

Sygn. akt KIO/UZP 253 /09

**WYROK**  
z dnia 17 marca 2009 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Dagmara Gałczewska-Romek

**Członkowie:** Barbara Bettman

Magdalena Grabarczyk

**Protokolant:** Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne S.A. ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A. ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** protestu z dnia **5 lutego 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne S.A. ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze 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 **Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne S.A. ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 080 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt złotych zero groszy) przez **Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne S.A. ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowy S.A. ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (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 **Zabrzańskie Zakłady Mechaniczne S.A. ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze**.

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Katowicki Holding Węglowy S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „dzierżawa kombajnu ścianowego dla ściany XIII pokład 510 dla KHW S.A. KWK "Wujek"

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o przetargu nieograniczonym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 16-023015 w dniu 24.01.2009 r.

Wartość szacunkowa zamówienia została określona na kwotę 2 010 000 zł (protokół ZP-1).

Pismem z dnia 5 lutego 2009 roku ( wpływ do Zamawiającego w dniu 6 lutego) Odwołujący – Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne S.A. złożył protest na postanowienia siwz, zarzucając naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w tym przez określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie rygorystyczny, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, oraz
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zakwestionował następujące postanowienia siwz:

1. pkt II.10 rozdziału II – „Szczegółowe wymagania techniczne” siwz dotyczące wymogu dostarczenia przedmiotu zamówienia posiadającego płynną regulację posuwu w zakresie prędkości
  - roboczej: od 0 do minimum 8,0 m/min,
  - manewrowej: od 0 do minimum 16,0 m/min,
2. pkt II.14 i II.15 rozdziału II – „Szczegółowe wymagania techniczne” siwz dotyczące wymogu dostarczenia przedmiotu zamówienia posiadającego moc przekazywaną na organ min. 250 kW i jednocześnie sumaryczną moc zainstalowaną na kombajnie min. 600 kW.
3. § 4 ust. 7 - 9 rozdziału IV – „Istotne postanowienia umowne” tj. nakładającego na wykonawcę krótkie terminy dokonywania napraw gwarancyjnych i uprawniające Zamawiającego do obniżenia czynszu z tytułu przedłużenia postoju urządzenia,
4. § 7 ust. 2 tiret 4 rozdziału IV – „Istotne postanowienia umowne” tj. uprawniającego Zamawiającego do nakładania nieproporcjonalnie wysokich kar umownych z tytułu nie przystąpienia wykonawcy do usunięcia awarii w czasie określonym w §4 pkt 6 lub przekroczenia dopuszczalnego limitu postoju dla usunięcia awarii określonego w § 4 pkt 8 tj. w wysokości 0,1% wartości umowy, za każdą godzinę opóźnienia w przystąpieniu do usunięcia awarii (§ 4 pkt 6) i postoju kombajnu powyżej czasu określonego w § 4 pkt 8.

Odwołujący podniósł, że żądania Zamawiającego dotyczące wymagań technicznych zamawianego kombajnu wskazują jednoznacznie, iż są one wyłącznie środkiem do pozyskania konkretnych urządzeń oferowanych na rynku wyłącznie przez jednego z dostawców i stanowią naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców. Odwołujący wniósł o ich zmianę poprzez określenie zakresu prędkości roboczej i manewrowej od 0 do 7,3 m/s. a w zakresie mocy przekazywanej na organ wniósł o dopuszczenie kombajnów ścianowych posiadających moc przekazywaną na organ - min. 200 kW i jednocześnie sumaryczną moc zainstalowaną min. 525 kW.

Odwołujący wskazał, że wg jego wiedzy kombajny z napędem hydraulicznym są produkowane wyłącznie przez 2 podmioty działające na rynku polskim: Odwołującego oraz Fabrykę Maszyn Famur S.A. Inne podmioty posiadają w ofercie wyłącznie kombajny z napędem elektrycznym. Wymagania techniczne w zakresie prędkości posuwu, mocy minimalnej przekazywanej na organ i sumarycznej mocy zainstalowanej spełnia wyłącznie kombajn ścianowy KGS 600 produkowany przez Famur S.A. Kopię folderu reklamowego tego urządzenia Odwołujący załączył do protestu. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przywołała wyrok ZA z dnia 27.07.2007 (UZP/ZO/-899/07) oraz wyrok KIO z dnia 17.01.2008 roku (KIO/UZP 80/07). Dodatkowo Odwołujący podniósł, że do tej pory kombajny, które mogłyby być zaoferowane przez Odwołującego pracowały w Oddziale Zamawiającego i spełniały nałożone zadania w podobnych warunkach górniczo-geologicznych.

W odniesieniu do postanowień wzoru umowy Odwołujący wskazał, że:

Sformułowanie w treści § 4 ust. 8 iż, „Zamawiający dopuszcza postoje wynikające z awarii zawinionej przez wykonawcę, w wysokości 8 godzin tygodniowo, licząc od poniedziałku do piątku danego tygodnia” sprawia, że wykonawcy w przypadku wystąpienia awarii i zgłoszenia się w określonym w § 4 ust. 6 terminie 4 godzinnym, pozostaje wyłącznie 4 godziny czasu na dokonanie naprawy (w tym terminie pracownicy Wykonawcy muszą także zostać dostarczeni do miejsca, w którym znajduje się uszkodzony przedmiot umowy, a to zależne jest w dużym stopniu od aktualnych możliwości Zamawiającego). Tak krótki termin usunięcia awarii powoduje wystąpienie znacznego ryzyka naliczania kar umownych określonych w § 7 ust. 2 oraz uprawnienia Zamawiającego do równoczesnego obniżenia czynszu dzierżawnego zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 9.

Ponadto zapis § 4 ust. 7 nakazuje zagwarantowanie przez wykonawcę, że przedmiot umowy będzie pracował bezawaryjnie przez co najmniej 20 godzin/dobę, przez co żąda udzielenia gwarancji bezawaryjnej pracy nawet w sytuacji, gdy dotrzymanie tego warunku (20 godzin na dobę bezawaryjnej pracy) będzie niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o dokonanie zmiany treści kwestionowanych postanowień siwz i wykreśleniu § 4 ust. 7 i 8 oraz wprowadzeniu zapisów wydłużających okres przewidziany na wykonanie naprawy gwarancyjnej urządzenia, w którym to okresie nie przysługiwałyby Zamawiającemu uprawnienia do naliczania kar umownych oraz do obniżenia czynszu dzierżawnego np. poprzez wprowadzenie zapisu, iż „termin wykonania naprawy nie może

być dłuższy niż 16 godzin od przystąpienia do pracy ekipy serwisowej wykonawcy na dole kopalni”.

Odnosnie postanowienia w § 4 ust. 9 dotyczącego obniżenia czynszu dzierżawnego o 0,1% wartości przedmiotu zamówienia za każdą godzinę postoju, Odwołujący podniósł, że zostało ono opisane nieprecyzyjnie, bowiem wskazuje, iż wartość obniżenia czynszu dzierżawnego obliczana jest od kwoty określonej w §3 ust. 1 tj. całkowitej wartości umowy (bez wskazania netto czy brutto). Odwołujący stwierdził, że uprawnienie Zamawiającego jest bezzasadne, nadmierne i wygórowane. Nawet niewielki awaryjny przestój przedmiotu dzierżawy (dłuższy od 8 godzin) może spowodować zredukowanie dobowej stawki dzierżawy (czynszu dzierżawnego) do zera.

Odwołujący wniósł o dokonanie stosownej zmiany i wykreślenie zapisu § 4 ust. 9 lub określenie innego sposobu obliczania zasad obniżania czynszu dzierżawnego np. poprzez odniesienie ich do wartości dobowej stawki dzierżawy, określonej w § 3 ust. 2.

W odniesieniu do postanowienia w § 7 ust. 2 tiret 4, zgodnie z którym Zamawiającemu przysługuje prawo do obciążenia wykonawcy karą umowną za nie przystąpienie przez niego do usunięcia awarii w czasie określonym w § 4 pkt 6 lub przekroczenia dopuszczalnego limitu postoju dla usunięcia awarii określonego w § 4 pkt 8, w wysokości 0,1 % wartości umowy, za każdą godzinę opóźnienia w przystąpieniu do usunięcia awarii (§ 4 pkt 6) i postoju kombajnu powyżej czasu określonego w § 4 pkt 8, Odwołujący wskazał, że kara ta obliczana jest od kwoty określonej w § 3 ust. 1 tj. od całkowitej wartości umowy netto. Wysokość kary jest rażąco wygórowana i określenie jej w ten sposób stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a ponadto jako taka pozostaje w sprzeczności z przepisami kodeksu cywilnego w szczególności z art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 139 Pzp. Powołał się na wyrok ZA z dnia 29.06.2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-952/04), zgodnie z którym aby ocenić czy kara umowna jest rażąco wygórowana istotny jest stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się, bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484§ 1 kc. ( vide: wyrok SN z 20 maja 1980 r. I CR 229180, OSNC 1980/12/243).

W ocenie Odwołującego kara zastrzeżona na rzecz Zamawiającego w § 7 ust. 2 tiret 4 prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia. Odwołujący zgodnie z powołanym wyrokiem SN z 20 marca 1968 r. II CR 419/67, LEX 6299 wskazał, że „kara umowna określona w art. 483 kc stanowi odszkodowanie umowne i jak każde odszkodowanie przysługuje na zasadzie winy. Od odszkodowania sensu stricto kara umowna różni się tylko tym, że należy się bez

względu na wysokość szkody (art. 484 §1 k. c.), jeżeli chodzi natomiast o podstawy odpowiedzialności, ustawodawca nie wprowadził w tym zakresie zasad odrębnych". Natomiast opierając się na treści wyroku SN z 14 maja 2002 r. V CKN 357/00, LEX 55513 podniósł, że „zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika określonej w art. 471 k.c., od określonego w tym przepisie odszkodowania kara umowna różni się tylko tym, że przysługuje - jak wynika z art. 484 § 1 k.c. - bez względu na wysokość szkody". Zatem „kara umowna - jako rażąco wygórowana powinna ulec zmniejszeniu w stopniu dostosowanym do tej dysproporcji. W przeciwnym razie kara umowna - tracąc charakter surogatu odszkodowania (art. 481 § 1 k.c.) - prowadziłaby do nie uzasadnionego wzbogacenia wierzyciela" (wyrok SN z 17 marca 1988, IV CR 58/88, LEX 8867). Ponadto Odwołujący podniósł, że wykonawcy „są karani" dwukrotnie za to samo - raz poprzez obniżenie czynszu dzierżawnego, dwa poprzez nałożenie na nich kar umownych.

Potwierdzeniem tezy, iż określona w § 7 ust. 2 tiret 4 kara umowna jest rażąco wygórowana może być także w ocenie Odwołującego porównanie jej z karą umowną za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze przedmiotu umowy, określoną w § 7 ust. 2 tiret 2. Kara ta jest także określona w wysokości 0,1% wartości przedmiotu umowy, ale liczona jest za każdą rozpoczętą dobę zwłoki od terminu wyznaczonego na usunięcie wad i jest wielokrotnie niższa aniżeli kara za nie przystąpienie Wykonawcy do usunięcia awarii lub przekroczenia dopuszczalnego limitu postoju dla usunięcia awarii.

Odwołujący wywiódł, że określenie wysokości kar umownych na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia nie znajduje uzasadnienia a kara umowna ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny bowiem na gruncie przepisów prawa cywilnego nie ma podstaw do uznania kary umownej jako środka prewencyjnego, którego celem jest oddziaływanie na wykonawców w sposób zapewniający należyte wykonanie umowy. Zatem rażąco wygórowane kary prowadzą do sprzeczności celu umowy z zasadami współzycia społecznego, której skutkiem jest bezwzględna nieważność czynności prawnej (art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 58 § 1 k.c.).

Odwołujący wniósł o dokonanie stosownej zmiany poprzez określenie innego sposobu naliczania kar umownych z tytułu opóźnienia w przystąpieniu do usunięcia awarii (§ 4 pkt 6) i postoju kombajnu powyżej czasu określonego w § 4 pkt 8 np. poprzez odniesienie jej do wartości dobowej stawki dzierżawy, określonej w § 3 ust. 2.

Wobec braku rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego w ustawowym terminie, co jest równoznaczne z jego oddaleniem zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący w dniu 26.02.2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa UZP, w którym podtrzymał zarzuty podniesione w proteście i wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie dokonania

stosowanych zmian w siwz polegających na wykreśleniu kwestionowanych zapisów i wprowadzenie zapisów nowych nie naruszających zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie tj. w dniu 26.02.2009 roku Odwołujący doręczył kopię odwołania Zamawiającemu.

**Na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, ogłoszenia o zamówieniu oraz oferty złożonych w postępowaniu, a także biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone do protokołu rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje:**

Izba ustaliła, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego [www.khw.pl](http://www.khw.pl) w dniu 27.01.2009 roku. (dowód: wydruk ze strony internetowej Zamawiającego).

Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania i wyjaśnień stron, że w terminie składania ofert wyznaczonym na dzień 5.03.2009 roku wpłynęła do Zamawiającego jedna oferta złożona przez Konsorcjum Famur Sp. z o.o. i Famur S.A.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest dzierżawa kombajnu ścianowego dla ściany XIII pokład 510 dla KHW S.A. KWK „WUJEK”.

W rozdziale II specyfikacji istotnych warunków zamówienia ( dalej siwz), Zamawiający opisał szczegółowe wymagania techniczne kombajnu ścianowego o napędzie hydraulicznym, wskazując m.in. na następujące parametry:

Płynna regulacja posuwu w zakresie prędkości: ( pkt II.10)

- roboczej od 0 do minimum 8,0 m/min,
- manewrowej od 0 do minimum 16,0 m/min.

Moc przekazywana na organ – min. 250 kW ( pkt II. 14),

Sumaryczna moc zainstalowana – min. 600 kW ( pkt II.15).

W § 4 „Warunki gwarancji” Istotnych postanowień umowy wskazano m.in. ,że:

1. W okresie gwarancji Wykonawca niezwłocznie przystąpi do usunięcia wady przedmiotu umowy tj. w ciągu 4 godzin (przyjazd przedstawiciela serwisu) od momentu telefonicznego lub pisemnego (faxem) jej zgłoszenia w dni robocze oraz w ciągu 6 godzin (przyjazd przedstawiciela serwisu) od momentu telefonicznego lub pisemnego (faxem) jej zgłoszenia w soboty, niedziele i dni świąteczne.

2. W okresie gwarancji Wykonawca gwarantuje bezawaryjną pracę przedmiotu zamówienia przez co najmniej 20 godz./dobę.
3. Zamawiający dopuszcza postoje wynikające z awarii zawinionej przez Wykonawcę, w wysokości 8 godzin tygodniowo licząc od poniedziałku do piątku danego tygodnia.
4. W przypadku postojów w pracy (awarii) przedmiotu dzierżawy, powstałych z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, trwających dłużej niż 8 godzin, licząc od chwili zgłoszenia awarii Wykonawcy, Zamawiający zachowuje możliwość obniżenia czynszu dzierżawnego o 0,1% wartości przedmiotu zamówienia za każdą godzinę postoju. Zamawiający dopuszcza naliczenie kary po upływie 8 godzin od zgłoszenia awarii.

W pkt 2 tiret 4 § 7 „Kary umowne” wskazano, że w przypadku nie przystąpienia Wykonawcy do usunięcia awarii w czasie określonym w § 4 pkt 6 lub przekroczenia dopuszczalnego limitu postoju dla usunięcia awarii określonego w § 4 pkt 8, Zamawiającemu przysługuje prawo do obciążenia Wykonawcy karą umowną w wysokości 0,1% wartości umowy, za każdą godzinę opóźnienia w przystąpieniu do usunięcia awarii (§ 4 pkt 6) i postoju kombajnu powyżej czasu określonego w § 4 pkt 8.

#### **Izba zważyła co następuje:**

Na wstępie Izba uznała, że Odwołujący mimo, iż nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu, zachowuje interes prawny w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem zarzuty zgłoszone w proteście dotyczą postanowień siwz, które w ocenie Odwołującego uniemożliwiły mu udział w postępowaniu i złożenie oferty. Fakt upływu terminu składania ofert, jako okoliczność niezależna od Odwołującego się, nie może powodować utraty interesu prawnego w korzystaniu z przysługujących ustawą środków ochrony prawnej w sytuacji zgłaszania zarzutów na postanowienia siwz, które stanowią naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Uprawnieniem ale i obowiązkiem Zamawiającego jest określenie i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób spełniający jego uzasadnione potrzeby. Swoboda Zamawiającego w określeniu parametrów przedmiotu zamówienia ulega ograniczeniom zawartym w przepisie art. 29 ustawy Pzp. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń, które wskazują na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta albo konkretny wyrób. Dyskryminacja wykonawców następuje również w sytuacji, gdy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone w siwz są tak rygorystyczne i nie uzasadnione



potrzebami Zamawiającego przez co ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Dowód na okoliczność wykazania, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób wskazujący wyłącznie na jednego wykonawcę spoczywa, zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu ( art. 6 k.c.), w pełnym zakresie na Odwołującym.

W rozpatrywanym stanie faktycznym, Odwołujący nie wykazał, że sformułowane przez Zamawiającego parametry techniczne przedmiotu zamówienia stanowią naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Dowodem na tą okoliczność nie może być wyłącznie fakt, że kombajn ścianowy o napędzie hydraulicznym produkowany przez Odwołującego nie spełnia wszystkich wymagań określonych w siwz, przez co niemożliwe jest złożenie oferty przez Odwołującego.

Okolicznością bezsporną między stronami jest to, że istnieją na rynku również inne podmioty, produkujące kombajny ścianowe o napędzie hydraulicznym takie jak np. Eickhoff GmbH czy Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o., co wyklucza istnienie monopolu w tym zakresie. W ocenie Zamawiającego również producenci innych firm, zajmujących się produkcją kombajnów ścianowych o napędzie hydraulicznym, mogą spełnić wymagania techniczne określone w siwz. Odwołujący nie przedstawił dowodu na twierdzenie przeciwne. Twierdzenia Odwołującego dotyczące braku możliwości spełnienia parametrów technicznych zarówno przez kombajny ścianowe produkowane przez Odwołującego jak i przez kombajny innych zagranicznych producentów, pozostały bez dowodu.

Izba uznaje, że Zamawiający ma prawo samodzielnie decydować o parametrach technicznych produktów, będących przedmiotem zamówienia, opierając swoją decyzję na analizie uzasadnionych potrzeb, które zapewniają i gwarantują realizację zamówienia w sposób optymalny.

Reasumując, sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia udział Odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, nie stanowi jeszcze przesłanki do stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji, tym bardziej że okolicznością bezsporną jest fakt, że są na rynku także inni producenci kombajnów ścianowych. ( vide: wyrok KIO/UZP 80/07 z dnia 17 stycznia 2008 roku).

Izba, uznając prawo Zamawiającego do żądań urzędzeń o wysokich parametrach technicznych, które spełniają jego uzasadnione potrzeby, stwierdziła, że Zamawiający w trakcie rozprawy wykazał w sposób należyty, że określone przez niego parametry techniczne kombajnu ścianowego o napędzie hydraulicznym są wynikiem uzasadnionych warunkami geologiczno-górnictwymi potrzeb Zamawiającego oraz koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa pracy górników.

Kombajn ścianowy, będący przedmiotem zamówienia będzie wykorzystywany w KWK Wujek, która to kopalnia jest kopalnią podsadzkową, gdzie wypełnienie pustek po

eksploatowanym węglu następuje piaskiem, który transportowany jest za pomocą wody. Z uwagi na wskazane warunki geologiczno-górnice oraz planowaną - jednokierunkową technologię prowadzenia robót na ścianie XIII pokład 510, istotne jest aby kombajn ścianowy spełniał minimalne wymagania techniczne określone w siwz, w szczególności posiadał wymaganą minimalną prędkość posuwu roboczą i manewrową a ze względu na twardość węgla również odpowiednią moc.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdza, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który narusza zasady uczciwej konkurencji i ogranicza dostęp do rynku nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie kwestionowanych przez Odwołującego istotnych postanowień umowy, Izba zważyła:

Na wstępie Izba, stwierdza, że Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane przez niego postanowienia siwz naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Wydów Odwołującego, że z postanowień § 4 ust. 6 i 8 wzoru umowy, wynika, iż Wykonawcy pozostaje jedynie 4 godziny na dokonanie niezbędnych napraw urządzenia a czas ten jest niewystarczający na usunięcie awarii, nie zasługuje na uznanie. Po pierwsze 4 godzinny termin określony w § 4 ust. 6 umowy na przyjazd przedstawiciela serwisu od momentu zgłoszenia, został określony jako termin maksymalny, co oznacza, że w sytuacji szybszej reakcji dopuszczalny postój wynikający z awarii zawinionej a zatem czas na usunięcie awarii może być w efekcie dłuższy.

Ponadto, Izba zwraca uwagę, że dopuszczalny czas postoju, określony w § 4 ust. 8 umowy na 8 godzin tygodniowo (poniedziałek – piątek) dotyczy postoju wynikającego z awarii zawinionej przez Wykonawcę, co może oznaczać że dopuszczalny jest dłuższy niż 8 - godzinny postój, ale wynikający z okoliczności za które wykonawca nie ponosi winy.

Izba uznała, że czas niezbędny na usunięcie awarii i przyjazd serwisu nie zostały określone w sposób nadmiernie krótki, w szczególności jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że celem zamówienia jest zapewnienie możliwie jak najbardziej efektywnej i ciągłej pracy kombajnu ścianowego. Odwołujący nie wykazał, że niemożliwym do realizacji jest usunięcie awarii w wymaganym przez Zamawiającego czasie.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego co do określenia wysokości kary umownej, wskazanej w § 7 ust. 2 tiret 4 w sposób wygórowany. Ustawa Pzp, jak również przepisy kodeksu cywilnego nie określają maksymalnej wysokości kar umownych, ani nie formułują definicji kary rażąco wysokiej.

Aby zatem ocenić, czy kara umowna jest rażąco wygórowana należy odwołać się do ugruntowanego orzecznictwa i doktryny, które dla oceny czy kara nosi znamiona kary rażąco wygórowanej wymagają porównania jej wysokości ze świadczeniem dłużnika spełnionym z opóźnieniem. Izba ustaliła, że kara umowna określona w § 7 ust. 2 tiret 4 umowy w wysokości 0,1 % wartości umowy, za każdą godzinę opóźnienia w przystąpieniu do usunięcia awarii (§ 4 pkt 6) i postoju kombajnu powyżej czasu określonego w § 4 pkt 8, przy założeniu, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi ok. 2 mln złotych wyniosłaby ok. 2 tys. złotych, co w porównaniu ze stratą jaką może ponieść Zamawiający na skutek braku eksploatacji węgla (wg. wyjaśnień Zamawiającego wynoszącą ok. 14 tys. zł) wskazuje, że kara umowna jest karą adekwatną. Nieuzasadnione jest, w ocenie Izby, porównanie wysokości kary umownej do wysokości innych kar określonych w umowie, przysługujących z tytułu innych okoliczności np. za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze oraz nieuzasadnione jest odnoszenie kary umownej jedynie do utraconych zysków ze strony Wykonawcy, bez odniesienia się do strat poniesionych przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że kara umowa za opóźnienie w przystąpieniu do usunięcia awarii (§ 4 pkt 6) i postoju kombajnu powyżej czasu określonego w § 4 pkt 8, jest karą adekwatną do poniesionych przez Zamawiającego strat z tytułu wskazanych okoliczności.

Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że Wykonawcy są karani dwukrotnie za to samo – przez obniżenie czynszu dzierżawnego (§ 4 pkt 9) oraz nałożenie kary umownej (§ 7 ust. 2 tiret 4). Zamawiający przewidział obniżenie czynszu dzierżawnego w sytuacji postoju trwającego dłużej niż 8 godzin, wyłącznie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Kara umowna określona w § 7 ust. 2 tiret 4 umowy, będzie natomiast naliczana w sytuacji nie przystąpienia Wykonawcy do usunięcia awarii w ciągu 4 godzin od zgłoszenia lub w przypadku przekroczenia dopuszczalnego limitu postoju dla usunięcia awarii określonego w § 4 pkt 8. W tej sytuacji należy uznać, że obniżenie czynszu dzierżawnego będzie możliwe jedynie z powodu zawinionego postoju kombajnu powyżej 8 godzin, naliczenie kary umownej nie wymaga natomiast wykazania winy ze strony wykonawcy. W okolicznościach niezawinionych przez Wykonawcę, skutkujących postojem trwającym dłużej niż 8 godzin Zamawiający zachowuje jedynie prawo do naliczania kary umownej.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający Izby oddalił odwołanie, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy oraz koszty dojazdu pełnomocników zamawiającego na posiedzenie Izby w wysokości 480,00 zł, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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:**

.....

.....