

Sygn. akt: KIO 275/12

WYROK

z dnia 21 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm: „MAS” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Żeliwna 38 i „PCC PRODEX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Artemidy 24** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Jastrzębską Spółkę Węglową Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, ul. Towarowa 1**

przy udziale wykonawcy **Minova Ekochem Spółka Akcyjna z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Budowlana 10** zgłaszającego przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 275/12 po stronie zamawiającego

orzeka :

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany ogłoszenia o zamówieniu w sekcji VI.3) ogłoszenia - Informacje dodatkowe, w wykazie dokumentów wymaganych przy złożeniu oferty w pkt 2.1.3 i nakazuje dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale 8 siwz Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań zamawiającego w pkt 8.1.3 poprzez zastąpienie dotychczasowego brzmienia tych postanowień brzmieniem :**

„wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw środków chemicznych bezpośrednio lub pośrednio do podziemnych zakładów górniczych o łącznej wartości co najmniej:

Dla zadania 1: 3 200 000,00 PLN netto

Dla zadania 2: 230 000,00 PLN netto

Dla zadania 3: 1 700 000,00 PLN netto

Dla zadania 4: 170 000,00 PLN netto

wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (załącznik nr 4 do SIWZ (...))”,

2. kosztami postępowania obciąża **Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, ul. Towarowa 1 i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum firm: „MAS” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Żeliwna 38 i „PCC PRODEX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Artemidy 24** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Jastrzębską Spółkę Węglową Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, ul. Towarowa 1** na rzecz **Konsorcjum firm: „MAS” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Żeliwna 38 i „PCC PRODEX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Artemidy 24** kwotę **18 791 zł 40 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt jeden złotych czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, zastępstwa prawnego i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy dla kopalń JSW S.A. dwuskładnikowych klejów poliuretanowych, organiczno-mineralnych i mocznikowo-formaldehydowych w łącznej ilości 1 301 665 kg z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy zostało wszczęte przez zamawiającego – Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, ul. Towarowa 1 zostało wszczęte ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej, opublikowanym także w Dzienniku Urzędowy Unii Europejskiej w dniu 31 stycznia 2012r. za numerem 2012/S 20-032724.

Odwołanie na treść ogłoszenia i siwz wnieśli w dniu 9 lutego 2012r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm: „MAS” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Żeliwna 38 i „PCC PRODEX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Artemidy 24 – zwani dalej odwołującym.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) tj. naruszenie zasad: równości udziału w postępowaniu i zachowania przez zamawiającego uczciwej konkurencji poprzez:

- ustalenie dla uczestników postępowania niejasnego i sprzecznego z prawem i celem postępowania, kryterium podmiotowego: dostaw „wyrobów chemicznych stosowanych w podziemnych wyrobiskach górniczych” , wskazanego w Ogłoszeniu i Pkt. VI 2.1.3 i SIWZ pkt.8.1.3, niejasnego i nie odnoszącego się do przedmiotu postępowania : dwuskładnikowych klejów poliuretanowych, organiczno-mineralnych i mocznikowo-formaldehydowych o cechach i funkcjonalności wymaganych w ppkt.3 Załącznika nr 1 do SIWZ oraz w ppkt. VI.3 Ogłoszenia o zamówieniu ,

Oraz art.25 ust. 1 zd. pierwsze ustawy przez żądanie dokumentów, które nie mogą służyć celom prowadzonego postępowania (wybraniu najkorzystniejszej oferty w przedmiocie objętym postępowaniem) na skutek zamieszczenia warunku przedłożenia przez wykonawców dokumentów poświadczających fakt i wartości dostaw „wyrobów chemicznych stosowanych w podziemnych wyrobiskach górniczych” a więc poświadczających tylko znane zamawiającemu dostawy do górnictwa (ppkt. 8.1.3.SIWZ i pkt.VI2.1.3 Ogłoszenia), a nie poświadczających wykonanie dostaw mających za przedmiot dwuskładnikowe kleje poliuretanowe, organiczno-mineralne i mocznikowo-formaldehydowych o cechach określonych specyfikacją zamawiającego .

Wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie ogłoszenia i SIWZ w zaskarżonej częściach względnie nakazanie ich zmiany przez zastąpienie po słowach „dostaw środków chemicznych” słów :”stosowanych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych” słowami: „objętych przedmiotem niniejszego postępowania”, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności ogłoszenia o przetargu z uwzględnieniem zmiany, zasądzenie na rzecz odwołującego się kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego w sprawie i opłaty od pełnomocnictwa, a nadto o zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia dokumentacji sprawy 61 /P/DZZ/12.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w ogłoszeniu i siwz zamawiający wymaga, by wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia spełniali m.in. warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, określony jako: „wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw środków chemicznych stosowanych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych o łącznej wartości co najmniej:...”, Zawarty w ogłoszeniu układ słów tworzących warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, zdaniem odwołującego, stwarza nadto (w odróżnieniu od SIWZ) wrażenie, że zamawiający oczekuje aby środki chemiczne były stosowane w podziemnych wyrobiskach górniczych przez trzy lata. Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest wykonawcą oferującym, objęte przedmiotem zamówienia, wyroby chemiczne o parametrach określonych specyfikacją techniczną zamówienia i spełnia warunki obiektywnie możliwe do wykazania, ale ze względu na wskazany warunek zarówno on jak i inni wykonawcy nie może złożyć oferty gdyż nie może obiektywnie wykazać dokumentami żądanymi przez zamawiającego. Podkreślił, że wykonawca może być wykluczony z udziału w postępowaniu pomimo, iż przepisy prawa wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ jak i inne przepisy prawa odnoszące się do przedmiotu zamówienia nie uzależniają możliwości wykorzystania wyrobów objętych zamówieniem w wyrobiskach górniczych, a więc od tego czy były one już wcześniej oferowane i wykorzystywane w wyrobiskach górniczych. Warunek postawiony uczestnikom: legitymowania się dowodami dostaw „środka chemicznego stosowanego w wyrobiskach górniczych” nie jest uzasadniony również interesem zamawiającego. Warunek ten jest niejasny także z tego względu, że jego spełnienie nie może być obiektywnie zweryfikowane przed przystąpieniem do udziału jak i później. Przedmiot zamówienia może mieć zastosowanie w różnych dziedzinach aktywności gospodarczej. Nie tylko w działalności zamawiającego. Zatem z okoliczności, kto jest nabywcą produktu nie wynika jeszcze, gdzie produkt będzie zastosowany. Zamawiający, zdaniem odwołującego, nie wskazał obiektywnego kryterium oceny pojęcia " stosowany w wyrobisku górniczym" ani źródła danych, z którego wykonawcy mogliby, przed złożeniem oferty ani później, czerpać wiedzę czy ich produkt, obiektywnie nadający się do zastosowania w wyrobiskach górnych (spełniający warunki opisane w Załączniku nr 1 do

SIWZ) był stosowany w takich wyrobiskach. W tym stanie rzeczy wskazany zapis ogłoszenia i SIWZ powoduje, iż odwołujący nie może przygotować oferty, która wg jego najlepszej wiedzy mogłaby umożliwić mu udział w postępowaniu, ani nie będzie mógł tego wykazać takimi dokumentami, które obiektywnie fakt stosowania by potwierdzały, pomimo tego, że oferowane przez odwołującego wyroby spełniają wszystkie warunki techniczne określone przez zamawiającego a on spełnia warunek zdolności do wykonania zamówienia. Odwołujący nie będzie mógł także zweryfikować spełnienia warunku udziału innych uczestników postępowania. Zatem faktycznie od zamawiającego będzie zależało czy uzna ,iż dany Wykonawca spełnia warunek udziału czy nie, gdyż tylko on może wiedzieć czy są te wyroby stosowane w wyrobisku górniczym. Taka sytuacja może prowadzić do preferowania przez zamawiającego dotychczasowych dostawców. Odwołujący w dniu 1 lutego 2012r. wystąpił do zamawiającego z pytaniem i wnioskiem o zmianę SIWZ .Nie uzyskał odpowiedzi ani też nie zostały dokonane zmiany w ogłoszeniu i SIWZ . Wątpliwości podobnej natury powziął odwołujący w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym uczestniczył. Ówczesny zamawiający podzielał wątpliwości odwołującego dokonał zmiany postanowień SIWZ. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania oraz o dopuszczenie dowodu z umowy konsorcjum, którą złoży na rozprawie, a także przesłuchania stron. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia udzielonego przez lidera konsorcjum i podpisanego, przez członka zarządu i prokurenta upoważnionych do łącznej reprezentacji lidera, zgodnie z odpisem KRS załączonym do odwołania, oraz na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego udzielonego liderowi przez partnera konsorcjum z dnia upoważniającego także do udzielania dalszych pełnomocnictw i podpisanego przez dwóch członków zarządu partnera, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS partnera, z którego odpis załączono do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana drogą elektroniczną w dniu 9 lutego 2012r.

W dniu 10 lutego 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jej kopię i zamieszczając zawiadomienie i kopię na swojej stronie internetowej oraz wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13 lutego 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiła swoje przystąpienie Minova Ekochem Spółka Akcyjna z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Budowlana 10 wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polegający na zapobieżeniu unieważnieniu postępowania lub jego znacznemu wydłużeniu oraz wnosząc o oddalenie odwołania, przystępujący wskazał także,

iż na rynku istnieje wielu wykonawców legitymujących się wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do realizacji zamówienia. W uzasadnieniu zgłaszający przystąpienie wskazał, że nie dostrzega sprzeczności pomiędzy powołanymi przez odwołującego postanowieniami ogłoszenia i siwz. Podniósł, że zgodnie z art. 138 c ustawy zamawiający sektorowy ma prawo żądać dokumentów innych ponad katalog dokumentów określonych w rozporządzeniu z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Jednak podkreślił, że zamawiający z tego uprawnienia nie skorzystał, a żądany przez niego dokument mieści się w §1 ust. 3 rozporządzenia. Wskazał, że w jego ocenie za spełnienie warunku będzie uznane wykazanie się w załączniku nr 4 do siwz wykonaniem dostaw produktów chemicznych dla podmiotów prowadzących działalność w podziemnych wyrobiskach górniczych. Potwierdzeniem dostawy będą wówczas referencje wystawione przez odbiorcę, co uczyni, według przystępującego, zadość wymogom postawionym w kwestionowanych przez odwołującego postanowieniach ogłoszenia i siwz. Podniósł, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż nie istnieje możliwość wytyczenia sztywnych rozgraniczeń, z góry przesadzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji. W tym zakresie należy każdorazowo badać stan sprawy, a dopuszczalne jest ograniczenie konkurencji usprawiedliwione obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Podał, że górnictwo jest branżą, w której dochodzi do licznych wypadków powodujących ciężkie obrażenia lub śmierć, stad konieczne jest zapewnienie bezpieczeństwa produktów wykorzystywanych w warunkach dołowych. Nadto warunek postawionych przez zamawiającego, ma wedle przystępującego, zapobiegać nieprawidłowym sytuacją wewnątrznych dostaw w ramach grupy kapitałowej, gdzie wystawiane są referencje, a towar wraca do dostawcy. Dodatkowo na rynku funkcjonuje wielu dostawców, którzy są zdolni spełnić postawiony przez zamawiającego warunek. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 lutego 2012r. udzielonego przez prezesa zarządu zgłaszającego przystąpienie upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 13 lutego 2012r., na dowód czego załączono wydruki transmisji faksowej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, pytania odwołującego z dnia 1 lutego 2012r., wyjaśnienia treści siwz z dnia 28 listopada 2011r. udzielone przez

Katowicki Holding Węglowy S.A. i wyjaśnienia treści siwz z dnia 13 października 2011r. udzielone przez Kompanię Węglową SA.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że :

W sekcji VI.3) ogłoszenia - Informacje dodatkowe, zamawiający zawarł wykaz dokumentów wymaganych przy złożeniu oferty w tym w pkt 2.1.3. wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw środków chemicznych stosowanych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych o łącznej wartości co najmniej:

Dla zadania 1: 3 200 000,00 PLN netto

Dla zadania 2: 230 000,00 PLN netto

Dla zadania 3: 1 700 000,00 PLN netto

Dla zadania 4: 170 000,00 PLN netto

wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (załącznik nr 4 do SIWZ),

W rozdziale 8 siwz Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań zamawiającego w pkt 8.1.3 do oferty należało dołączyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw środków chemicznych stosowanych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych o łącznej wartości co najmniej:

Dla zadania 1: 3 200 000,00 PLN netto

Dla zadania 2: 230 000,00 PLN netto

Dla zadania 3: 1 700 000,00 PLN netto

Dla zadania 4: 170 000,00 PLN netto

wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (załącznik nr 4 do SIWZ) oraz zgodnie z pkt 8.1.4. siwz dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W pytaniu z dnia 1 lutego 2012r. odwołujący zapytał, czy z postanowienia pkt. 8.1.3. siwz wynika, że dla spełnienia warunku posiadania doświadczenia dla zadania I (dwuskładnikowy klej poliuretanowy szybko reagujący do konsolidacji i wzmacniania spękanych i rozluźnianych suchych i wilgotnych skał oraz pokładów węgla) wystarczy wykazać dostawy systemów poliuretanowych (w tym klejów poliuretanowych) o identycznych właściwościach,

jak te stosowane w podziemnych wyrobiskach górniczych, lecz wykonane do podmiotów innych niż górnictwo.

Z wyjaśnień treści siwz dokonanych przez Kompanię Węglową SA z dnia 13 października 2011r. wynika, iż w odpowiedzi na pytanie nr 1 zamawiający zmodyfikował treść siwz określając, iż za zakres dostaw niezbędnych do wykazania spełniania warunku zamawiający uważa dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia tj. zarówno dostawy materiałów tożsamyh z przedmiotem przetargu jak również dostawy materiałów rodzajowo podobnych tj. dostawy :

- klejów poliuretanowych,
- pianek izolacyjnych fenolowych,
- pianek mocznikowych,
- ładunków klejowych,
- spoiw przeznaczonych do stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych,
- środków chemicznych do profilaktyki przeciwpożarowej i przeciwpyłowej przeznaczonych do stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych.

Z wyjaśnień treści siwz dokonanych przez Katowicki Holding Węglowy S.A. z dnia 21 listopada 2011r. z którego wynika, że zamawiający dokonał modyfikacji siwz poprzez dopuszczenie dostaw klejów do profilaktyki górniczej lub klejów podobnych do górnictwa lub do branż pozagórniczych.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się podstaw mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest dostawcą środków chemicznych będących przedmiotem zamówienia (okoliczność bezsporna) ma zamiar ubiegać się o przedmiotowe zamówienia, a może ponieść szkodę w postaci nie możliwości złożenia oferty najkorzystniejszej i uzyskania zysku, z uwagi na określony przez zamawiającego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania nie będzie w stanie wykazać, że oferowane przez niego środki chemiczne są stosowane w podziemnych wyrobiskach górniczych.

W ocenie Izby przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 i 4 poprzez niejasnego i sprzecznego z prawem i celem postępowania, kryterium podmiotowego: dostaw „wyrobów

chemicznych stosowanych w podziemnych wyrobiskach górniczych", wskazanego w Ogłoszeniu i Pkt. VI 2.1.3 i SIWZ pkt.8.1.3, niejasnego i nie odnoszącego się do przedmiotu postępowania: dwuskładnikowych klejów poliuretanowych, organiczno-mineralnych i mocznikowo-formaldehydowych o cechach i funkcjonalności wymaganych w ppkt.3 Załącznika nr 1 do SIWZ oraz w ppkt. VI.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 zd. pierwsze ustawy przez żądanie dokumentów, które nie mogą służyć celom prowadzonego postępowania (wybraniu najkorzystniejszej oferty w przedmiocie objętym postępowaniem) na skutek zamieszczenia warunku przedłożenia przez wykonawców dokumentów poświadczających fakt i wartości dostaw „wyrobów chemicznych stosowanych w podziemnych wyrobiskach górniczych" a więc poświadczających tylko znane zamawiającemu dostawy do górnictwa (ppkt. 8.1.3.SIWZ i pkt.VI2.1.3 Ogłoszenia), a nie poświadczających wykonanie dostaw mających za przedmiot dwuskładnikowe kleje poliuretanowe, organiczno-mineralne i mocznikowo-formaldehydowych o cechach określonych specyfikacją zamawiającego

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, (w tym warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wynikającego z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy) powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa dla kopalń JSW SA dwuskładnikowych klejów poliuretanowych, organiczno-mineralnych i mocznikowo-formaldehydowych w łącznej ilości 1 301 665 kg z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. W załączniku nr 1 do siwz zamawiający opisał warunki dostawy związane z wymaganymi parametrami technicznymi, sposobem opakowania, oznakowania oraz dostawą ewentualną agregatów do przeprowadzania iniekcji środkami klejącymi wykonawcy, określił obowiązek dostawy do magazynu zamawiającego, w załączniku nr 5 do siwz nie określił żadnych dodatkowych usług związanych z dostawą, w szczególności usług określonych w pkt 2.2. załącznika nr 6 do siwz (OWU). Z powyższego zatem wynika, że przedmiotem niniejszego zamówienia nie jest zastosowanie zamawianych przez zamawiającego środków chemicznych w podziemnych wyrobiskach górniczych. Zastosowanie środka chemicznego pozostawiono w gestii zamawiającego i ma ono być wykonywane przez pracowników zamawiającego. Tym samym w zakresie przedmiotu zamówienia nie mieści się stosowanie środków chemicznych w podziemnych wyrobiskach górniczych. Oznacza to, że wymóg określony w sekcji VI.3.2.1.3 ogłoszenia o zamówieniu, jak i w pkt 8.1.3. siwz wykazania się dostawami środków chemicznych stosowanych w podziemnych wyrobiskach górniczych nie pozostaje w związku z przedmiotem niniejszego zamówienia, a więc wykracza poza zakres dyspozycji art. 22 ust. 4 ustawy. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że z określonego przez

niego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób literalny wynika, iż wystarczające jest wykazanie się dostawami środków chemicznych do podziemnych zakładów górniczych lub dostawami środków chemicznych do innych odbiorców, którzy następnie dostarczają je do podziemnych zakładów górniczych. Rację należy przyznać odwołującemu, że użycie przez zamawiającego słowa „stosowanych” sugeruje rzeczywiste użycie w określonym miejscu środka chemicznego. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest obowiązkiem zamawiającego wynikającym tak z art. 22 ust. 1 i 4 ustawy, jak i art. 36 ust. 1 pkt. 5 i art. 41 pkt 7 ustawy. Dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w sposób niejasny, nieprecyzyjny pozwalający zarówno na przyjęcie, że zamawiający może uznać za spełniającą warunek taką dostawę, która dotyczyła środków chemicznych mających zastosowanie w podziemnych wyrobiskach górniczych albo że za taką dostawę można uznać dostawę środków chemicznych, które następnie zostały przez odbiorcę użyte (zastosowane) w podziemnym wyrobisku górniczym, powoduje, że wykonawcy pozostają w niepewności, co do tego czy mogą ubiegać się o przedmiotowe zamówienie publiczne. Fakt, iż zamawiający wyjaśnił, jak w jego ocenie należy rozumieć postawiony warunek w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, nie zmienia tego, że pozostawienie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w niezmienionym brzmieniu może rodzić analogiczne wątpliwości u innych wykonawców, którzy nie wzięli udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze stron czy uczestników postępowania. W konsekwencji brak jednoznaczności dokonanego przez zamawiającego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Izba uznała za uzasadnioną potrzebę zamawiającego współpracę z wykonawcami mającymi doświadczenie w realizacji dostaw w miejscu, czasie, ilości określonych przez zamawiającego i wynikających z okoliczności niezależnych od zamawiającego, jednakże nie stwierdziła, że ta uzasadniona potrzeba daje się w sposób racjonalny i logiczny powiązać z wymogiem wykazania się dostawami środków chemicznych stosowanych w podziemnych wyrobiskach górniczych. Taka potrzeba może być zaspokojona poprzez żądanie wykazania się dostawami na rzecz określonych podmiotów posiadających określone potrzeby, czy dostawami realizowanymi w określony sposób. W ocenie Izby jednak w żaden sposób nie da się przypisać doświadczeniu wykonawcy faktu czy odbiorca dostarczony towar zastosował czy też nie. Doświadczenie w dostawie nie obejmującej dodatkowo usług czy robót budowlanych polega przede wszystkim na doświadczeniu logistycznym organizacji określonych partii towaru w określonym czasie, ich transportu do miejsca przeznaczenia, oraz na zdolnościach finansowych i ekonomicznych wykonawcy mogącego bez uszczerbku dla funkcjonowania swojej firmy wyrazić zgodę na zmniejszenie przedmiotu dostawy do 50%.

Te okoliczności są zależne od wykonawcy i ze sposobu ich realizacji wynika ocena, czy wykonawca jest zdolny wykonać dane zamówienie czy też nie. Natomiast to co po dokonaniu dostawy odbiorca uczynił z towarem dostarczonym zgodnie z zamówieniem i nadającym się do umówionego użytku nie dotyczy już okoliczności składających się na doświadczenie dostawcy. Tym samym rację ma odwołujący, że zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 i 4 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez określenie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia. Jednocześnie Izba zmodyfikowała żądanie odwołującego, który oczekiwał zastąpienia słów „stosowanych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych” słowami „objętych przedmiotem niniejszego zamówienia” uznając, że określenie takie również prowadziłoby do braku precyzji dokonanego opisu, gdyż przedmiotem zamówienia są konkretne środki chemiczne, które mają nadawać się do użytku w podziemnych zakładach górniczych i spełniać określone parametry, zatem powstawałoby pytanie o stopień zgodności deklarowanego przez wykonawców w wykazie dostaw przedmiotu dostawy z przedmiotem niniejszego postępowania. Uwzględniając tę okoliczność Izba postanowiła nakazać zamawiającemu modyfikację siwz w sposób wskazujący na doświadczenie w realizacji dostaw podobnych do przedmiotowego zamówienia i zgodny z rozumieniem tego opisu przez zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie. Izba nie dopatrzyła się natomiast w działaniu zamawiającego naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy, gdyż żądanie wykazu dostaw i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie nie jest żądaniem dokumentu zbędnego w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy tj. nie służącego wykazaniu warunku udziału w postępowaniu. Sam odwołujący zauważył na rozprawie, że opis przedmiotu zamówienia odnosi się do dwóch elementów oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu tj. do wartości wykazywanej dostawy, jak i faktu stosowania środka chemicznego w określonym miejscu. Sam odwołujący przyznał także, że wykaz ten może służyć potwierdzeniu wartości wykazywanych dostaw, tym samym jest to dokument niezbędny dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie postawił natomiast zarzutu naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy tj. nie podniósł zaniechania przez zamawiającego żądania dokumentów, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, taki zarzut został podniesiony dopiero na rozprawie i nie może być przedmiotem rozpoznania przez Izbę na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie udzielenia wyjaśnień treści siwz

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała, że pismo z dnia 31 stycznia 2012r. jest zwróceniem się przez wykonawcę do zamawiającego o wyjaśnienie treści siwz. Przed

wszystkim Izba zauważyła, że z art. 38 ustawy nie sposób wywieść, że wykonawcy przysługuje prawo zwrócenia się o wyjaśnienia treści siwz jedynie w sytuacji, gdy treść tak jest niejasna, nieprecyzyjna. Przeciwnie art. 38 ust. 3 ustawy odnoszący się wprawdzie do zebrania wykonawców, ale służący temu samemu celowi, co art. 38 ust. 1 ustawy, a więc wyjaśnieniu treści siwz, stanowi o wyjaśnianiu przez zamawiającego wątpliwości dotyczących treści siwz. Oznacza to, że wykonawca może zwrócić się o takie wyjaśnienia nie tylko wtedy, gdy jakieś postanowienie siwz jest nieprecyzyjne, ale także w sytuacji, gdy wprowadzenie postanowienia budzi jego wątpliwości, co do zgodności z przepisami prawa, czy celowością wprowadzenia. Instytucja wyjaśnienia treści siwz powinna być bowiem interpretowana jako mechanizm służący tak zamawiającemu jak i wykonawcom w celu usunięcia punktów spornych jakie mogą się pojawić na tle wykładni siwz już na etapie po złożeniu ofert. Tym samym ustawodawca nie zdefiniował co może być przedmiotem wyjaśnień posługując się pojemnym pojęciem „wątpliwości”. W ocenie Izby takie właśnie wątpliwości zostały przez odwołującego zgłoszone, a fakt ich uzasadnienia i przedstawienia własnego poglądu na wykładnię postanowień siwz i potencjalnych konsekwencji związanych z odmienną interpretacją tych postanowień, nie zmienia w ocenie Izby oceny pisma z dnia 31 stycznia 2012r. jako pisma stanowiącego zgłoszenie wątpliwości do treści siwz. Uznając pismo z 31 stycznia 2012r. jako zapytanie odwołującego wobec treści siwz, Izba jednocześnie uznała, że zamawiający nie dopuścił się zaniechania udzielenia wyjaśnień na to zapytanie. Izba uznała, że aby stwierdzić zaniechanie zamawiającego, należy w pierwszej kolejności ustalić istnienie po stronie zamawiającego obowiązku określonego działania i ustalenie czy istnieje ustawowy termin na dokonanie danej czynności. Niewątpliwie art. 38 ust. 1 pkt 1 ustawy nakazuje zamawiającemu udzielenie wyjaśnień na zapytania wykonawców – świadczy o tym użycie zwrotu „zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień”. Z obowiązku tego zamawiający jest zwolniony jedynie wówczas, gdy wniosek został złożony później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. W dniu 31 stycznia 2012r. nie upłynęła jeszcze połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Z tego wynika, że zamawiający miał obowiązek udzielenia odpowiedzi na zapytanie. Izba stwierdziła również, że w art. 38 ust. 1 pkt 1 mowa jest o terminie udzielenia takich wyjaśnień i ustawodawca wskazał termin określając go jako „niezwłocznie nie później niż 6 dni przed upływem terminu składania ofert”. Oznacza to, że ostatnim dniem, w którym zamawiający będzie jeszcze w terminie na udzielenie wyjaśnień jest 6 dzień przed upływem terminu składania ofert. Dopiero po tym terminie można powiedzieć, że zamawiający uchybił swojemu ustawowemu obowiązkowi i zaniechał udzielenia wyjaśnień. W ocenie Izby powołanie się przez odwołującego, że zamawiający powinien był wcześniej udzielić wyjaśnień, bo ustawodawca posłużył się pojęciem „niezwłocznie” nie zostało przez odwołującego wykazane. Odwołujący poza przekonaniem,

że nie istniały przeszkody dla wcześniejszego udzielenia wyjaśnień nie przedstawia na tę okoliczność dowodów, Izba nie znalazła podstaw dla uznania, że zamawiający powinien był udzielić odpowiedzi na zapytanie przed dniem 14 lutego 2012r., a w szczególności przed dniem 10 lutego 2012r. Tym samym Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 38 ust.1 pkt 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) ograniczając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego do wysokości maksymalnej określonej w tym rozporządzeniu tj. 3 600zł. oraz uwzględniając koszty dojazdu zgodnie ze złożonymi rachunkami.