione w przypadku stosowania rozwiązania wymaganego przez Zamawiającego i przy opisywanej praktyce jego stosowania. W wyniku awarii jednej z pomp układ hydrauliczny urządzenia przestaje pracować, co skutkuje obowiązkiem wyłączenia całego kombajnu. Po zbadaniu zdarzenia i stwierdzeniu awarii pompy zasilającej następuje przełączenie (z poziomu operatora kombajnu) na zasilanie całego układu hydraulicznego przez drugą pompę. Przyczyną wyłączenia był tu brak zasilania układu hydraulicznego i taka przyczyna zostaje usunięta – zasilanie układu zostaje przywrócone. Kombajn może prawidłowo i bezpiecznie pracować wystarczająco zasilany z drugiej pompy o odpowiedniej mocy.

Powoływana praktyka jest nie tylko z powodzeniem i korzyścią stosowana przez Zamawiającego, ale też znajduje potwierdzenie we wskazywanych wyżej oświadczeniach producentów kombajnów: EICKHOFF POLONIA, JOY i FAMUR.

Ponadto zarzuty Odwołującego dotyczące postanowień SIWZ wymagających dublowania układów pompowych w kombajnach górniczych były już oddalone przez Izbę np. w wyroku z dnia 2 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1520/10 oraz wyroku z dnia 23 maja 2011 r. sygn. akt KIO 998/11.

Reasumując, Zamawiający nie naruszył zasad konkurencji, o których mowa w art. 7 i 29 Pzp przez wymaganie zdublowania układów pompowych w zamawianym kombajnie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....