

**WYROK**  
**z dnia 12 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2014 r. przez **Odwołującego – Kopex Machinery S.A., ul. 3-go Maja 89, 41-800 Zabrze**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**,

przy udziale:

- A. LINTER S.A., ul. Piłsudskiego 57a, 32-340 Wolbrom,
  - B. FMG PIOMA S.A., ul. Dmowskiego 38, 97-300 Piotrków Trybunalski,
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

**orzeka:**

1. **uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu dokonanie zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w części dotyczącej warunku posiadania wiedzy i doświadczenia poprzez zastąpienie w pkt IX.B pkt 1) lit. a) i b) parametru szerokości taśmy „min. 1400 mm” parametrem szerokości taśmy „min. 1000 mm”;**
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrzu**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego – Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju** – na rzecz **Odwołującego** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 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

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdrój – prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zakup i zabudowa fabrycznie nowego przenośnika taśmowego o szerokości taśmy 1400 mm wraz z demontażem aktualnie pracującego przenośnika w JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzębie” Ruch „Borynia”, znak sprawy: 47/ZZ/14.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2014/S 157-283451 z dnia 19 sierpnia 2014 r.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 29 sierpnia 2014 r., Odwołujący – Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrze – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 22 ust. 4 Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób nadmierny do przedmiotu zamówienia a także utrudniający uczciwą konkurencję.
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikację zapisów SIWZ w zakresie pkt IX.B i nadanie im niżej proponowanego brzmienia:

*"B) Zamawiający ustala następujące szczegółowe warunki udziału w postępowaniu*

*1) Na potwierdzenie warunku wskazanego w punkcie A.2) wymagane jest posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie:*

- a) wykonanej (zrealizowanej) dostawy co najmniej jednego fabrycznie nowego przenośnika taśmowego o szerokości taśmy min. 1000 mm i długości przenośnika powyżej 180 m bezpośrednio do zakładu górniczego wydobywającego węgiel kamienny oraz*

- b) *wykonanie co najmniej jednego montażu przenośnika taśmowego o szerokości taśmy min. 1000 mm i długości przenośnika powyżej 180 m w zakładzie górniczym wydobywającym węgiel kamienny w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. (...)*".

Odwołujący wskazał, że wskutek podniesionych naruszeń przepisów ustawy Pzp doznał uszczerbku jego interes, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o zamówienie, a tym samym wybór oferty i uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że treść SIWZ w sposób oczywisty narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz pozostałe wskazane przepisy Pzp. Zdaniem Odwołującego określenie minimalnej szerokości taśmy 1400 mm oraz minimalnej długości przenośnika 600 m jest warunkiem nadmiernym. Warunek ten odpowiada wprost przedmiotowi niniejszego zamówienia, gdyż zgodnie z brzmieniem pkt III Załącznika nr 1 do SIWZ pkt 2 Zamawiający potwierdził wymóg dostarczenia przenośnika o szerokości taśmy 1400 mm i długości przenośnika min 690 m. Odwołujący wskazał, że z własnego doświadczenia jako producenta tego typu urządzeń, zasada działania, budowa oraz sposób certyfikacji przenośnika taśmowego z taśmą o szerokości min. 1400 mm, w porównaniu do przenośników taśmowych o szerokości taśmy min. 1000 mm, praktycznie niczym się nie różni, poza zmianą szerokości odpowiednich elementów. Taka sama sytuacja dotyczy długości przenośnika, w przypadku gdy przedmiotem dostawy jest przenośnik taśmowy o długości powyżej 180 m. W przenośnikach o takiej długości zmienia się wyłącznie ilość powtarzanych elementów trasy przenośnika. Wszystkie przenośniki taśmowe powyżej 180 m muszą składać się z podzespołów wykazanych w normie PN-G-50005:1997 Ochrona pracy w górnictwie - Przenośniki taśmowe - Wymagania bezpieczeństwa i ergonomii (wyposażone są w pętlicowy układ napinający ze wskaźnikiem siły napinającej). W związku z powyższym długość przenośnika (powyżej 180 m) również nie wpływa na zmianę budowy pozostałych podzespołów oraz zasadę działania urządzenia. Wszystkie przenośniki taśmowe niezależnie od szerokości i ich długości (powyżej 180 m) składają się z tego samego typu podzespołów, różniących się wyłącznie szerokością oraz ilością, w zależności od zastosowanego typu taśmy jak i długości taśmociągu. W związku z tym, wykonawca mający niezbędną wiedzę i doświadczenie w produkcji i dostawie przenośników taśmowych o długości powyżej 180 m i szerokości taśmy min. 1000 mm, tj. przenośników taśmowych powszechnie stosowanych w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny, jest w pełni zdolnym wykonawcą mogącym dostarczyć przenośnik taśmowy, będący przedmiotem niniejszego

postępowania. Ponadto zgodnie z obowiązującymi normami (wg wykazu przedstawionego w treści odwołania) dotyczącymi projektowania, wytwarzania i eksploatacji przenośników taśmowych (o długości powyżej 180 m), nie rozróżnia się wymagań w zależności od szerokości taśmy i ich długości. Dlatego też zdaniem Odwołującego fakt ten również potwierdza bezzasadność wprowadzonych przez Zamawiającego ograniczeń, dotyczących wykazania się dostawą oraz zabudową przenośników o szerokości taśmy min. 1400 mm i długości min. 600m. Odwołujący zawarł jednocześnie w odwołaniu wykaz dyrektyw i norm dotyczących produkcji, wytwarzania i eksploatacji górniczych przenośników taśmowych w strefach zagrożonych wybuchem.

Podniesiono następnie, że nadmiernym warunkiem jest także nałożenie na wykonawców obowiązku wykazania się wykonaniem montażu przenośnika o szerokości taśmy min. 1400 i długości min. 600 m, ponieważ montaż przenośnika o szerokości taśmy 1400 mm i długości 600 m wykonuje się według identycznych zasad jak w przenośnikach z taśmą o szerokości min. 1000 mm i długości powyżej 180 m. Dlatego też, wykonawca mając niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie montażu przenośników taśmowych o długości powyżej 180 m i o szerokości taśmy min. 1000 mm jest w pełni zdolnym wykonawcą mogącym również wykonać montaż przenośnika taśmowego o szerokości taśmy 1400 mm i długości min. 690 m. W związku z powyższymi warunkami wskazane w pkt. IX naruszają niewątpliwie konkurencję i utrudniają wykonawcom możliwość dostępu do zamówienia.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że postępowania na zakup i zabudowę przenośników taśmowych z taśmą o szerokości min. 1400 mm nie są często spotykane, co w znacznym stopniu utrudnia możliwość wykazania się dostawą i zabudową takich przenośników, w ciągu ostatnich trzech lat. Podkreślono jednocześnie, że zgodnie z przepisem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia powinien być związany z przedmiotem zamówienia, co stanowi wskazanie dyrektyw dla zamawiającego przy dokonywaniu tego opisu, które mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), co oznacza, iż opis ten nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Przez „związany z przedmiotem zamówienia” należy rozumieć opis warunków dokonywany przez pryzmat celu jakiego ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia, lecz nie w sposób, który wykracza poza realizację tego celu, z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, jego zakresu i stopnia złożoności. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Każde zaś wymaganie powinno znaleźć odzwierciedlenie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego związanych z realizacją

przedmiotu zamówienia. Odwołujący odwołał się w tym zakresie do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazując na uchwałę z dnia 12.08.2011 r. sygn. KIO/KU 63/11 oraz uchwałę z dnia 22.11.2010 r. sygn. KIO/KU 83/10 oraz wyroki KIO z dnia 24.09.2010 r. sygn. KIO 1947/10, z dnia 2.04.2013 r. sygn. KIO 646/13, z dnia 31.01.2013 r. sygn. KIO 108/13 oraz z dnia 28 stycznia 2014 r. sygn. KIO 58/14.

Końcowo, Odwołujący podkreślił, że uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przed Zamawiającego nadmiernie rygorystycznych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców w tym zwłaszcza Odwołującego, warunków.

Kopia odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego została zamieszczona przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 1 września 2014 r. oraz jednocześnie wysłana do ujawnionych wykonawców faksem, a następnie drogą pocztową.

W dniu 3 i 4 września 2014 r., zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiły spółki LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromie oraz FMG PIOMA S.A. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. podmioty do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników. Na posiedzeniu wyznaczonym na dzień 11 września 2014 r., w imieniu zgłaszających przystąpienie nie stawiły się jednak osoby posiadające umocowanie do ich reprezentacji.

Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Podniesiono, że ciężar dowodu spoczywał w niniejszej sprawie na Odwołującym, który nie wykazał, aby Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 22 ust. 4 Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób nadmierny do przedmiotu zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję. Ponadto za bezpodstawny uznano także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W ocenie Zamawiającego twierdzenia Odwołującego stanowią wyłącznie wyraz niezadowolenia oraz są gołosłowne. Zamawiający nie zgodził się przede wszystkim z twierdzeniem, że budowa przenośnika taśmowego o szerokości taśmy 1400 mm niczym się nie różni od przenośnika taśmowego z taśmą o szerokości 1000 mm, jak również by twierdzenie to można odnosić również do długości przenośnika, gdy przedmiotem dostawy jest przenośnik taśmowy o długości powyżej 180 m. Podkreślono jednocześnie, że w interesie Zamawiającego jest, aby do przetargu przystąpiły

podmioty, które są w stanie wykazać, że wykonały, co najmniej jeden montaż przenośnika w zakładzie górniczym wydobywającym węgiel kamienny, a z uwagi na przedmiot zamówienia w postępowaniu powinny wziąć udział podmioty, które dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Wskazano, że prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, które w ten czy inny sposób nie umożliwi części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Podkreślono, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia mając na uwadze własne potrzeby, a przede wszystkim w sposób nie przekreślający jakiegokolwiek konkurencji. Nie jest przy tym tak, że zapewnienie uczciwej konkurencji oznacza dopuszczenie do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, którzy są w stanie wykonać zamówienie. Oznaczałoby to bowiem, że możliwości wykonawców mają dominujące znaczenie przy formułowaniu wymogów zamawiającego, zarówno podmiotowych, jak i przedmiotowych. Niezbędne jest zatem, aby wymagania znajdowały uzasadnienie w potrzebach zamawiającego. Podkreślono także, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży.

W toku postępowania strony podtrzymały swoje stanowiska.

Odwołujący podniósł m.in., że w tym postępowaniu warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia odpowiada praktycznie przedmiotowi zamówienia. Wskazano, że Odwołujący wykonywał już dostawę przenośników o szerokości taśmy 1400 mm i jest podmiotem zdolnym do należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie argumentowano, że zapotrzebowanie na takie przenośniki występuje stosunkowo rzadko, a tym samym posiadanie bieżących referencji jest mocno ograniczone. Podkreślono, że obecne warunki SIWZ są warunkami zaporowymi, eliminującymi z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Podniesiono także, że Przystępujący powoływali się w zgłoszonych przystąpieniach na okoliczność, iż zmiana zapisów SIWZ spowoduje dla nich większą konkurencję, a więc same te argumenty potwierdzają, że zapisy specyfikacji w obecnym brzmieniu zmierzają do ograniczenia konkurencji. Podtrzymano również argumenty, że budowa, zasady działania, programy projektowe, certyfikacja, są praktycznie tożsame przy przenośnikach o mniejszej długości i szerokości taśmy. Dochodzi jedynie wówczas do zmiany szerokości i długości elementów przenośnika. Montaż przenośników o różnych szerokościach i długościach odbywa się jednak według identycznych zasad.

Zamawiający podkreślił m.in., że sformułowany warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia wynika z jego własnych potrzeb związanych z rosnącą ilością transportu węgla. Wskazano, że z uwagi na rzadką sprzedaż na rynku przenośników o szerokości taśmy 1400

mm, Zamawiający określił łagodne warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż wymaga wykazania się wyprodukowaniem i montażem tylko jednego przenośnika tego rodzaju. Podkreślono, że posiadanie wiedzy, to nie to samo, co posiadanie doświadczenia, a to właśnie doświadczenie w montażu jest kluczowe. Wykonawca dla zapewnienia należytej realizacji zamówienia musi posiadać doświadczenie w montażu dużych przenośników o dużej mocy. Odwołujący żąda natomiast, by Zamawiający zmniejszył stawiane wymagania w taki sposób, który nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i spowoduje dopuszczenie do postępowania wykonawców nie posiadających w tym zakresie należytego doświadczenia w ich dostawie i montażu. Jednocześnie Zamawiający nie kwestionował, że przenośnik o szerokości taśmy 1000 mm jest przenośnikiem ciężkim, ale pod warunkiem, że będzie przenośnikiem odpowiednio długim i o dużej mocy napędu. W konsekwencji argumentowano, że żądanie zawarte w odwołaniu stanowi próbę nakazania Zamawiającemu dopuszczenia do postępowania wykonawców, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie jedynie przy dostawie i montażu lekkich przenośników, odmiennych od tego będącego przedmiotem niniejszego zamówienia.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołującego niewątpliwie cechuje przesłanka posiadania interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. W kwestii zaś kolejnej przesłanki określonej w powołanym przepisie – w postaci poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp – należy uznać, że na etapie ogłoszenia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wystarczające jest jedynie hipotetyczne wykazanie szkody, której źródłem jest wprowadzenie postanowień mogących utrudniać dostęp do zamówienia. Na tym etapie postępowania o zamówienie publiczne przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp materializują się, gdy skutkiem wymagań zamawiającego, przede wszystkim dotyczących warunków udziału w postępowaniu, wykonawca zostaje pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie (por. wyrok KIO z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt KIO 906/13; wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 272/13; KIO 285/13).

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zakup i zabudowa fabrycznie nowego przenośnika taśmowego o szerokości taśmy 1400 mm wraz z demontażem aktualnie pracującego przenośnika w JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzębie” Ruch „Borynia”.



Szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia został zawarty z Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ. W treści Specyfikacji technicznej, Zamawiający określił: warunki górniczo-geologiczne, warunki współpracy z innymi urządzeniami, parametry techniczne dostarczonego przenośnika, niezbędne wyposażenie dodatkowe dostarczonego przenośnika (fabrycznie nowego), wymagania dodatkowe, dokumenty wymagane wraz z ofertą, dokumenty wymagane wraz z dostawą przenośnika, zakres robót przy zabudowie przenośnika, warunki gwarancji, warunki odbioru i dostawy oraz inne warunki i wymagania. W pkt III Załącznika nr 1 do SIWZ (Parametry techniczne dostarczonego przenośnika) Zamawiający określił m.in.: Długość przenośnika: min. 690 m; Szerokość taśmy: 1400 mm; konstrukcja nośna – rodzaj trasy: sztywne z ceownika; Napęd typu, rodzaj pracy: przystosowany do sumarycznej mocy zainstalowanej: min. 1260 kW; silniki elektryczne jednobiegowe, chłodzone wodą, moc: 4 x 250 (szt. kW); Trasa: długość: wg producenta, konstrukcja, rodzaj: ceownikowa, krążnik górny: 3xØ133x530, krążnik dolny: 2xØ133x750; Prędkość taśmy mieszcząca się w zakresie: 2,9-3,2 m/s; Wydajność przenośnika: min. 1600 t/h; Taśma: szerokość: 1400 mm, wytrzymałość na rozciąganie w kierunku podłużnym: min. 2500 kN/m, gatunek GTP-PP lub GTP-EP lub równoważna taśma tkaninowo – gumowa trudnopalna o grubości okładki nośnej min. 4 mm, grubości okładki bieżnej min. 3 mm, wytrzymałości taśmy na rozciąganie w kierunku podłużnym min. 2500 kN/m, wytrzymałość na rozwarstwienie między przekładkami min. 6,0 kN/m oraz między okładkami i rdzeniem min. 4,5 kN/m, długość – wymagana ilość co najmniej równa potrzebnej do całkowitej zabudowy wykonanego przenośnika na całej długości, dostawa taśmy – sposób zwinięcia (okular), długość odcinka: min 150 max 200 m, wydłużenie taśmy, nie przekraczające: max 2%, wykonanie połączeń taśmy metodą wulkanizacji na gorąco.

W ramach warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków Zamawiający ustalił, że na potwierdzenie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, wymagane jest posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonanej (zrealizowanej) dostawy, co najmniej jednego fabrycznie nowego przenośnika taśmowego o szerokości taśmy min. 1400 mm i długości przenośnika min. 600 m, bezpośrednio do zakładu górniczego wydobywającego węgiel kamienny oraz wykonania co najmniej jednego montażu przenośnika taśmowego o szerokości taśmy min. 1400 mm i długości przenośnika min. 600 m w zakładzie górniczym wydobywającym węgiel kamienny – w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Zamawiający dopuścił przy tym wykonanie dostawy przenośników odrębnie od ich montażu (pkt IX B lit. a) i b) SIWZ).

Pismem z dnia 22 sierpnia 2014 r., spółka MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, na podstawie art. 38 ustawy Pzp, zwróciła się do Zamawiającego o zastosowanie wymogów dotyczących potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy o doświadczenia zwyczajowo stosowanych w przetargach dotyczących przenośników, a mianowicie postawienie wymogu dotyczącego albo ilości wyprodukowanych przenośników albo wartości zrealizowanych dostaw przenośników za okres ostatnich 3 lat. Dla uzasadnienia powyższego stanowiska wskazano, że wymóg wykazania się dostawą i montażem przenośnika o długości min. 600 m i o szerokości taśmy min. 1400 mm jest wymogiem nadmiernym w stosunku do producentów przenośników i powoduje znaczne ograniczenie konkurencji oraz uniemożliwia uczestniczenie w przetargu. Podkreślono przy tym, że przenośnik składa się z kilku zasadniczych elementów, takich jak wysięgnik, napęd, trasa, pętlica ze stacją napinania, zwrotnia, które to elementy są powtarzalne. Nie ma więc znaczenia, jak długi przenośnik należy wyprodukować, bowiem produkuje się te same powtarzalne elementy trasy (pismo z dnia 22 sierpnia 2014 r., nr pisma 141/04/14).

Pismem z dnia 25 sierpnia 2014 r. (data wpływu do Zamawiającego), Odwołujący wskazał, że określenie minimalnej szerokości taśmy 1400 mm przenośnika jest warunkiem nadmiernym i naruszającym uczciwą konkurencję. Wskazano, że zasada, budowa oraz sposób certyfikacji przenośnika z taśmą o szerokości 1400 mm, w porównaniu do przenośników o szerokości taśmy B1000 i B1200, praktycznie niczym się nie różni, poza zmianą szerokości odpowiednich elementów. W związku z powyższym Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o modyfikację SIWZ (pkt IX B.1a-b) poprzez wprowadzenie wymogu zrealizowania dostawy i montażu jednego przenośnika taśmowego o szerokości taśmy min. 1000 mm (pismo z dnia 22 sierpnia 2014 r., znak: DHK/1377/2014/GZ).

Pismem z dnia 29 sierpnia 2014 r., Zamawiający dokonując wyjaśnienia i zmiany treści SIWZ, w odniesieniu do pytań spółki MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz Odwołującego (pyt. 1 i 2) poinformował, że nie wyraża zgody na zmianę treści SIWZ.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła jednocześnie podstaw do nakazania Zamawiającemu modyfikacji SIWZ w sposób całościowo odpowiadający treści postawionego żądania. Izba nie jest bowiem związana samą treścią żądania, ale postawionymi zarzutami. W niniejszej sprawie zarzuty odwołania skoncentrowane zostały na postawionym przez Zamawiającego warunku wiedzy i

doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp), odniesionym do obowiązku dokonania opisu sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp, oraz do obowiązku prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 i 3 Pzp). W ramach tych zarzutów Izba uprawniona była w konsekwencji do nakazania modyfikacji treści SIWZ w takiej części, która objęta zakresem zarzutów, pozostaje w ocenie Izby niezgodna z zasadami wynikającymi z powyższych przepisów. W niniejszej sprawie Izba uznała ostatecznie, że zarzuty odwołania potwierdziły się więc jedynie w odniesieniu do określonej przez Zamawiającego – w ramach warunku wiedzy i doświadczenia – minimalnej szerokości taśmy przenośnika i w tym zakresie Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści SIWZ, stosownie do żądania zawartego w odwołaniu.

W odniesieniu do długości przenośnika – przewidzianej w ramach warunku wiedzy i doświadczenia – Izba nie uznała w pierwszej kolejności, by złożone przez Odwołującego dowody mogły stanowić potwierdzenie tezy, iż postawienie przez Zamawiającego wymogu wykazania się wykonaniem dostawy i montażem przenośnika o długości min. 600 m, należało w okolicznościach niniejszej sprawy uznać za nadmierne bądź niezwiązane z przedmiotem zamówienia. Odwołujący, co prawda wykazał, że budowa, zasady projektowania, elementy przenośników o różnych długościach, powyżej 180 m, są tożsame, a długość danego przenośnika jest wypadkową zwielokrotnienia powtarzalnych elementów. W tym zakresie Odwołujący złożył rzetelne i wiarygodne schematy oraz rysunki poglądowe i Izba nie miała podstaw do kwestionowania tej części argumentacji Odwołującego. Jednak, w ocenie Izby, fakt tożsamości budowy, czy zasad działania przenośników o długości pow. 180 m i przenośników dłuższych (w tym przypadku, w odniesieniu do treści warunku wiedzy i doświadczenia – przenośników o długości min. 600 m) nie może przesądzać o tym, że wykonawca posiadający doświadczenie w dostawie i montażu przenośników mniejszych (przykładowo 200-u metrowych) posiada niejako automatycznie doświadczenie w montażu przenośników większych, takich jak ten będący przedmiotem niniejszego zamówienia, a tym samym, że dla Zamawiającego wystarczającym i minimalnym doświadczeniem powinno być wykazanie się dostawą i montażem przenośnika, który zawiera w sobie wszystkie elementy, z których część stanowi w przenośnikach dłuższych jedynie ich zwielokrotnienie. W ocenie Izby przyjęcie takiego stanowiska byłoby zbyt daleko idącym uproszczeniem. Sama okoliczność tożsamości budowy i zasad działania przenośników nie może stanowić wystarczającej podstawy dla uznania, że doświadczenie i wiedza zdobyta przy dostawie i montażu krótkich przenośników jest taka sama lub wystarczająca dla dostawy i montażu przenośników kilkakrotnie dłuższych. Przy dostawie i montażu przenośników odpowiadających przedmiotowi niniejszego zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki miejsca wykonania zamówienia, skala trudności realizacji zadania, stopień jego skomplikowania, w tym ewentualne zagrożenia i

czynniki, które muszą być brane pod uwagę, w tym odmienny rozkład i wzrost sił działających w ramach i na całość układu, ulegają niewątpliwie odpowiedniemu zwiększeniu i nie można w tej materii postawić, zdaniem Izby, znaku równości pomiędzy budową i zasadami działania przenośników, a doświadczeniem i wiedzą w ich montażu, niezależnie od ich długości. W tym zakresie Izba uznała za zasadną argumentację Zamawiającego, że kluczowe dla należytej realizacji zadania jest to, by wykonawca posiadał właśnie doświadczenie w realizacji dostawy i montażu odpowiednio długich przenośników. W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do uznania, by postawiony warunek i opis sposobu oceny spełniania tego warunku nie pozostawał w tym zakresie związany z przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby, parametr odnoszący się do długości przenośnika nie mógł zostać także uznany za parametr powodujący nadmierność warunku niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Izby, Zamawiający zachował w tej materii odpowiednią proporcję w stosunku do przedmiotu zamówienia. W istocie, co zasadnie podnosił Zamawiający, uwzględnienie żądania Odwołującego w zakresie parametru długości przenośnika, mogłoby w ocenie Izby, doprowadzić do skutku odwrotnego, tj. nakazania Zamawiającemu przyjęcia zbyt liberalnych warunków udziału w postępowaniu, niezwiązanych w wystarczającym stopniu ze specyfiką i zakresem przedmiotu zamówienia, co mogłoby skutkować dopuszczeniem do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie posiadają wystarczającej wiedzy i doświadczenia dla realizacji zamawianego zadania.

W niniejszej sprawie, Izba uznała natomiast, że przewidziany w ramach warunku wiedzy i doświadczenia, parametr dotyczący szerokości taśmy, został postawiony przez Zamawiającego na poziomie, który nie można uznać za niezbędny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W tym zakresie, w ocenie Izby, warunek został postawiony ponad potrzeby Zamawiającego i nie znajduje on także uzasadnienia w przedmiocie zamówienia. Odwołujący podniósł w tym zakresie istotną okoliczność związaną ze specyfiką rynku sprzedaży przenośników taśmowych o szerokości taśmy min. 1400 mm (stosunkowo rzadka ich sprzedaż, a tym samym ograniczona możliwość posiadania bieżących referencji), czego Zamawiający w zasadzie nie zakwestionował, argumentując jednocześnie, że właśnie ze względu na specyfikę sprzedaży tego rodzaju przenośników ograniczył warunek tylko do jednej dostawy i montażu. W ocenie Izby, Zamawiający winien był jednak dokonać wszechstronnej oceny, czy postawienie warunku ograniczonego nawet do jednego przenośnika o szerokości taśmy min. 1400 mm, nie będzie skutkowało wyeliminowaniem z postępowania wykonawców, którzy w rzeczywistości są zdolni do należytego wykonania zamówienia oraz posiadają doświadczenie i wiedzę niezbędną do realizacji tego typu inwestycji, a jedynie z przyczyn formalnych, będących następstwem przyjęcia tak określonego warunku, nie będą w stanie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Trafnie argumentował w tym zakresie Odwołujący, powołując się na pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego we

Wrocławiu z dnia 27 maja 2010 r., sygn. akt X Ga 123/10, iż przy określeniu warunków udziału w postępowaniu, zamawiający winien mieć na uwadze również cechy rynku, na którym będzie udzielać zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zrównał jednocześnie parametr dotyczący szerokości taśmy, przewidziany w ramach warunku wiedzy i doświadczenia, z parametrem dotyczącym przedmiotu zamówienia. Należy w tym miejscu przywołać pogląd zawarty w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2014 r., sygn. akt KIO 395/14, podzielany przez skład orzekający w niniejszej sprawie, zgodnie z którym, *„postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być miernikiem wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne jest raczej, by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie”*. Nie istnieje generalny zakaz formułowania warunku w sposób tożsamy z przedmiotem zamówienia, niemniej jednak ustawodawca wymaga zachowania w tej materii proporcjonalności. W określonych okolicznościach, np. w odniesieniu do usług czy dostaw o powszechnym, nieskomplikowanym charakterze, tożsamość określonych parametrów przewidzianych w ramach warunku wiedzy i doświadczenia z parametrami przedmiotu zamówienia, może odpowiadać dyrektywie proporcjonalności, o której mowa w art. 22 ust. 4 Pzp, zwłaszcza, gdy źródłem proporcjonalności jest zachowanie odpowiedniego stosunku ilości wykonanych usług czy dostaw do zakresu przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie, argumenty Zamawiającego, iż wymóg ograniczył do jednej dostawy i montażu przenośnika nie mogły zostać uznane za istotne, zwłaszcza, gdy przedmiot zamówienia także dotyczy zakupu jednego przenośnika. Zrównanie parametru szerokości taśmy przenośnika z warunku wiedzy i doświadczenia z parametrem szerokości taśmy zamawianego przenośnika, trudno uznać za odpowiadające zasadzie proporcjonalności, także gdy weźmie się pod uwagę wskazaną wcześniej specyfikę rynku sprzedaży tych przenośników. Proporcjonalność w tym przypadku powinna odnosić się bardziej do charakterystyki przedmiotu zamówienia, do tych elementów i jego cech, które pozwolą uznać, że wykonawca posiadający doświadczenie o zbliżonym zakresie będzie w stanie wykonać także przedmiot niniejszego zamówienia. W toku postępowania Zamawiający nie kwestionował, że przenośniki o szerokości taśmy 1000 mm, w przypadku odpowiedniej ich długości oraz odpowiedniej mocy napędu, należą do przenośników ciężkich, a więc zbliżonych do przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący w sposób rzeczowy udowodnił, iż szerokość taśmy przenośnika nie wpływa bezpośrednio na parametry wytrzymałościowe poszczególnych zespołów, podzespołów i elementów, a tym samym nie decyduje o technologii ich produkcji. Odwołujący przedłożył także dowód (odpowiedź Instytutu Techniki Górniczej, Zakładu Badań Atestacyjnych z dnia 10 września 2014 r.) wskazujący na to, że producent przenośników taśmowych o szerokości taśmy m.in. 1000 mm, posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie produkcji przenośnika taśmowego o szerokości taśmy 1400 mm oraz, że jest zdolny do poprawnego jego montażu. Należy podkreślić, że przedłożone dowody odnosiły się jedynie do szerokości taśmy, a nie długości przenośników. Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania wniosków zawartych w ww. piśmie. Zamawiający nie przedstawił argumentacji, która mogłaby podważyć treść i wnioski przedmiotowego pisma, wskazując jedynie, iż są to wnioski zbyt daleko idące i trudne do zaakceptowania. Przedmiotowe argumenty nie mogły jednak zostać uznane za wystarczające dla odmówienia ww. odpowiedzi wartości dowodowej, zwłaszcza, że także Zamawiający podkreślał kompetencje ww. podmiotu. W konsekwencji, Izba uznała w pełni wartość dowodową złożonej opinii, a tym samym przyjęła, że Odwołujący w sposób rzeczowy wykazał, iż wystarczającym dla dostawy i montażu przenośnika o szerokości taśmy 1400 mm może być posiadanie wiedzy i doświadczenia w produkcji i montażu przenośnika taśmowego o szerokości taśmy 1000 mm.

Reasumując, mając na uwadze powyższe okoliczności, Izba uznała, że w ramach parametru dotyczącego szerokości taśmy, składającego się na warunek wiedzy i doświadczenia, Zamawiający nie zachował odpowiedniej proporcjonalności, jak również nie ograniczył się do wymagań związanych z przedmiotem zamówienia, które z jednej strony gwarantowałyby osiągnięcie pełnych celów prowadzonego postępowania, a z drugiej nie wykluczałyby z postępowania tych wykonawców, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do należytej realizacji przedmiotu zamówienia. W tym zakresie potwierdziły się zarzuty odwołania i zasadne okazało się twierdzenie Odwołującego, iż postawiony wymóg jest wymogiem zaporowym, nie znajdującym uzasadnienia, czy to w potrzebach zamawiającego, czy w opisie przedmiotu zamówienia. Opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób odbiegający od zasad wynikających z art. 22 ust. 4 Pzp zawsze może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a tym samym spełniona została przesłanka do uwzględnienia odwołania, o której mowa w art. 192 ust. 2 Pzp.

W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie stosownej modyfikacji treści SIWZ, w zakresie odnoszącym się jedynie do minimalnej szerokości taśmy. W istocie, Izba uznała, że w tej sprawie należało w pewien sposób wyśrodkować warunek wiedzy i doświadczenia, tak by uwzględniał on potrzeby Zamawiającego, ale i nie ograniczał w sposób nieuzasadniony dostępu do postępowania wykonawcom, którzy posiadają zdolność

do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób oczekiwany przez zamawiającego. Na gruncie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji (por. wyrok KIO z 15 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1586/13). Należy końcowo zauważyć także, że w treści pisemnej odpowiedzi Zamawiający argumentował częściowo w odniesieniu do sposobu opisu przedmiotu zamówienia, co jest materia odmienną od opisu warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający winien jednocześnie uwzględnić konsekwencje wynikające z nakazanej modyfikacji, w szczególności dostosować w tym zakresie także treść ogłoszenia o zamówieniu.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....