

Sygn. akt KIO/UZP 736/09

WYROK
z dnia 26 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Famur Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 51, 40 – 698 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40 – 039 Katowice** protestu z dnia **12 maja 2009 r.**

orzeka:

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Famur Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 51, 40 – 698 Katowice

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Famur Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 51, 40 – 698 Katowice,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426** zł **00** gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Famur Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 51, 40 – 698 Katowice.**

U z a s a d n i e n i e

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.04.2009r. pod poz. 2009/S 81 – 117179.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest "Dzierżawa nowego kombajnu ścianowego z napędem elektrycznym wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi serwisowej i gwarancyjnej w całym okresie dzierżawy dla KW S.A. Oddział KWK Halemba -Wirek" (nr 150900089/01).

Protest i odwołanie dotyczą postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Zamawiającym jest Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Powstańców 30; 40 -039 Katowice zwany dalej "Zamawiającym".

Odwołującym jest FAMUR Sp. z o.o. 40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51 zwany dalej "Odwołującym".

W dniu 1 czerwca 2009 r. na podstawie art. 184 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223. poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej "ustawą" zostało wniesione odwołanie.

We wniesionym odwołaniu zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 przez nie zapewnienie przez Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 22 ust. 2 ustawy przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w szczególności przez zawężenie kręgu wykonawców spełniających wskazane wymagania;
3. art. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny w ten sposób, iż w SIWZ, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób naruszający zasadę równości i uczciwej konkurencji przez ograniczenie dostępu do udziału w postępowaniu i w konsekwencji udzielenia zamówienia publicznego, gdyż w załączniku nr 2a ppkt 1.5.3 zażądano wprowadzenia w kombajnie możliwości przesunięcia ramienia skutkującego odsunięciem końca płatów organów urabiających od stropnic w warunkach dołowych w zależności od warunków górniczo-geologicznych bez wymiany ramion.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie żądań wskazanych w proteście i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany SIWZ, przez wykreślenie zapisów załącznika nr 2a ppkt 1.5.3.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następujące uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący przedstawił wszystkie zarzuty podniesione w proteście w tym zarzut dotyczący zapisów w zał. nr 2a ppkt 1.5.3.

Stwierdził, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu uwzględnił część zarzutów, ale za wyjątkiem zarzutu podniesionego w odwołaniu.

Odwołujący przywołał argumentację z protestu odnoszącą się do zapisów zał. nr 2 ppkt 1.5.3. SIWZ, iż powyższe sformułowanie ("kombajn ma posiadać możliwości przesunięcia ramienia skutkującego odsunięciem końca płatów organów urabiających od stropnic w warunkach dołowych w zależności od warunków górniczo-geologicznych bez wymiany ramion"), jest sprzeczne z zasadami systemu zamówień publicznych, a w szczególności z przepisami ustawy dotyczącymi prawidłowego dokonania opisu przedmiotu zamówienia,

który powinien być opisany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i nie powinien utrudniać uczciwej konkurencji.

Odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie uczynione przez Zamawiającego w załączniku nr 2a ppkt 1.5.3 SIWZ jest nieuzasadnione i ma na celu jedynie ograniczenie kręgu Wykonawców, co w świetle przepisów ustawy, tj. w szczególności: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 jest niedopuszczalne.

Odwołujący zaznaczył, że w całej swojej działalności nie spotkał się z praktycznym zastosowaniem wymaganego rozwiązania.

Odwołujący we wniesionym proteście wniósł o dokonanie zmiany SIWZ przez wykreślenie między innymi zapisów zał. nr 2a ppkt 1.5.3. SIWZ.

Dalej w uzasadnieniu odwołania wskazano, że Zamawiający oddalił protest w zakresie zarzutu na treść zał. nr 2a ppkt 1.5.3 oraz naruszenia art. 7, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 ustawy, polegającego na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równości i uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie dostępu do udziału w postępowaniu i w konsekwencji udzielenia zamówienia publicznego oraz oddalił protest w zakresie zarzutu na sformułowane w pkt. XVI ppkt 2f SIWZ żądania, aby do oferty został załączony wypis z instrukcji obsługi zawierający rysunki posadowienia kombajnu na przenośniku określające wielkość prześwitu pomiędzy blachą ślizgową przenośnika a kombajnem na trasie przenośnika, wysokość kombajnu bez osłon oraz z osłonami w pozycji leżącej. długość całkowitą kombajnu.

Przy czym w odwołaniu podtrzymano zarzut z protestu w zakresie zał. nr 2a ppkt 1.5.3. SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania przywołano argumentację z oddalenia protestu w części dotyczącej zapisów załącznika nr 2a ppkt 1.5.3., iż Zamawiający wskazał, że biorąc pod uwagę możliwość wystąpienia utrudnionych warunków górniczo -geologicznych związanych z prowadzeniem stropu uważa na podstawie nabytych doświadczeń ruchowych, iż wymagane rozwiązanie techniczne jest korzystne. Ponadto, Zamawiający wskazał z jakich okoliczności wynika jego zainteresowanie tego typu rozwiązaniem.

Odwołujący ustosunkował się do stanowiska Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu i wskazał,(...) "iż Zamawiający z powodzeniem eksploatował lub obecnie eksploatuje, w takich samych warunkach górniczo-geologicznych jak przedstawione w SIWZ, kombajny produkcji

Famur, z których żaden nie posiadał rozwiązania umożliwiającego przesunięcie ramienia skutkującego odsunięciem płytów organów urabiających od stropnicy. Podczas wieloletniego używania w/w kombajnów Zamawiający nigdy nie zwracał się do Famuru o wprowadzenie zmiany do konstrukcji tych kombajnów umożliwiającej takie przesunięcie.

Zamawiający postawiony wymóg argumentuje trudnymi warunkami górniczo - geologicznymi, nie określając jednocześnie parametrów, których oczekuje (w tym np. dopuszczalnego "otwarcia stropu" w przeznaczonych do eksploatacji ścianach)

Podane w SIWZ warunki górniczo-geologiczne, opisujące spodziewane nachylenie poprzeczne ścian, które ma decydujący wpływ na zmiany otwarcia stropu (tj. odległość od końca stropnicy do organu), przedstawiają je na poziomie 3-5 % a więc w zakresie nie mającym istotnego wpływu na warunki eksploatacyjne i konieczność zmian ustawienia ramion. Ponadto uważamy, że z uwagi na komplikacje techniczne jakie towarzyszą operacji zmiany ustawienia ramion na kombajnie w warunkach dołowych oraz straty finansowe towarzyszące postojowi kombajnu w czasie jego przeróbki, wątpliwym jest by kiedykolwiek skorzystano dotychczas w zakładach górniczych z wymaganego rozwiązania technicznego. Podsumowując należy stwierdzić, że postawione przez Zamawiającego wymaganie nie ma technicznego ani racjonalnego uzasadnienia, a służy jedynie ograniczeniu potencjalnych oferentów.

Należy zatem stwierdzić, że stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w rozstrzygnięciu protestu, w żaden sposób nie dowodzi zasadności postępowania Zamawiającego, a niniejsze odwołanie jest uzasadnione i winno zostać uwzględnione. "

W złożonym w dniu 12.05.2009r. proteście na treść SIWZ Odwołujący zarzucił, podtrzymane w odwołaniu, naruszenie postanowień załącznika nr 2a ppkt 1.5.3 - przez wprowadzenie w kombajnie możliwości przesunięcia ramienia skutkującego odsunięciem końca płytów organów urabiających od stropnic w warunkach dołowych w zależności od warunków górniczo-geologicznych bez wymiany ramion.

Wskazanemu zapisowi SIWZ Odwołujący zarzucił

1. naruszenie art. 7 ustawy, poprzez nie zapewnienie przez Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie art. 22 ust. 2 ustawy, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez zawężenie kręgu wykonawców spełniających wskazane wymagania;

3. naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. tj. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny.

Odwołujący w złożonym proteście wniósł, w zakresie podtrzymanym w odwołaniu o:

1. uwzględnienie protestu;
2. dokonanie zmiany SIWZ, przez wykreślenie zapisów ppkt 1.5.3. zał. nr 2a SIWZ.

W uzasadnieniu protestu w zakresie wniesionego odwołania od rozstrzygnięcia protestu wskazał na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

(...)”W załączniku nr 2 a ppkt 1.5.3 SIWZ tj. w wykazie spełnienia istotnych dla zamawiającego wymagań i parametrów technicznych, postawił wykonawcom wymaganie, że kombajn ma posiadać możliwości przesunięcia ramienia skutkującego odsunięciem końca płatów organów urabiających od stropnic w warunkach dołowych w zależności od warunków górniczo-geologicznych bez wymiany ramion.

Powyższe sformułowanie, jest sprzeczne z zasadami systemu zamówień publicznych, a w szczególności ze wskazanymi w petitum przepisami ustawy dotyczącymi prawidłowego dokonania opisu przedmiotu zamówienia, który powinien być opisany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i nie może utrudniać uczciwej konkurencji.

Zastrzeżenie uczynione przez Zamawiającego w załączniku nr 2a ppkt 1.5.3 SIWZ jest nieuzasadnione i ma na celu jedynie ograniczenie kręgu Wykonawców, co w świetle przepisów ustawy, tj. w szczególności: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 tej ustawy, jest niedopuszczalne. Protestujący w całej swojej działalności nie spotkał się z praktycznym zastosowaniem wymaganego rozwiązania.

Podsumowując, należy stwierdzić, że użycie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, wymagań radykalnie ograniczających krąg Wykonawców, stanowi działanie wbrew zasadzie równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, a tym samym - narusza zakaz naruszania zasad uczciwej konkurencji. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg Wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Jednocześnie Protestujący wskazuje, iż nie kwestionuje prawa Zamawiającego do określania wymagań jakie muszą spełniać Wykonawcy, jednakże wymagania te powinny być uzasadnione i racjonalne oraz nie naruszać ani nie ograniczać zasad uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego protestujący wnosi jak na wstępie”(...).

Pismem z dnia 21 maja 2009r. Zamawiający rozstrzygnął protest nie uwzględniając w całości podniesionych zarzutów.

Zamawiający oddalił protest w zakresie zarzutu treści Załącznika nr 2a ppkt. 1.5.3. oraz naruszenia art. 7, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 ustawy, polegającego na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równości i uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie dostępu do udziału w postępowaniu i w konsekwencji udzielenia zamówienia publicznego

Zarzut nie uwzględniony, a który jest objęty odwołaniem Zamawiający przywołał następującą argumentację faktyczną i prawną.

Odpowiadając na zarzuty zawarte w proteście w przedmiocie pkt 1 i 5 Zamawiający oddalił protest dotyczący zapisów:

1. „pkt. XVI ppkt 2 f SIWZ w zakresie zażądania, aby do oferty został załączony wypis z instrukcji obsługi zawierający rysunki posadowienia kombajnu na przenośniku określające wielkość prześwitu pomiędzy blachą ślizgową przenośnika a kombajnem na trasie przenośnika, wysokość kombajnu bez osłon oraz z osłonami w pozycji leżącej, długość całkowitą kombajnu. Zamawiający w celu sprawdzenia prawidłowości doboru parametrów (gabarytów) przedmiotu zamówienia oraz spełnienia wymogów określonych w załączniku nr 2a pkt 1.1, 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3, 1.3.1, 1.3.2, 1.3.3, 1.4, 1.5.1, 1.5.2 wymaga bezwzględnie rysunki posadowienia kombajnu na przenośniku.”
2. „załącznika nr 2a ppkt 1.5.3 - przez wprowadzenie w kombajnie możliwości przesunięcia ramienia skutkuje odsunięciem końca płytów organów urabiających od stropnic w warunkach dołowych w zależności od warunków górniczo-geologicznych bez wymiany ramion: Zamawiający biorąc pod uwagę możliwość wystąpienia utrudnionych warunków górniczo-geologicznych związanych z prowadzeniem stropu uważa na podstawie nabytych doświadczeń ruchowych, iż wymagane rozwiązanie techniczne jest korzystne. Powoduje ono skrócenie czasu postoju kombajnu, w przypadku zaistnienia utrudnień eksploatacyjnych a tym samym obniżenia kosztów (straty w wydobywaniu, postój ludzi, bezproduktywność pozostałych urządzeń zainstalowanych w rejonie wydobywczym, bezpieczeństwo załogi wynikające z konieczności prowadzenia innych prac urabiających caliznę węglową -strzelanie

powodujące niszczenie majątku posiadanego przez Zamawiającego). Przedmiotowe rozwiązanie techniczne Zamawiający praktycznie stosuje od kilku lat. Jednakże Zamawiający równorzędnie traktuje inne rozwiązanie techniczne pisząc w dalszej części tego punktu uwagę: "w przypadku konieczności zastosowania dodatkowych elementów wykonawca w ramach zawartej umowy dzierżawy udostępni niezbędne podzespoły w terminie 24 godzin od zawiadomienia".

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu stwierdził, że Odwołujący niesłusznie zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7, art. 22 ust. 2 i art. 29 ust. 2 ustawy. W jego ocenie określenie wymagań i parametrów technicznych z uwagi na opis przedmiotu zamówienia nastąpiło w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców.

Dalej wskazał, że Zamawiający zobowiązany jest przestrzegać nie tylko przywołane przez odwołującego przepisy ustawy, ale także przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które wskazują, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża to działanie lub narusza interes innego przedsiębiorcy.

W ocenie Zamawiającego, na poparcie twierdzeń Odwołujący nie przedstawił dowodów. Podniesione zarzuty mają wyłącznie charakter subiektywny. Nie wykazano, w jaki sposób Zamawiający uniemożliwia Odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu. Zamawiający uważa, że zarzut ma charakter ogólny.

Natomiast postanowienia SIWZ, w jego ocenie, nie zostały sformułowane w sposób dyskryminujący wykonawców i są wyrazem potrzeb Zamawiającego w zakresie przedmiotowego zamówienia.

Powyższa argumentacja zdaniem Zamawiającego uzasadnia jego stanowisko w zakresie rozstrzygnięcia protestu.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia odwołania, ponieważ jak wskazał na rozprawie postawiony wymóg techniczny odnoszący się do przedmiotu zamówienia to jest kombajnu ścianowego w zakresie możliwości przesunięcia ramienia kombajnu bez konieczności jego wymiany, uniemożliwia jemu udział w postępowaniu, a tym samym uzyskanie zamówienia.

Powyższa okoliczność stanowi wypełnienie koniecznej przesłanki z art. 179 ustawy w zakresie istnienia po stronie Odwołującego interesu prawnego umożliwiającemu prawo do wniesienia odwołania.

Przedmiotem zamówienia jest dzierżawa nowego kombajnu ścianowego z napędem elektrycznym wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi serwisowej i gwarancyjnej w całym okresie dzierżawy dla Zamawiającego to jest Oddziału Kopalni Węgla Kamiennego Halemba -Wirek.

Zamawiający w SIWZ to jest w Załączniku nr 2a określił istotne dla Zamawiającego wymagania i parametry techniczne jakie powinny być spełnione przez oferowany kombajn ścianowy.

W złożonym proteście Odwołujący zakwestionował szereg postawionych przez Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych dla kombajnu ścianowego.

Zamawiający rozstrzygając protest uwzględnił większość wniesionych przez Odwołującego w proteście zarzutów.

Natomiast Zamawiający nie uwzględnił zarzutu odnoszącego się do ustalenia, że kombajn ma posiadać możliwość przesunięcia ramienia skutkującego odsunięciem końca płytów organów urabiających od stropnic w warunkach dołowych w zależności od warunków górnictwo-geologicznych bez wymiany ramion.

Przy czym Zamawiający przewidując inne rozwiązanie techniczne w dalszej części tego wymogu zamieścił uwagę, że w przypadku konieczności zastosowania dodatkowych elementów wykonawca w ramach zawartej umowy dzierżawy udostępni niezbędne podzespoły w terminie 24 godzin od zawiadomienia.

Powyżej przedstawiona sporna regulacja zamieszczona została w ppkt 1.5.3. Załącznika nr 2a SIWZ.

Odwołujący argumentując odwołanie w szczególności powołał się na następujące okoliczności:

1. Zamawiający eksploatował i obecnie eksploatuje, w takich samych warunkach górnictwo-geologicznych jak przedstawione w SIWZ, kombajny produkcji Famur to jest kombajny Odwołującego, z których żaden nie posiadał spornego rozwiązania technicznego, a podczas wieloletniego używania tych kombajnów Zamawiający nie

zwracał się o wprowadzenie zmiany do konstrukcji tych kombajnów umożliwiające takie przesunięcie.

2. Zamawiający postawiony wymóg argumentuje warunkami górnictwo - geologicznymi, nie określając jednocześnie parametrów, których oczekuje (w tym np. dopuszczalnego "otwarcia stropu" w przeznaczonych do eksploatacji ścianach). Natomiast podane w SIWZ warunki górnictwo-geologiczne, opisujące spodziewane nachylenie poprzeczne ścian, które ma decydujący wpływ na zmiany otwarcia stropu (tj. odległość od końca stropnicy do organu), przedstawiają je na poziomie 3-5 % a więc w zakresie nie mającym istotnego wpływu na warunki eksploatacyjne i konieczność zmian ustawienia ramion. Ponadto Odwołujący uważa, że z uwagi na komplikacje techniczne jakie towarzyszą operacji zmiany ustawienia ramion na kombajnie w warunkach dołowych oraz straty finansowe towarzyszące postojowi kombajnu w czasie jego przeróbki, wątpliwym jest by kiedykolwiek skorzystano dotychczas w zakładach górniczych z wymaganego rozwiązania technicznego.
3. postawione przez Zamawiającego wymaganie nie ma technicznego ani racjonalnego uzasadnienia a służy jedynie ograniczeniu potencjalnych oferentów.
4. Sporny wymóg jest sprzeczny z zasadami systemu zamówień publicznych, a w szczególności z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 ustawy dotyczącymi prawidłowego dokonania opisu przedmiotu zamówienia, który powinien być opisany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i nie może utrudniać uczciwej konkurencji, a zastrzeżenie uczynione przez Zamawiającego w załączniku nr 2a ppkt 1.5.3 SIWZ jest nieuzasadnione i ma na celu jedynie ograniczenie kręgu Wykonawców.
5. Na koniec swojej argumentacji Odwołujący wskazał, że w całej swojej działalności nie spotkał się z praktycznym zastosowaniem wymaganego rozwiązania.
6. Podsumowując argumentację Odwołujący stwierdził, że użycie przez Zamawiającego spornego wymogu, radykalnie ogranicza krąg wykonawców i stanowi działanie wbrew zasadzie ich równego traktowania. Tym samym - wypełnia zakaz naruszania zasad uczciwej konkurencji, ponieważ rygorystycznie określa wymagania, które nie są uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Zamawiający oddalając protest użył następującej argumentacji :

1. Zamawiający biorąc pod uwagę możliwość wystąpienia utrudnionych warunków górnictwo-geologicznych związanych z prowadzeniem stropu uważa na podstawie nabytych doświadczeń ruchowych, iż wymagane rozwiązanie techniczne jest korzystne. Powoduje ono skrócenie czasu postoju kombajnu, w przypadku

zaistnienia utrudnień eksploatacyjnych a tym samym obniżenia kosztów (straty w wydobywaniu, postój ludzi, bezproduktywność pozostałych urządzeń zainstalowanych w rejonie wydobywczym, bezpieczeństwo załogi wynikające z konieczności prowadzenia innych prac urabiających caliznę węglową -strzelanie powodujące niszczenie majątku posiadanego przez Zamawiającego). Przedmiotowe rozwiązanie techniczne Zamawiający praktycznie stosuje od kilku lat. Jednakże Zamawiający równorzędnie traktuje inne rozwiązanie techniczne pisząc w dalszej części tego punktu uwagę: "w przypadku konieczności zastosowania dodatkowych elementów wykonawca w ramach zawartej umowy dzierżawy udostępni niezbędne podzespoły w terminie 24 godzin od zawiadomienia."

2. W jego ocenie określenie wymagań i parametrów technicznych z uwagi na opis przedmiotu zamówienia nastąpiło w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców.
3. W ocenie Zamawiającego, na poparcie twierdzeń Odwołujący nie przedstawił dowodów. Podniesione zarzuty mają wyłącznie charakter subiektywny. Nie wykazano, w jaki sposób Zamawiający uniemożliwia Odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu. Zamawiający uważa, że zarzut ma charakter ogólny.
4. Natomiast postanowienia SIWZ, w jego ocenie, nie zostały sformułowane w sposób dyskryminujący wykonawców i są wyrazem potrzeb Zamawiającego w zakresie przedmiotowego zamówienia.

W toku rozprawy Zamawiający na poparcie swojego stanowiska przedstawił następującą argumentację i dowody:

1. Zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, że proponowane niewymienne ramię kombajnu ścianowego nie jest stosowane przy produkcji to jest wydobywaniu węgla u Zamawiającego. Na poczet swojego twierdzenia przedstawił protokoły z usług serwisowych kombajnu SL-300 w trakcie prac związanych z przesunięciem ramion, remontu tegoż kombajnu w Kopalni „HALEMBA” z 01.11.2008r., 02.11.2008r., a wykonywanego przez EICKHOFF POLONIA Ltd. z siedzibą w Mikołowie.
2. Zaprzeczył twierdzeniom, że żądanie ramion niewymiennych w kombajnie ścianowym narusza uczciwą konkurencję, ponieważ ogranicza dostęp do zamówienia z uwagi na to, że na rynku funkcjonuje tylko jeden producent spełniający powyższy wymóg techniczny to jest EICKHOFF, na co wskazał Odwołujący na rozprawie. Na poparcie twierdzenia Zamawiający przedstawił odpowiedź uzyskaną od JOY Maszyny Górnicze A JOY GLOBAL INC COMPANY JOY MASZYN GÓRNICZE Sp. z o.o. Tychy Polska pismo z dnia 05.06.2009r. L.dz. 3947/JMG/SH/09 wraz z dołączonymi

rysunkami technicznymi. Z treści pisma wynika, że na kombajnach JOY typu 4 LS istnieje możliwość przesunięcia ramienia skutkującego odsunięciem końca płata organów urabiających od stropnicy w warunkach dołowych bez konieczności wymiany ramienia. Ponadto wskazał jak w rozstrzygnięciu protestu na „uwagę” w spornym ppkt 1.3.5 zał. Nr 2a, który dopuszcza równorzędne rozwiązania.

3. Zaprzeczając twierdzeniu Odwołującego, że u Zamawiającego nie praktykuje się wydobycia węgla z zastosowaniem kombajnów ścianowych z niewymiennym ramieniem dodatkowo przedstawił odpowiedź z Oddziału KWK Jankowice pismo z dnia 19.06.2009r. L.dz. 21/DT/TM/MM/997/2009r. Z treści pisma wynika, że kopalnia Jankowice eksploatuje aktualnie trzy typy kombajnów ścianowych, w których istnieje możliwość przesunięcia ramienia skutkującego odsunięciem końca płatów organów urabiających od stropnic w warunkach dołowych, w zależności od warunków górniczo- geologicznych, bez wymiany ramion i wymieniono kombajny: SL-300, 4LS20 i 4LS22.
4. W związku z argumentacją Odwołującego, na rozprawie, że oferowany przez niego kombajn, który nie posiada niewymiennego ramienia odpowiada warunkom pracy w kopalni, z uwagi na zapis w ppkt 1.4. w Zał. Nr 1 SIWZ, z którego wynika, że nachylenie podłużne i poprzeczne na ścianach 1 , 2 , 3 waha się od 6 do 8 stopni (nachylenie podłużne) oraz od 3 do 5 stopni (nachylenie poprzeczne), a nie jak oświadczył na rozprawie Zamawiający od -8 do + 5 stopni, przedstawił pisemne wyjaśnienie z dnia 23.06.2009r. z pisemnego wyjaśnienia uprawnionego geologa górniczego Działu Mierniczo- Geologicznego Oddziału KWK „HALEMBA –WIREK” Pana Aleksandra Kiszki wynika, że ” W Chodniku ścianowym 2 i w chodniku ścianowym 2a pokład 402 ulega zafalowaniom na odcinakach o długości od 10m do 30m. Kąty upadu pokładu ulegają w tych miejscach zmianie od – 8 do + 5 stopni”. Zmiana kątów zalegania pokładu 402 następuje kilkakrotnie na wybiegu chodnika ścianowego 2a. Można spodziewać się występowania tego typu zaburzeń w ścianie 2a.” Zamawiający przedkładając pismo o zacytowanej powyżej treści oświadczył, że jest to potwierdzenie, że pofalowanie i pochylenie ścian chodników, które będą stanowić wyrobiska przyścianowe i z aktualnych doświadczeń co do przebiegu wyrobisk przewiduje się, iż podobne sytuacje mogą być w ścianie eksploatacyjnej i co potwierdza postawiony wymóg dla kombajnu w załączniku nr 2, a o wymogu niewymiennych ramion.
5. Zamawiający na poparcie swojego stanowiska powołał się na wyrok ZA przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych o Sygn. akt: UZP/ZO/0-3001/06 z dnia 2 stycznia 2007r., gdzie spór pomiędzy stronami w zakresie w zakresie kombajnu z niewymiennym ramieniem został rozstrzygnięty na korzyść Zamawiającego.

Odwołujący w toku rozprawy na poparcie swojego stanowiska oraz w odniesieniu do twierdzeń i przedstawionych na rozprawie dowodów przez Zamawiającego:

1. Stwierdził, że dla stron są wiążące ustalenia w zał. Nr 1 do siwz, które w ppkt 1.4., przewidują, że nachylenie podłużne i poprzeczne na ścianach 1, 2, 3 waha się od 6 do 8 stopni (nachylenie podłużne) oraz od 3 do 5 stopni (nachylenie poprzeczne), a nie jak oświadczył na rozprawie Zamawiający od - 8 do + 5 stopni oraz jak wynika to z przedłożonego pisemnego wyjaśnienia z dnia 23.06.2009r. geologa górniczego Aleksandra Kiszki.
2. Przedstawił w poczet dowodów rysunek techniczny „posadowienie kombajnu FS 400 na przenośniku. Analiza współpracy z przenośnikiem i obudową zmechanizowaną”, na poparcie twierdzenia, że oferowany przez niego kombajn o wymiennym ramieniu spełnia wymogi SIWZ.
3. Odnosząc się do pozostałych dowodów przedstawionych na rozprawie stwierdził, że według jego wiedzy tylko EICKHOFF jest producentem kombajnu ściennego o niewymiennym ramieniu.

Skład orzekający Izby oddalając odwołanie uwzględnił dowody złożone przez strony i na podstawie ich oceny oraz zgromadzonego materiału w sprawie stwierdził co następuje:

1. Zamawiający wykazał, że na rynku jest co najmniej dwóch producentów kombajnów ściennych o niewymiennym ramieniu to jest EICKHOFF i JOY MASZYNY GÓRNICZE Sp. z o.o. Tychy Polska, co wskazuje na zachowanie konkurencji.
2. Zamawiający dopuścił również rozwiązania techniczne równorzędne przez zapis w uwadze w ppkt 1.3.5 zał. Nr 2a SIWZ o treści „w przypadku konieczności zastosowania dodatkowych elementów wykonawca w ramach zawartej umowy dzierżawy udostępni niezbędne podzespoły w terminie 24 godzin od zawiadomienia.”, co wskazuje na możliwość złożenia oferty również przez Odwołującego.
3. Zamawiający wykazał, że eksploatuje kombajny ścienne o niewymiennych ramionach, co wskazuje na zasadność jego żądania w SIWZ w zał. Nr 2a ppkt 1.3.5.
4. Zamawiający wyjaśnił, że przewidywane są szczególne warunki, które uzasadniają wymóg z ppkt 1.3.5 zał. Nr 2a SIWZ, na co również wskazuje zapis w tym punkcie (...) „w zależności od warunków górniczo- geologicznych”(...).

Reasumując w ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił dowodów, na podstawie których wykazał by prawdziwość swoich twierdzeń co uzasadniało by uwzględnienie jego żądań.

Natomiast Zamawiający na podstawie przedstawionych na rozprawie dowodów wykazał zasadność swojego stanowiska zawartego w rozstrzygnięciu protestu.

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych przepisów ustawy to jest art.7 art.22 ust.2 i art.29 ust.2.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust.6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*