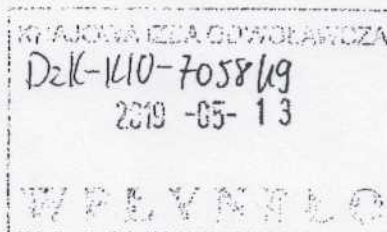


Sygn. akt XIX Ga 244/19



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 kwietnia 2019 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Arkadiusz Przybyło (spr.)

Sędziowie: SO Piotr Semper

SR del. Monika Krysiewicz-Migoń

po rozpoznaniu w dniu 26 marca 2019 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z odwołania [redacted] Spółki Akcyjnej w [redacted]

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego [redacted] Spółkę Akcyjną w [redacted]

z udziałem przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego [redacted] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted]

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi [redacted]

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 7 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2565/18

1. oddała skargę;
2. zasądza od skarżącego [redacted] Spółki Akcyjnej w [redacted] na rzecz uczestnika [redacted] Spółki Akcyjnej w [redacted] kwotę 12.517 zł (dwanaście tysięcy pięćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

Na oryginalne właściwe podpisy

ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM

SSO Piotr Semper

stwierdzam

SSO Arkadiusz Przybyło

SSR del. Monika Krysiewicz-Migoń

SEKRETARZ

SSO [redacted]

Lwa [redacted]



UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 7 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2565/18 Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako: „KIO” lub „Izba”) wydanym w sprawie z odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę [REDAKTOWANE] Spółkę Akcyjną w [REDAKTOWANE] (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez [REDAKTOWANE] Spółkę Akcyjną w [REDAKTOWANE] (Zamawiającego) przy udziale wykonawcy [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE] zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego orzekła o oddaleniu odwołania [REDAKTOWANE] Spółki Akcyjnej w [REDAKTOWANE] (pkt 1) oraz obciążeniu kosztami postępowania Odwołującego i zaliczeniu w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty 20 000 zł uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania (pkt 2., 2.1.) oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 796 zł tytułem kosztów poniesionych z tytułu dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika (pkt 2.2.).

Wydając wyrok Izba wskazała na następujące okoliczności faktyczne i oceny prawne.

Zamawiający - [REDAKTOWANE] S.A. z siedzibą w [REDAKTOWANE] prowadzi podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”), postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „[REDAKTOWANE] b [REDAKTOWANE]

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 lipca 2018 r pod numerem 2018/S 144-330317

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

W dniu 13 grudnia 2018 r wykonawca [REDAKTOWANE] S.A. z siedzibą w [REDAKTOWANE] (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 91b ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOWANE] (dalej: „Przystępujący” lub „[REDAKTOWANE]”), jako niezgodnej z pkt 3.2 ppkt 1.4 i ppkt 2.3 Załącznika nr I do SIWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia), tj. wymogiem zaoferowania łącznie czterech wymienników ciepła (trzech w Etapie I i jednego w Etapie II) oraz bezpodstawne zaproszenie Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej;

2) art. 91b ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, jako niezgodnej z wymogiem wynikającym z odpowiedzi na pytanie nr 48 i pytanie nr 70 z dnia 7 września 2018 r., tj. wymogiem, według którego faktyczna temperatura wody dołowej na wlocie do wymiennika ciepła wynosi aż do 29° C, a nie jak przyjął [REDAKTOWANE] tylko 25° C oraz bezpodstawne zaproszenie Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej;

3) art. 91b ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 17 ustawy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji pominięcie, iż Przystępujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a jego oferta winna zostać odrzucona i nie powinien on być zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej, gdyż powołanie się przez [REDAKTOWANE] na zasoby podmiotu trzeciego ma charakter pozorny; ewentualnie:

4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, w której Przystępujący winien być wezwany do uzupełnienia dokumentów wykazujących, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w szczególności zobowiązania do udostępniania zasobów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej, unieważnienia czynności aukcji elektronicznej, która została dokonana przeprowadzona w dniu 7 grudnia 2018 r. oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania oferty Przystępującego i jej odrzucenia.

Uzasadniając zarzut dotyczący braku wymaganej ilości wymienników ciepła Odwołujący podkreślił, że w pkt 3.2 ppkt 1.4 Załącznik nr 1 do SIWZ wprost wskazano, że Zamawiający wymaga, aby oferta obejmowała - jeśli chodzi o Etap I - dostawę kompletnych wymienników ciepła w ilości 3 sztuk o mocy min. 3MW każdy wraz z niezbędną armaturą i rurociągami. W pkt 3.2 ppkt 2.3 Załącznika nr 1 do SIWZ wprost wskazano, że Zamawiający wymaga, by oferta obejmowała jeśli chodzi o Etap II - dostawę kompletnego wymiennika ciepła w ilości 1 sztuki o mocy min. 3MW wraz z niezbędną armaturą i rurociągami. Tak więc, zgodnie z SIWZ, Zamawiający wymagał łącznie tj. w ramach obu etapów robót dostawy i zabudowania w instalacji klimatyzacji grupowej łącznie 4 wymienników ciepła o mocy min. 3MW każdy. Tymczasem, Przystępujący zaoferował wyłącznie dwa wymienniki ciepła w ramach Etapu I oraz jeden wymiennik ciepła w ramach Etapu II, czyli łącznie tylko trzy wymienniki ciepła. Powyższe zdaniem Odwołującego wynika wprost z oferty Przystępującego, tj.:

- na str. 37 oferty wskazano - w ramach robót do wykonania w I Etapie na zabudowę kompletnych wymienników ciepła 2 x min. 3 MW wraz z niezbędną armaturą i rurociągami (3 sztuka wymiennika dostarczona a zabudowana w II Etapie) - z czego wynika, że Przystępujący zaoferował łącznie 3 wymienniki ciepła z 4 wymaganych przez Zamawiającego;
- na str. 38 oferty [REDAKTOR] wskazano, że w etapie II zostanie zabudowany wymienniki o mocy 1 sztuka x 3MW = 3MW plus w I Etapie 2 x 3MW = 6 MW - z czego wynika, że [REDAKTOR] zaoferowała łącznie 3 wymienniki ciepła z 4 wymaganych przez Zamawiającego;
- na str. 39 oferty [REDAKTOR] wskazano, że z uwagi na to, iż projektuje się zabudowę łącznie trzech wymienników ciepła wody dołowej na jeden wymiennik kierowane będzie 173 m³/h wody - z czego wynika, że [REDAKTOR] zaoferowała łącznie 3 wymienniki ciepła z 4 wymaganych przez Zamawiającego;
- na str. 40 oferty [REDAKTOR] wskazano, iż [REDAKTOR] oferuje wyłącznie dwa wymienniki ciepła w Etapie I i jeden w Etapie II, gdyż tylko taka ilość wymienników została pokazana na rysunku;
- na str. 41 oferty [REDAKTOR] wskazano, iż [REDAKTOR] oferuje wyłącznie dwa wymienniki ciepła w Etapie I i jeden w Etapie II, gdyż tylko taka ilość wymienników została pokazana na schemacie instalacji.

W ocenie Odwołującego, w świetle jednoznacznej treści oferty wykonawcy [REDAKTOR] nie ma wątpliwości, co do tego, że [REDAKTOR] zaoferowała wykonanie instalacji ze zbyt małą ilością wymienników ciepła, tj. oferta [REDAKTOR] jest sprzeczna z wymogami 3.2 ppkt 1.4 i ppkt 2.3 Załącznika nr 1 do SIWZ, co sprawia, że winna zostać odrzucona, a [REDAKTOR] nie powinna być zaproszona do udziału w aukcji elektronicznej i w niej uczestniczyć.

Uzasadniając zarzut drugi Odwołujący stwierdził, że instalacja zaoferowana przez [REDAKTOR] narusza wymóg odnośnie temperatury wody dołowej na wlocie do wymienników, wobec czego oferta tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ i winna ulec odrzuceniu. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wskazał w odpowiedzi na pytanie 48 i pytanie 70, że maksymalna temperatura wody dołowej na wlocie do wymienników ciepła wynosi aż do 29 st. C, gdyż w okresie letnim woda osiąga taką właśnie temperaturę. Z treści oferty [REDAKTOR] str. 39 wynika jednak, iż projektowana (założona przez [REDAKTOR] w projekcie temperatura wody dołowej wynosi

25 st. C), co oznacza, że instalacja zaoferowana przez [REDAKTOR] nie spełnia wymogu w zakresie faktycznej wartości temperatury na wlocie do wymienników. W opinii Odwołującego, Przystępujący zaprojektował bowiem instalację z założeniem, że temperatura wody dołowej na wlocie do wymienników wynosi 25 st. C, podczas, gdy faktycznie jest ona o wiele wyższa i wynosi aż 29 st. C. W odpowiedzi na pytanie nr 48 i pytanie nr 70 z dnia 7 września 2018 r., Zamawiający poinformował bowiem wykonawców, że temperatura wody na wlocie do wymienników w zależności od okresu letnio-zimowego wynosi od 26 st. C do 29 st. C, wobec czego taki wymóg należało uwzględnić projektując instalację.

Odwołujący podkreślił, że przyjęcie przez [REDAKTOR] - jako założenia projektowego - zaniżonej wartości temperatury wody dołowej na wlocie do wymiennika na poziomie 25 st. C, sprawia, że wymiennik ciepła jest znacznie mniejszych wymiarów, co przekłada się na ograniczenie kosztów wykonania zamówienia. Co więcej, zaoferowanie wymiennika o mniejszych rozmiarach powoduje nieprawidłową pracę instalacji w okresie letnim kiedy temperatura wody dołowej wynosi 29 st. C, co przekłada się na niewystarczającą wydajność urządzeń chłodniczych, których zadaniem jest zwalczania zagrożenia temperaturowego panującego w podziemnych wyrobiskach górniczych. Odwołujący podkreślił także, iż efektem błędnego założenia co do wartości faktycznej temperatury wody na wlocie do wymienników jest zaoferowanie przez Przystępującego jedynie trzech sztuk, a nie jak wymagał Zamawiający czterech sztuk wymienników ciepła. [REDAKTOR] założył bowiem błędnie, że faktyczna temperatura wody jest niższa, co spowodowało przyjęcie, że instalacja poradzi sobie przy pracy mniejszej, niż wymagana przez Zamawiającego ilości wymienników ciepła. Tak więc, oferta Przystępującego jest sprzeczna z wymogiem Zamawiającego, by instalacja uwzględniała faktyczną wartość temperatury wody dołowej na wlocie do wymienników (29 stopni C), wynikającym z odpowiedzi na pytanie nr 48 i pytania nr 70 z dnia 7 września 2018 r., czyli jest sprzeczna z SIWZ i powinna ulec odrzuceniu.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał, że powołanie się przez Przystępującego na zasoby podmiotu trzeciego ma charakter pozorny i w konsekwencji wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd w tym zakresie. Wyjaśnił, że Przystępujący posłużył się w celu wykazania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu udostępnieniem zasobu podmiotu trzeciego, które nie ma charakteru rzeczywistego, lecz fikcyjny. O fikcyjnym udostępnieniu zasobu świadczy wprost treść oferty [REDAKTOR] tj.: - w pisemnym zobowiązaniu wskazano, że udostępnienie zasobu nastąpi poprzez konsultacje i doradztwo oraz nadzór nad montażem maszyn chłodniczych, nie przewidując podwykonawstwa podmiotu udostępniającego zasób w jakimkolwiek zakresie; - w wykazie podwykonawców nie wskazano, by podmiot udostępniający zasób miał realizować jakieś roboty jako podwykonawca [REDAKTOR].

Z powyższego w ocenie Odwołującego wynika jednoznacznie, że podmiot udostępniający zasób nie zrealizuje robót budowlanych w jakimkolwiek zakresie. Dochodzi zatem do naruszenia normy określonej w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którą w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Sam fakt, iż podmiot udostępniający zasób nie zrealizuje robót budowlanych, dla realizacji których konieczne jest jego doświadczenie przesądza o pozorności udostępnienia zasobu, tj. o tym, iż został on udostępniony wyłącznie po to, by [REDAKTOR] mogła formalnie wykazać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Niezależnie od tego, pozorność udostępnienia zasobów wynika również z samej deklarowanej formy udziału tego podmiotu przy realizacji zamówienia. W pisemnym zobowiązaniu wskazano, że będą to konsultacje i doradztwo oraz nadzór, co nie jest wystarczającą formą, by uznać,

iz udostępnienie zasobu w postaci doświadczenia będzie realne, a [REDAKT] należycie zrealizuje zamówienie, zwłaszcza w kontekście stopnia skomplikowania robót, które będą musiały być wykonane. Co więcej, jak wskazano w zobowiązaniu z dnia 21 listopada 2018 r., przedmiotem udostępnienia są referencje, co jednoznacznie wskazuje, że celem udostępnienia było wyłącznie umożliwienie uczestnictwa Przystępującemu w postępowaniu, a nie faktyczne przekazanie wiedzy i doświadczenia [REDAKT].

Odwołujący podkreślił, iż w przypadku, w którym już z oferty wynika, iż udostępnienie zasobu jest pozorne nie ma podstawy prawnej do wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, gdyż wykonawca taki jako wprowadzający w błąd Zamawiającego w tym zakresie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Co więcej, wykonawca nie może zmienić po złożeniu oferty oświadczenia o zakresie podwykonawstwa i wykazu podwykonawców. Jedynie zatem z daleko idącej ostrożności procesowej, na wypadek przyjęcia, iż Zamawiający winien wezwać [REDAKT] do uzupełniania dokumentów w w/w zakresie, Odwołujący podnosi zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego, bezpodstawne niezastosowanie i - w konsekwencji - zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w szczególności, że udostępnienie zasobów jest realne.

W piśmie procesowym z dnia 4 stycznia 2018 r. Odwołujący wskazał, że Zamawiający jest w posiadaniu koncepcji instalacji pt. „Aktualizacja projektu koncepcyjnego budowy(...)” (dalej: „Koncepcja”), która stanowi element dokumentacji przetargowej i na podstawie której Zamawiający tworzył SIWZ i przyjął kluczowe założenia, jakie powinna spełniać oferowana instalacja (por. odp. na pyt. nr 15 z dnia 07.09.2018 r.). W Koncepcji na str. 64 i 65 opisane jest uzasadnienie (cel) co do stosowania w pierwszym etapie trzech, a w drugim etapie dobudowanie kolejnego (czwartego) wymiennika, mówiące o tym, że zawsze jeden wymiennik będzie stanowił rezerwę pozwalając na naprzemienne, okresowe ich czyszczenie, przy zachowaniu pracy klimatyzacji z pełną mocą chłodniczą. Ze względu na to, iż do wymiennika doprowadzana będzie niefiltrowana woda o znacznych zanieczyszczeniach mechanicznych i złej jakości fizykochemicznej wody, uzasadnionym rozwiązaniem jest zabudowa rezerwowego wymiennika. Zamawiający zdając sobie sprawę z tego, iż woda ta jest złej jakości, jako wymóg techniczny zapisał wymaganie, co do konstrukcji wymiennika, tj. ma mieć budowę płytową, umożliwiającą demontaż każdej płyty i jej mechaniczne czyszczenie (SIWZ pkt. 1.4 i 2.3 str. 19 i 26).

Ze względu, że wymienniki ciepła będą pracować z mocno agresywną wodą kopalnianą, Zamawiający podaje w wymaganiach, iż mają być wykonane ze specjalnego materiału o wysokiej odporności chemicznej i mechanicznej (SIWZ pkt. 1.4 i 2.3 str. 19 i 26). Ponadto, Zamawiający wymaga aż 5 letniej gwarancji na wymienniki, zdając sobie sprawę, że jest to klucz do prawidłowej pracy klimatyzacji.

Kolejnym argumentem potwierdzającym zasadność stosowania rezerwowego wymiennika jest odpowiedź na pytanie 89 z dnia 7 września 2018, gdzie Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, że do wymiennika doprowadzana będzie niefiltrowana woda dołowa (bez wcześniejszego uzdatniania tej wody - co byłoby ekonomicznie nieuzasadnione). Zamawiający zdając sobie sprawę ze złej jakości wody wymaga dodatkowego wymiennika. Ponadto wymaga, aby każdy z wymienników wyposażony był w odpowiednie zawory umożliwiające wyłączenie poszczególnego wymiennika z pracy, umożliwiając jego okresowe czyszczenie. Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w SIWZ wielokrotnie zwraca uwagę na wyposażenie układu, w którym to mają być zabudowane urządzenia rezerwowe (np. zestawy pompowe obiegu wody lodowej, zestawy pompowe obiegu wody chłodzącej skraplacze, zestawy pompowe wody chłodzącej wymienniki, zdublowane czujniki pomiarowe, zawory

odcinające (str. 19 i 20 SIWZ pkt. 1.6, 1.9, 1.101 2.26.31 2.26.4)), chcąc tym samym uzyskiwać pełną moc chłodniczą instalacji klimatyzacji, nawet przy pojedynczych awariach lub prowadzeniu czynności serwisowych, konserwacyjnych urządzeń wchodzących w skład instalacji klimatyzacji.

Mając na uwadze doświadczenie z pracą z wymiennikami ciepła pracującymi w układzie klimatyzacji grupowej w podziemnych zakładach górniczych, które to pracują na zanieczyszczonej, agresywnej chemicznie wodzie dołowej, czyszczenie każdego z wymienników musi odbywać się bardzo często.

Zgodnie natomiast z założeniami Zamawiającego instalacja klimatyzacji powinna pracować 7 dni w tygodniu (24h na dobę), co przy oferowanej instalacji bez rezerwowego wymiennika ciepła jest niemożliwe, gdyż konieczność prowadzenia czynności serwisowych spowoduje kilkunastogodzinne postoje po parę razy w tygodniu, co przełoży się na nieefektywną pracę klimatyzacji o często cyklicznie zmniejszonej mocy chłodniczej.

Odwołujący podkreślił, że zastosowanie wyłącznie 3 wymienników spowoduje - podczas okresowych prac serwisowych - zmniejszenie o ponad 30% mocy chłodniczej instalacji klimatyzacji, co przełoży się na podwyższoną temperaturę w wyrobiskach górniczych w których prowadzona jest eksploatacja, doprowadzając do powstania zagrożenia klimatycznego w tamtych rejonach. Oznacza to, iż instalacja oferowana przez [REDAKTOR] nie gwarantuje realizacji głównego celu Zamawiającego tj. ciągłego funkcjonowania instalacji klimatyzacji o mocy chłodniczej 6 MW, przesądzając, iż niezgodność ta ma charakter istotny.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy z dnia 4 stycznia 2019 r., ustaliła i zważyła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę [REDAKTOR] sp. z o.o. w [REDAKTOR] zgłaszającego swoje przestąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba odnosząc się do pierwszego z zarzutów wskazała w uzasadnieniu swego wyroku, iż ustaliła:

Zamawiający w punkcie 3.2. ppkt 1.4. załącznika nr 1 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w ETAPIE I wymagał *dostawy kompletnych wymienników ciepła ilości 3 sztuk o mocy min. 3 MW każdy z wszelką niezbędną armaturą i rurociągami. Wymienniki ciepła powinny być wykonane z materiałów o odporności chemicznej mechanicznej zapewniających ich odpowiednią wytrzymałość z uwagi na wysoką agresywność wód dołowych - wyniki badań wód dołowych do wglądu. Odprowadzenie całej ilości ciepła skraplania odbywać się będzie poprzez niefiltrowaną wodę dołową. Zabudowane wymienniki będą wyposażone w zawory odcinające umożliwiające ich odstawienie na czas czyszczenia. Wymienniki muszą posiadać konstrukcję umożliwiającą demontaż i czyszczenie mechaniczne każdej płyty.*

Natomiast jak wynika z punktu 3.2 ppkt 2.3 ww. załącznika Zamawiający w ETAPIE II wymagał *dostawy kompletnego wymiennika ciepła w ilości 1 sztuki o mocy min. 3 MW z wszelką niezbędną armaturą i rurociągami. Wymienniki ciepła powinny być wykonane z materiałów o odporności chemicznej i mechanicznej zapewniających ich odpowiednią*

wytrzymałość z uwagi na wysoką agresywność wód dołowych - wyniki badań wód dołowych do wglądu. Odprowadzenie całej ilości ciepła skraplania odbywać się będzie poprzez niefiltrowaną wodę dołową. Zabudowane wymienniki będą wyposażone w zawory odcinające, umożliwiające ich odstawienie na czas czyszczenia. Wymienniki muszą posiadać konstrukcję umożliwiającą demontaż i czyszczenie mechaniczne każdej płyty.

Przystępujący w złożonej ofercie w opisie proponowanego rozwiązania klimatyzacji wskazał, że w etapie I wykona „zabudowę kompletnych wymienników ciepła 2 x min 3 MW wraz z niezbędną armaturą i rurociągami (3 sztuka wymiennika dostarczona a zabudowana w II Etapie)”, a w etapie II dokona „zabudowy kompletnych wymienników ciepła 2 x min 3 MW wraz z niezbędną armaturą i rurociągami”.

Izba uwzględniając powyższe ustalenia uznała, iż wbrew stanowisku Odwołującego, Przystępujący zaoferował w złożonej ofercie 4 wymienniki ciepła, zgodnie z przywołanymi wyżej wymogami SIWZ, co w sposób wyraźny wynika z treści oferty.

Izba wskazuje ponadto, iż czwarty wymiennik ciepła miał pełnić funkcję rezerwową/dodatkową. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż na złożonych wraz z ofertą Przystępującego schematach (które nie były przez Zamawiającego wymagane) widnieją jedynie trzy wymienniki ciepła, w ocenie Izby wynikała jak wskazywał Przystępujący z tego, iż czwarty wymiennik ciepła pełni rolę rezerwową, dlatego nie został on ujęty na przygotowanym schemacie. W ocenie Izby powyższe stanowisko Przystępującego zasługiwało na uwzględnienie w związku z postanowieniami SIWZ, zgodnie z którymi wymienniki ciepła mają zostać wyposażone w zawory odcinające umożliwiające ich odstawienie na czas czyszczenia - „wymienniki muszą posiadać konstrukcję umożliwiającą demontaż”.

Okoliczność, iż wykonawca [REDAKTOWANE] zaoferował w postępowaniu 4 wymienniki ciepła wynika ponadto, z przedłożonego przez Zamawiającego na rozprawie jako dowód pisma Przystępującego z dnia 27 grudnia 2018r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy treścią oferty a złożonymi schematami. W ww. piśmie Przystępujący wyjaśnił: „W naszej ofercie w opisie proponowanego rozwiązania klimatyzacji, ilość wymienników zarówno w etapie I, jak i II jest zgodna z wymaganiami SIWZ i wynosi 4 sztuki. Zgodnie z wymaganiami określonymi w treści SIWZ, modyfikacją SIWZ i odpowiedzią Zamawiającego na pytania (pytanie i odpowiedź nr 7 z dnia 30.10.2018r.) wymagane dokumenty, które muszą być dołączone do oferty to między innymi opis proponowanego rozwiązania klimatyzacji grupowej, obejmujący 2 etapy budowy. W znajdującym się w naszej ofercie w opisie proponowanego rozwiązania klimatyzacji, ilość wymienników zarówno w etapie I, jak i II jest zgodna z wymaganiami SIWZ i wynosi 4 sztuki. W naszej ofercie i na dodatkowych (niewymaganych przez zamawiającego) poglądowych schematach załączonych do opisu proponowanego rozwiązania klimatyzacji zamierzaliśmy wskazać, że układ klimatyzacji składający się łącznie z 4 szt. maszyn [REDAKTOWANE] o mocy 1 MW oraz 1 szt. maszyny o mocy 2 MW, będzie wytwarzał ciepło skraplania łącznie w I etapie 5,2 MW, a w II etapie łącznie 7,8 MW. Do odebrania tego ciepła wystarczające jest wykorzystanie 3 wymienników, każdy o mocy 3 MW, czyli ze stosowną rezerwą, natomiast praca przewidzianej w SIWZ do dostawy 4-tej sztuki wymiennika 3 MW sprowadzi się do części rezerwowej układu.”

Uwzględniając powyższe Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaoferowanie liczby wymienników ciepła niezgodnie z wymaganiami SIWZ za nieuzasadniony.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku spełnienia wymogu temperatury wody dołowej na wlocie do wymienników Izba ustaliła:

Zamawiający w dniu 7 września 2018 r. udzielił następujących odpowiedzi:

Pytanie nr 48: Zwracamy się do zamawiającego z prośbą o podanie parametrów i ilości dostępnej wody chłodzącej do układu klimatyzacji. Jest to niezbędne w celu przygotowania prawidłowej oferty.

Odpowiedź Zamawiającego: Temperatura wody dołowej (do której odprowadzane będzie ciepło skraplania) wynosi około 29 st. C w okresie letnim, około 26 st. C w okresie zimowym. Ilość dostępnej wody za ostatnie półrocze kształtuje się na poziomie 18400 m³/dobę i nie powinno ulec zmianie. Analiza chemiczna została zamieszczona na stronie w osobnym pliku.

Pytanie nr 70: Dotyczy str. 18 SIWZ pkt. 3. 1. Prosimy o podanie temperatury wody dołowej (do której odprowadzane będzie całe ciepło skraplania) oraz określenie jej natężenia przepływu, w celu wstępnego doboru wymienników ciepła. Czy wykonawca dobrze rozumie treść, że temperatura wody dołowej (do której odprowadzane będzie ciepło skraplania) opuszczając wymiennik ciepła nie może przekraczać 35 st. C? (Zgodnie z Dz. U. 2014.1800 zał. 4 tab. 11 rozp. M. Ś.) Prosimy również o podanie parametrów jakościowych wody - skład chemiczny, jak również określenia ilości dostępnej wody oraz informację czy ilość dostępnej wody będzie stała czy zróżnicowana?

Odpowiedź Zamawiającego

Temperatura wody dołowej (do której odprowadzane będzie ciepło skraplania) wynosi około 29 st. C w okresie letnim, około 26 st. C w okresie zimowym. Natężenie przepływu wody chłodzącej zależeć będzie od dobranych przez Wykonawcę na etapie projektowym pomp. Temperatura wody opuszczająca wymiennik ciepła musi być tak dobrana aby zapewnić możliwość jej wypompowania na powierzchnię przez pompy OWI-250S/10g (maksymalna temperatura pompowanej wody wynosi 40 st. C). Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi, oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego (Dz. U. 2014.1800) zał. nr 4 tab. II rozp. MS.) temperatura 35 st. C nie może być przekroczona w miejscu zrzutu wód kopalnianych do rzeki Kłodnicy. Ilość dostępnej wody za ostatnie półrocze kształtuje się na poziomie 18400 m³/dobę i nie powinno ulec zmianie.

Przystępujący na stronie 39 oferty wskazał, że ciepło oddawane będzie do wody dołowej powodując wzrost jej temperatury od 25 st. C do 40 st. C.

Izba uwzględniając powyższe ustalenia, stwierdziła, że zarzut Odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, iż pytania zadane w trakcie postępowania dotyczyły temperatury wody dołowej do której odprowadzane będzie ciepło skraplania.

Również Przystępujący w złożonej ofercie wskazywał na temperaturę wody oddawanej z wymienników. Temperatura ta nie ma natomiast jak wyjaśniał Przystępujący żadnego związku z temperaturą wody podawaną do wymiennika ciepła. Uwzględniając więc okoliczność, że zarzut odwołania opierał się na twierdzeniu, iż Zamawiający w udzielonych odpowiedziach określił wysokość temperatury wody dołowej na wlocie do wymienników ciepła, co jak wyżej wskazano było twierdzeniem nieprawidłowym, spowodowało, iż skład orzekający za niezasadny uznał powyższy zarzut. Ponadto zgodzić się należy także z Zamawiającym, iż z uwagi na fakt, że na obecnym etapie postępowania Przystępujący nie wskazał konkretnego modelu proponowanego wymiennika ciepła to zarzut Odwołującego, iż Przystępujący zaoferował wymiennik o zbyt małych rozmiarach jest bezzasadny.

Tym samym Izba uznała, że zarzuty dotyczące naruszenia art. 91b ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 2) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty [REDAKCYJNA]

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na fakt, że powoływanie się przez tego wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego ma charakter pozorny i w konsekwencji wykonawca ten wprowadził w błąd

Zamawiającego, to Izba uznała, iż na obecnym etapie postępowania zarzut ten okazał się przedwczesny.

Izba ustaliła:

I. W części IX SIWZ - Oświadczenia i dokumenty, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu wstępnego potwierdzenia, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu i dołączyć do oferty Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) sporządzony według wzoru (formularza) stanowiącego Załącznik nr 10 do SIWZ dotyczący:

- 1) Wykonawcy a w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - każdego z nich.
- 2) Podmiotów, na których zasoby Wykonawca powołuje się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie braku przesłanek wykluczenia i spełniania warunku odnoszącego się do udostępnionego zasobu;
- 3) Zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów - jeżeli Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zdolnościach innych podmiotów.

Ponadto zgodnie z punktem 2 pkt 4) Wykonawca powinien ograniczyć się do wypełniania sekcji a części IV formularza.

III. Zgodnie natomiast z postanowieniami zawartymi w części X SIWZ Zamawiający postanowił, że wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona zobowiązany będzie złożyć oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w Części VIII SIWZ oraz brak podstaw do wykluczenia.

III. Zamawiający w wyniku dokonanej modyfikacji SIWZ w zakresie części VII pkt 1 w zakresie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagał wykazaniem się w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał roboty budowlane polegające na:

- a) budowie lub modernizacji układów klimatyzacji obejmujących kompletną instalację dla podziemnych zakładów górniczych z centralną stacją na powierzchni lub grupową na dole o mocy min. 2 MW
lub
- b) wykonał projekt wraz z dostawą maszyn i urządzeń do klimatyzacji grupowej lub klimatyzacji centralnej w podziemnych wyrobiskach górniczych
lub
- c) wykonał dostawy urządzeń i podzespołów do klimatyzacji grupowej lub klimatyzacji centralnej w podziemnych wyrobiskach górniczych o łącznej wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto.

4) Przystępujący wraz z ofertą złożył JEDZ oraz zobowiązanie [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] do oddania do dyspozycji zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania powyższego zarzutu podkreśliła Izba, że istotną okolicznością wymagającą wzięcia pod uwagę jest kwestia, iż w momencie wniesienia odwołania Zamawiający nie dokonywał jeszcze weryfikacji podmiotowej wykonawców. W momencie wniesienia odwołania postępowanie znajdowało się na etapie aukcji elektronicznej i ustalenia rankingu ofert. Zamawiający jak wynika z akt postępowania w dniu 10 grudnia 2018 r. wezwał wykonawcę [REDAKTOWANE] do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zakreślając wykonawcy [REDAKTOWANE] 10 dniowy termin na ich złożenie.

Z powyższego wynika więc, iż w momencie wniesienia odwołania Zamawiający nie posiadał wiedzy odnośnie sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego. Powyższe zostało przez Zamawiającego potwierdzone na rozprawie.

Izba w składzie orzekającym podziela pogląd Zamawiającego, iż dokonanie weryfikacji realności udostępnienia zasobów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może być dokonywane w oderwaniu od postawionego warunku. Ocena wykazania przez wykonawcę faktycznego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego powinna być dokonywana z uwzględnieniem realiów wykorzystania określonych zasobów przy realizacji konkretnego zamówienia. W szczególności istotny będzie przy tym rodzaj udostępnianego zasobu, charakter i złożoność zamówienia oraz odpowiadające mu warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego.

Tym samym na obecnym etapie postępowania Izba uznała, że dokonywanie oceny realności udostępnionych zasobów bez posiadania wiedzy co do sposobu w jaki Przystępujący wykazywać będzie spełnienie warunku w postępowaniu byłoby działaniem przedwczesnym.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzut powyższy nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła o oddaleniu odwołania, zaś o kosztach postępowania orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972 ze zm.).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej został zaskarżony przez ██████████ Spółkę Akcyjną w ██████████ w części, to jest w zakresie, w którym KIO oddaliła odwołanie, co do zarzutu nr 1 petitum odwołania z dnia 12 grudnia 2018 r. zarzucając temu rozstrzygnięciu:

1. naruszenie art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 PZP, poprzez dokonanie błędnej wykładni treści oferty ██████████ Polska Sp. z o.o. (dalej jako: „█████████”), a - w konsekwencji - błędne ustalenie, iż ██████████ zaoferowała cztery (trzy w pierwszym Etapie i jeden drugim Etapie) wymienniki ciepła, podczas, gdy prawidłowe zastosowanie reguł wykładni oświadczeń woli prowadziło do wniosku, że oferta ██████████ była sprzeczna z wymogami określonymi w pkt 3.2 ppkt 1.4 i ppkt 2.3 Załącznika nr 1 do SIWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia), gdyż obejmowała wyłącznie trzy, zamiast wymaganych przez Zamawiającego łącznie czterech wymienników ciepła (tj. trzech w pierwszym Etapie i jednego w drugim Etapie);
2. naruszenie art. 190 ust. 7 PZP poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, w szczególności poprzez uwzględnienie i uznanie za wiarygodne wyjaśnień ██████████ udzielonych po złożeniu oferty;
3. naruszenie art. 192 ust. 2 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez jego błędne niezastosowanie, a - w konsekwencji - zaniechanie uwzględnienia Odwołania i nakazania odrzucenia oferty ██████████, jako niezgodnej z pkt 3.2 ppkt 1.4 i ppkt 2.3 Załącznika nr 1 do SIWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia), tj. wymogiem zaoferowania łącznie czterech wymienników ciepła (trzech w Etapie I i jednego w Etapie II).

Na podstawie sformułowanych zarzutów, rozwiniętych w uzasadnieniu skargi, skarżąca spółka wniosła o uwzględnienie skargi przez zmianę wyroku KIO z dnia z dnia 7 stycznia 2019 r. w zaskarżonej części poprzez uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu określonego w pkt 1 petitum odwołania tj.: a) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ██████████ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, jako niezgodnej z pkt 3.2 ppkt 1.4 i ppkt 2.3 Załącznika nr 1 do SIWZ, tj. wymogiem zaoferowania łącznie czterech wymienników ciepła (trzech w Etapie I i jednego w Etapie II) oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego przed KIO, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Skarżącej zwrotu kosztów postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 2565/18, w tym kosztów zastępstwa radcowskiego, w łącznej kwocie 23 900,00 PLN, jak i wniosła o zasądzenie od Zamawiającego

na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów postępowania sądowego, w tym zwrotu kosztów zastępstwa radcowskiego według norm przepisanych.

Nadto skarżący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do skargi, na okoliczność ustalenia ich treści oraz istnienia stanu faktycznego przywołanego w treści Skargi, jak i dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów znajdujących się w aktach sprawy o sygn. akt KIO 2565/18 i aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Budowa klimatyzacji grupowej o mocy chłodniczej 6MW dla potrzeb Polskiej [REDAKTION]. Oddział [REDAKTION] (nr 4417007111), przywołanych w uzasadnieniu skargi.

Na rozprawie przed Sądem Okręgowym w dniu 26 marca 2019 r. przeciwnik skargi – [REDAKTION] w [REDAKTION] wniósł o jej oddalenie i zasądzenie na swą rzecz kosztów postępowania sądowego, zaś uczestnik – przystępujący po stronie zamawiającego – [REDAKTION] Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTION] wniósł o oddalenie skargi, przy czym obaj uczestnicy wskazywali zgodnie, że oferta [REDAKTION] obejmowała cztery wymienniki ciepła, zaś przeciwnik skargi przywołał dodatkową argumentację za oddaleniem skargi, jak i uczestnicy ci zgodnie wskazali, że w dniu 22 marca 2019 r. została zawarta pomiędzy nimi umowa objęta spornym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, którą złożono do akt sprawy.

Pełnomocnik skarżącego wniósł na rozprawie o uwzględnienie skargi z tym, że zmodyfikował żądanie skargi w ten sposób, że wniósł o stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego art. 192 ust. 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art 91 b ust. 1 w związku z art 89 ust. 1 pkt 2 i 12 Prawa zamówień publicznych a także o zmianę rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie kosztów postępowania poprzez obciążenie Zamawiającego kosztami tego postępowania, jak również wniósł o zasądzenie kosztów postępowania sądowego według norm przepisanych.

Z kolei pełnomocnik zamawiającego – przeciwnika skargi wniósł o oddalenie skargi również w zakresie zmodyfikowanym i zasądzenie kosztów postępowania, podnosząc, że w zawartej umowie wyraźnie jest mowa o 4 wymiennikach ciepła, zaś drugi z uczestników – przystępujący po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie skargi w wersji zmodyfikowanej.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga podlegała oddaleniu.

Na wstępie wskazać należy, że na rozprawie przed Sądem Okręgowym w dniu 26 marca 2019 r., w związku ze zmianą okoliczności, tj. zawarciem przez zamawiającego w dniu 22 marca 2019 r. umowy skarżący wniósł o stwierdzenie naruszenia przepisów prawa opisanych w skardze na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2019 r. oraz zmianę rozstrzygnięcia Izby w zakresie kosztów postępowania odwoławczego przez obciążenie zamawiającego tymi kosztami, jak i o zasądzenie kosztów postępowania skargowego od zamawiającego na rzecz skarżącego.

Stwierdzić należy, że wniesienie skargi na orzeczenie KIO nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Sąd Okręgowy uznał za dopuszczalną dokonaną przez skarżącego zmianę żądania skargi, będącą następstwem zmiany okoliczności faktycznych, tj. zawarcia w dniu 22 marca 2019 r. umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie bowiem z treścią art. 383 zdanie 2 k.p.c., znajdującym w niniejszym postępowaniu odpowiednie zastosowanie na zasadzie art. 198 a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t: Dz. U. z 2018 r., poz. 1986, dalej jako: „pzp”) w postępowaniu apelacyjnym w razie zmiany okoliczności można żądać zamiast pierwotnego przedmiotu sporu jego wartości lub innego przedmiotu. W tym zakresie Sąd Okręgowy w całości podziela stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w wyroku z dnia

8 grudnia 2016 r., sygn. akt I CSK 19/16, zgodnie z którym przepis art. 383 zdanie 2 k.p.c., ma odpowiednie zastosowanie w postępowaniu prowadzonym przez sąd okręgowy rozpoznający skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. P.z.p. nie zawiera bowiem przepisu regulującego problem zmiany okoliczności zaistniałej po wydaniu wyroku przez KIO i jej wpływu na postępowanie zainicjowane skargą. Celem regulacji art. 383 zdanie drugie k.p.c. jest natomiast zapobieżenie niebezpieczeństwa rozstrzygnięcia w postępowaniu apelacyjnym o żądaniu, które utraciłoby aktualność i zapewnienie ochrony prawnej adekwatnej do stanu istniejącego w chwili zamknięcia rozprawy. Natomiast tak w postępowaniu apelacyjnym, jak i skargowym sąd drugiej instancji jest związany żądaniem, którego zmiana może nastąpić jedynie w sytuacji wskazanej w wymienionym przepisie. Określenie rodzaju i zakresu ochrony prawnej jest rzeczą skarżącego. Postępowanie apelacyjne, którego uregulowania mają zastosowanie w postępowaniu skargowym, nie przewiduje możliwości decydowania przez sąd o przedmiocie żądania. Sąd jest związany żądaniem zgłoszonym w odwołaniu i następnie w skardze. W sytuacji niedokonania zmiany żądania, brak byłoby podstaw do orzekania o żądaniu nieadekwatnym do zmienionych okoliczności.

Należało zatem uznać, że skarżąca spółka dokonała skutecznej zmiany żądania skargi na wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2019 r.

Pomimo jednak skuteczności dokonanej przez skarżącego zmiany żądania, skarga podlegała oddaleniu z uwagi na bezzasadność objętych nią zarzutów.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu opartego o art. 190 ust. 7 pzp wskazać należy, że całość materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania odwoławczego podlega ocenie składu orzekającego KIO w celu wydania orzeczenia kończącego sprawę. Skład orzekający ocenia wiarygodność oraz moc każdego z dowodów według własnego uznania na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Oznacza to, iż każdy dowód przeprowadzony w sprawie musi zostać oceniony w kontekście wszystkich pozostałych dowodów. Do interpretacji zasad oceny dowodów wynikających z art. 190 ust. 7 pzp można, jak przyjmuje się w doktrynie, stosować poprzez analogię zasady oceny dowodów dotyczące procedury cywilnej, wynikające z art. 233 § 1 k.p.c., który to przepis ustanawia uniwersalną zasadę oceny dowodów w postępowaniu sądowym o charakterze cywilnym.

Na podstawie oceny materiału dowodowego zgromadzonego do momentu zamknięcia rozprawy ustalany jest stan faktyczny sprawy (stan rzeczy), który następnie stanowi podstawę wydania rozstrzygnięcia (art. 191 ust. 2 pzp).

Zasadnym jest wskazanie, iż w myśl wypracowanego przez judykaturę i doktrynę stanowiskiem w zakresie wykładni przepisu art. 233 § 1 k.p.c., zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów wyrażoną w tym przepisie sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie „wszechstronnego rozważenia zebranego materiału”, a zatem, jak podkreśla się w orzecznictwie, z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności. Nadto wskazać należy, że jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Dla skuteczności zarzutu naruszenia wyżej wymienionego przepisu nie wystarcza zatem stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im je przyznając.

Konieczne jest przy tym posłużeniu się argumentami jurydycznymi, wykazywanie, że wskazane w art. 233 § 1 k.p.c. kryteria oceny wiarygodności i mocy dowodów zostały naruszone, co miało wpływ na wynik sprawy. Dodać należy, że obraza przepisu art. 233 § 1 k.p.c. może dotyczyć również błędu w ustaleniach faktycznych polegającego na dysharmonii między materiałem dowodowym a ustaleniem faktycznymi, czy też oparciu ustaleń faktycznych na wybiórczym potraktowaniu przeprowadzonych dowodów.

W ramach zarzutu naruszenia art. 190 ust. 7 przez Izbę skarżąca spółką wskazała, że KIO wykroczyło poza granicę swobodnej oceny dowodów przy ocenie oświadczenia pisemnego [REDAKTOWANE] z dnia 27 grudnia 2018 r. w szczególności przez uznanie, że wiarygodnie relacjonuje ono, jaki był rzeczywisty zamiar [REDAKTOWANE] w chwili składania oferty z uwagi na brak powiązania tego oświadczenia z treścią oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut ten jest zdaniem Sądu Okręgowego nieuzasadniony, gdyż jak wynika z wezwania zamawiającego z dnia 21 grudnia 2018 r. do wyjaśnienia oferty w zakresie pojawiającej się wątpliwości między opisem proponowanego rozwiązania, które wskazuje 4 wymienniki ciepła, a załączonym rysunkiem, na który zostały naniesione tylko 3 wymienniki ciepła, udzielił wykonawca [REDAKTOWANE] kwestionowanym pismem z dnia 27 grudnia 2018 r. odpowiedzi, że ilość zaoferowanych wymienników na I i II etapie jest zgodna z SIWZ i wynosi 4 sztuki, co zostało też potwierdzone na rozprawie przed KIO przez [REDAKTOWANE] oraz wynikało z oświadczeń zamawiającego, jak i przystępujący złożył dokument - „Opinia dotycząca zabudowy wymienników ciepła skraplania z agregatów chłodniczych przy budowie klimatyzacji w [REDAKTOWANE]” autorstwa prof. dr hab. inż. [REDAKTOWANE] - potwierdzający, że w swej ofercie [REDAKTOWANE] zaproponowano 4 sztuki wymienników ciepła. Wynika zatem z przedstawionych dokumentów wprost, że [REDAKTOWANE] udzielił odpowiedzi zamawiającemu w nawiązaniu do złożonej oferty w postępowaniu i jej treści.

KIO oceniła treść oferty i uznała, że [REDAKTOWANE] zaoferował 4 wymienniki ciepła, co potwierdza też treść pisma [REDAKTOWANE] z dnia 27 grudnia 2018 r. stanowiącego odpowiedź na zapytanie zamawiającego, i ta ocena tych dowodów była w ocenie Sądu Okręgowego prawidłowa, nie naruszająca reguł oceny dowodów określonych art. 190 ust. 7 pzp do których można, jak wskazano, przez analogię stosować reguły wynikające z art. 233 § 1 k.p.c., zaś stanowisko skarżącego jawi się jako mające charakter polemiczny, gdyż twierdzenie strony skarżącej w tym zakresie nie wynika z żadnego dowodu, jak i nie uwzględnia pozostałych dowodów wskazanych wyżej. Prawidłowość tej oceny potwierdzały też oświadczenia pisemne zamawiającego i przystępującego co do zaoferowania 4 wymienników ciepła, jak i oświadczenia ustne złożone na rozprawie przed Izbą oraz wskazany dokument prywatny autorstwa [REDAKTOWANE]

Miała zatem, w ocenie Sądu Okręgowego, KIO podstawy do oceny dokumentu z dnia 27 grudnia 2018 r. jako wiarygodny, a zwłaszcza mający moc dowodową dla sprawy, w czym nie naruszyła wskazywanego przepisu art. 190 ust. 7 pzp.

Kolejnym, zasadniczym dla rozpoznania sprawy, zarzutem skarżącego było zarzut naruszenia przez KIO art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 pzp poprzez dokonanie błędnej wykładni treści oferty [REDAKTOWANE] i błędne przyjęcie że [REDAKTOWANE] zaoferowała cztery wymienniki ciepła (trzy w pierwszym etapie i jeden w drugim etapie), podczas gdy prawidłowa wykładnia oświadczeń woli prowadziła do wniosku, że [REDAKTOWANE] oferowało jedynie trzy wymienniki ciepła.

W pozostałym zakresie stan faktyczny ustalony przez Izbę nie był kwestionowany, zarzut naruszenia art. 190 ust. 7 pzp okazał się nieuzasadniony, a zatem stan faktyczny ustalony przez KIO w całości został podzielony przez Sąd Okręgowy.

Nie powinno budzić wątpliwości, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez art. 14 ust. 1 pzp, w myśl którego do czynności podejmowanych przez

zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, znajduje zastosowanie art. 65 k.c. dotyczący reguł wykładni oświadczeń woli.

Należy zauważyć, że niezależnie od zakresu regulacji pzp mających zastosowanie do czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przepisy Kodeksu cywilnego mają charakter uzupełniający. Należy po nie sięgać w zakresie odmiennie nieuregulowanym w przepisach pzp. Dotyczy to również reguł dokonywania wykładni oświadczeń woli, treści oferty i jej charakteru, czy też zasad regulujących treść przyszłego stosunku umownego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Obowiązkiem Izby, a także Sądu Okręgowego w ramach zarzutów skargi, było zatem dokonanie wykładni spornej oferty [REDAKTURA] w zgromadzonym materiale dowodowym, przy czym podnieść przy tym należy, że samo ustalenie treści oświadczenia woli należy do ustaleń faktycznych, natomiast jego wykładnia do kwestii prawnych i błędy w zakresie wykładni są naruszeniem prawa materialnego (por. uzasadnienie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 403/12 i przywołane w nim orzecznictwo, LEX nr 1341643) i w tym zakresie skarżąca spółka podniosła zarzut błędnej wykładni oświadczenia woli [REDAKTURA] zawartego w ofercie we wskazanym przez siebie zakresie oparty o przepis art. 65 k.c. w zw. z art. 14 pzp, na co wskazywała również w odwołaniu rozpoznanym przez Izbę.

Sąd Okręgowy uznał za zasadne uzupełnienie stanu faktycznego sprawy w niezbędnym zakresie o treść SIWZ i treść oferty [REDAKTURA] o czym niżej, jednakże w pierw należy przedstawić dyrektywy wykładni oświadczeń woli wskazane w art. 65 k.c.

Według art. 65 § 1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, zaś z § 2 tego przepisu wynika, że w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. W ugruntowanej judykaturze wielokrotnie podkreślano, że na tle tego przepisu należy przyjąć tzw. kombinowaną metodę wykładni (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, OSNC 1995, Nr 5, poz. 168, a także wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 825/97, OSNC 1998, Nr 5, poz. 85 i z dnia 20 maja 2004 r., II CK 354/03). Ta metoda wykładni przyznaje pierwszeństwo - w wypadku oświadczeń woli składanych innej osobie - temu znaczeniu oświadczenia woli, które rzeczywiście nadały mu strony w chwili jego złożenia (subiektywny wzorzec wykładni). To, jak strony, składając oświadczenie woli, rozumiały je można wykazywać zarówno za pomocą dowodu z przesłuchania stron, jak i innych środków dowodowych. Gdy okaże się, że strony różnie rozumiały treść złożonego oświadczenia woli, to za prawnie wiążące należy uznać znaczenie oświadczenia woli ustalone według wzorca obiektywnego. W jego ramach właściwy dla prawa sens oświadczenia woli ustala się tak, jak adresat oświadczenia sens ten rozumiał i rozumieć powinien, przy czym wiążące jest rozumienie oświadczenia woli, będące wynikiem starannych zabiegów interpretacyjnych adresata. Ustalając to znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny. Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, a także zachowanie stron po złożeniu oświadczeń woli. Niezależnie od tego z art. 65 § 2 k.c. wynika nakaz kierowania się przy wykładni umowy celem. Nie jest

konieczne, aby był to cel uzgodniony przez strony, wystarczy cel zamierzony przez jedną stronę, który jest wiadomy drugiej. Wątpliwości interpretacyjne, niedające się usunąć za pomocą ogólnych reguł wykładni oświadczeń woli powinny być rozstrzygane na niekorzyść strony, która zredagowała tekst wywołujący wątpliwości.

W ocenie Sądu Okręgowego przedstawione wyżej kryteria wykładni oświadczeń woli ulegają jednak pewnej modyfikacji na gruncie zamówień publicznych, gdyż z uwagi na wielopodmiotowy charakter tego postępowania, gwarancyjny charakter norm pzp dla uczestników postępowania, zakaz negocjacji zamawiającego i oferentów (co do zasady) prymat należy dać wykładni obiektywnej oświadczeń woli uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż w przeciwnym wypadku sama zgodność rozumienia złożonego oświadczenia woli, np. oferty przez wygrywającego przetarg oferenta i zamawiającego, przy odmiennym rozumieniu pozostałych oferentów, pozbawiłaby całkowicie znaczenia wykładnię obiektywną oświadczenia woli oferenta zawartego w ofercie, czyniąc mało prawdopodobnym skuteczne zakwestionowanie zgodnego rozumienia oferty przez zamawiającego i wygrywającego oferenta i skuteczną kontrolę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dodać jednocześnie należy, że nie jest pozbawione znaczenia dla przebiegu wykładni oświadczenia woli rozumienie oświadczenia woli jednego z uczestników postępowania o udzielenia zamówienia publicznego przez pozostałych uczestników, w tym zamawiającego, którego stanowisko w tym zakresie, jako podmiotu inicjującego postępowanie, w wyniku którego ma zawrzeć umowę, należy brać pod uwagę w istotnym stopniu.

Przenosząc rozważania prawne wskazane wyżej co do wykładni oświadczeń woli oraz mając na uwadze materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu zasadnym jest wskazanie i przytoczenie treści SIWZ, oferty [REDAKTION] w szerszym zakresie niż uczyniła to Izba w zaskarżonym wyroku.

Niewątpliwie wymogiem SIWZ, co wynika z jego treści, a zwłaszcza załącznika nr 1 – „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” (k. 681-881 załączonych akt odwoławczych w czerwonym segregatorze) było dostarczenie w ramach realizacji zawartej umowy, między innymi 4 wymienników ciepła w dwóch etapach, których ramy czasowe nie zostały wyznaczone przez zamawiającego, w tym w projekcie umowy, zaś realizacja udzielonego zamówienia miała się odbywać w ramach systemu tzw. „zaprojektuj i zbuduj” obejmującego obowiązki wykonawcy zaprojektowania przedmiotu umowy stosownie do ustalonych warunków i jego wykonania, który to system pozwala na dopasowanie rozwiązań technicznych w ramach złożonej oferty do projektu, który będzie realizowany, byleby wynik przyjętych rozwiązań nie był sprzeczny z ofertą i zawartą w wyniku jej przyjęcia umową, którą również kształtują warunki SIWZ.

Wskazać należy, że przedmiotem zamówienia, stosownie do SIWZ była „Budowa klimatyzacji grupowej o mocy chłodniczej 6MW dla potrzeb [REDAKTION]. Oddział [REDAKTION]”, a szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określał załącznik nr 1 do SIWZ.

W załączniku nr 1 do SIWZ wskazano, między innymi, iż przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wybudowanie układu klimatyzacji grupowej o mocy chłodniczej min. 6MW w podziale na dwa etapy budowy dla potrzeb [REDAKTION]. Oddział [REDAKTION].

Przedmiotem zamówienia było zaprojektowanie i wybudowanie układu klimatyzacji grupowej o mocy min. 6MW w podziale na dwa etapy budowy dla potrzeb [REDAKTION] (pkt 3. załącznika nr 1).

W pkt 3.1. załącznika nr 1 określono zakres zamówienia:

I etap budowy:

- wykonanie dokumentacji projektowej

- dostawę maszyn i urządzeń o mocy chłodniczej min. 4MW
- wykonanie sieci rurociągów do pokładu 405/L
- uruchomienie układu.

II etap budowy:

- dostawę maszyn i urządzeń celem rozbudowy układu do 6MW
- rozbudowę sieci rurociągów do pokładu 410/K
- uruchomienie układu.

Wskazał też zamawiający w pkt 3.1., iż posiada projekt koncepcyjny budowy klimatyzacji grupowej robót górniczych, który udostępni potencjalnym Wykonawcom na etapie ogłoszenia SIWZ. Główne założenia projektu koncepcyjnego nie stanowią wytycznych lecz wskazują kierunek i koncepcję rozwiązania technicznego do zaprojektowania i wykonania układu klimatyzacji. Posiadany projekt jest rozwiązaniem koncepcyjnym układu klimatyzacji wyrobisk dla pokładów 405/L i 402/K. Na etapie wykonania dokumentacji projektowej wykonawczej należy uwzględnić założenia ujęte w koncepcji, oraz wykonać nowe obliczenia zgodnie z prognozowanymi warunkami klimatycznymi w pokładach 405/L i 410/K uwzględniając oferowane urządzenia i rozwiązaniami techniczne w złożonej ofercie.

W pkt 3.2. załącznika nr 1 określającym szczegółowy zakres prac dla I etapu budowy wskazano między innymi:

3.2. Szczegółowy zakres prac

1 Zakres prac dla I Etapu budowy

1. 1. Wykonanie projektu technicznego/wykonawczego układu klimatyzacji grupowej dołowej pokładów 405 partia L i 410 partia K. Projekt obejmował będzie wykonanie kompletnego układu klimatyzacji dla założonych rejonów oraz roboty dodatkowe wyszczególnione w niniejszym załączniku. Projekt będzie obejmował dwa etapy budowy tj . budowa układu klimatyzacji o łącznej mocy min. 6MW, w rozbiciu na etap I budowa układu klimatyzacji o mocy min. 4MW, oraz etap II rozbudowa układu klimatyzacji do mocy min. 6MW.
 - 1.1.1. Zamawiający do celów projektowych udostępni posiadaną aktualizację projektu koncepcyjnego klimatyzacji grupowej robót górniczych w pokładzie 405 w partii L i 402 w partii K".
 - 1.1.2. Wykonanie projektu na bieżąco konsultowane będzie z Zamawiającym, przed przystąpieniem do robót wykonawczych niezbędne jest zatwierdzenie projektu przez Zamawiającego.
 - 1.1.3. Projekt należy dostarczyć w 4 egzemplarzach w wersji papierowej oraz w wersji elektronicznej edytowalnej (w postaci plików programów MS „Office i AutoCad2000). Prawa do projektów i dokumentacji i zostaną przekazane zamawiającemu.
 - 1.1.4. Dobór aparatury zasilającej pod względem zwarciovym dokonuje Wykonawca, wyniki obliczeń zostaną przedstawione Zamawiającemu, które będą stanowiły załącznik do dostarczonej dokumentacji.
 - 1.1.5. Wykonawca wykona dodatek do dokumentacji podstawowej obiektu pompownia głównego odwadniania na poz. 1030m ujmujący wprowadzone zmiany wynikające z budowy układu klimatyzacji.
- 1.2. Dostawę kompletnych agregatów chłodniczych wody lodowej (min. 3 sztuki - max. 4 szt. o łącznej mocy chłodniczej min. 4MW z wszelką niezbędną armaturą i rurociągami. Urządzenia powinny cechować się wskaźnikiem ERR co najmniej wynoszącym 4,0 - zgodnie z oświadczeniem producenta. Wykonawca dostarczy pompy i urządzenia klimatyczne napędzane silnikami elektrycznymi na napięcie 6kV lub 1kV, a silniki pozostałych urządzeń (tj. pompy, kryzy-zawory dławiące, napędy zasuw, inne pozostałe) na napięcie 0,5kV lub 1 kV. Zabudowane agregaty muszą być tego samego producenta.

1.3. Wykonanie fundamentów i zabudowa agregatów chłodniczych w chodniku wentylacyjnym dla komory pomp (komora agregatów chłodniczych), z wszelką niezbędną armaturą i rurociągami.

1.4. Dostawę kompletnych wymienników ciepła w ilości 3 sztuk o mocy min. 3 MW każdy z wszelką niezbędną armaturą i rurociągami. Wymienniki ciepła powinny być wykonane z materiałów o odporności chemicznej i mechanicznej zapewniających ich odpowiednią wytrzymałość z uwagi na wysoką agresywność wód dołowych - wyniki badań wód dołowych do wglądu. Odprowadzenie całej ilości ciepła skraplania odbywać się będzie poprzez niefiltrowaną wodę dołową. Zabudowane wymienniki będą wyposażone w zawory odcinające umożliwiające ich odstawienie na czas czyszczenia. Wymienniki muszą posiadać konstrukcję umożliwiającą demontaż i czyszczenie mechaniczne każdej płyty.

1.5. Wykonanie fundamentów i zabudowę wymienników ciepła w komorze agregatów chłodniczych z wszelką niezbędną armaturą i rurociągami. (czy ten objęty zarzutem?)

1.6. Dostawę i zabudowę w komorze agregatów chłodniczych, agregatów pompowych obiegu wody chłodzącej skraplacze w układzie jedna pompa pracująca - jedna rezerwowa, z wszelką niezbędną armaturą i rurociągami.

1.7. Dostawę i zabudowę w komorze agregatów chłodniczych układu demineralizacji i wody wraz ze zbiornikiem dla układu chłodzącego skraplacze z wszelką niezbędną armaturą i rurociągami. 1.8. Dostawę i zabudowę w komorze agregatów chłodniczych na rurociągu powrotnym wody lodowej stacji filtrów automatycznych ze wstecznym przepłukiwaniem, wraz ze zbiornikiem.

Natomiast w zakresie etapu II budowy przewidziano między innymi:

2. Zakres prac II Etapu budowy

2.1. Dostawę kompletnych dwóch agregatów chłodniczych wody lodowej o łącznej mocy min. 2MW z wszelką niezbędną armaturą i rurociągami. Wykonawca dostarczy pompy i urządzenia klimatyczne napędzane silnikami elektrycznymi na napięcie 6kV lub 1kV, a silniki pozostałych urządzeń (tj. pompy, kryzy-zawory dławiące, napędy zasuw, inne pozostałe) na napięcie 0,5kV lub 1 kV. Urządzenia powinny cechować się wskaźnikiem ERR co najmniej wynoszącym 4,0 - zgodnie z oświadczeniem producenta. Zabudowane agregaty muszą być tego samego typu.

2.2. Wykonanie fundamentów i zabudowa agregatów chłodniczych w chodniku wentylacyjnym dla komory pomp (komora agregatów chłodniczych), z wszelką niezbędną armaturą i rurociągami.

2.3. Dostawę kompletnego wymiennika ciepła w ilości 1 sztuki o mocy min. 3 MW z wszelką niezbędną armaturą i rurociągami. Wymienniki ciepła powinny być wykonane z materiałów o odporności chemicznej i mechanicznej zapewniających ich odpowiednią wytrzymałość z uwagi na wysoką agresywność wód dołowych - wyniki badań wód dołowych do wglądu. Odprowadzenie całej ilości ciepła skraplania odbywać się będzie poprzez niefiltrowaną wodę dołową. Zabudowane wymienniki będą wyposażone w zawory odcinające umożliwiające ich odstawienie na czas czyszczenia. Wymienniki muszą posiadać konstrukcję umożliwiającą demontaż i czyszczenie mechaniczne każdej płyty.

2.4. Dostawa materiałów i wykonanie fundamentów oraz zabudowa wymiennika ciepła w komorze agregatów chłodniczych z wszelką niezbędną armaturą i rurociągami,

2.5. Rozbudowa (przystosowanie) stacji filtrów automatycznych ze wstecznym przepłukiwaniem, wraz ze zbiornikiem wody ściekowej i odprowadzeniem jej do chodników wodnych wraz z dostawą wszelkiej niezbędnej armatury i rurociągów,

2.6. Rozbudowa (przystosowanie) układu demineralizacji wody wraz ze zbiornikiem dla układu chłodzącego skraplacze z wszelką niezbędną armaturą i rurociągami,

2.7. Rozbudowa (przystosowanie) obiegu wody lodowej wraz z dostawą wszelkiej niezbędnej armatury i rurociągów wraz z urządzeniem dozującym środek zmiękczający wodę lodową,

- 2.8. Rozbudowa (przystosowanie) obiegu wody chłodzącej skraplacze wraz z dostawą wszelkiej niezbędnej armaturą i rurociągów, wraz z dostawą materiałów,
- 2.9. Rozbudowa (przystosowanie) instalacji agregatów pompowych dostarczających wodę ze studni przewalowej do chłodzenia wymienników ciepła, wraz z dostawą materiałów.
2. 10. Wykonanie instalacji zasilającej i włączenie maszyn i urządzeń wchodzących wraz z dostawą materiałów w skład II etapu budowy do zabudowanej w ramach I etapu rozdzielnicy 6kV.
- 2.11. Wykonawca w zależności od przyjętego rozwiązania dostarczy niezbędne materiały i osprzęt do wykonania instalacji elektrycznych i komunikacyjnych o następujących charakterystyce.
- 2.11. 1. Wszystkie kable i przewody zastosowane w instalacjach elektroenergetycznych powinny posiadać ekran indywidualny żył roboczych.
- 2.11.2. Stacje transformatorowe zasilające wszystkie zastosowane urządzenia klimatyczne, pompy, armaturę (jeżeli będą konieczne dla przyjętego rozwiązania) będą na napięciu 6/1kV lub/i 6/0,5kV, wszystkie o tych samych mocach, typach i parametrach zwarciovych. Ilość stacji powinna być tak dobrana by w przypadku wyłączenia jednej.

W myśl pkt 7 a) załącznika nr 1 do oferty należało załączyć opis proponowanego rozwiązania układu klimatyzacji grupowej obejmującej dwa etapy budowy.

Z kolei w swej ofercie złożonej w toku postępowania (k. 290-393 załączonych akt odwoławczych w czerwonym segregatorze)) wskazał [REDAKTOR] na dwa etapy budowy odnoszone również do zakładanej mocy instalacji w I i II etapie ze wskazaniem że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania SIWZ, zaś w opisie proponowanego rozwiązania klimatyzacji wskazał, że budowę klimatyzacji zakłada się w dwóch etapach:

Etap I (możliwość zasilania chodnic w pokładzie 405/L):

- zabudowa 3 agregatów chłodniczych [REDAKTOR] o mocy $1 \times 2 \text{ MW} + 2 \times 1 \text{ MW} = 4,0 \text{ MW}$.
- zabudowa kompletnych wymienników ciepła $2 \times \text{min } 3 \text{ MW}$ wraz z niezbędną armaturą i rurociągami (3 sztuka wymiennika dostarczona a zabudowana w II Etapie)
- zasilanie 10 chodnic zabudowanych w wyrobiskach w pokł. 405/L o mocy 300 kW każda, oraz 6 chłodniczek Ścianowych o mocy min 35 kW każda,
- zasilanie partii L w pokładzie 405 realizowane będzie poprzez rurociągi zabudowane w otworze wielkośrednicowym stanowiącym Chodnik wentylacyjny dla komory pomp poz. 1030 z przekopem wentylacyjnym do partii K.
- ciepło skraplania będzie odprowadzane do wody dołowej pompowanej w sposób ciągły na powierzchnię przez wymienniki ciepła wody dołowej
- szczegółowy zakres dostaw i prac do wykonania zgodny z SIWZ zamawiającego zawarto w Tablicy Nr 1

Etap II (możliwość dodatkowego zasilania chłodnic powietrza w pokładzie 410):

- zabudowa dwóch agregatów chłodniczych [REDAKTOR] o łącznej mocy min 2,0 MW (po rozbudowie układ klimatyzacji grupowej będzie posiadał moc chłodniczą $1 \times 2 \text{ MW} + 4 \times 1 \text{ MW} = 6,0 \text{ MW}$).
- zasilanie chłodnic zabudowanych W wyrobiskach pokł. 405/L poprzez rurociągi zabudowane w otworze wielkośrednicowym łączącym chodnik wentylacyjny dla komory pomp poz. 1030 z przekopem wentylacyjnym do partii K.
- zasilanie chłodnic zabudowanych wyrobiskach w pokł. 410 poprzez rurociągi zabudowane w otworze wielkośrednicowym łączącym chodnik wentylacyjny dla komory pomp poz. 1030 z przekopem wentylacyjnym do pokł. 402
- ciepło skraplania z dobudowanych agregatów będzie odprowadzane do wody dołowej pompowanej w sposób ciągły na powierzchnię przez wymienniki ciepła wody dołowej,

- zabudowa kompletnych wymienników ciepła 2 x min 3 MW wraz z niezbędną armaturą i rurociągami;
- zasilanie 6 chodnic powietrza o mocy 300 kW każda oraz 6 chłodniczek ścianowych o mocy min 35 kW każda,
- szczegółowy zakres dostaw i prac do wykonania zgodny z SIWZ zamawiającego Zawarto w Tablicy Nr 2

Wskazał też ten oferent w swej ofercie, iż powietrze dopływające do przodków ścianowych oraz chodnikowych schładzane będzie przy pomocy wodnych chłodnic powietrza pracujących w instalacji klimatyzacji wyrobisk górniczych. Ogólna zasada pracy układu chłodniczego polega na kierowaniu wody lodowej ochładzanej w parownikach agregatów chłodniczych za pomocą rurociągów preizolowanych do wodnych chłodnic powietrza. Po odbiorze ciepła w chłodnicach powietrza woda powraca nieizolowanymi rurociągami do agregatów chłodniczych, gdzie zostaje ponownie ochłodzona. Obieg ten w dalszej części opracowania będzie nazwany obiegiem wody lodowej.

Na rysunku 1 przedstawiono schemat ideowy zabudowy urządzeń chłodniczych na stanowisku agregatów chłodniczych. Zielonym tłem zaznaczono urządzenia, które zostaną dobudowane w etapie II.

Agregaty chłodnicze będą zlokalizowane na stanowisku agregatów chłodniczych na poziomie 1030m w chodniku wentylacyjnym dla komory pomp. Pierwszy etap związany z zabudową dwóch agregatów o łącznej mocy chłodniczej 4,0 MW.

Ciepło skrapiania z agregatów chłodniczych oddawane będzie do wody dołowej pompowanej w sposób ciągły na powierzchnię przez wymienniki ciepła wody dołowej. W etapie I należy odprowadzić ciepło skrapiania w ilości 5,2 MW. Po rozbudowaniu układu w etapie II strumień ciepła skrapiania wzrośnie do 7,8 MW. W związku z tym w etapie zostanie zabudowany wymienniki o mocy 1 szt x 3,0 MW = 3,0 MW plus w I Etapie 2 x 3 MW = 6 MW

Ciepło skrapiania z zabudowanych agregatów będzie odbierane przez wodę dołową za pośrednictwem trzech wymienników ciepła zlokalizowanych na poziomie 1030 w Chodniku wentylacyjnym dla komory pomp Woda z systemu odwadniania jest w sposób ciągły pompowana na powierzchnię.

Cały układ chłodzenia będzie się składać z trzech obiegów: obiegu parownika, skrapiacz i czynnika chłodniczego.

W obiegu parownika woda lodowa będzie przepływać pomiędzy agregatami chłodniczymi (4MW w etapie I oraz 2 MW etapie II) a chłodnicami powietrza w rejonach robót górniczych. Podczas przepływu woda ta będzie się ogrzewać i osiągnie około 6°C w rejonach eksploatacyjnych (na zasilaniu chłodnic). Nieizolowanym rurociągiem woda o temperaturze nie wyższej niż 18°C powracać będzie z rejonu eksploatacji do parowników agregatów chłodniczych. Na drodze od chłodnic powietrza do agregatów temperatura wody może wzrastać. W celu zapewnienia odbioru ciepła w chłodnicy na poziomie 300 kW do chłodnicy powietrza doprowadzona będzie wodę lodowa w ilości 21,5 m³/h. W momencie uruchomienia instalacji klimatyzacji zasilane będą tylko chłodnice zabudowane w partii L w pokł. 405/L.

Wymienniki ciepła wody dołowej zlokalizowane będą w sąsiedztwie agregatów w chodniku wentylacyjnym dla komory pomp. W dołowych wymiennikach ciepła będzie odbierane 5200 kW ciepła skrapiania w etapie I oraz docelowo 7800 kW w etapie II. W etapie I strumień objętościowy wody w obiegu skraplaczy powinien wynosić 346 m³/h. Po rozbudowie układu klimatyzacji do 6,0 MW w etapie II powinien zostać zwiększony do 519 m³/h Z uwagi na to iż projektuje się zabudowę łącznie 3 wymienników ciepła wody

dołowej, na jeden wymiennik kierowane będzie 173 m³/h wody. Ciepło oddawane będzie do wody dołowej powodując wzrost jej temperatury od 25°C do 40,0°C.

Schemat ideowy rozwiązania układu klimatyzacji przedstawiono na rysunku 2. Na rysunku naniesiono urządzenia zabudowane na stanowisku agregatów chłodniczych, zestawy pompowe, układy filtrów siatkowych i filtrów wysokoskutecznych, oraz armaturę konieczną do zabudowania.

Na załączonych do opisu schemacie poglądowym ujawniono trzy wymienniki ciepła, przy czym jak wynikało z wyjaśnień udzielonych przez [REDAKTOWANO] czwarty wymiennik ciepła miał pełnić funkcję rezerwową.

Dodać też należy, że w projekcie koncepcyjnym budowy klimatyzacji (aktualizacji), na który wskazano w SIWZ (który to projekt znajduje się na k. 757-881 akt odwoławczych znajdujących się w czerwonym segregatorze) podano dla pokładu 405/L a następnie 410/K odpowiednio moce układu klimatyzacji - 4MW i 2MW, przy projektowanej docelowo zabudowie 4 wymienników ciepła (k. 785-785v, k. 820 -821), z których jeden miał stanowić „rezerwę” zarówno w pierwszym etapie, jak i drugim. Wskazano też w tym projekcie, że w I etapie ciepło będzie odprowadzane do dwóch wymienników ciepła w I etapie, a trzeci zabudowany wymiennik będzie stanowił rezerwę – np. w przypadku zaistnienia konieczności czyszczenia wymienników, a po rozbudowie klimatyzacji w II etapie przewiduje się zabudowę czwartego wymiennika ciepła wody dołowej, do którego będzie kierowane ciepło z jednego z dobudowanych agregatów chłodniczych (zabudowany wymiennik będzie stanowił rezerwę – np. w przypadku zaistnienia konieczności czyszczenia wymienników). Wskazać też należy, że schemat ideowy załączony do oferty [REDAKTOWANO] złożonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia jest praktycznie tożsamy ze schematem ideowym rozwiązania układu klimatyzacji zawartym w projekcie koncepcyjnym (k. 786).

W przedstawionych okolicznościach obiektywna wykładnia oświadczenia woli [REDAKTOWANO] zawartego w ofercie powinna, w ocenie Sądu Okręgowego, prowadzić do przyjęcia, iż oferent ten zaproponował w swej ofercie 4 wymienniki ciepła, zaś jego oferta gwarantowała zapewnienie mocy określonej dla I, a następnie II etapu, jak i dopuszczalna była propozycja jednego wymiennika ciepła, jako rezerwowego, przy czym w systemie realizacji przedmiotowego zamówienia nie powinno budzić istotnych wątpliwości, że w zależności od dokonanych obliczeń, przeliczeń funkcja wymiennika ciepła określanego, jako rezerwowego może się zmienić na etapie projektowania.

Dodać też należy, że wyjaśnienia [REDAKTOWANO] złożone zamawiającemu, jakkolwiek w trakcie postępowania odwoławczego, a zawarte w piśmie z dnia 28 grudnia 2018 r. co do oferowania w ofercie 4 wymienników ciepła w dwóch etapach, rozumienie oferty przez zamawiającego w tożsamy sposób (które to czynności nie miały charakteru zakazanych negocjacji dotyczących treści oferty, rozumianych jako ustalanie właściwości oferowanego świadczenia w sposób oderwany od zobowiązania wykonawcy wyrażonego w pisemnej ofercie, czy też zmiany treści oferty), ocena, jakkolwiek prywatna, proponowanego rozwiązania w zakresie oferowania mocy chłodniczej w I i II etapie oraz ilości wymienników ciepła wskazana przez prof. dr hab. inż. [REDAKTOWANO] potwierdzają przedstawioną wykładnię oświadczenia woli [REDAKTOWANO] zawartego w ofercie co do oferowania 4 wymienników ciepła przy zagwarantowanej mocy układu dla I i II etapu realizacji.

Podnieść należy również, że zasadniczym celem spornego postępowania o udzielenie zamówienia publiczne było doprowadzenie do zawarcia umowy mającej zagwarantować zamawiającemu wykonanie przedmiotu umowy w określonym miejscu, o określonych parametrach, z których najistotniejszym była odpowiednia moc układu klimatyzacji osiągnięta w dwóch etapach, który to parametr wskazywany jest jako zasadniczy w SIWZ i jego załączniku nr 1, przy zapewnieniu pozostałych parametrów wskazanych przez zamawiającego

i ten cel został zagwarantowany w ofercie [REDAKTOR] jak i oferował ten podmiot 4 wymienniki ciepła.

Marginalnie można wskazać, że sam skarżący, na etapie postępowania odwoławczego przed KIO (w piśmie z dnia 4 stycznia 2018 r.) wskazywał na charakter jednego z wymienników ciepła, jako rezerwowego z odwołaniem się do projektu koncepcyjnego, stanowiącego element dokumentacji przetargowej i swego doświadczenia, wobec czego kwestionowanie tej okoliczności w skardze jest niezasadne, zwłaszcza mając na uwadze przyjęcie, iż dopuszczalna była oferta z propozycją jednego wymiennika ciepła, jako rezerwowego.

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy przyjął, że KIO wydając zaskarżony wyrok nie naruszyła reguł wykładni oświadczeń woli określonych art. 65 k.c.

Dodać można, że jakkolwiek zamawiający wskazał na realizację przedmiotu zamówienia w dwóch etapach, to nie określił rozmiarów czasowych poszczególnych etapów, wyznaczając jedynie okres końcowy realizacji całości przedmiotu zamówienia - 24 miesiące od dnia podpisania umowy.

Podnoszona zaś przez skarżącego wątpliwość co do zabudowania oferowanych wymienników ciepła w poszczególnych etapach, nie miała w ocenie Sądu Okręgowego znaczenia dla rozstrzygnięcia o prawidłowości złożonej oferty, gdyż nawet gdyby uznać, że w pierwszym etapie [REDAKTOR] zobowiązał się do zabudowania dwóch wymienników i dostawy jednego wymiennika, zaś w drugim do zabudowanie jednego wymiennika ciepła i dostarczenie czwartego wymiennika ciepła do zabudowy i jego zabudowania, to okoliczność ta przy gwarantowanej mocy układu klimatyzacji w I, a następnie II etapie nie powodowała jednak niezgodności złożonej oferty z SIWZ, zwłaszcza mając na względzie sposób realizacji zamówienia w systemie „projektuj i zbuduj”, jak i z uwagi na brak ram czasowych dla I i II etapu, przy założonej wstępnej propozycji, koncepcji jednego wymiennika ciepła jako rezerwowego; przedstawiona okoliczność, zdaniem Sądu Okręgowego, nie miała i nie mogła mieć istotnego wpływu na przebieg postępowania o udzielenie spornego zamówienia.

Ostatecznie należało przyjąć, w ocenie Sądu rozpoznającego skargę, że skoro oferta [REDAKTOR] wyłożona w spornym zakresie w zgodzie z regułami wykładni oświadczeń woli przedstawionymi wyżej, odpowiadała specyfikacji zamówienia, co trafnie przyjęła Izba, to brak było przesłanek do odrzucenia oferty tego podmiotu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, a w konsekwencji brak było podstaw do nieuwzględnienia tej oferty w przeprowadzonej aukcji elektronicznej, w związku z czym brak było podstaw do zastosowania art. 192 ust. 2 pzp, w myśl którego Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, których to przepisów Izba nie naruszyła, a dalej, mając na uwadze zawarcie umowy w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, brak było podstaw do stwierdzenia zarzucanych przez skarżącego w skardze naruszeń prawa przez zamawiającego w trybie art. 192 ust. 3 pkt 3 p.z.p., których zamawiający się nie dopuścił, o czym ostatecznie trafnie orzekła Izba.

Li tylko marginalnie Sąd Okręgowy zauważa, w związku z odwołaniem się przez skarżącego na rozprawie w dniu 26 marca 2019 r. do poglądów KIO wyrażonych w wyrokach: z dnia 14 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 146/18, z dnia 20 marca 2018r., sygn. akt KIO 423/18, z dnia 29 września 2015 r., sygn. akt KIO 2013/15, że nie kwestionując poglądów Izby dotyczących zastosowanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczenia te zapadły na kanwie konkretnych okoliczności faktycznych dotyczących przedmiotu zamówienia, warunków SIWZ, ofert i ich treści oraz decyzji zamawiającego w toku konkretnego postępowania, w związku z czym nie stanowiły właściwego punktu odniesienia w niniejszej sprawie, przy czym zaznaczyć można, że dwa z pierwszych wyroków dotyczyły

przedmiotu zamówienia o ściśle określonych parametrach – dostawy urządzeń i materiałów (dostawy odczynników do badań diagnostycznych wraz z dzierżawą analizatorów, zakupu stacji satelitarnej DSNG) zaś trzeci z wyroków dotyczył przedmiotu zamówienia w postaci budowy instalacji odsiarczania spalin dla kotłów, zaś w niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia było zaprojektowanie i wykonanie układu klimatyzacji w chodnikach podziemnych kopalni, a zatem przedmiotu o zdecydowanie większym, jak można przyjąć, stopniu skomplikowania, co w oczywisty sposób ma wpływ na treść SIWZ, która z natury rzeczy ma charakter ogólniejszy, zwłaszcza z uwagi na postawiony wymóg projektowania samego układu, w toku którego rozwiązania techniczne określone ogólnie w SIWZ podlegają uszczegółowieniu i to, jak w niniejszej sprawie, z udziałem zamawiającego.

Reasumując, uznał Sąd Okręgowy, że zaskarżony wyrok Izby odpowiadał prawu, a zatem brak było podstaw do uwzględnienia skargi w zakresie zmodyfikowanym na rozprawie w dniu 26 marca 2019 r., co mając na uwadze - na podstawie art. 198f ust. 2 zdanie 1 pzp - oddalił skargę, jako bezzasadną.

O kosztach postępowania skargowego należnych przeciwnikowi skargi, który wygrał to postępowanie orzeczono stosownie do wyniku sporu po myśli 98 § 3 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 5 pzp, na które złożyły się koszty zastępstwa procesowego pełnomocnika przeciwnika skargi – 12.500 zł liczone od wartości przedmiotu sprawy przed Sądem Okręgowym wyznaczonego wartością zamówienia podaną przez zamawiającego w toku postępowania odwoławczego przed KIO (pismo zamawiającego z dnia 14 grudnia 2018 r. w pomarańczowej teczce), a przekraczającą zdecydowanie kwotę 5.000.0000 zł i opłata skarbową od udzielonego w toku postępowania skargowego pełnomocnictwa przez przeciwnika skargi – 17 zł. Wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika przeciwnika skargi będącego radcą prawnym przyznano na podstawie § 2 pkt 9) w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (j.t.: Dz. U. z 2018 r., poz. 265).

SSO Piotr Semper

SSO Arkadiusz Przybyło

SSR del. Monika Krysiwicz-Migoń



Na oryginalne właściwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM
stwierdzam
SEKRETARZ

S.S. *[Signature]*
Lewa Górzyczka