

WYROK
z dnia 15 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2014 roku r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **FUCHS OIL COROPRATION (PL) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółkę Akcyjną w Puchaczowie**

przy udziale wykonawcy **LUBRICANT POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Czechowicach-Dziedzicach**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółce Akcyjnej w Puchaczowie** – modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) poprzez wykreślenie w części II Opis Przedmiotu Zamówienia w pkt. V podpunktu 11,12 i 13.

2. kosztami postępowania obciąża **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółkę Akcyjną w Puchaczowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **FUCHS OIL COROPRATION (PL) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółki Akcyjnej w Puchaczowie** na rzecz **FUCHS OIL COROPRATION (PL) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Lubelski Węgiel „Bogdanka” SA w Puchaczowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę loco magazyny zamawiającego w Bogdance, Nadrybiu i Stefanowie koncentratu mineralnego cieczy hydraulicznej typu HFA-E.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawa Pzp.

W dniu 23 grudnia 2013 roku wykonawca FUCHS OIL CORPORATION (PL) Sp. Z o.o. w Gliwicach (dalej: odwołujący), wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zmianę treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że w rezultacie opis ten utrudnia uczciwą konkurencję, bowiem postawione przez zamawiającego wymagania w całości spełnia tylko jeden produkt jednego producenta.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

- a) zmienił treść SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- b) dokonaną zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, oraz zamieścił zmianę SIWZ także na stronie internetowej, na której SIWZ jest udostępniana,
- c) przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający w dniu 13 grudnia 2013 r. zamieścił na swojej stronie internetowej informację o dokonanej zmianie SIWZ. Z lektury ww. informacji odwołujący powziął wiadomość, że zamawiający zmienił treść SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że w rezultacie opis ten utrudnia uczciwą konkurencją, bowiem wskazuje na jeden konkretny produkt jednego producenta.

Zamawiający dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) poprzez dodanie w Części III Opis Przedmiotu Zamówienia w pkt. V ppkt. 11,12 i 13 w brzmieniu:

Koncentrat cieczy HFAE powinien odpowiadać następującym warunkom technicznym i jakościowym:

11. Zawartość wody w koncentracie cieczy HFAE - max. 5%.
12. Zawartość oleju mineralnego w koncentracie cieczy HFAE - min. 60%.

13. *Ciecz robocza (emulsja) wytworzona z koncentratu cieczy HFAE musi tworzyć makroemulsję.*

Zamawiający zmodyfikował opis przedmiotu zamówienia dodając do niego trzy dodatkowe wymagania, jakie ma spełniać koncentrat cieczy HFAE i których to wymagań SIWZ w pierwotnym brzmieniu nie zawierała. Dokonana przez odwołującego analiza zmienionych postanowień SIWZ, wskazuje, iż przedmiot zamówienia został opisany niezgodnie z powołanymi w *petitum* odwołania przepisami ustawy i umożliwia skuteczne złożenie oferty opartej tylko i wyłącznie na produktach jednego konkretnego producenta.

Odwołujący podniósł, że pierwotne wymagania SIWZ były postawione na bardzo wysokim, jednak obiektywnie usprawiedliwionym poziomie zamawiającego. W szczególności zamawiający wymagał, aby wykonawca złożył wraz z ofertą (CZĘŚĆ III OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, pkt VII. Wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań określonych w Części III SIWZ):

- Sprawozdanie z badań „na korozję szczelinową” emulsji wytworzonej z oferowanego koncentratu i próbki wody dołowej pobranej z LW „Bogdanka”, z podaniem minimalnego stężenia spełniającego test na korozję szczelinową. Badania powinny być wykonane w akredytowanej jednostce badawczej.
- Oświadczenie firmy CATERPILLAR Global Mining Europe GmbH, że oferowany koncentrat może być stosowany do wyprodukowanych przez nich maszyn i urządzeń (wymienionych we wstępie), z podaniem minimalnego stężenia emulsji.

Według informacji posiadanych przez odwołującego powyższe wymagania postawione przez Zamawiającego spełniają tylko dwa produkty dostępne na rynku, tj. koncentrat cieczy HFA-E SOLCENIC CW, produkowany przez Odwołującego, oraz koncentrat cieczy HFA-E FIMITOL P 87 AF, produkowany przez CARL BECHEM GMBH, zaś na rynku polskim dystrybuowany przez LUBRICANT POLSKA Sp. z o.o. Na ten ostatni produkt Zamawiający zresztą wprost wskazał w SIWZ jako na koncentrat stosowany przez niego obecnie. Żaden z innych dostępnych na rynku koncentratów cieczy HFA-E nie spełnia ww. wymagań. Zamawiający, modyfikując w dniu 13 grudnia 2013 r. SIWZ poprzez wprowadzenie przytoczonych powyżej trzech dodatkowych wymagań wyeliminował możliwość zaoferowania mu produkowanego przez Odwołującego koncentratu cieczy HFA-E SOLCENIC CW, gdyż produkt ten nie spełnia żadnego z ww. wymagań. Tym samym jakakolwiek konkurencja w przedmiotowym postępowaniu po zmianie SIWZ dokonanej przez Zamawiającego jest niemożliwa, bowiem chcąc złożyć ofertę o treści zgodnej z treścią SIWZ trzeba zaoferować zamawiającemu koncentrat cieczy HFA-E FIMITOL P 87 AF firmy CARL BECHEM GMBH, żaden inny produkt nie spełnia bowiem łącznie wymagań postawionych pierwotnie w SIWZ i dodanych modyfikacją SIWZ z dnia 13 grudnia 2013 r.

W ocenie odwołującego zestawienie powyższych wymagań w taki sposób, że spełnia je jedynie jeden produkt jednego producenta stanowi rażące naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy.

W ocenie odwołującego biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu nie ma żadnego znaczenia, czy oferowane zamawiającemu koncentraty mineralne cieczy hydraulicznej typu HFA-E będą dodatkowe wymagania spełniać czy nie. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z informacjami podanymi przez zamawiającego w SIWZ (CZĘŚĆ III OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, pkt I.) przedmiotem zamówienia jest: „dostawa koncentratu mineralnego cieczy hydraulicznej typu HFA-E, która w stanie roboczym przeznaczona jest do zasilania ścianowych kompleksów strugowych produkcji firmy CATERPILLAR Global Mining Europe GmbH i BUCYRUS Europe GmbH oraz obudów zmechanizowanych produkcji firmy Zakład Maszyn Górniczych GLINIK”.

Zamawiający wskazał również w SIWZ (CZĘŚĆ III OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, pkt III.), że ciecz robocza (emulsja) przeznaczona jest do zasilania ścianowych kompleksów strugowych produkcji firmy CATERPILLAR Global Mining Europe GmbH i BUCYRUS Europe GmbH z obudową zmechanizowaną typu: CAT 950/2000, CAT 1480/2300, BUCYRUS 950/2000 i BUCYRUS 1480/2300 oraz obudów zmechanizowanych typu: GLINIK 10/23 POz, GLINIK 12/27 POz i GLINIK 17/33,5POz.” Odwołujący wskazał, że jego produkt, tj. koncentrat SOLCENIC CW, z powodzeniem może być wykorzystywany do powyższych celów, o czym przesądza chociażby posiadane przez odwołującego i wymagane w SIWZ oświadczenie firmy CATERPILLAR Global Mining Europe GmbH potwierdzające, że koncentrat SOLCENIC CW może być stosowany do wyprodukowanych przez nich maszyn i urządzeń (wymienionych w SIWZ). Tym samym w ocenie samego producenta posiadanych przez zamawiającego urządzeń produkt odwołującego może być stosowany do ich zasilania i spełnia wszystkie wymagania stawiane przez tego producenta.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego.

Zamawiający stwierdził, że nie oczekuje dostawy konkretnego produktu, lecz dostawy produktu z grupy koncentratów makroemulsyjnych, wytwarzanych i dostarczanych przez różnych producentów i dostawców. Oświadczył, że nie neguje, że możliwe jest zastosowanie do posiadanych przez niego urządzeń cieczy hydraulicznej mikroemulsyjnej, to jest takiej, jaką chce mu zaoferować odwołujący, co więcej – przez ponad 18 m-cy stosował ciecz dostarczona przez odwołującego. Wskazał jednakże, że makroemulsje charakteryzują się doskonałym wytwarzaniem filmu ochronnego (memory efekt), wysoką stabilnością, dobrą kompatybilnością z materiałami uszczelniającymi (ich działanie jest mniej korozyjne), a zawarty w nich w dużej ilości olej mineralny i dodatki uszlachetniające skutecznie smarują cały system hydrauliczny. Zdaniem zamawiającego stosowanie przez niego koncentratów o

zawartości min. 60% oleju mineralnego i zawartości wody nieprzekraczającej 5% jest z wielu względów o wiele bardziej racjonalne niż koncentratów mikroemulsyjnych.

Zamawiający podniósł, że w roku 2012 podjął decyzję o zastosowaniu w celach testowych koncentratu o nazwie Solcenic CW, produkowanego przez odwołującego. Stwierdził, że w pierwszym okresie stosowania koncentratu, tj. w okresie eksploatacji ściany 7/VII, trwającym od 6 stycznia 2012 r. do 23 marca 2013 r. wyraźnie wzrosła liczba interwencji przywracających drożność systemu filtracji. Ilość wymienionych filtrów w styczniu 2013 r. wyniosła 346 szt.

W drugim okresie stosowania, tj. w okresie przezbrajania wszystkich urządzeń kompleksu ze ściany 7/VII do ściany 1/VIII, trwającym od 23 marca 2013 r. do 27 czerwca 2013 r. kompleks ścianowy nie pracował i w tym okresie nie stwierdzono niepokojących interwencji.

W trzecim okresie stosowania, tj. po rozruchu kompleksu w dniu 28.06.2013 r. (po trzymiesięcznym okresie przestoju) w nowej ścianie 1/VIII nastąpiła nagła blokada systemu filtracji, co spowodowało, że w dniach 1-3 lipca 2013 r. ściana pracowała w trybie awaryjnym. Przyczyną zablokowania systemu filtracji było biologiczne skażenie oraz niestabilność emulsji na bazie koncentratu Solcenic CW, która była w bezruchu przez okres 3 miesięcy, co oznacza, że wydzieliły się z niej związki stałe: flora bakteryjna (bakterie, drożdże i grzyby), olej, smar, mydła lub inne substancje syntetyczne. W okresie 1-20 lipca 2013 r. dokonano 593 wymian filtrów. Do dnia 21 lipca 2013 r. skażona emulsja była stopniowo usuwana z urządzeń kompleksu, przy jednoczesnym obniżaniu jej stężenia. Po usunięciu skażonej emulsji z układu, w dniu 21 lipca 2013 r. wprowadzono emulsję na bazie koncentratu Fimitol P87 AF. Po wprowadzeniu nowej emulsji liczba interwencji przy udrażnianiu systemu filtracji gwałtownie spadła.

Po czterech miesiącach po uruchomieniu ściany 1/VIII uruchomiono kolejną ścianę 6/VII, wyposażoną w podobny kompleks strugowy. Do instalacji kompleksu strugowego wprowadzono emulsję na bazie koncentratu makroemulsyjnego Fimitol P87 AF. Zachowanie tej emulsji przez cały czas było prawidłowe.

Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadka, Pana Dariusza N. oraz protokołów odbiorów ścian 1/VIII/385, 2/VI/385 i 6/VII/385.

Zamawiający podkreślił, że wyłącznie jemu przysługuje wyłączne prawo decydowania o tym, jaki rodzaj koncentratu cieczy hydraulicznej i o jakich parametrach technicznych będzie najwłaściwszy, ponieważ to do niego – jako podmiotu eksploatującego ścianowe kompleksy strugowe oraz obudowy zmechanizowane – należy wybór odpowiedniego medium zasilającego, zapewniającego ich żywotność i prawidłowe funkcjonowanie.

Zamawiający stwierdził, że na rynku aktualnie istnieją co najmniej cztery podmioty, które są zdolne do wytworzenia i dostarczenia zamawiającemu koncentratu cieczy o

parametrach określonych w SIWZ, w tym również przez koncern odwołującego. Wniósł o przeprowadzenie dowodów z karty charakterystyki HYDROKOP MINERALNY, sprawozdania z badań nr 1799/SL/11 z dnia 01.07.2011 r. sporządzonego przez CBiDGP Sp. z o.o., karty charakterystyki Vecokop E z dnia 13.07.2012 r., sprawozdania z badań nr 3089/ZL/ z dnia 02.07.2012 r. sporządzonego przez CBiDGP Sp. z o.o. oraz wydruku ze strony www.fuch-oil.cz wraz z tłumaczeniem.

Izba ustaliła, co następuje:

W pierwotnej wersji SIWZ w części IIO „Opis przedmiotu zamówienia” zamawiający zawarł następujące wymagania techniczne w zakresie zamawianego produktu:

V. Wymagania techniczne:

Koncentrat cieczy HFA-E powinien odpowiadać następującym warunkom technicznym i jakościowym:

1. Spełniać wymagania normy PN-EN ISO 12922: 2003 lub EN ISO 12922: 2012, IDT.
2. Wymagany termin gwarancji jakości: minimum 6 miesięcy od daty dostawy.
3. Mieć właściwość „termoodwracalności” lub posiadać temperaturę zamarzania poniżej minus 18°C.
4. Mieć barwę czystą i klarowną.
5. Być fabrycznie nowy; nie jest dopuszczalne stosowanie domieszek olejów i płynów przepracowanych.
6. Emulsja (ciecz robocza) wytwarzana z dostarczanego koncentratu musi być mieszalna z emulsją wytwarzaną z koncentratu typu FIMITOL P87 AF. Należy przedstawić protokół z próby mieszalności emulsji.
7. Emulsja wytwarzana z dostarczanego koncentratu, w czasie pracy, powinna być stabilna, co oznacza, że nie powinno wydzielać się z niej, w zbiornikach i na filtrach, związków stałych takich jak: olej, smar lub inne substancje syntetyczne, które zawiera koncentrat.
8. Produkt nie może stwarzać zagrożenia dla środowiska naturalnego, musi być podatny na rozkład biologiczny, w co najmniej 80% w ciągu 28 dni w/g normy OECD.
9. Produkt nie może zagrażać bezpieczeństwu ani zdrowiu pracowników; emulsja wytwarzana z oferowanego koncentratu nie może być zaszeregowana w karcie charakterystyki do kategorii substancji niebezpiecznych.
10. Koncentrat cieczy HFA-E powinien być dostarczany w oryginalnie zamkniętych lub zaplombowanych metalowych pojemnikach producenta lub Wykonawcy.

Zgodnie z pkt. VII Opisu przedmiotu zamówienia wykonawcy obowiązani są przedstawić następujące dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań określonych w Części III SIWZ:

1. Kartę charakterystyki produktu.
2. Certyfikat na znak bezpieczeństwa „B” lub opinię techniczną wydaną przez jednostkę certyfikującą (np. CBI DGP, GIG).
3. Deklarację zgodności koncentratu cieczy HFA-E.
4. Kartę techniczną produktu cieczy HFA-E.
5. Sprawozdanie z badań „na korozję szczelinową” emulsji wytworzonej z oferowanego koncentratu i próbki wody dołowej pobranej z LW „Bogdanka”, z podaniem minimalnego stężenia spełniającego test na korozję szczelinową. Badania powinny być wykonane w akredytowanej jednostce badawczej.
6. Oświadczenie firmy CATERPILLAR Global Mining Europe GmbH, że oferowany koncentrat może być stosowany do wyprodukowanych przez nich maszyn i urządzeń (wymienionych we wstępie), z podaniem minimalnego stężenia emulsji.
7. Instrukcję stosowania zawierającą między innymi parametry fizyko-chemiczne produktu oraz szczegółowe warunki stosowania przy dłuższym postoju urządzeń kompleksu ścianowego – np. przezbrajania.
8. Wzór dokumentu świadectwa jakości dostarczanego wraz z dostawą produktu.
9. Oświadczenie Wykonawcy, że oferowany przez niego wyrób, jest nowy i nie zawiera domieszek olejów i płynów przepracowanych.
10. Oświadczenie Wykonawcy, że oferowany przez niego wyrób jest mieszalny z odpowiadającym mu płynem hydraulicznym dotychczas stosowanym przez Zamawiającego.
11. Oświadczenie, że Dostawca zobowiązuje się do odbioru opakowań, w których dostarczono koncentrat będący przedmiotem zamówienia (podstawa prawna Dz. U. z 2001 Nr 63 poz. 638 wraz z późniejszymi zmianami).

Zamawiający w dniu 13 grudnia 2013 r. zamieścił na swojej stronie internetowej informację o dokonanej zmianie SIWZ. Zamawiający dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) poprzez dodanie w Części III Opis Przedmiotu Zamówienia w pkt. V ppkt. 11,12 i 13 w brzmieniu:

Koncentrat cieczy HFAE powinien odpowiadać następującym warunkom technicznym i jakościowym:

11. *Zawartość wody w koncentracie cieczy HFAE - max. 5%.*
12. *Zawartość oleju mineralnego w koncentracie cieczy HFAE - min. 60%.*
13. *Ciecz robocza (emulsja) wytworzona z koncentratu cieczy HFAE musi tworzyć makroemulsję.*

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotą sporu jest rozstrzygnięcie, czy zamawiający uprawniony był do modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez dodanie dodatkowych parametrów technicznych zamawianego produktu, w wyniku czego odwołujący został pozbawiony możliwości zaoferowania swojego preparatu.

Zważyć należy, że pierwotnie, tj. przed modyfikacją SIWZ, preparat produkowany przez odwołującego spełniał postawione przez zamawiającego wymogi w zakresie zarówno parametrów technicznych, jak i oświadczenia firmy CATERPILLAR Global Mining Europe GmbH, że oferowany koncentrat może być stosowany do wyprodukowanych przez nich maszyn i urządzeń (wymienionych we wstępie), z podaniem minimalnego stężenia emulsji. Decyzja zamawiającego o wprowadzeniu dodatkowych wymogów – wedle jego oświadczenia – podyktowana była wadliwością produktu oferowanego przez odwołującego. W ocenie Izby jednakże okoliczność ta nie została przez zamawiającego udowodniona.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na treść art. 38 ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ma to znaczenie z uwagi na podnoszony przez zamawiającego i przystępującego argument, iż to zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo określić przedmiot zamówienia według swoich własnych potrzeb, a żaden z potencjalnych wykonawców nie jest uprawniony do narzucania zamawiającemu wyboru przedmiotu zamówienia. Z argumentem tym co do zasady należy się zgodzić, niemniej jednak należy zwrócić uwagę na fakt, iż w tym konkretnym przypadku zamawiający pierwotnie określił swoje wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia w inny sposób i dał temu wyraz w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w niezmodyfikowanej jeszcze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oznacza to zatem, że wszelkiego rodzaju zmiany mogły być dokonane tylko w warunkach określonych w ustawie.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z

postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jak to już wyżej wskazano, zamawiający jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyłącznie w sytuacji wskazanej w art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, a zatem wyłącznie w uzasadnionych przypadkach. Jego zatem rolą było wykazanie, iż w tym konkretnym przypadku miał miejsce ów uzasadniony przypadek, uprawniający do modyfikacji SIWZ.

Zamawiający podniósł, że preparat produkowany przez odwołującego spowodował szereg przypadków zablokowania systemu filtracji. Na tę okoliczność zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka, Pana Dariusza N. oraz z protokołów odbioru ścian 1/VIII, 2/VI i 6/VII.

Odwołujący, na okoliczność wykazania, iż produkowany przez niego preparat nie jest wadliwy, złożył opinię ekspercką z dnia 10 stycznia 2012 roku, wykonaną przez Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego Sp. z o.o. w Łędzinach, aprobatę firmy Caterpillar Global Mining Sp. z o.o. w Mysłowicach, referencje wystawione przez zamawiającego oraz Jastrzębską Spółkę Węglową w Jastrzębiu-Zdroju oraz aprobatę Zakładu Maszyn Górniczych „GLINIK” Sp. z o.o. w Gorlicach.

Ze złożonej opinii eksperckiej wynika, że makroemulsje jako ciecze robocze o wyższej zawartości oleju mineralnego mogą mieć przewagę w zakresie smarności, ale porównywalne efekty smarnościowe osiąga się w mikroemulsyjnych cieczach HFAE nowej generacji, zawierających semirozpuszczalne dodatki smarnościowe, które tworzą film o niskiej lepkości na powierzchniach komponentów hydraulicznych. Ponadto mikroemulsyjne ciecze HFAE wykazują większą stabilność, mniejszą tendencję do wydzielania oleju i szlamu, co sprzyja procesowi filtracji cieczy hydraulicznej HFAE. Mikroemulsyjne ciecze HFAE wykazują mniejszą szkodliwość na środowisko, zwłaszcza wód podziemnych ze względu na mniejszą zawartość bazy olejowej. W podsumowaniu autor opinii stwierdził, iż oba typy koncentratów (zarówno makroemulsyjne, jak i mikroemulsyjne), służące do

sporządzania trudnopalnych cieczy hydraulicznych typu HFAE są właściwe do zastosowania w obudowach zmechanizowanych.

Izba dała wiarę tezom zawartym w przedmiotowej opinii, tym bardziej, że zostały one poparte referencjami Jastrzębskiej Spółki Węglowej SA w Jastrzębiu-Zdroju, aprobatą firmy Caterpillar Global Mining Sp. z o.o. w Mysłowicach oraz aprobatą Zakładu Maszyn Górniczych „GLINIK” SA. Referencji wystawionych przez zamawiającego Izba nie wzięła pod uwagę, jako że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu prezentował inne stanowisko.

Oceniając dowody złożone przez zamawiającego Izba stwierdziła, że z przedstawionych protokołów odbioru ścian nie wynika nic, co mogłoby uzasadniać stanowisko zamawiającego. Protokoły te potwierdzają jedynie fakt odbiorów ścian z wyposażeniem i udzielenia zezwolenia na ich uruchomienie. Nie ma w nich mowy o jakichkolwiek wadach i problemach ze strony układu hydraulicznego ani o ewentualnych przyczynach ich wystąpienia.

Nieco więcej do sprawy wnoszą zeznania świadka, Pana Dariusza N., który jednoznacznie potwierdził, iż problemy z układem hydraulicznym spowodowane były zastosowaniem preparatu odwołującego. Niemniej jednak tezy prezentowane przez świadka pozostają w sprzeczności z działaniami i zaniechaniami zamawiającego, podejmowanymi w czasie używania preparatu oraz podczas przygotowywania przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W szczególności należy zwrócić uwagę na fakt, iż pomimo tego, że zamawiający uznał preparat odwołującego za wadliwy, nie złożył odwołującemu formalnej reklamacji. Izba przeanalizowała treść umowy na dostawę preparatu SOLCENIC CW z dnia 19 stycznia 2012 roku, zawartej pomiędzy odwołującym i zamawiającym i stwierdziła, że w § 6 strony zawarły klauzule dotyczące gwarancji i rękojmi kupowanego preparatu. W myśl ust. 6 zd. 1 rzeczonoego paragrafu, w przypadku rozbieżnych stanowisk co do istnienia i zakresu wad jakościowych strony mogą zlecić wykonanie ekspertyzy niezależnemu ekspertowi. Analogiczne klauzule zostały zawarte w umowie z dnia 4 czerwca 2012 roku. Ponieważ Izbie nie przedłożono takiej ekspertyzy należy założyć, że nie została ona sporządzona. Stwierdzić należy, iż to przede wszystkim zamawiającemu powinno zależeć na sporządzeniu takiej opinii, skoro kwestionował jakość zakupionego preparatu.

Ponadto zauważyć należy, że przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 6 listopada 2013 roku. Tymczasem zamawiający oświadczył, że nieprawidłowości w działaniu preparatu SOLCENIC CW zdarzały się od samego początku eksploatacji, tj. od stycznia 2012 roku. Nie powinien był zatem ogłaszać postępowania na zakup preparatu, jeżeli przekonany był o wadliwości produktu. Nie jest dla Izby przekonujące, że dopiero po uruchomieniu kompleksu strugowego w ścianie 6/VII, tj. w listopadzie 2013 roku zamawiający uzyskał niezbędną wiedzę, która pozwoliła mu na określenie wymagań w opisie

przedmiotu zamówienia. Zamawiający, o ile istotnie zauważył nieprawidłowości w działaniu preparatu, winien od razu podjąć niezbędne kroki w celu ustalenia, czy wynika to z wad jakościowych produktu. Wyłączne spostrzeżenia zamawiającego, nieudowodnione w żaden inny sposób, w szczególności zaś brak niezależnej opinii, o jakiej mowa w § 6 ust. 6 umów na zakup preparatu, nie przesądzają o wadliwości preparatu SOLCENIC CW.

Izba uznała, że przedłożona przez przystępującego monografia Franciszka Staliny pt. „Problemy stężenia trudnopalnych cieczy HFA stosowanych w zmechanizowanych obudowach ścianowych” nie ma znaczenia dla sprawy, ponieważ została sporządzona w 2007 roku. Należy więc założyć, że dane w niej zawarte uległy zdezaktualizowaniu i nie mogą stanowić dowodu w sprawie.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, iż preparat, jakiego wymagał zamawiający, jest jedynym na rynku preparatem o wskazanych parametrach. Z przedłożonych przez zamawiającego i przystępującego kart charakterystyki preparatów Vecokop E, EMULKOP EKO do cieczy hydraulicznych, Hydrokop mineralny wynika, że takich preparatów jest co najmniej kilka. Brak aprobaty Caterpillar Global Mining Polska Sp. z o.o. jest tylko brakiem formalnym. Niemniej jednak okoliczność ta nie ma znaczenia dla sprawy wobec argumentów wskazanych wyżej.

Tym samym Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiły uzasadnione przypadki, o jakich mowa w art. 38 ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp, uprawniające zamawiającego do dokonania modyfikacji SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....