

**WYROK**  
**z dnia 21 lipca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2014 r. przez wykonawcę **S.....**, **S..... „STARKAM” Spółka Jawna** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa sprzętu ochrony układu oddechowego – uciezkowych aparatów regeneracyjnych dla kopalń Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w 2014 r.”*

prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy z siedzibą w Katowicach**,

przy udziale wykonawcy Fabryki Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych „FASER” S.A., z siedzibą w Tarnowskich Górach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Katowickiemu Holdingowi Węglowemu wprowadzenie zmian do Rozdziału I, pkt 13 Lp. 2, J= Jakość, ppkt a) oraz b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez uszczegółowienie opisu zasad oceny ofert w ramach kryterium jakości, precyzyjne wskazanie obiektywnego sposobu dokonywania oceny ofert na podstawie kryterium jakości lub poprzez rezygnację z tego kryterium.
2. kosztami postępowania obciąża **Katowicki Holding Węglowy, z siedzibą w Katowicach**  
i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę S....., S..... „STARKAM” Spółka Jawna** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Katowickiego Holdingu Węglowego z siedzibą w Katowicach** na rzecz wykonawcy **S....., S..... „STARKAM” Spółka Jawna** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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

W dniu 7 lipca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy S....., S..... „STARKAM” Spółka Jawna (dalej „**Odwołujący**”) wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „**SIWZ**”). Odwołujący zaskarżył postanowienie SIWZ określone Rozdziale I pkt 13 SIWZ - Opis kryteriów oceny, Lp.2 (Tabela): o nazwie J = Jakość w brzmieniu:

„Jeżeli w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert:

- a) Organy nadzoru górniczego stwierdziły w czasie przeprowadzonych kontroli nieprawidłowości w działaniu aparatów uciezkowych tego samego typu co wskazane w ofercie, które mogły utrudnić lub wręcz uniemożliwić bezpieczne wycofywanie się pracowników w tych aparatach z zagrożonego rejonu - 0 punktów;
- b) W kopalniach KHW S.A. zaistniały przypadki wymagające użycia aparatów uciezkowych tego samego typu co w ofercie i w trakcie użycia tych aparatów stwierdzono, że aparaty nie były w pełni sprawne, a tym samym nie gwarantowały bezpiecznego wycofania się z zagrożonego rejonu - 0 punktów;
- c) Nie zaszła żadna z w/w okoliczności -20 punktów

Uwaga: na potwierdzenie pkt. c) oferent dołączy stosowne oświadczenie i przydzielenie mu wagi 20%”.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności ustalenie kryteriów oceny ofert zależnych od dowolnego uznania Zamawiającego, w sposób nieproporcjonalny, nieprecyzyjny, bezpodstawnie ograniczający i tym samym wyłączający uczciwą konkurencję (np. preferujący wykonawców wprowadzających nowe produkty na rynek górniczy oraz producentów nigdy nie oferujących aparatów do Zamawiającego, eliminujący dotychczasowych dostawców wprowadzający dowolność oceny aparatów dotychczas użytkowanych u Zamawiającego);

2. art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp., poprzez ustalenie i opisanie kryteriów oceny ofert w kryterium zwanym „Jakość”, zawartych w pkt 13 SIWZ o liczbie porządkowej nr 2, które utrudniają uczciwą konkurencję poprzez faworyzowanie wykonawców oferujących nowe produkty lub wykonawców, którzy dotychczas nie oferowali swoich wyrobów u Zamawiającego, a tym samym sformułowanie kryteriów oceny ofert, które nie zapewniają obiektywizmu oceny i porównania ofert, umożliwiając Zamawiającemu dokonanie oceny dowolnej i uznaniowej.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) usunięcia opisu kryterium w tabeli lp. 2, J=Jakość w brzemieniu jak w SIWZ w tabeli w Rozdziale I, pkt. 13 z w sekcji IV.2.1) - Ogłoszenia z dnia 27.06.2014 r., (ii) przededefiniowanie kryterium „Cena” z uwzględnieniem powyższego usunięcia i jego zmianę w zakresie znaczenia (waga) - do 100% i w zakresie skala punktowa - do 100 punktów, ewentualnie (iii) nakazanie Zamawiającemu dokonania opisu kryterium „Jakość”, z zachowaniem zasad udzielania zamówień publicznych i uwzględnieniem obiektywnych, weryfikowalnych cech i właściwości produktu; (iv) zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź na rozprawie).

W uzasadnieniu swoich zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na "Dostawę sprzętu ochrony układu oddechowego - uciezkowych aparatów regeneracyjnych dla kopalń Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w 2014 roku, numer sprawy ZP/058/2014. Postępowanie jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej co najmniej 400 000 euro. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod nr w dniu 27.06.2014r. pod numerem nr 2014/S 121-216105. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert „J-Jakość” narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów, w szczególności uprzywilejowując niektórych wykonawców i wprowadzając dowolność ustalenia czy wcześniej aparaty dostarczane do KHW S.A. „nie były w pełni sprawne”.

Odwołujący podkreślił, iż zarzut o dyskryminowaniu Odwołującego jest uzasadniony, chociażby z uwagi na fakt, iż Zamawiającego używane są w większości aparaty producenta którego dostawcą jest Odwołujący.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w specyfikacji w pkt.13 SIWZ ustanowił inne niż cena kryteria oceny ofert, dotyczące jakości aparatów, przyznając mu 20% wagi, w następującym brzmieniu:

„Jeżeli w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert:

- (a) Organy nadzoru górniczego stwierdziły w czasie przeprowadzonych kontroli nieprawidłowości w działaniu aparatów ucieczkowych tego samego typu co wskazane w ofercie, które mogły utrudnić lub wręcz uniemożliwić bezpieczne wycofywanie się pracowników w tych aparatach z zagrożonego rejonu - 0 punktów;
- (b) W kopalniach KHW S.A. zaistniały przypadki wymagające użycia aparatów ucieczkowych tego samego typu co w ofercie i w trakcie użycia tych aparatów stwierdzono, że aparaty nie były w pełni sprawne, a tym samym nie gwarantowały bezpiecznego wycofania się z zagrożonego rejonu - 0 punktów;
- (c) Nie zaszła żadna z w/w okoliczności - 20 punktów.

Uwaga: na potwierdzenie pkt. c) oferent dołączy stosowne oświadczenie ”

Odwołujący wskazał, że choć Zamawiający, ustalając ww. kryterium oceny ofert, winien co prawda kierować się przede wszystkim własnymi potrzebami, jednak ma obowiązek dbać o to, aby każdy wykonawca, który jest w stanie je zaspokoić, był równo traktowany. Kryteria ustalone przez Zamawiającego winny być zatem jednoznaczne i precyzyjne, nie naruszać zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów. Niezachowanie tego wymogu prowadzić może do wady postępowania uniemożliwiającej zgodny z prawem wybór najkorzystniejszej oferty, a tym samym zawarcie nieważnej umowy w sprawie zamówienia.

W ocenie Odwołującego opis kryterium oceny ofert w kryterium „jakość” preferuje dostawców i producentów aparatów, którzy nie sprzedawali dotychczas aparatów do Zamawiającego. W ocenie Odwołującego aparaty dotychczas użytkowane mogą być dowolnie przez Zamawiającego ocenione co do ich jakości, w szczególności dokonania oceny czy „aparaty nie były w pełni sprawne”, a zatem utrudnia dotychczasowym dostawcom i producentom udział konkurencyjny w przedmiotowym zamówieniu.

Odwołujący wskazał, że ustawa Pzp nie definiuje kryterium „jakości”. Słownik języka polskiego przedstawia definicję jakości jako „właściwość, rodzaj, gatunek, wartość, zespół cech stanowiących o tym, że dany przedmiot jest tym przedmiotem , a nie innym” [Słownik języka Polskiego, 2002,t.I, s.769]. Natomiast Dyrektywa 85/374/EEC z dnia 25 lipca 1985 roku o

odpowiedzialności producentów za szkody wywołane wadami produktów określa jakość jako „prawdopodobieństwo spełnienia oczekiwań klienta” i jednocześnie określa, że wadą jest to, czego klient ma prawo nie oczekiwać. Z kolei normy ISO definiują jakość jako „ogół cech i właściwości wyrobu lub usługi decydujących o zdolności wyrobu do zaspokojenia stwierdzonych lub przewidywanych potrzeb” [PN-ISO 8402:1994 1996, s. 12].

W ocenie Odwołującego kryterium dotyczący jakości w ww. pkt. a) nie zawiera wymiernych wskaźników, a nadto nie przewiduje określenia o jakie organy nadzoru górniczego chodzi Zamawiającemu, jakiego rodzaju kontrole miały one prowadzić oraz jakiego rodzaju nieprawidłowości w działaniu aparatów uciezkowych ma dotyczyć owo stwierdzenie. Zamawiający nie określił formy stwierdzenia przez organy nadzoru nieprawidłowości. W ocenie Odwołującego nie wiadomo zatem czy organy nadzoru mają stwierdzić ww. nieprawidłowości w formie decyzji administracyjnej czy w innych dokumentach. Tak sformułowane kryterium nie uwzględnia faktu czy od (stwierdzenia) decyzji organów nadzoru dany wykonawca się odwołał i czy sprawa jest osądzona prawomocnie czy też decyzja o nieprawidłowościach została uchylona i w konsekwencji anulowana. Ocena w tym kryterium jest zatem zupełnie dowolna, a może prowadzić do nadużyć, w szczególności z inicjatywy konkurencji. Zamawiający nie wyjaśnił również o jakie organy nadzoru mu chodziło tj. z jakiego obszaru czy tylko z terenu RP, UE czy również ze światowego rynku górniczego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 164 Ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze organami nadzoru górniczego są: (i) Prezes Wyższego Urzędu Górniczego; (ii) dyrektorzy okręgowych urzędów górniczych; (iii) dyrektor Specjalistycznego Urzędu Górniczego, zwanego dalej "SUG". Jednak tylko Prezes Wyższego Urzędu Górniczego jest wyspecjalizowanym organem kontroli wyrobów wprowadzonych do obrotu w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności, w odniesieniu do wyrobów przeznaczonych do stosowania w ruchu zakładu górniczego (art. 166 ust. 1 pkt. 4 Prawa górniczego i geologicznego). Tym samym brak w zaskarżonym kryterium wskazania konkretnego organu nadzoru górniczego, co stanowi uchybienie zasadzie obiektywizmu.

Ponadto, w ocenie Odwołującego Zamawiający nieprawidłowo opisał w treści kryterium, że organy nadzoru stwierdziły w czasie przeprowadzonych kontroli nieprawidłowości. Odwołujący wskazał, iż w ustawie z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemach oceny zgodności, w art. 41 c) ustawodawca wskazał, że organ ten rozwiązuje sprawy formie decyzji administracyjnych, ust. 3 stanowi, że jeżeli w wyniku kontroli stwierdzono, że wyrób nie spełnia zasadniczych, szczegółowych lub innych wymagań, a strona postępowania nie podjęła działań, o których mowa w art 41b ust. 1, organ prowadzący postępowanie może, w drodze decyzji: (i) nakazać

wycofanie wyrobu z obrotu lub z użytku; (ii) zakazać udostępniania wyrobu; (iii) ograniczyć udostępnianie wyrobu; (iv) nakazać stronie postępowania powiadomienie konsumentów lub użytkowników wyrobu o stwierdzonych niezgodnościach z zasadniczymi lub innymi wymaganiami, określając termin i sposób powiadomienia.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, brak w opisie kryterium jakości formy stwierdzenia nieprawidłowości, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów, a na pewno nie spełnia wymogów ustanowienia obiektywnego kryterium, zgodnie z art. 91 Pzp.

W zakresie opis kryterium dotyczący jakości w ww. pkt. b), Odwołujący wskazał, że opis ten nie zawiera wymiernych wskaźników. W ocenie Odwołującego, zapis, że w trakcie użycia aparatów stwierdzono, że aparaty nie były w pełni sprawne nie może się ostać. Brak w nim określenia podmiotu uprawnionego do owego stwierdzenia, brak określenia formy stwierdzenia, jak też brak określenia czy chodzi o stwierdzenie ostateczne (decyzja administracyjna ostateczna), czy o stwierdzenie prawomocne (np. prawomocny wyrok sądowy stwierdzający wady w aparatach). Trzeba dodać, że w trakcie eksploatacji aparatów zdarzało się bardzo często, że winę za to, że aparaty nie były w pełni sprawne ponoszą pracownicy Zamawiającego, użytkownicy aparatów niezgodnie z instrukcją użytkowania. Tym samym fakt, że dany aparat nie był w pełni sprawny, nie oznacza jednocześnie, iż bezwzględnie winę w każdej sytuacji ponosi dostawca lub producent, który aparat wytworzył. Wszak uszkodzenia mechaniczne, użytkowanie aparatu niezgodnie z instrukcją wyłączają zarówno gwarancję, jak i rękojmię. Odwołujący wskazał, że w tej sytuacji wykonawca, który dotychczas dostarczał aparaty, może w tym kryterium otrzymać 0 pkt., bowiem nawet nieuzasadnione reklamacje mogą wpłynąć niekorzystnie na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego w sytuacji gdy kryterium tak sformułowane się ostanie.

Z treści cyt. kryterium niewątpliwie wynika faworyzowanie wykonawców oferujących nowe produkty lub wykonawców, którzy dotychczas nie oferowali swoich wyrobów u Zamawiającego, a tym samym zachodzi w niniejszym postępowaniu sformułowanie kryteriów oceny ofert, które nie zapewniają obiektywizmu oceny i porównania ofert, umożliwiając Zamawiającemu dokonanie oceny dowolnej i uznaniowej.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia; (ii) protokół z przeglądu oraz sprawozdania

z badań nr 20/2013 na okoliczność wykazania sposobu ustalenia nieprawidłowości działania aparatów uciezkowych; (iii) pismo Wiceprezesa Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 16 stycznia 2014 r. na okoliczność wykazania, iż aparaty uciezkowe oferowane przez firmę FASER S.A. odpowiadają wymogom dopuszczenia ich do obrotu; (iv) pismo Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 21 lutego 2014 r. na okoliczność ustalenia stanowiska Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego dotyczącego wymagań jakie winny być rozważane przy zakupie aparatów uciezkowych; (v) pismo wykonawcy fabryka Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych FASER S.A. z dnia 10 lipca 2014 r. na okoliczność ustalenia skuteczności przystąpienia po postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Na podstawie powyższych dokumentów, Izba ustaliła, że Zamawiający - Katowicki Holding Węglowy z siedzibą w Katowicach – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) (dalej „**ustawa Pzp**” lub „**Pzp**”) o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa sprzętu ochrony układu oddechowego – uciezkowych aparatów regeneracyjnych dla kopalń Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w 2014 r.”

Zgodnie z Rozdziale I pkt 13 SIWZ - Opis kryteriów oceny oferty Lp.2 (Tabela): o nazwie J = Jakość Zamawiający wskazał, że przy wyborze oferty będzie się kierował następującymi kryteriami i wagą:

1. C = Cena – 70%
2. J = Jakość – 20% - Jeżeli w okresie ostatnich 3 lat prze upływem terminu składania ofert:
  - a) Organy nadzoru górniczego stwierdziły w czasie przeprowadzonych kontroli nieprawidłowości w działaniu aparatów uciezkowych tego samego typu co wskazane w ofercie, które mogły utrudnić lub wręcz uniemożliwić bezpieczne wycofywanie się pracowników w tych aparatach z zagrożonego rejonu - 0 punktów;
  - b) W kopalniach KHW S.A. zaistniały przypadki wymagające użycia aparatów uciezkowych tego samego typu co w ofercie i w trakcie użycia tych aparatów stwierdzono, że aparaty nie były w pełni sprawne, a tym samym nie gwarantowały bezpiecznego wycofania się z zagrożonego rejonu - 0 punktów;
  - c) Nie zaszła żadna z w/w okoliczności - 20 punktów

Uwaga: na potwierdzenie pkt. c) oferent dołączy stosowne oświadczenie i przydzielenie mu wagi 20%”.

3. M = Masa aparatu w obudowie bez pasów nośnych – 10%.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 8 lipca 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawcę Fabrykę Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych FASER S.A. (dalej „**Przystępujący**”). Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

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

#### ***Izba zważyła co następuje:***

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami ustawy Pzp oferty. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp wskazano, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia winna zawierać m.in. opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. W sytuacji, gdy zamawiający decydują się na wprowadzenie w ramach kryterium oceny ofert, kryteriów innych niż cena, kryteria takie muszą być szczegółowo opisane wraz z podaniem w jaki sposób nastąpi ocena treści oferty przy ich zastosowaniu. Sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to, iż powinna

zostać wyłączona możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego. Konieczne jest bowiem zapewnienie weryfikacji prawidłowości oceny ofert w szczególności przez wykonawców oraz organy uprawnione do orzekania o zgodności z prawem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwi każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych (tak m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 marca 2004 r., sygn. akt V Ca 264/04).

Kryterium określone w Rozdziale I, pkt 13, tabela lp. 2, J = Jakość, pkt a)

W ocenie Izby powyższe kryterium oceny ofert narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z następujących powodów:

1. Zamawiający nie określił w sposób precyzyjny i wyczerpujący organów nadzoru górniczego, które miałyby stwierdzić nieprawidłowości w działaniu aparatów ucieczkowych. Jak słusznie wskazał Odwołujący, zgodnie z art. 164 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze organami nadzoru są: (i) Prezes Wyższego Urzędu Górniczego; (ii) dyrektorzy okręgowych urzędów górniczych; (iii) dyrektor Specjalistycznego Urzędu Górniczego. Jednakże tylko Prezes Wyższego Urzędu Górniczego jest wyspecjalizowanym organem kontroli wyrobów wprowadzanych do obrotu w rozumieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności w odniesieniu do wyrobów przeznaczonych do stosowania w ruchu zakładu górniczego. Wynika to z art. 166 ust. 1 pkt 4 Prawa górniczego i geologicznego. Ponadto, Prezes Wyższego Urzędu Górniczego jest organem wyższego stopnia w rozumieniu Kodeksu postępowania administracyjnego w stosunku do dyrektorów okręgowych urzędów górniczych oraz dyrektora SUG, a także sprawuje nadzór nad ich działalnością. W ocenie Izby, zasadne jest więc nakazanie Zamawiającemu wskazanie w/w kryterium jaki konkretnie organ nadzoru górniczego miałby stwierdzić podczas kontroli nieprawidłowości w działaniu aparatów ucieczkowych. Jednocześnie, wskazany przez Zamawiającego organ nadzoru musi być organem, który z mocy przepisów prawa posiada kompetencje do wydania ostatecznych decyzji co do zaistniałych nieprawidłowości w działaniu aparatów ucieczkowych.

2. Zamawiający nie określił formy stwierdzenia nieprawidłowości w działaniu aparatu uciezkowych – w ocenie Izby jest to element konieczny i niezbędny w/w kryterium jakości, gdyż tylko poprzez jasne i precyzyjne określenie formy stwierdzenia zaistniałych nieprawidłowości możliwe będzie wyeliminowanie subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny ofert przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego. Jednocześnie Izba zaznacza, że forma stwierdzenia nieprawidłowości winna mieć charakter ostateczny tj. podmiot będący adresatem decyzji wyczerpał przysługujące mu środki odwoławcze bądź też z nich nie skorzystał. Za niedopuszczalne w ocenie Izby byłoby stwierdzenie przez Zamawiającego wadliwości działania aparatów uciezkowych na podstawie nieostatecznych decyzji, co do których bądź to przysługuje prawo wniesienia środków odwoławczych lub które są przedmiotem rozpoznania przez organ wyższego stopnia. Tylko bowiem ostateczna decyzja jest wiarygodnym i miarodajnym wyznacznikiem nieprawidłowości działania aparatów.
  
3. Zamawiający określając treść decyzji o stwierdzonych nieprawidłowościach posłużył się niedookreślonymi i nieprecyzyjnymi stwierdzeniami – w ocenie Izby Zamawiający w celu sprecyzowania kryterium jakościowego i treści decyzji o stwierdzonych nieprawidłowościach w działaniu aparatów uciezkowych winien kierować się przepisami ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemach oceny zgodności. Zgodnie art. 41 c) w/w ustawy ustawodawca wskazał, że organ prowadzący postępowanie rozwiązuje sprawy formie decyzji administracyjnych, zaś w ust. 3 zostało określone, że jeżeli w wyniku kontroli stwierdzono, że wyrób nie spełnia zasadniczych, szczegółowych lub innych wymagań, a strona postępowania nie podjęła działań, o których mowa w art 41b ust. 1, organ prowadzący postępowanie może, w drodze decyzji: (i) nakazać wycofanie wyrobu z obrotu lub z użytku; (ii) zakazać udostępniania wyrobu; (iii) ograniczyć udostępnianie wyrobu; (iv) nakazać stronie postępowania powiadomienie konsumentów lub użytkowników wyrobu o stwierdzonych niezgodnościach z zasadniczymi lub innymi wymaganiami, określając termin i sposób powiadomieni. W ocenie Izby w treści SIWZ Zamawiający winien w sposób precyzyjnie wskazać, posługując się regulacją art. 41b ust. 3 ustawy o systemach oceny zgodności, do jakiego rodzaj nieprawidłowości zawartych w art. 41b ust. 3 ustawy o systemach oceny zgodności referuje w/w kryterium jakości, co pozwoli na wyeliminowanie w możliwie najwyższym stopniu elementu subiektywnej oceny złożonych ofert.

*Kryterium określone w Rozdziale I, pkt 13, tabel lp. 2, J = Jakość, pkt b)*

W ocenie Izby powyższe kryterium oceny ofert narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z następujących powodów:

1. Zamawiający nie wskazał na żadne wymierne wskaźniki, które w jego ocenie decydować o niezawodności aparatów uciezkowych;
2. Zamawiający nie sprecyzował podmiotu uprawnionego do stwierdzenia, iż aparaty uciezkowe nie są w pełni sprawne;
3. Zamawiający nie określił formy stwierdzenia braku pełnej sprawności aparatu uciezkowego.

Z powyższych względów, w ocenie Izby, kryterium jakości w obecnym brzmieniu w treści SIWZ winno być sprecyzowane przez Zamawiającego w zakresie wyżej wskazanych elementów. Ich brak powoduje bowiem, iż wykonawcy nie mają pewności czy mogą złożyć oświadczenie o niezawodności oferowanych przez nich aparatów uciezkowych. W obecnym brzmieniu SIWZ Zamawiający nie wskazał nawet, że brak sprawności aparatu uciezkowego winien wynikać z wad oferowanego produktu. W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko Odwołującego, że w trakcie eksploatacji aparatów uciezkowych występując sytuację, że winę za to, że aparaty nie były w pełni sprawne ponoszą pracownicy Zamawiającego, użytkownicy aparaty niezgodnie z instrukcją użytkowania. Tym samym fakt, że dany aparat nie był w pełni sprawny, nie oznacza jednocześnie, iż bezwzględnie winę w każdej sytuacji ponosi dostawca lub producent, który aparat wytworzył. Wszak uszkodzenia mechaniczne, użytkowanie aparatu niezgodnie z instrukcją wyłączają zarówno gwarancję, jak i rękojmię. Niejasność i brak precyzji w/w kryterium oceny oznaczałoby, że wykonawca, który dotychczas dostarczał aparaty, może w tym kryterium otrzymać 0 pkt., bowiem nawet uszkodzenia aparatu spowodowane niewłaściwym obsługiwane przez pracowników mogą wpłynąć niekorzystnie na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, w ocenie Izby zasadne było nakazanie Zamawiającemu dokonać zmiany dotychczasowego brzmienia kryterium oceny ofert określonego w Rozdziale I, pkt 13, tabela lp. 2, J = Jakość, pkt b). Zmiana SIWZ winna polegać na uszczegółowieniu i doprecyzowaniu zapisów, z uwzględnieniem uwag jakie Izba przedstawiła odnośnie kryterium określonego w Rozdziale I, pkt 13, tabel lp. 2, J = Jakość, pkt a), w szczególności winna określać:

- (i) podmiot uprawniony do stwierdzenia, że aparaty uciezkowe nie są w pełni sprawne. W tym zakresie Izba podkreśla, że winien to być organ legitymujący się

- uprawnieniem do wydawania ostatecznych decyzji co nieprawidłowości działania aparatów ucieczkowych.
- (ii) formę stwierdzenia braku sprawności – w ocenie Izby każda forma stwierdzenia braku sprawności w działaniu aparatów ucieczkowych winna mieć charakter ostateczny. W tym zakresie, rozważania Izby zawarte powyżej w pkt 2 pozostają aktualne.
  - (iii) Wskaźniki, parametry techniczne, które w ocenie Zamawiającego decydują o jakości aparatu ucieczkowego i przekładają się na jego niezawodność.

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego, iż wprowadzenie kryterium jakości w treści SIWZ w obecnej formule wynikało z pismo Prezesa Głównego Urzędu Górniczego z dnia 21 lutego 2014 r., Izba zauważa, że w piśmie tym Prezes Głównego Urzędu Górniczego wyraźnie wskazuje, że przy podejmowaniu decyzji o wyborze aparatu ucieczkowego należy brać pod uwagę w pierwszej kolejności te parametry, które decydują o ich niezawodności i wysokiej jakości. W ocenie Izby treść powyższego pisma należy interpretować w ten sposób, że podmioty składające zamówienia na dostawy aparatów ucieczkowych winny wskazać cechy aparatów, które decydują o ich niezawodności. W kryterium jakości powinno się w największym możliwym stopniu stosować wymierne wskaźnik służące do określenia występowania istotnych dla zamawiającego cech ocenianego produktu. W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający opisał kryterium jakościowe wyłącznie poprzez posłużenie się nieprecyzyjnymi stwierdzeniami, bez wskazania obiektywnych metod weryfikacji oświadczeń składanych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Izba nie znajduje podstaw do wprowadzenia tak opisanego kryterium jakościowego w piśmie Prezesa Głównego Urzędu Górniczego z dnia 21 lutego 2014 r. Prezes Głównego Urzędu Górniczego wyraźnie odwołał się do parametrów urządzeń. Zamawiający zaś w kryterium jakości nie wskazał na żadne parametry aparatów ucieczkowych, które w jego ocenie przekładają się na niezawodność w ich działaniu.

Niezasadne jest również stanowisko Zamawiającego, że w pierwszej kolejności będzie opierał się oświadczeniu złożonym przez wykonawcę wraz z ofertą zgodnie z *pkt 13, tabela lp. 2, J = Jakość, pkt c)*. Zamawiający wskazał, że to wykonawcy mają wiedzę w przedmiocie dotychczasowego funkcjonowania aparatów ucieczkowych, które oferują. Jednakże, Zamawiający zupełnie pomija fakt, że wobec niejednoznacznych zapisów SIWZ wykonawcy w pierwszej kolejności nie wiedzą czy w ogóle mogą złożyć oświadczenie o niezawodności oferowanych aparatów ucieczkowych. Brak bowiem precyzji w przyjętym opisie oznacza, że wykonawca i Zamawiający mogą je interpretować ich treść w sposób odmienny. Po drugie, brak precyzji i jasności obecnego zapisu oznacza, że złożone przez wykonawców

oświadczenia będą podlegały subiektywnej interpretacji ze strony Zamawiającego, który na podstawie obecnego brzmienia SIWZ posiada uprawnienie do kwestionowania niezawodności aparatów ucieczkowych chociażby o informacje prasowe.

Również argument Zamawiającego, że wszelkie niejasności, jakie może mieć Zamawiający w związku ze złożonymi oświadczeniami będą wyjaśniane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest niezasadny. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, tak aby wykonawca miał jasność co do tego jaki produkt jest wymagany przez zamawiającego i na podstawie jakich kryteriów będzie oceniana jego oferta. Brak precyzji przy formułowaniu treści SIWZ nie może być usprawiedliwioną możliwością wyjaśnienia treści złożonych ofert na etapie ich analizy i oceny. To właśnie na etapie konstruowania treści SIWZ Zamawiający winien dołożyć należytej staranności i wyeliminować w stopniu możliwie najwyższym wszelkie niejasności i nieprecyzyjne zapisy, tak aby podczas badania i oceny ofert wyeliminować element subiektywnej oceny. Również argument Zamawiającego, że Odwołujący nie kierował zapytań co do treści SIWZ nie stanowi usprawiedliwienia dla braku precyzji opisu. Izba wielokrotnie podkreślała, że instytucja wyjaśnienia treści SIWZ nie wstrzymuje biegu terminu do wniesienia odwołania wobec treści SIWZ. Z tego też względu wykonawcy winni działać niejako dwutorowo – wystosować odpowiednie zapytanie do Zamawiającego oraz skorzystać ze środków ochrony prawnej, jako jedynej drogi gwarantującej rozstrzygnięcia wątpliwości co do brzmienia SIWZ.

W ocenie Izby okolicznością zupełnie pominiętą przez Zamawiającego w obecnym brzmieniu kryterium jakości w SIWZ jest przyczyna zaistniałych nieprawidłowości w aparatach ucieczkowych. Należy bowiem zauważyć, że urządzenia te spełniają swoją funkcję przy założeniu, że są obsługiwane zgodnie z instrukcją producenta oraz regularnie serwisowane. Obarczenie producentów i dostawców aparatów ucieczkowych nieprawidłowościami w ich działaniu spowodowanymi niewłaściwą obsługą czy też brakiem regularnych przeglądów czy też serwisu nie może być podstawą do uznania nieprawidłowości w działaniu aparatów ucieczkowych. Zamawiającemu winien tak sprecyzować brzmienie kryterium jakości w SIWZ, aby w sposób jasny i precyzyjny wynikało z niego, iż wszelkie nieprawidłowości w działaniu aparatów ucieczkowych muszą wynikać z wad samego produktu, nie zaś z niewłaściwej obsługi lub braku regularnych przeglądów urządzeń, a więc czynników na które producent aparatów ucieczkowych nie ma wpływu.

Jednocześnie Izba podkreśla, że w przypadku, gdy Zamawiający nie będzie w stanie opisać kryterium jakości z uwzględnieniem wytycznych Izby, co może być spowodowane faktem, że

są to kryteria trudno mierzalne, ma on obowiązek zrezygnować z ich zastosowania i tym kierunkiem dokonać zmiany w treści SWIZ.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....