

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2013 r.

przez wykonawcę: **Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrze**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa kompletnego przenośnika podścianowego z kruszarką kęsów, urządzeniem przekładkowym wraz z instalacją elektryczną dla KHW S.A. KWK „Wujek”* (nr postępowania ZP/929/2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawców:

- A. FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – „Matix” sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, M..... P..... M-Profil z Węgierskiej Górki** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrze** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrze** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 – Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na dostawy pn. *Dostawa kompletnego przenośnika podścianowego z kruszarką kęsów, urządzeniem przekładkowym wraz z instalacją elektryczną dla KHW S.A. KWK „Wujek”* (nr postępowania ZP/929/2013).

Ogłoszenie o zamówieniu sektorowym zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S_051-084045 z 13 marca 2013 r., z tym, że 11 marca 2013 r. Zamawiający przekazał je Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.khw.pl), na której zamieścił również dokument pn. *Informacje niezbędne do przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w zamówieniu publicznym prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na:* {w tym miejscu przytaczając pełną nazwę i oznaczenie prowadzonego postępowania}

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

5 kwietnia 2013 r. Zamawiający przesłał faksem wszystkim 5 wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym (1. Sigma S.A. z siedzibą w Jastkowie; 2. Konsorcjum „Matix” sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, M..... P..... M-Profil, Węgierska Górka; 3. FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach; 4. Kopex machinery S.A. z siedzibą w Zabrze; 5. PANATEUS S.A. z siedzibą w Pszczynie) – zaproszenie do złożenia oferty.

12 kwietnia 2013 r. Odwołujący – Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrze – wniósł za pomocą elektronicznej skrzynki podawczej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności i zaniechań Zamawiającego naruszających następujące przepisy ustawy pzp:

1. Art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 22 ust 2 pkt 4 – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sigma z postępowania z uwagi na niepotwierdzenie warunków ubiegania się o zamówienie w zakresie wiedzy i doświadczenie, pomimo wezwania wykonawcy do uzupełnienia złożonego wniosku w trybie art. 26 ust. 3 i nieotrzymania wymaganego uzupełnienia.
2. Art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 26 ust 3 i 4 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Matix w

trybie art. 26 ust. 3 do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków ubiegania się o zamówienie w zakresie wiedzy i doświadczenia, ewentualnie do wyjaśnienia treści wniosku w trybie art. 26 ust. 4, albowiem wykaz oraz dokumenty załączone do wniosku Konsorcjum Matix nie potwierdzają wykonania dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia.

3. Art. 7 oraz art. 51 ust. 1 – przez zaproszenie do składania ofert wykonawcy Sigma i Konsorcjum Matix w sytuacji, gdy w stosunku do wykonawców tych zaniechano dokonania powyżej opisanych czynności.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności badania i oceny złożonych wniosków.
2. Unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców Sigma i Konsorcjum Matix do składania ofert.
3. Dokonania ponownego badania i oceny wniosków wykonawców Sigma i Konsorcjum Matix.
4. Wykluczenia wykonawcy Sigma i odrzucenia złożonego przez niego wniosku.
5. Wezwania Konsorcjum Matix do wyjaśnienia i uzupełnienia treści wniosku.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący opisał następujący stan faktyczny. Na stronie internetowej Zamawiającego <http://www.khw.pl/?d=4656> zostały opublikowane informacje niezbędne do przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu (dalej zwane „Informacjami”). Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyznaczono na 27 marca 2013 r. W wymaganym terminie do Zamawiającego wpłynęły wnioski następujących wykonawców: a) Konsorcjum MATIX sp. z o.o. i M-Profil M..... P....., b) Sigma S.A. c) Kopex Machinery S.A., d) FAMUR S.A., e) PATENTUS S.A. 5 kwietnia 2013 r. Zamawiający pismem o sygnaturze DEP/KH/3978/2013 zaprosił do składania ofert wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski, gdyż według Zamawiającego spełnili oni warunki udziału w postępowaniu i dostarczyli dokumenty potwierdzające spełnienie tych warunków. Na wniosek Odwołującego Zamawiający 8 kwietnia 2013 r. umożliwił wgląd do złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w zamówieniu oraz korespondencji prowadzonej z wykonawcami. W wyniku analizy kopii dokumentów Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wadliwie przeprowadził ocenę wniosków i dopuścił do złożenia ofert przez wykonawców: Konsorcjum MATIX oraz Sigma.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt III.2.1.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.1.2. Informacji o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. W pkt III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 6.1.1.

Informacji w celu wykazania spełniania przez wykonawców warunków ubiegania się o zamówienie Zamawiający żądał złożenia m.in. *Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia na łączną kwotę, co najmniej 1 000 000,00 zł (słownie: jeden milion złotych 00/100) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dowodów, zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231)*. Ponadto w wyjaśnieniach z 21 marca 2013 r. (pismo nr DEP/KH/3372/2013, które Odwołujący otrzymał tego dnia) Zamawiający potwierdził w odpowiedzi na pytanie 2., że *Wykazanie się przez oferenta, co najmniej jedną dostawą kompletnego przenośnika zgrzeblowego podścianowego z kruszarką kęsów i urządzeniem przekładkowym zostanie uznane przez Zamawiającego za spełnienie tego warunku*.

W ocenie Odwołującego z treści postawionego warunku i udzielonej odpowiedzi wynika, że w wykazie dostaw należało wykazać co najmniej jedną dostawę kompletnego przenośnika zgrzeblowego podścianowego łącznie z kruszarką kęsów i urządzeniem przekładkowym. Zdaniem Odwołującego wykonawcy Sigma i Konsorcjum Matix nie potwierdzili spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Z Informacji wynikało jednoznacznie, że przedmiotem zamówienia jest kompletny przenośnik podścianowy wraz z kruszarką kęsów, urządzeniem przekładkowym oraz z instalacją elektryczną. Dlatego też w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunku wykonania głównych dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia – należało wykazać się dostawą przenośnika podścianowego, kruszarki kęsów i urządzenia przekładkowego.

Odnośnie wniosku Wykonawcy Sigma – na str. 25. wskazano 4 dostawy. Zdaniem Odwołującego z treści załączonych na str. 27-30 referencji wynika jednoznacznie, że żadna z wykazanych dostaw nie obejmuje dostawy przenośnika podścianowego wraz z kruszarką kęsów i urządzeniem przekładkowym. Opisane w referencjach dostawy obejmują wyłącznie trzykrotną dostawę przenośników z urządzeniami przekładkowymi oraz jednokrotną dostawę samego przenośnika zgrzeblowego podścianowego. Odwołujący podał, że zauważył to Zamawiający, który pismem z 28 marca 2013 r. (nr DEP/KH/3676/2013) wezwał Sigmę do uzupełnienia wniosku o dokumenty potwierdzające spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Sigma pismem z 29 marca 2013 r. (nr 290/DTG/13) odmówiła przedłożenia żądanych przez Zamawiającego dokumentów, wskazując, że jej zdaniem głównym przedmiotem zamówienia był przenośnik podścianowy, a zatem wystarczającym było

wykazanie się dostawą samego przenośnika podścianowego. W ocenie Odwołującego Zamawiający miał obowiązek uznać, że Sigma nie spełniła warunku udziału w postępowaniu i na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp wykluczyć Wykonawcę z postępowania. Zamawiający jednak bezzasadnie zaakceptował złożone wyjaśnienia i dopuścił Sigmę do składania ofert.

Oдноśnie wniosku Konsorcjum Matix. Na str. 1 Konsorcjum wykazało się dostawami, z których żadna w ocenie Odwołującego nie potwierdza spełniania tego warunku. Odwołujący podniósł, że Zamawiający do oceny wniosku zaakceptował wyłącznie jedną pozycję z wykazu zawartego na stronie 1., co znajduje odzwierciedlenie w ocenie punktowej wniosku. Dostawa ta dotyczyła przenośników zgrzeblowych typu PZO 620/742E z kruszarkami kęsów. W ocenie Odwołującego dostawa ta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia z następujących powodów. Po pierwsze – przenośniki PZO 620/742E nie są przenośnikami podścianowymi, gdyż są to tylko urządzenia wykorzystywane w trakcie wykonywania robót przygotowawczych. Po drugie – w zakresie dostawy nie było układu przekładkowego. Dostawa wskazana przez Wykonawcę była wykonywana na podstawie aukcji 296/INW/11 prowadzonej przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. – Zakład Logistyki Materiałowej. Z opisu aukcji jednoznacznie wynika, iż zadaniem przenośników była *współpraca z kruszarką kęsów jako układ odstawy przodka*. Zdaniem Odwołującego parametry techniczne jednoznacznie wskazują, że konstrukcja przenośnika do robót przygotowawczych jest zgoła odmienna od przenośników podścianowych. Przenośnik będący przedmiotem tego zamówienia był podwieszany do szyn kolejki. Nie posiada osobnego układu przekładkowego, nie jest przystosowany do współpracy z przenośnikiem ścianowym. Jego budowa i parametry techniczne, a co za tym idzie również cena, w najmniejszym stopniu nie przystają do przenośnika zgrzeblowego podścianowego z kruszarką i układem przekładkowym (do odwołania załączono na dowód treść wymagań do aukcji nr 296/INW/11). Odwołujący stwierdził, że tego uchybienia Zamawiający jednak nie zauważył i zaniechał wezwania Konsorcjum Matix do wyjaśnienia oraz uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Z tego powodu Zamawiający bezzasadnie dopuścił Konsorcjum Matix do składania ofert.

Oдноśnie naruszenia art. 51 ust. 1 pzp. Przepis ten wskazuje jednoznacznie, że zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Ocena wniosków dokonana przez zamawiającego musi być prawidłowa, tj. nie może rodzić wątpliwości co do ważności *ofert* poszczególnych wykonawców. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu ocena wniosków nie została dokonana w sposób prawidłowy, gdyż Zamawiający dopuścił do składania ofert wykonawców niespełniających warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Zdaniem Odwołującego wszystkie opisane powyżej działania i zaniechania Zamawiającego stanowią równocześnie naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 pzp. Tak przeprowadzone postępowanie powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawco określonej w art. 7 ust. 1 pzp. Ponadto skutkuje ryzykiem udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami pzp, co jest zakazane zgodnie z art. 7 ust. 3 pzp. Odwołujący stwierdził, że naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazuje z ostrożności, w przypadku, gdyby wyjaśnienia z 21 marca 2013 r. zostały przekazane wyłącznie Odwołującemu. W takich okolicznościach Zamawiający postawiłby wobec poszczególnych wykonawców ubiegających się o zamówienie odmienne wymagania w stosunku do warunków określonych w Informacji, zwłaszcza w stosunku do warunku wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 6.1.1. Odwołujący musiał wykazać się znacznie bardziej skomplikowanymi dostawami w celu potwierdzenia warunku określonego w pkt 6.1.1. Informacji. Odwołujący ocenił, że takie działania można uznać za niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne.

Na skutek przekazania 15 kwietnia 2013 r. faksem i drogą elektroniczną przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłosili:

- A. 17 kwietnia 2013 w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu – FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach,
- B. 17 kwietnia 2013 r. faksem, 23 kwietnia 2013 r. pisemnie – PATENTUS S.A. z siedzibą w Pszczynie

– po stronie odwołującego,

oraz:

- C. 17 kwietnia 2013 r. w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – „Matix” sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, M..... P..... M-Profil z Węgierskiej Górki

– po stronie zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszeń przez Konsorcjum Matix i Wykonawcę FAMUR we właściwej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia ich nieskuteczności.

Natomiast Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia przez Wykonawcę PATENTUS, gdyż zgłoszenie faksem jest w niewłaściwej formie, natomiast w formie zgłoszenie nastąpiło z przekroczeniem 3-dniowego terminu, który upłynął 18 kwietnia 2013 r. Izba zważyła, że zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp konieczne jest doręczenie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenia przystąpienia w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania od zamawiającego. W ustawowym 3-dniowym terminie zgłoszenie Wykonawcy PATENTUS zostało przekazane Prezesowi Izby jedynie faksem. Nie ma znaczenia, że niezwłocznie zgłoszenie zostało potwierdzone pisemnie. Z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280, z późn. zm.) wynika, że zgłoszenie przystąpienia obok wniesienia odwołania stanowią wyjątki od możliwości przesyłania korespondencji do Izby faksem lub zwykłą drogą elektroniczną, nie obowiązuje również wobec nich domniemanie, że dzień przesłania korespondencji w ten sposób uznaje się za dzień jej doręczenia, jeżeli korespondencja ta została przekazana niezwłocznie w formie pisemnej. W przepisach ustawy pzp nie przewidziano również fikcji doręczenia, polegającej na tym, że nadanie pisma w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne ze zgłoszeniem w terminie przystąpienia. Tym samym nie ma podstaw do przyjęcia, że nadanie zgłoszenia przystąpienia przez Wykonawcę PATENTUS listem poleconym 17 kwietnia 2013 r. należy uznać za równoznaczne z wniesieniem do Prezesa Izby, co faktycznie miało miejsce dopiero z chwilą doręczenia adresatowi pisma, co nastąpiło dopiero 23 kwietnia 2013 r.

24 kwietnia 2013 r. wpłynęła do Izby faksem (25 kwietnia 2013 r. w formie pisemnej) odpowiedź na odwołanie, w której podano, że działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy pzp, *po zapoznaniu się z zarzutami podniesionymi w odwołaniu przez wykonawcę Kopex Machinery z siedzibą w Zabrze (...) Zamawiający postanowił uwzględnić zarzuty poprzez:*

- *unieważnienie czynności badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie,*
 - *unieważnienie zaproszenia wykonawców Sigma i Konsorcjum Matix do składania ofert*
 - *dokonanie ponownego badania i oceny wniosków wykonawców Sigma i konsorcjum Matix*
 - *wezwanie wykonawcy Konsorcjum Matix do wyjaśnienia i uzupełnienia treści wniosku*
- Dodatkowo w – jak to nazwano – *uzasadnieniu* wskazano, że *Zamawiający wezwał wykonawców Sigma i Konsorcjum Matix do wyjaśnienia i uzupełnienia wniosków a następnie dokonał ich ponownego badania.*

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

Izba ustaliła z urzędu w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie zostały wypełnione przesłanki skutkujące możliwością odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że nie ma podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym, gdyż Zamawiający nie uwzględnił w całości zarzutów przedstawione w odwołaniu, co stanowi konieczną przesłankę zarówno według ust. 2, jak i ust. 3 art. 186 pzp. Ponieważ Zamawiający nie oświadczył wprost, że uwzględnił zarzuty odwołania w całości, spowodowało to konieczność ustalenia przez Izbę, czy na podstawie treści przesłanej odpowiedzi na odwołanie można przypisać Zamawiającemu złożenie takiego oświadczenia woli. Należy zauważyć, że odwołanie zawiera zarzut zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania Wykonawcy Sigma na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp za niewykazanie spełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia, pomimo że wykonawca ten był w tym zakresie wzywany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Zarzut ten nie jest zatem analogiczny do również podniesionego w odwołaniu zarzutu związanego z niewykazaniem warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia przez Konsorcjum Matix, gdyż w tym przypadku Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Tymczasem z odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający postanowił wezwać do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów nie tylko Konsorcjum Matix, ale i wykonawcę Sigma. Nie ma przy tym znaczenia, że informacja dotycząca wezwania wykonawcy Sigma została zamieszczona w tzw. uzasadnieniu, które nie ma takiego charakteru w stosunku do powyżej zamieszczonej treści, gdyż stanowi dopełnienie całości opisu w jaki sposób Zamawiający postanowił uwzględnić zarzuty odwołania. Z treści odpowiedzi na odwołanie wynika zatem, że Zamawiający nie uwzględnił zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Wykonawcy Sigma, którego zamierza ponownie wezwać do uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający oświadczył nawet, że już dokonał takiego wezwania, a także ponownej oceny wniosków z uwzględnieniem jego rezultatów. Pierwsza z tych okoliczności znajduje potwierdzenie w przesłanej przez Zamawiającego dokumentacji prowadzonego postępowania, w której ostatnią udokumentowanymi czynnościami są wezwania z 17 kwietnia 2013 r. skierowane w trybie art. 26 ust. 3 pzp odrębnie do Konsorcjum Matix i wykonawcy Sigma do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Z kolei niestawiennictwo wszystkich uczestników postępowania odwoławczego uniemożliwiło umorzenie postępowania odwoławczego po przeprowadzeniu posiedzenia z ich udziałem. Z jednej strony Zamawiający mógłby na takim posiedzeniu oświadczyć jednoznacznie, że jednak uwzględnia zarzuty odwołania w całości. Takie oświadczenie byłoby konieczne, ale i mogłoby zostać uznane wystarczające do wywarcia skutku postaci możliwości umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego, gdyż dalsze czynności, które Zamawiający zamierzał podjąć lub nawet podjął w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostawałyby poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Z drugiej strony Odwołujący, gdyby się stawił, mógłby cofnąć zarzut dotyczący Wykonawcy Sigma, co otworzyłoby możliwość rozważenia odpowiedzi na odwołanie przesłanej przez Zamawiającego za wywołującą skutki uwzględnienia wszystkich zarzutów zawartych w odwołaniu, które zostały ostatecznie podtrzymane.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, gdyż Odwołujący, Zamawiający, Przystępujący „FAMUR” oraz Przystępujący Konsorcjum Matix potwierdzili otrzymanie zawiadomienia o terminie posiedzenia wyznaczonego na 25 kwietnia 2013 r. na godz. 10:00, a zgodnie z § 21 ust. 3 regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących – zawarte w odwołaniu, zgłoszeniach przystąpień, odpowiedzi na odwołanie – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 11 marca 2013 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie 20 lutego 2013 r. ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 11 listopada 2012 r., poz.1271).

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

Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu nieograniczonym. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania czynności lub zaniechania Zamawiającego dotyczące innych wykonawców, mogą potencjalnie narazić na szkodę Odwołującego, który na ich skutek nie uzyska 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. Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, Informacji zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego, pytań Odwołującego i udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, wniosków złożonych przez Wykonawcę SIGMA i Wykonawcę FAMUR, wezwania skierowanego przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i udzielonej przez Wykonawcę Sigma odpowiedzi, a także z protokołu postępowania.

Izba dopuściła także na podanie art. 190 ust. 2 pzp z urzędu dowód na okoliczność zakresu informacji dotyczących postępowania zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego w postaci wydruku z tej strony.

Izba ustaliła, że w zakresie niezbędnym dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania treść Informacji pokrywa się z treścią ogłoszenia o zamówieniu. Poniżej przywołano postanowienia według systematyki i numeracji Informacji, do tej systematyki Izba odwołuje się również w dalszych rozważaniach, traktując je jako odnoszące się do odpowiednich postanowień ogłoszenia o zamówieniu

Przedmiot zamówienia określono jako *Dostawa kompletnego przenośnika podścianowego z kruszarką kęsów, urządzeniem przekładkowym wraz z instalacją elektryczną dla KHW S.A. KWK „Wujek”.*

5. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków.

5.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

(...)

2) posiadania wiedzy i doświadczenia;

(...)

5.2. Zamawiający oceni spełnienie warunków udziału w postępowaniu wg formuły „spełnia” „nie spełnia” na podstawie złożonych dokumentów. Wykonawca musi wykazać spełnienie

każdego z warunków. Niespełnienie któregokolwiek warunku spowoduje wykluczenie wykonawcy.

5.3. Zamawiający wezwie Wykonawcę, który nie złożył pełnomocnictw, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub, który złożył wadliwe pełnomocnictwa, dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia w terminie 3 dni od daty otrzymania wezwania, chyba, że mimo ich uzupełnienia oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne będzie unieważnienie postępowania.

5.4. W celu wskazania Wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert Zamawiający będzie stosował następujące kryteria (obok podano znaczenie procentowe kryterium):

a) łączna wartość zrealizowanych dostaw – (100%),

Punkty przyznawane za kryterium „wartość zrealizowanych dostaw”, będą liczone wg następującego wzoru: $P_w = (W_i / W_{max}) \times 100 \times 1$

gdzie:

W_{max} – największa łączna wartość zrealizowanych usług potwierdzonych dokumentami, odpowiadających swoim rodzajom dostawom wchodzącym w zakres przedmiotu zamówienia spośród wszystkich złożonych wniosków,

W_i – łączna wartość zrealizowanych usług potwierdzonych dokumentami, odpowiadających swoim rodzajom dostawom wchodzącym w zakres przedmiotu zamówienia badanego wniosku,

1,0 – waga kryterium.

Łączna ilość punktów za wszystkie kryteria zostanie zsumowana i suma ta stanowić będzie końcową ocenę danego wniosku.

$P = P_w$

Wszystkie obliczenia dokonywane będą do dwóch miejsc po przecinku.

Zamawiający zaprosi do składania ofert 5 Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu i otrzymali w kolejności, największą ilość punktów w ocenie spełniania tych warunków, przyznawanych wg zasad określonych wyżej. W przypadku uzyskania przez Wykonawców jednakowej ilości punktów, co spowoduje przekroczenie liczby wykonawców określonej wyżej przez Zamawiającego, do złożenia ofert zostaną zaproszeni wszyscy wykonawcy, którzy uzyskali jednakową ilość punktów.

6. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie wykonawca winien dostarczyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

6.1. W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 5.1. niniejszej Informacji, zamawiający żąda złożenia:

1. Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia na łączną kwotę, co najmniej 1 000 000,00 zł (słownie: jeden milion złotych 00/100) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dowodów, zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) tj.:

1.1. Poświadczenia, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie winno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków

1.2. Oświadczenia wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt. 1.1. potwierdzających, że wszystkie te dostawy (wymienione w wykazie) zostały wykonane lub są wykonywane należycie (załącznik nr 1 do niniejszej Informacji).

W przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz, którego dostawy wskazane w wykazie, o którym mowa w niniejszym pkt. zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów.

(...)

18 marca 2013 r. Kopex Machinery przesłał do Zamawiającego pismo z tej daty, w którym stwierdził, że w nawiązaniu do ogłoszonego postępowania przetargowego, niniejszym, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, zwraca się z prośbą o wyjaśnienie treści zaproszenia do składania ofert poprzez udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania. W drugim z zadanych pytań przywołano treść pkt 6.1. Informacji, a następnie stwierdzono – *Warunek interpretujemy następująco: oferenci winni wykazać się co najmniej jedną dostawą kompletnego przenośnika zgrzeblowego podścianowego z kruszarką kęsów, urządzeniem przekładkowym i instalacją elektryczną, przy czym wartość takiej dostawy nie może być niższa niż 1 000 000,00 zł. Prosimy o potwierdzenie interpretacji lub wyjaśnienia.*

21 marca 2013 r. Zamawiający przesłał wyłącznie do Kopex Machinery pismo z tej daty, którego nie zamieścił również na swojej stronie internetowej. Na wstępie pisma stwierdza się, że w postępowaniu wpłynęła prośba o wyjaśnienie informacji niezbędnych do przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w zamówieniu publicznym prowadzonym w trybie przetargu ograniczonym. Zamawiający zacytował w piśmie zadane pytania oraz udzielił w szczególności następującej odpowiedzi na pytanie 2.: *Wykazanie się*

przez oferenta, co najmniej jedną dostawą kompletnego przenośnika zgrzeblowego podścianowego z kruszarką kęsów i urządzeniem przekładkowym zostanie uznane przez Zamawiającego za spełnienie tego warunku.

Izba ustaliła, że w odwołaniu adekwatnie opisano zawartość wniosków Wykonawcy Sigma i Konsorcjum Matix w zakresie niezbędnym dla rozstrzygnięcia sprawy (Izba abstrahuje w tym miejscu od oceny tego stanu faktycznego prezentowanej w odwołaniu).

28 marca 2013 r. *działając w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy pzp* Zamawiający wezwał Wykonawcę Sigma do *uzupełnienia dokumentów złożonych w w/w postępowaniu, zgodnie z zapisami „Informacji niezbędnych do przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu...*

Zamawiający zacytował brzmienie ppkt 1. pkt 6.1. Informacji, a następnie w następujący sposób opisał stwierdzone braki:

– *Wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat usług nie spełnia w/w warunku, załączony do wniosku wykaz oraz referencje nie zawierają dostaw przenośnika wraz z kruszarką kęsów.*

W określonym terminie 4 kwietnia 2013 r. wpłynęło do Zamawiającego pismo z 29 marca 2013 r., w którym wykonawca Sigma poinformował, że w punkcie 6.1. ppkt 1. Informacji Zamawiający żądał złożenia wykazu wykonanych głównych dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia na łączną kwotę co najmniej 1 000 000,00 zł. Wykonawca stwierdził, że głównym przedmiotem dostaw jest tutaj przenośnik podścianowy. W mniemaniu wykonawcy dołączenie do wniosku referencji na przenośnik podścianowy jako potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, co – zdaniem Wykonawcy – wykazane zostało w załączonym przez niego wykazie dostaw oraz referencjach załączonych na stronach 25-30 wniosku. Do pisma załączono zestaw tych samych referencji, które zostały złożone wraz z wnioskiem.

Zamawiający nie wzywał Konsorcjum Matix do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp lub do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp w zakresie dotyczącym dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Izba ustaliła ponadto, że 17 kwietnia 2013 r. – *w związku z odwołaniem oraz działając w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy pzp* – Zamawiający wezwał zarówno Konsorcjum Matix, jak i Wykonawcę Sigma do *uzupełnienia dokumentów złożonych w w/w postępowaniu, zgodnie z zapisami „Informacji niezbędnych do przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału*

w postępowaniu... Zamawiający zacytował brzmienie ppkt 1. pkt 6.1. Informacji, a następnie w następujący sposób opisał stwierdzone braki:

– we wniosku Konsorcjum Matix: *Wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat usług nie spełnia w/w warunku, załączony do wniosku wykaz oraz referencje nie zawierają dostaw przenośnika podścianowego z kruszarką kęsów i urządzeniem przekładowym. Referencje dotyczące przenośników zgrzeblowych typu PZO 620.742/E wraz z dynamiczną kruszarką kęsów nie są urządzeniami, które można zastosować jako przenośnik podścianowy, natomiast zostały wyprodukowane i przeznaczone do pracy w jako podwieszane w ciągu odstawy przodka. Oznacza to, że przedmiotowe referencje nie mogą stanowić potwierdzenia warunku wiedzy i doświadczenia.*

– we wniosku Wykonawcy Sigma: *Wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat usług nie spełnia w/w warunku, załączony do wniosku wykaz oraz referencje nie zawierają dostaw przenośnika podścianowego z kruszarką kęsów i urządzeniem przekładkowym.*

W oby przypadkach termin na uzupełnienie dokumentów wyznaczono na 19 kwietnia 2013 r. godz. 14:00.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie może zostać uwzględnione.

W ocenie Izby Odwołujący nie może domagać się wykluczenia Wykonawcy Sigma na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp za niewykazanie spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, gdyż nie pozwala na to opis sposobu oceny tego warunku wynikający z ogłoszenia o zamówieniu.

Na wstępie należy podkreślić, że właściwe sprecyzowanie warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp – w aktualnym stanie prawnym nazywane *opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunków* – ma kluczowe znaczenie dla postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, aby zarówno wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający mogli ocenę ich spełniania przeprowadzić na zasadzie *spełnia – nie spełnia*. Jest to istotne, gdyż warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiającego wpływają na krąg wykonawców, którzy mogą się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu. Jest to działanie dopuszczalne w granicach wyznaczonych przez dyspozycję art. 22 ust. 4 pzp, który wskazuje na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału z przedmiotem zamówienia postępowania o udzielenie

zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, aby te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zakres, rodzaj i forma żądanych w tym celu dokumentów muszą zostać opisane przez zamawiających w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny w dokumentach postępowania udostępnianych potencjalnym wykonawcom na równych zasadach.

Przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego, a zatem zgodnie z art. 22 ust. 3 pzp i art. 48 ust. 2 pkt 6 pzp warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny tych warunków (a także znaczenie tych warunków) powinny zostać zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu. Niezależnie od tego pkt 7 ust. 2 art. 48 pzp obligował Zamawiającego do zawarcia w tym ogłoszeniu informacji o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę wyłącznie treść pkt 5. Informacji, należałoby dojść do wniosku, że Zamawiający, wbrew temu co wynika z nawy tego punktu, zaniechał dokonania opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W szczególności takiego opisu nie stanowi wskazanie w pkt 5.2., że ocena taka będzie prowadzona według formuły *spełnia-nie spełnia* na podstawie złożonych dokumentów, gdyż zostało to odniesione do warunków z pkt 5.1., w którym przepisano abstrakcyjne i blankietowe warunki z art. 22 ust. 1 pzp ustawy pzp. W przypadku warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia nie da się zatem na tej podstawie stwierdzić jaką to wiedzę i doświadczenie Zamawiający uznał za niezbędną dla ubiegania się o udzielenie zamówienia. Nieco więcej wynika z pkt 5.4., w którym Zamawiający podał, że przy ustaleniu listy wykonawców, którzy najlepiej spełniają warunki udziału będzie miała znaczenie *największa łączna wartość zrealizowanych usług potwierdzonych dokumentami, odpowiadających swoim rodzajem dostawom wchodzącym w zakres przedmiotu zamówienia spośród wszystkich złożonych wniosków*. W rzeczywistości Zamawiający przeniósł opis sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu do pkt 6. Informacji, który według nazwy miał tylko zawierać wykaz oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienia Zamawiający żąda od wykonawców na potwierdzenie spełniania tych warunków. W szczególności Zamawiający zażądał w pkt 6.1. złożenia *wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia na łączną kwotę, co najmniej 1 000 000,00 zł (słownie: jeden milion złotych 00/100)*. Izba zważyła, że poza ustaleniem konkretnej kwoty, na którą mają opiewać uprzednio wykonane (a nawet wykonywane) dostawy, ich zakres

rzeczowy określono ogólnikowo. Zamawiający nie sprecyzował bliżej co uzna za dostawy rzeczowo odpowiadające przedmiotowi zamówienia, który obejmuje dostawę kompletnego przenośnika podścianowego z kruszarką kęsów, urządzeniem przekładkowym wraz z instalacją elektryczną, w szczególności, czy wystarczające będzie wykazanie się tylko doświadczeniem w dostarczeniu przenośnika podścianowego czy wymagany jest komplet w postaci przenośnika i wszystkich pozostałych elementów lub tylko niektórych z nich. Na podstawie treści ogłoszenia o zamówieniu nie można było zatem precyzyjnie ustalić jakie dostawy wykonane przez wykonawców będą mogły być z uwagi na ich przedmiot ocenione jako odpowiadające przedmiotowi udzielanego zamówienia.

Brak precyzji ogłoszenia w tym zakresie stał się przyczyną zadania przez Odwołującego pytania, w którym sformułował własną interpretację warunku, prosząc o jej potwierdzenie lub udzielenie stosowanych wyjaśnień. W ocenie Izby z udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień wynika jedynie potwierdzenie, że jedna dostawa kompletnego przenośnika zgrzeblowego podścianowego z kruszarką kęsów, urządzeniem przekładkowym i instalacją elektryczną (o wartości co najmniej 1 mln zł) będzie wystarczająca dla wykazania spełniania warunku. Jednakże udzielona odpowiedź nie potwierdza, co było intencją Odwołującego, że Zamawiający uznaje wszystkie te elementy dostawy za konieczne. Zamawiający udzielił indywidualnej odpowiedzi Odwołującemu, że jak ten wykaże się doświadczeniem opisanym w pytaniu, potwierdzi spełnianie warunku. Przede wszystkim Izba zważyła, że udzielona przez Zamawiającego odpowiedź nie może być uznana za wiążące wszystkich wykonawców wyjaśnienia doprecyzowujące lub zmieniające warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że ustawa pzp nie przewiduje ani zadawania przez wykonawców pytań, ani udzielania przez zamawiającego wyjaśnień odnoszących się do ogłoszenia o zamówieniu, gdyż instytucja uregulowana w art. 38 pzp odnosi się wyłącznie do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przede wszystkim jednak Zamawiający decydując się na udzielenie takich wyjaśnień na zasadzie analogii, powinien zachować standard przejrzystości i jawności nie gorszy, niż uregulowany w art. 38 pzp. Oznacza to co najmniej konieczność przekazania treści zapytań wraz z wyjaśnieniami wykonawcom, którzy wyrazili zainteresowanie postępowaniem, a także zamieszczenie ich na tej samej stronie internetowej co ogłoszenie o zamówieniu. W ocenie Izby ponieważ sugerowana w zapytaniu Odwołującego interpretacja stanowiła istotne doprecyzowanie, a zatem jej uwzględnienie przez Zamawiającego powinno również w konsekwencji prowadzić do zmiany treści ogłoszenia w zakresie opisu sposobu oceny spełniania warunku. Tymczasem Zamawiający poprzestał na udzieleniu indywidualnych wyjaśnień Odwołującemu, co w oczywisty sposób nie odpowiada prowadzeniu postępowania w sposób jawny, zapewniający zachowanie

uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W ocenie Izby Odwołujący doskonale zdawał sobie sprawę z takiego stanu rzeczy, na co wskazuje końcowa część uzasadnienia odwołania.

Izba zważyła, że Odwołujący nie kwestionuje faktu wykazania przez Wykonawcę Sigma doświadczenia w dostawie przenośnika podścianowego, w przypadku trzech pozycji wykazu nawet wraz z urządzeniem przekładkowym, a przedmiotem zarzutu jest niewystąpienie przy tych dostawach kruszarki kęsów. Tymczasem przebieg badania przez Zamawiającego, czy Wykonawca Sigma spełnia warunek udziału dotyczący wiedzy i doświadczenia, ukazuje w pełni nieprecyzyjność wynikającego z ogłoszenia sposobu oceny warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. W pierwszej kolejności Zamawiający stwierdził, że złożony wykaz wraz z referencjami nie potwierdza spełnienia warunku, gdyż nie występuje w nich kruszarka, i wezwał w trybie art. 26 ust. 3 pzp Wykonawcę Sigma do uzupełnienia dokumentów. Wykonawca nie uczynił zadość w wezwaniu, a wszystko wskazuje na to, że przekonał Zamawiającego swoimi wyjaśnieniami, w których w wyraźny sposób nawiązał do brzmienia pkt 3 ust. 1 § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), które nieco odmiennie, niż poprzednio obowiązujące rozporządzenie, rodzaj podstawowego dokumentu składanego na potwierdzenie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia – nazywa wykazem głównych dostaw, a nie po prostu wykazem dostaw. Izba – co do zasady – nie podziela daleko idących wniosków, jakie z tej zmiany przepisów wywiódł wykonawca. Tym niemniej, zważając na to, że w przedmiotowej sprawie opis oceny sposobu spełniania warunku został wyrażony wyłącznie przez wskazanie dokumentu, który należy złożyć, wyjaśnienia tego typu znajdują uzasadnienie. Trzeci zwrot nastąpił po wniesieniu odwołania, gdyż Zamawiający zdecydował się powrócić do pierwotnie zajmowanego stanowiska, z tą zmianą, że dopatrywał się oprócz braku kruszarki, również braku urządzenia przekładkowego, choć nie było to podnoszone w odwołaniu, a wręcz opisano w nim, że z wykazu i referencji wynika trzykrotna dostawa przenośników z urządzeniami przekładkowymi. 17 kwietnia 2013 r. Zamawiający zdecydował się ponownie wezwać Wykonawcę Sigma w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia *de facto* tego samego braku w zakresie wykazania spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Pomijając ocenę poprawności merytorycznej powtórzenia już raz dokonanego wezwania, w ten sposób Zamawiający dał jednoznaczny wyraz woli nieuwzględnienia zawartego w odwołaniu zarzutu zaniechania wykluczenia Wykonawcy Sigma z postępowania.

Tymczasem decyzja Zamawiającego o nieuwzględnieniu zarzutu zawartego odwołania (a raczej zajęciu swoistego stanowiska pośredniego), choć zupełnie wadliwa

w warstwie motywacyjnej, jest paradoksalnie słuszna co do zasady, gdyż zarzut odwołania wobec Wykonawcy Sigma nie mógł zostać uznany za zasadny z powodów uprzednio przywołanych. Nieprecyzyjność opisu oceny spełniania warunku nie może działać na niekorzyść wykonawcy, który, co niesporne, wykazał się doświadczeniem w dostawie przenośnika podścianowego na wymaganą kwotę.

Odmienne przedstawia się sytuacja w odniesieniu do zarzutu podniesionego w stosunku do Konsorcjum Matix, gdyż jego istotą był w ogóle brak potwierdzenia przez dokumenty złożone wraz z wnioskiem doświadczenia w dostawach przenośnika podścianowego, a jedynie dodatkowo wskazano na brak wystąpienia urządzenia przekładkowego – jak w przypadku Wykonawcy Sigma – brak kompletu obejmującego przenośnik podścianowy, kruszarkę kęsów i urządzenie przekładkowe. Izba zważyła, że nawet przy braku precyzji opisu sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, skoro przedmiot zamówienia dotyczy przenośnika podścianowego, to trudno uznać za odpowiadające takiemu przedmiotowi dostawy, których przedmiot nie obejmował tego rodzaju przenośników. Jednakże w tym zakresie Zamawiający nie tylko oświadczył, że uwzględnia zarzut podniesiony w odwołaniu, lecz jeszcze przed terminem posiedzenia uczynił zadość żądaniu odwołania i wezwał Konsorcjum Matix w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy pzp Izba wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Jednocześnie z art. 192 ust. 2 ustawy pzp wynika, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Izba zważyła, że z uwagi na stan rzeczy ustalony w przedmiotowej sprawie, w której Zamawiający unieważnił już ocenę wniosku Konsorcjum Matix i wezwał tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, nie można stwierdzić, że istniejące na dzień odwołania naruszenie tego przepisu ma wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 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

rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: