

WYROK

z dnia 28 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 października 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2011 r.

przez wykonawcę: **„PETEK I WSPÓLNICY, Adam Korbel” spółka jawna, 41-800 Zabrze, ul. Dąbrowskiego 2**

od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego: **Kompania Węglowa Spółka Akcyjna, 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez odstąpienie od żądania od wykonawców dokumentów wskazanych w pkt. 12) części „C” załącznika nr 1.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „PETEK I WSPÓLNICY, Adam Korbel” spółkę jawną z siedzibą w Zabrzu tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Kompanii Węglowej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Katowicach na rzecz „PETEK I WSPÓLNICY, Adam Korbel” spółki jawnej z siedzibą w**

Zabrzę kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawę pn. *Dostawa klejów poliuretanowych do stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych do oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2012 roku* (nr sprawy 331103449).

Ogłoszenie o zamówieniu (sektorowym) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2011/S_193-314886 z 7 października 2011 r., w tym dniu Zamawiający zamieścił także ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na stojaku przy wejściu do budynku Centrali KW S.A. Katowice oraz na swojej stronie internetowej – profilu nabywcy (<http://www.kwsa.pl/przetargi>), na której udostępnił również od 7 października 2011 r. specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 11.946.840,09 zł, co stanowi równowartość 3.111.966,68 euro.

17 sierpnia 2011 r. (pismem z tej daty) „PETEK I WSPÓLNICY, Adam Korbel” spółka jawna z siedzibą w Zabrze wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek odwołanie (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) wobec postanowień s.i.w.z. (a także od czynności udzielenia wyjaśnień treści s.i.w.z.):

1. Postanowienia zamieszczonego w części „C” pkt 12 litera a) załącznika nr 1 do s.i.w.z. – nakładającego na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązek przedłożenia wraz z ofertą *wyników badań w zakresie wydzielania się szkodliwych składników z klejów poliuretanowych podczas laboratoryjnych badań w warunkach podwyższonych temperatur (min.33°C) w wilgotności powyżej 90% – potwierdzające brak emisji szkodliwych składników z oferowanych klejów poliuretanowych.*
2. Postanowienia zamieszczonego w części „C” pkt 12 litera b) załącznika nr 1 do s.i.w.z, doprecyzowanego treścią wyjaśnień z 14 października 2011 r. – nakładającego na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązek przedłożenia wraz z ofertą *wyników badań w zakresie wydzielania się szkodliwych składników z próbki/ek klejów poliuretanowych pobranych z kopalń, z miejsc zastosowania klejów w minionych okresach (od kilku do kilkudziesięciu miesięcy) lub z próbek przechowywanych w*

minionych okresach w Jednostce Badawczej podczas badań laboratoryjnych w warunkach podwyższonych temperatur (min.33°C) i w wilgotności powyżej 90% – potwierdzające brak emisji szkodliwych składników z oferowanych klejów poliuretanowych.

- Podczas gdy nie istnieją regulacje prawne, z których wynikałby obowiązek przeprowadzania wskazanych badań przez jednostki akredytowane jako badania niezbędne do uzyskania certyfikatu, gdyż nie jest to badanie wymagane przy ubieganiu się o certyfikat uprawniający do stosowania kleju poliuretanowego w podziemnych zakładach górniczych. Wymóg postawiony przez Zamawiającego w s.i.w.z. ogranicza krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia.
 - Dodatkowo nałożony skutek doprecyzowania treści załącznika nr 1 do s.i.w.z. obowiązek wykazania, że klej poliuretanowy przy spalaniu nie emituje szkodliwych składników stanowi żądanie niemożliwe do spełnienia. Wymóg postawiony przez Zamawiającego w s.i.w.z. ogranicza krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Zamawiający ponadto nie dookreśla w s.i.w.z. poziom jakich substancji szkodliwych należy wykazać w wynikach badań, ani nie określa, w oparciu o które normy badania takie miałyby być przeprowadzone zmuszając tym samym potencjalnego wykonawcę do szukania akredytowanego laboratorium prowadzącego nieokreślone badania.
3. Odwołujący zarzucił także doprecyzowanie treści części „C” pkt 12 litera a) i b) załącznika nr 1 do s.i.w.z. w następstwie wniosku o wyjaśnienie s.i.w.z. złożonego trybie art. 38 ust. 1 pzp, w sposób oraz w terminie ograniczającym dostęp do udziału w postępowaniu, tj. poprzez wprowadzenie skutków doprecyzowania s.i.w.z. wymagań, których spełnienie przez wykonawców w tak krótkim okresie czasu nie jest możliwe.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż przez powyższe czynności naruszył następujące przepisy ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 – poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez sformułowanie postanowień s.i.w.z. w sposób ograniczający krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.
2. Art. 25 ust. 1 w związku z art. 138c ust. 1 punkt 2 – poprzez żądanie od wykonawców celem potwierdzenia spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu, tj. potwierdzenia braku emisji szkodliwych składników z oferowanych klejów poliuretanowych, przedłożenia oświadczeń i dokumentów w postaci wyników badań w

zakresie opisanym powyżej w sytuacji, gdy obowiązujące przepisy prawa nie przewidują prawa Zamawiającego do żądania takich dokumentów, żadne z obowiązujących przepisów prawa nie przewidują prowadzenia badań przez jednostki akredytacyjne w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego, nie istnieje praktyka w prowadzeniu żądanych przez Zamawiającego badań, a ponadto żądanie przedstawienia wskazanych dokumentów nie jest niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Wskazać również należy, że przy spalaniu klejów z uwagi na ich chemiczny skład zawsze wydzielają się substancje, które w warunkach podziemnych mogą być szkodliwe, lecz tylko w warunkach ekstremalnych.

3. Art. 38 ust. 1 – poprzez naruszenie obowiązku niezwłocznego udzielenia odpowiedzi na wnioski wykonawcy o wyjaśnienie treści s.i.w.z., tj. poprzez udzielenie przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących s.i.w.z. w terminie, który z przyczyn technicznych uniemożliwia wykonawcom spełnienie wymagań oczekiwanych przez Zamawiającego.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia modyfikacji treści postanowień s.i.w.z. zgodnie z treścią odwołania, w sposób zapewniający wykonawcom możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

[Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców]

Postanowienia zamieszczone w części „C” pkt12. litera a) i b) załącznika nr 1 do s.i.w.z. w istotny sposób ograniczają krąg podmiotów uprawnionych do udziału w postępowaniu, naruszając zasadę konkurencji i równego traktowania wykonawców przez nałożenie na wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego przedstawienia dodatkowych dokumentów potwierdzających, że z dostarczanego przez nich kleju poliuretanowego nie wydzielają się szkodliwe składniki, w tym przedstawienia wyników przebadania próbek klejów. Tymczasem nie istnieją przepisy prawa, które nakazywałyby prowadzenie badań klejów we wskazanym przez Zamawiającego zakresie, ani też normy według których należałoby przeprowadzać żądane przez Zamawiającego badania. Nie istnieje również praktyka prowadzenia przez jednostki badawcze badań oczekiwanych przez Zamawiającego w celach innych niż ewentualne zabezpieczenie próbek rozjemczych. Brak jest również przepisów, które obligowałyby jednostki badawcze do przechowywania próbek klejów.

Nie jest również możliwe pobranie w celu przebadania próbek klejów z kopalń z miejsc

ich zastosowania w minionych okresach, bowiem miejsca w kopalniach, w których stosowane są kleje poliuretanowe, po zakończeniu eksploatacji danej ściany znikają (są zasypywane). Jeśli podmiot zamierzający złożyć ofertę dostarczał do kopalń kleje poliuretanowe służące jedynie do wklejania kotew drewnianych celem wzmacniania ociosu węglowego w przecince zbrojeniowej ściany i nie realizował dostaw innych klejów (jest to przypadek prawdopodobny i jednocześnie pozwalający na wykazanie się wystarczającym doświadczeniem wymaganym do konkretnego zadania), przy jednoczesnym braku obowiązku przechowywania przez laboratoria akredytowane próbek tych klejów, przekazanych im wcześniej w celu wykonania koniecznych do uzyskania certyfikatu badań – nie ma żadnych możliwości pozyskania próbki kleju po jego zastosowaniu i zlecenia oczekiwanych przez Zamawiającego badań. Bez względu na to, czy ściana jest eksploatowana „na zawał”, czy zroby są podsadzane, bez względu na to, czy likwiduje się wyrobiska korytarzowe nad i pod ścianą czy nie, bez względu na sposób przewietrzania ściany – przecinka zawsze ulega bezpowrotnemu zniszczeniu i nie istnieją żadne możliwości dotarcia do miejsc dawnego jej ociosu celem wyrwania stamtąd choćby odrobiny spolimeryzowanego kleju użytego do wklejenia kotew drewnianych.

Wobec tego żądania Zamawiającego są nadmierne, tym bardziej, że ma on możliwość zweryfikowania spełnienia przez oferentów warunków udziału w postępowaniu na podstawie innych wymaganych w SIWZ dokumentów. Każdy bowiem podmiot ubiegający się o zamówienie zobowiązany jest zgodnie z treścią s.i.w.z. do wylegitymowania się przed Zamawiającym (dołączeniem do oferty) właściwych wyników badań (poza wynikającymi z pkt. 12 lit. a) i b) oraz certyfikatu – potwierdzających spełnienie rygorystycznych wymagań związanych ze stosowaniem przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach górniczych zagrożonych wybuchem metanu.

[Nieuzasadnione żądanie dokumentów]

Zgodnie z art. 25 ust. 1 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Szczegółowy wykaz dokumentów, jakich Zamawiający może żądać od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (zwane dalej w skrócie: „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów” lub „rozporządzeniem”). Żądanie przez Zamawiającego innych dokumentów niż wskazane w rozporządzeniu jest działaniem *contra legem*, z wyjątkiem sytuacji, gdy postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia sektorowego, w którym

Zamawiający może bowiem żądać od wykonawców również innych dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu – muszą to być jednak wyłącznie dokumenty niezbędne do oceny spełnienia przez wykonawców tych warunków. Dokumenty, które nie są niezbędne nie mogą być żądane. W wyroku z 18 maja 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-652/04), zachowującym aktualność w obowiązującym stanie prawnym oraz mogącym znaleźć odpowiednie zastosowanie w odniesieniu do będącego przedmiotem mniejszego odwołania stanu faktycznego, Zespół Arbitrów przy UZP stwierdził, iż: *brak wskazania konkretnej okoliczności świadczącej o konieczności posiadania certyfikatu ISO dla zapewnienia oznaczonym produktom będącym przedmiotem dostawy określonych norm lub specyfikacji technicznych jest przyczyną odmowy uznania racji Zamawiającego. W tej mierze nie wystarczało samo powołanie się na przepis art. 132 ust. 1 PZP umożliwiający w zamówieniach sektorowych żądanie przedstawienia także innych dokumentów niż określone w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie art. 26 ust. 4 PZP, lecz niezbędnym jest wykazanie, że żądany dokument winien potwierdzać okoliczność ściśle związaną z przedmiotem zamówienia. W przeciwnym razie doszłoby – jak to słusznie stwierdził Odwołujący – do nieuzasadnionego mnożenia wymagań prowadzących do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.*

Żądania Zamawiającego w zakresie dokumentów, o których mowa w części „C” pkt 12 lit. a) i b) załącznika nr 1 do s.i.w.z. są nadmierne, w szczególności, że ich zrealizowanie nie jest możliwe lub pociąga ze sobą duże trudności z powodów wcześniej już podniesionych. Dodatkowo Zamawiający ma możliwość zweryfikowania spełnienia przez oferentów jego wymagań, gdyż każdy bowiem podmiot ubiegający się o zamówienie zobowiązany jest zgodnie z treścią s.i.w.z. do dołączenia do oferty m.in. certyfikatu wydanego przez uprawniony podmiot, potwierdzającego, że oferowany przez wykonawcę klej poliuretanowy spełnia rygorystyczne wymagania niezbędne dla bezpiecznego stosowania go podziemnych wyrobiskach górniczych zagrożonych wybuchem metanu.

Zamawiający nałożył również na wykonawców w skutek doprecyzowania s.i.w.z. obowiązek niemożliwy do zrealizowania, tj. wykazanie w żądanych dokumentach, że podczas palenia się z próbek kleju poliuretanowego nie wydzielają się substancje szkodliwe. Wskazać należy, że wśród obowiązkowych badań, których sprawozdania muszą być przedłożone certyfikatorowi jest badanie określające poziom substancji szkodliwych wydzielających się podczas poddania kleju oddziaływaniu wysokich temperatur. Próbkę spala się w temperaturze 500°C i podaje się ilości substancji szkodliwych wydzielanych podczas tego procesu (m.in. chlorowodoru, tlenku węgla, metanu, anilin). Całość badania

wykonuje GIG według ustalonej procedury na dokładnie opisanej aparaturze. Celem tego badania jest dostarczenie certyfikatorowi (a także właściwym służbom kopalni) informacji, czy z zastosowanego kleju w przypadku pożaru (np. w zrobach, gdzie mogą zalegać pozostałości kleju) wydzielili się jedynie bezpieczna ilość określonych substancji szkodliwych. W ramach badania porównuje się wielkość palonej próbki, ilości wydzielonych substancji oraz ilość i jakość przepływającego powietrza w aparaturze pomiarowej z ilością faktycznie palonego w czasie ewentualnego pożaru kleju, biorąc pod uwagę parametry wentylacyjne wyrobiska i wylicza się, czy jeśli odpowiednio proporcjonalny poziom substancji wydzielili się w czasie ewentualnego pożaru, to czy ten poziom wydzielania zagrażał będzie ludziom pracującym na dole. Wynika z tego, że zawsze podczas spalania poliuretanów wydzielają się określone substancje szkodliwe.

Kolejnym bezwzględnie koniecznym dokumentem do uzyskania certyfikatu na znak bezpieczeństwa „B” jest opinia jednostki naukowo-badawczej dotycząca szkodliwości i toksyczności kleju. GIG jako jednostkę wydającą taką opinie wskazuje Śląski Uniwersytet Medyczny w Zabrzu. W wydanej przez zespół Pani doc. dr hab. J. Opinii stwierdza się jednoznacznie, że utwardzone kleje poliuretanowe (a o takie tu chodzi, gdyż Zamawiający oczekuje wyników otrzymanych z badania kilkunastomiesięcznych próbek kleju pobranych np. ze starych zrobów) nie są niebezpieczne dla ludzi w normalnych warunkach występujących na dole kopalni. Jedynie w przypadkach ewentualnego pożaru kleje te wydzielają wymienione wcześniej substancje szkodliwe. Dodaje jednak w swej Opinii, że przestrzeganie opisanych w Instrukcji bezpiecznego stosowania zasad w stopniu wystarczającym zabezpiecza ludzi, którzy mogliby znaleźć się w strefie oddziaływania wydzielanych substancji. Opinia ta wydawana jest na podstawie wyników badań palnościowych kleju, w tym wcześniej opisanego badania wykonywanego przez GIG na oznaczenie ilości wydzielanych substancji szkodliwych, a także kart charakterystyki opracowanych zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie Dyrektywami UE (REACH). Ponadto załącza się Atest higieniczny wydany przez wskazaną przez certyfikator jednostkę (np. PZH Warszawa) oraz wspomnianą wyżej Instrukcję bezpiecznego stosowania kleju.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że Zamawiający ma możliwość zapoznania się z wynikami dotyczącymi kwestii wydzielania się substancji szkodliwych w temperaturze 33°C, gdy z takie badanie jest obligatoryjne w procesie certyfikacji.

[Naruszenie zasad udzielania wyjaśnień dotyczących treści s.i.w.z.]

Z przepisu art. 38 ust. 1 pzp wynika, iż Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień na pytania wykonawców niezwłocznie, co należy rozumieć udzielenie wyjaśnień

przez Zamawiającego w najkrótszym możliwym terminie pozwalającym mu na przygotowanie i przekazanie odpowiedzi, tak aby wykonawcy jego wyjaśnienia mogli uwzględnić w swoich ofertach. Świadome zwlekanie przez Zamawiającego z udzieleniem wyjaśnień dotyczących s.i.w.z., tak by wykonawcy mieli jak najmniej czasu na ich uwzględnienie w ofertach, należy uznać za działanie niedopuszczalne, w tym jako działanie naruszające zasadę konkurencji. Bez wątpienia ostatecznie wpływa ono bowiem na liczbę podmiotów uczestniczących w postępowaniu. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o wyjaśnienie treści s.i.w.z. 10 października 2011 r., a Zamawiający udzielił mu odpowiedzi 14 października 2011 r. Zważywszy na przedmiot zapytań, tj. wystąpienie o doprecyzowanie warunków przeprowadzania badań klejów, mając na uwadze czasochłonność procesu badawczego – Zamawiający powinien był udzielić wyjaśnień w takim terminie, by wykonawcy mieli szansę uczynienia zadość postawionym przez niego warunkom.

17 października 2011 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej zawiadomienie o wniesionym odwołaniu wraz z kopią odwołania, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania i wezwanie wykonawcy, który ujawnił swoje zainteresowanie postępowaniem. Skład orzekający Izby ustalił, iż do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, z tym że Odwołujący wniósł o wykreślenie zaskarżonych postanowień s.i.w.z.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w środkach ochrony prawnej, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w

protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest jednym z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, który ma prawo złożyć w nim ofertę. Jednocześnie ustalona przez Zamawiającego treść s.i.w.z., wobec której wniósł odwołanie, naraża go na szkodę z powodu niemożności uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś oparła się na: ogłoszeniu o zamówieniu, s.i.w.z. wraz z pismem z 13 października 2011 r. dotyczącym udzielenia wyjaśnień i zmiany jej treści, a także na protokole postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej i odpowiedzi na odwołanie oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole, a także dowody złożone przez Strony na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 25 ust. 1 i art. 138c ust. 1 pkt 2 pzp przez zażądane dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający nie wykazał w toku postępowania odwoławczego, iż dokumenty, które wskazał w załączniku nr 1 do s.i.w.z. w części „C” pkt 12 lit. a) i b) są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. W szczególności Zamawiający nie wskazał konieczności żądania odrębnych wyników badań w zakresie wydzielenia się szkodliwych składników z klejów poliuretanowych (w tym pobranych z miejsc zastosowania w minionych okresach) podczas badań laboratoryjnych w temperaturze minimum 33°C i w wilgotności powyżej 90% jako dokumentów

potwierdzających spełnianie przez oferowane kleje poliuretanowe wymagań określonych w załączniku nr 1 do s.i.w.z. Na wstępie skład orzekający Izby zauważa, iż w aktualnym stanie prawnym brzmienie przepisu art. 138c ust. 1 pkt 2 pzp, odmiennie niż brzmienie dawnego art. 132 ust. 1 pzp, wskazuje, iż zamawiający sektorowy może żądać innych dokumentów, niż wynikające z rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jedynie na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, to jest warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp. Wobec tego punktem odniesienia dla oceny możliwości zażądania dokumentów na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego sektorowego jest kryterium ich niezbędności dla prowadzonego postępowania wynikające z art. 25 ust. 1 pzp.

Na pytanie wykonawcy: *czy istnieją regulacje, które wymagają przeprowadzenia badań w zakresie wydzielania się szkodliwych składników z klejów poliuretanowych podczas laboratoryjnych badań akurat przy wilgotności powyżej 90%? Jeśli tak, prosimy o ich wskazanie* – Zamawiający wskazał i przytoczył § 7 ust. 1 pkt. 3 oraz § 29 ust. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz.U. Nr 139, poz. 1169, z późn. zm.). Zgodnie z przepisem § 7 ust. 1 pkt 3 *Kierownik ruchu zakładu górniczego jest odpowiedzialny za właściwy oraz zgodny z przeznaczeniem dobór maszyn, urządzeń, materiałów, wyrobów z tworzyw sztucznych oraz środków strzałowych i sprzętu strzałowego, tak aby nie stwarzały zagrożenia dla bezpieczeństwa i zdrowia osób oraz środowiska.* Natomiast według przepisu § 29 ust. 1 *w zakładzie górnicy stosuje się maszyny, urządzenia, materiały, wyroby z tworzyw sztucznych oraz środki strzałowe i sprzęt strzałowy, które spełniają wymagania określone w rozporządzeniu oraz w odrębnych przepisach, a także zostały oznaczone znakiem zgodności CE lub odpowiednim znakiem dopuszczenia lub zostały odpowiednio dobrane do warunków górnicy-geologicznych i środowiskowych w miejscu ich zastosowania.* Pytany na rozprawie o konkretną podstawę materialnoprawną dla żądania spornych wyników badań Zamawiający doprecyzował, iż upatruje jej w uprawnieniu kierownika ruchu górnicy, jako ponoszącego odpowiedzialność za bezpieczeństwo i zdrowie osób pracujących pod ziemią, do doboru dla zapewnienia tego bezpieczeństwa i ochrony zdrowia klejów poliuretanowych odpowiednio do panujących w miejscu ich stosowania warunków górnicy-geologicznych i środowiskowych, to jest temperatury 33°C i wilgotności powyżej 90%. Dopytywany o wskazanie konkretnych przepisów tego rozporządzenia lub innych aktów prawnych określających wymagania dla klejów poliuretanowych stosowanych

w podziemnych zakładach górniczych – Zamawiający ostatecznie zajął stanowisko, iż nie ma takich przepisów, podtrzymując, iż wystarczającym jest uprawnienie do żądania produktów adekwatnych do panujących w kopalni warunków górniczo-geologicznych.

Skład orzekający Izby zważył w pierwszej kolejności, iż Zamawiający błędnie upatruje w przywoływanych przez siebie przepisach rozporządzenia w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w podziemnych zakładach górniczych podstawy dla żądania dokumentów objętych zarzutami odwołania. Z pewnością nie wynika to z przepisu art. § 7 ust. 1 pkt. 3, który wskazuje jedynie kto jest odpowiedzialny za zapewnienie pod ziemią bezpiecznych dla osób i środowiska warunków w aspekcie stosowanego sprzętu, wyrobów i materiałów. Nie stanowi również wystarczającej legitymacji do żądania spornych wyników badań sformułowanie *zostały odpowiednio dobrane do warunków górniczo-geologicznych i środowiskowych w miejscu ich zastosowania* zamieszczone pod koniec § 29 ust. 1 tego rozporządzenia. Z całości sformułowania tego przepisu wynika bowiem, iż w kopalniach należy stosować materiały (a także maszyny, urządzenia, wyroby z tworzyw sztucznych), które spełniają jednocześnie dwa warunki: po pierwsze – odpowiadają wymaganiom sprecyzowanym w przepisach tego rozporządzenia lub innych aktów prawnych, *(a także)* po drugie – zostały oznaczone znakiem zgodności CE lub odpowiednim znakiem dopuszczenia lub (co najmniej) zostały odpowiednio dobrane do warunków górniczo-geologicznych i środowiskowych panujących w miejscu ich przeznaczenia. A zatem kompetencja do ich doboru adekwatnie do warunków panujących w kopalni stanowi alternatywę dla znaku dopuszczenia i znaku zgodności CE, a nie dla wymagań określonych w przepisach. Tymczasem Zamawiający nie był w stanie podać żadnych przepisów precyzujących wymagania dla klejów poliuretanowych stosowanych w górnictwie, choć jest profesjonalistą w tej dziedzinie.

Dalej skład orzekający Izby zważył, iż zgodnie z przepisem art. 111 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. – Prawo geologiczne i górnicze (tekst jednolity Dz.U. z 2005 r. Nr 228, poz. 1947, z późn. zm.) *w zakładach górniczych stosuje się wyroby: 1) spełniające wymagania dotyczące oceny zgodności, określone w odrębnych przepisach; 2) dopuszczone do stosowania w zakładach górniczych, w drodze decyzji, przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego, określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8.* W tym ostatnim przepisie została zawarta delegacja do wydania rozporządzenia wykonawczego dla Rady Ministrów, która przy jego wydaniu miała kierować się przede wszystkim *potrzebą zapewnienia bezpieczeństwa użytkowania wyrobów w warunkach zagrożeń występujących w ruchu zakładów górniczych.* W rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r.

w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz.U. Nr 99, poz. 1003, z późn. zm) określono, po pierwsze – wyroby, których stosowanie w zakładach górniczych wymaga, ze względu na potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa ich użytkowania w warunkach zagrożeń występujących w ruchu zakładów górniczych, wydania decyzji o dopuszczeniu wyrobu do stosowania w zakładach górniczych (zwanej w skrócie „dopuszczeniem”) – wymienione w załączniku nr 1 do rozporządzenia, po drugie – wymagania techniczne dla tych wyrobów, o których mowa w pkt 1 – sprecyzowane w załączniku nr 2 do rozporządzenia. Zamawiający na rozprawie potwierdził, iż kleje poliuretanowe nie są wyrobem, który podlega dopuszczeniu z uwagi na potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa ich użytkowania w warunkach zagrożeń występujących w funkcjonującej kopalni.

Po trzecie, skład orzekający Izby wziął pod uwagę, iż Zamawiający w załączniku nr 2a do s.i.w.z. w części „C” zażądał, nie licząc dokumentów objętych zarzutami odwołania, 10 innych typów dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy jego wymagań: po pierwsze – oświadczenia o spełnieniu wymagań prawnych i parametrów techniczno-użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia, po drugie – oświadczenia, iż oferowany wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzania na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń, po trzecie – certyfikat wyrobu i certyfikat pojemnika, uprawniające do oznaczania ich znakiem bezpieczeństwa „B” – wydanych przez jednostkę certyfikującą, potwierdzające, że można je stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, po czwarte – dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań dotyczących parametrów rezystancji i gromadzenia ładunku elektrycznego określonych w normie PN-EN 13463-1:2010 (zmierzone zgodnie z normą PN-EN 61340-2-3:2002) dla pojemników, powłok pojemników i samego kleju, po piąte – karty charakterystyki preparatu chemicznego (komponentów do wytwarzania kleju), po szóste – aktualnego atestu higienicznego, po siódme – instrukcji stosowania, wytwarzania kleju, przechowywania, transportu komponentów dla wytworzenia kleju oraz w zakresie środków ochrony osobistej pracowników zatrudnionych przy stosowaniu wyrobu, po ósme – dokumentu potwierdzającego trudnopalność kleju – czas palenia i żarzenia poniżej 5 sekund, po dziewiąte – oceny toksyczności i szkodliwości – opinii medycznej o warunkach bezpiecznego stosowania (oddziaływanie na zdrowie), po dziesiąte – dokumentów potwierdzających, że wytwarzanie i stosowanie w kopalniach klejów poliuretanowych nie zakłóca wskazań systemu monitoringu gazowego. W szczególności wobec zażądania przez Zamawiającego

certyfikatu uprawniającego do oznaczania kleju znakiem bezpieczeństwa „B”, a zatem dokumentu pochodzącego od niezależnej jednostki potwierdzającej możliwość jego bezpiecznego stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych, trudno uznać żądane przez Zamawiającego dodatkowo wyniki badań za niezbędne dla stwierdzenia, że oferowane kleje nie stwarzają zagrożenia dla bezpieczeństwa i zdrowia osób oraz środowiska, a także, iż są odpowiednio dobrane do warunków górniczo-geologicznych i środowiskowych – w podziemnych wyrobiskach górniczych. Z przykładowego certyfikatu wystawionego przez Główny Instytut Górnictwa wynika, iż certyfikat na znak „B” wystawiony przez tę jednostkę certyfikującą uwzględnia m.in. postanowienia Prawa geologicznego i górniczego oraz wymagania zawarte w aktach wykonawczych wydanych z delegacji tej ustawy, a więc również rozporządzenia wskazywanego przez Zamawiającego. Skład orzekający Izby podziela stanowisko Odwołującego, iż zakres potwierdzenia wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia wynikający z tych wszystkich dokumentów jest wystarczający na potrzeby prowadzonego postępowania.

Skład orzekający Izby uznał również za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 pzp przez bezpodstawne ograniczenie konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców przez zażądanie wyników badań, którymi mogą dysponować jedynie ci spośród wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie zamówienia, którzy wcześniej dostarczali Zamawiającemu kleje poliuretanowe. Ponieważ badanie klejów poliuretanowych w temperaturze co najmniej 33°C (ale *de facto* nie wyższej niż taka, w której dochodzi do wydzielania się jakichkolwiek substancji szkodliwych dla zdrowia) i wilgotności powyżej 90% stanowi jego specyficzne wymaganie, które nie wynika bezpośrednio z żadnych przepisów czy norm odniesienia – zażądanie wyników takich badań może uniemożliwiać dostęp do zamówienia innym wykonawcom, w szczególności nowym na rynku. Jest to szczególnie jaskrawe w przypadku wyników badań tzw. starzeniowych, które wymusza uprzednie dostarczanie klejów do kopalń i to przez dłuższy okres czasu. Złożone na rozprawie przez Zamawiającego dokumenty zawierające sprawozdania z badań potwierdzają jedynie, iż w ogóle możliwe jest przeprowadzenie takich badań na życzenie klienta, który wie czego się domagać, gdyż metoda badawcza *według metodyki Laboratorium, oparta na metodzie headspace w temperaturze do 33°C*, nie odwołuje się do żadnych norm, a nawet nie wynika wprost z postanowień lit. a) i b) pkt. 12 części „C” załącznika nr 1 do s.i.w.z. Na brak obiektywizacji żądania Zamawiającego wskazuje okoliczność, iż przedstawiciel tej samej instytucji (Główny Instytut Górnictwa), w której wykonane zostały te badania w 2007 i 2010 r., po przedstawieniu tych konkretnie

postanowień s.i.w.z. 17 października 2011 r. oświadczyła, iż *nie posiada akredytacji na badanie wydzielania się szkodliwych substancji z materiałów niemetalowych w zakresie temperatur min. 33°C przy wilgotności powyżej 90%*. Na marginesie należy zauważyć, iż z tego pisma pośrednio wynika również zbędność prowadzenia badań dodatkowo żądanych przez Zamawiającego, gdyż dla konkretnego kleju poddanego procesowi rozkładu termicznego w temperaturze 500° C wskazano, iż *ubytek masy kleju rozpoczyna się w temperaturze 57,7 °C i do tej temperatury nie wydzielają się żadne substancje*.

Izba nie dopatrzyła się natomiast zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 38 ust. 1 pzp, gdyż udzielenie 14 października 2011 r., odpowiedzi na pytanie zadane 10 października 2011 r. nie może być uznane za naruszające wymaganie niezwłocznego, to jest bez zbędnej zwłoki udzielenia odpowiedzi, w szczególności nie naruszyło żadnego z terminów maksymalnych wynikających z pkt. 1)-3) tego przepisu.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego w powyżej wskazanym zakresie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 25 ust. 1, art. 138 c ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 – może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisami § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust. 4 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), obciążając Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego. Nie uwzględniono jednak wniosku pełnomocnika Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, wobec nieprzedłożenia do zamknięcia rozprawy stosownego rachunku, czego wymaga przepis § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: