

**WYROK**  
**z dnia 29 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2014 r. przez wykonawcę **Dalin Sp. z o.o., ul. Prosta 11, 30-814 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu skreślenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale II – Szczegółowe wymagania techniczne – punktu 2.3.5.;
2. kosztami postępowania obciąża **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Dalin Sp. z o.o., ul. Prosta 11, 30-814 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** na rzecz **Dalin Sp. z o.o., ul. Prosta 11, 30-814 Kraków** kwotę **18 768 zł 87 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt osiem złotych osiemdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu.

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

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa noży kombajnowych do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. (CPV: 43613000-3 Części maszyn do cięcia węgla lub skał) w okresie od dnia zawarcia umowy do 31.12 2014 r.” Wnoszący odwołanie wykonawca - Dalin sp. z o.o. z Krakowa wniósł odwołanie od postanowień niezgodnych z przepisami ustawy w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz od zaniechania udzielenia odpowiedzi na zapytanie z dnia 15. 01. 2014r. dotyczące kwestionowanego w niniejszym odwołaniu postanowienia, pomimo świadomości upływu dla wykonawców [lw tym dla Odwołującego] terminu na wniesienie odwołania od treści specyfikacji i utraty możliwości późniejszego kwestionowania zapisów w przypadku odmowy modyfikacji jej postanowień przez Zamawiającego. Powyższe naruszyło, zdaniem Odwołującego: (1) art. 91 ustawy Pzp z uwagi na opisanie kryteriów oceny ofert i sposobu dokonywania oceny niezgodnie z przepisami, tj. wymaganie poniesienia przez wykonawców dodatkowych, znacznych nakładów finansowych (ok. 40.000,00 PLN) na badania przeprowadzane przez konkretną jednostkę i bez możliwości dostarczenia wyników badań przez inny podmiot), w celu umożliwienia dokonania oceny przez Zamawiającego w sposób, jaki zaplanował; (2) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na żądanie od wykonawców niebędących niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania, a nadto niemających znaczenia dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też wymagań określonych przez Zamawiającego; (3) art. 22 ust.1 pkt 4 i ust.4 i ust. 5 ustawy Pzp z uwagi na opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i okresu jego realizacji tj. postawienie warunku nadmiernego, a wskutek tego uniemożliwiającego Odwołującemu złożenie oferty spełniającej wymogi SIWZ, a także (4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zamieszczenie w treści SIWZ postanowień sprzecznych z zasadą równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Z uwagi na powyższy wnioś o zasądzenie kosztów oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę

postanowień SIWZ tj.: (1) dla zadań nr 4, 5, 6, 7, 3 i 13 usunięcie wymagania przeprowadzenia przez wykonawców na swój koszt badań laboratoryjnych dotyczących szybkości zużycia noży styczno - obrotowych w Katedrze Maszyn Górniczych Przeróbczych i Transportowych Wydziału Inżynierii Mechanicznej i Robotyki w Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie (Rozdział I pkt 13.2) i załączenia do oferty karty badań szybkości zużycia narzędzi skrawających dla materiałów wymienionych w części zamówienia nr 4, 5, 6, 7, 3 i 13 oraz pozytywnej opinii technicznej z użytkowanych noży (Rozdział II pkt 2.3.5); (2) obniżenia wymagania dotyczącego potwierdzenia wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy do poziomu proporcjonalnego do przedmiotu zamówienia (Rozdział II pkt 2.3.5).

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia - jest zainteresowany złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu i miałby szanse je uzyskać, jednakże, jeśli niełoży dokumentów wymaganych w obecnym brzmieniu SIWZ (niezgodnym z przepisami ustawy Pzp oraz rozporządzenia) jego oferta zostanie odrzucona.

W uzasadnieniu podał, że Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 stycznia 2014 r., a w dniu 10 stycznia 2014 r. została zamieszczona na stronie internetowej specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Wykonawca w dniu 15 stycznia 2014 r. skierował do Zamawiającego pisemną prośbę o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących zapisów SIWZ i o modyfikację jej treści. Do dnia 20 stycznia 2014 r., w którym upływał termin na wniesienie odwołania taka odpowiedź nie została wykonawcy doręczona i dalsze oczekiwanie na decyzję Zamawiającego skutkowałoby - w przypadku zajęcia przez Zamawiającego stanowiska przeciwnego do Odwołującego - brakiem możliwości kwestionowania niezgodnych z ustawą Pzp zapisów.

Wskazując na naruszenie art. 91 ustawy Pzp stwierdził, że wyrażony w Rozdziale I pkt 13.2 wymóg w postaci obowiązkowego przeprowadzenia na koszt wykonawcy badań i to tylko w jednej, konkretnej, jednostce (AGH), celem dokonania oceny ofert, w związku z dodatkowym kryterium oceny zawartym w pkt 13.1 SIWZ, jest sprzeczny z art. 91 ustawy Pzp i zasadami dotyczącymi oceny ofert. Sam fakt wprowadzenia przez Zamawiającego dodatkowego kryterium postaci „ubytku względnego masy noża” nie narusza przepisów ustawy Pzp. Zamawiający ma prawo samodzielnie

dokonać wyboru co jest dla niego istotne i w oparciu o to ustalić kryteria oceny, nie może jednak kosztami (znacznymi) związanymi z własnymi wyborami obciążać wykonawców i nakazywać im zlecenia usługi i dokonania płatności na rzecz określonego z góry, jednego podmiotu. Takie działanie prowadzi w efekcie jedynie do przysporzenia temu podmiotowi zleceń o określonej wartości, w krótkim okresie czasu i to z gwarancją terminowej zapłaty z uwagi na konieczność wykonania badań przed terminem składania ofert. Wskazał także na brak możliwości tańszego zleceniobiorcy. Podał także, że w przypadku ustalenia kryterium o charakterze jakościowym, Zamawiający powinien w miarę możliwości precyzyjnie opisać w jaki sposób dokonywał będzie oceny i punktacji. Zdaniem Odwołującego słuszniejsze byłoby nawet zobowiązanie wykonawców załączenia próbek (choć do badań wystarczy kilka sztuk, a nie aż 16 - to kolejne koszty) oraz poinformowanie ich, że w toku oceny ofert Zamawiający zleci badania niezależnemu podmiotowi np. AGH i, że wyniki badań zawarte w karcie badań podlegać będą punktacji w oparciu o opisany wzór. Jego zdaniem nie ma żadnych podstaw prawnych do obciążania kosztami badań wykonawców. Podkreślił ponadto, wskazując na orzecznictwo KIO, że w kwestii ubytku względnego masy noża, Zamawiający nie postawił żadnego minimalnego/maksymalnego współczynnika, a zatem brak jest punktu odniesienia przy porównywaniu ofert.

Wskazując na naruszenie art. 25 ust 1 ustawy Pzp stwierdził, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania i potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Zdaniem Odwołującego żaden z warunków udziału, ani żaden parametr techniczny nie zostanie potwierdzony w przypadku złożenia przez wykonawcę karty badań noży, czy pozytywnej opinii technicznej użytkownika, a zatem „dokumenty te, nie są niezbędne i nie służą celowi określonymu przez ustawodawcę. Ponadto ich uzyskanie wiąże się z nakładami finansowymi i trudnościami. Wykonawca podkreślił, że w Rozdziale II pkt pkt 16 i 17 SIWZ Zamawiający wskazał jakich parametrów noży wymaga [określonej wytrzymałości na rozciąganie, twardość i określonej udarności - dla korpusu noża] oraz określonych wymiarów, wytrzymałości na zginanie twardości [dla węgliku spiekane]. Żaden z tych parametrów nie odnosi się do szybkości ścierania noża i nie ma zatem uzasadnienia żądanie bardzo kosztownego

dokumentu, który nie potwierdza żadnego z wymaganych parametrów. Zwrócił uwagę, że katalog dokumentów opisanych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów (...), w przypadku zamówień sektorowych może być rozszerzony, ale nadal mogą one być żądane tylko pod warunkiem, że jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu - a zatem warunków wskazanych w art. 22 i 24 ustawy Pzp. W tym przypadku chodzi o kryteria oceny ofert a nie spełnianie warunków udziału, co jest niedopuszczalne.

Odwołujący stwierdził także, że w przypadku pozytywnej opinii technicznej użytkownika sytuacja przedstawia się podobnie i wskazał, że postanowienie z Rozdziału II pkt 2.3.5 jest zbyt ogólne, aby móc określić czego tak naprawdę wymaga Zamawiający i jakemu celowi miałyby taka opinia służyć. Dalej podał, że Zamawiający wymaga złożenia „pozytywnej opinii technicznej z użytkowanych noży spośród typów wymienionych w formularzu cenowym, wydaną przez bezpośredniego użytkownika, potwierdzoną przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego jednej z kopalń wchodzących w skład KHW S.A. lub z spoza kopalń KHW S.A., wystawioną nie wcześniej niż 3 lata przed dniem składania ofert. Zamawiający nie wymaga oddzielnych opinii dla każdego typu oferowanych przez danego producenta noży kombajnowych.” Odwołujący stwierdził, że bezpośrednim użytkownikiem noży kombajnowych jest operator kombajnu i jego zdaniem żadna z posiadanych przez potencjalnych wykonawców referencji nie była wystawiana przez operatora kombajnu i uzyskanie takiej opinii po 2- latach będzie niemożliwe lub co najmniej niewiarygodne. Operator - jeśli w ogóle jeszcze pracuje w danej kopalni ~ po takim upływie czasu nie będzie pamiętał, czy akurat ten rodzaj noży (spośród kilkunastu objętych zakresem zamówienia) był dobry, czy też stwarzał jakieś problemy; łatwo może dojść do pomyłki. Kierownicy Ruchu Zakładu Górniczego również się zmieniają - osoba zajmująca to stanowisko od np. roku, nie może potwierdzić oświadczenia operatora dot. okresu sprzed 2 lat, To ogranicza dostęp do zamówienia przez wykonawców, którzy nawet, jeśli faktycznie dane zadanie realizowali, a opinie o jego produktach były dobre - nie mogą z przyczyn od niego niezależnych (np. rotacja pracowników kopalń) uzyskać takich opinii. Dodatkowo - jest to bezcelowe. Nawet gdyby wykonawca uzyskał opinie techniczne dla każdego z rodzajów noży, ale byłyby one przeciętne (mimo ogólnie - pozytywne) - Zamawiający nie ma żadnej możliwości wybrania oferty z lepszymi opiniami, bowiem dokumenty te nie są brane

pod uwagę przy przyznawaniu punktów. Punkty za kryterium szybkości ścierania mają być wyliczone przez AGH. Wykonawca zwrócił także uwagę, iż taka opinia mogłaby być traktowana jako dokument zbliżony do referencji, jednakże referencje muszą potwierdzać tylko należyte wykonanie dostawy, a w tym przypadku - chodzi o osobistą, subiektywną ocenę produktu przez operatora. Dokumenty tego typu zwykle są wystawiane przez dyrektorów centrów logistyki, choć przepisy nie wskazują w sposób wyraźny, kto jest upoważniony do ich wystawiania. W konkluzji stwierdził, że wymóg, co do wystawcy dokumentu - osoby na konkretnym stanowisku, w sytuacji gdy chodzi o lata wcześniejsze jest nie tylko nieuzasadnione, ale przed wszystkim – nieuprawnione.

Odnosząc zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 41 art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp wykonawca stwierdził, że zgodnie z zapisem zamieszczonym w Rozdziale I pkt 6.1 ppkt 2 SIWZ, Zamawiający oceni spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej na podstawie informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę nie mniejszą niż kwoty wskazane w tym punkcie dla każdego zadania, łącznie dla wszystkich zadań - 702.600,00 PLN. Podał, że ustawa Pzp zezwala na stawianie takich warunków, które są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, przy czym proporcjonalność ta oznacza ich wartościową lub terminową adekwatność do zamawianego przedmiotu. Powołując się na orzecznictwo stwierdził, że „Warunek proporcjonalny to taki, który bezpośrednio nawiązuje do zdolności wykonawcy do wykonania całego zleconego zakresu zamówienia”, a „proporcjonalność oznacza, iż opisane warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia”. W ocenie Odwołującego, żądanie posiadania środków finansowych/zdolności kredytowej na poziomie ponad 700.000,00 PLN jest nieadekwatne do warunków zamówienia. Ponieważ odwołanie składane jest przed terminem otwarcia ofert, Odwołujący nie zna faktycznej wartości zamówienia, jednakże od razu można wskazać, iż jest to kwota znacząca dla każdego przedsiębiorcy. Dodatkowo zwrócił uwagę, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa noży kombajnowych etapami, na podstawie kolejnych zamówień składanych na przestrzeni całego roku 2014”. Tym samym, płatności za poszczególne dostawy

będą realizowane na bieżąco i nie ma potrzeby blokowania środków na wartość wyprodukowania znaczącej ilości noży. Podkreślił, że ustanowiony próg musi być dostosowany do wagi danego zamówienia w tym sensie, że ma obiektywnie stanowić pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, lecz nie wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne w tym celu" (orzeczenie ETS z dnia 18.10.2012 r. w sprawie C-218/11) Wymóg zatem Zamawiającego, aby wykonawcy wykazali dostępność środków o wartości ponad 700 000 PLN (przy założeniu, że złożą ofertę na wszystkie zadania) jest nadmierny i nieproporcjonalny do warunków zamówienia.

Odnosnie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca podał, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców". Żądanie przez Zamawiającego dokumentów opisanych w punktach powyżej jasno wskazuje, iż nie są one niezbędne dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania, nie mają wpływu na faktyczną możliwość realizacji zamówienia, a jednak w wyniku ich zamieszczenia, ograniczona została konkurencja i wyeliminowano niektóre podmioty chcące złożyć ofertę. Taki opis warunków finansowych i ekonomicznych, a także żądanie przeprowadzenia przez wykonawców kosztownych badań, stanowi nierówne traktowanie podmiotów - faworyzowanie podmiotów dysponujących większymi środkami pieniężnymi, dla których takie kwoty stanowią niewielkie obciążenie dla budżetu, co pozostaje bez wpływu na faktyczną szansę na lepsze wykonanie przedmiotu zamówienia. Ponadto, całkowicie nieuzasadniony jest podział przedmiotu zamówienia na dwie grupy - zadania 1-3 i 9-12, dla których istotna jest tylko cena oraz zadania 4-8 i 13, dla których dodatkowym kryterium oceny jest „ubytek względny masy noża", który ma być w całości ustalany przez AGH, a nie Zamawiającego, na podstawie badań finansowanych przez wykonawców. Wszystkie 13 zadań dotyczy noży kombajnowych obrotowych, jedno/dwustopniowych, różniących się jedynie wymiarami. Żądanie zatem od wykonawców badań tylko co do niektórych z nich, stawia producentów mających w ofercie noże z zadań 1-2 i 9-12 w korzystniejszej sytuacji, bowiem nie są oni narażeni na dodatkowe koszty przygotowania ofert.



W konkluzji stwierdził, że Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji z uwagi na bezzasadne żądanie: (1) poniesienia przez każdego z wykonawców kosztów (ok. 40.000, 00 PLN) związanych z przeprowadzeniem badań przez wskazany przez Zamawiającego jeden, konkretny podmiot, i uzyskaniem kart badań, które nie potwierdzają spełnienia/niespełnienia postawionych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, a także (2) przedłożenia pozytywnej opinii technicznej wystawionej przez osoby na konkretnych stanowiskach, które również spełnienia tych warunków nie potwierdzają, a ponadto (3) spełnienia warunków finansowych i ekonomicznych nadmiernych w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zwłaszcza czasu jego realizacji i faktu, że następuje ono w częściach.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** wniósł o jego oddalenie podnosząc w szczególności, że Odwołujący uzasadniając zarzut naruszenia przepisu art. 91 ustawy Pzp przyznał, że zgodnie z prawem pozostaje samo wprowadzenie do wymogów przetargowych dodatkowego kryterium oceny ofert, związanego z jakością oferowanych wyrobów. Zamawiający podkreślił, że możliwość żądania od wykonawców przeprowadzenia finansowanych przez nich (a nie przez zamawiającego) badań odnoszących się w szczególności do jakości oferowanych wyrobów, jak też dołączenia wyników tychże badań do oferty nie budzi żadnych wątpliwości w świetle obowiązujących przepisów. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że wyniki badań winny być traktowane jako dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, pozwalające na dokładne zweryfikowanie, czy oferowane elementy odpowiadają jego wysokim oczekiwaniom, uzasadnionym wolą pozyskania produktów bezpiecznych i najwyższej jakości. Zwracając uwagę na trudne warunki użytkowania noży kombajnowych powodują, że jakość wykonania noży (zależna przede wszystkim od materiału, z jakiego je wykonano oraz posiadanych przez nie parametrów technicznych), ma zasadnicze znaczenie zarówno dla efektywności pracy kombajnów ścianowych, jak i częstotliwości wymiany samych noży. Noże niskiej jakości ulegają szybkiemu zużyciu wskutek ścierania się, prowadzącego do ubytku ich masy i niemożności dalszego zastosowania. Obniża to wydajność kombajnów górniczych, w których takie noże zainstalowano, a także powoduje konieczność częstszej wymiany samych noży. Obie te okoliczności wywołują daleko posunięte niekorzystne skutki ekonomiczne dla Zamawiającego. Aby zapewnić sobie dostawy noży o parametrach zapewniających

ich odpowiednio długie i wydajne użytkowanie, Zamawiający zdecydował się wprowadzić w częściach zamówienia o największej szacunkowej wartości obok ceny dodatkowe kryterium oceny ofert, w postaci parametru ubytku względnego masy noża. Prawem Zamawiającego było żądanie, aby wartość tego parametru nie tyle wynikała z oświadczeń samego wykonawcy, lecz była stwierdzona w drodze badań wykonanych przez obiektywną specjalistyczną jednostkę naukową, Akademia Górniczo-Hutnicza w Krakowie odpowiada powyższym wymaganiom, jako że jako jedyna w Polsce dysponuje specjalistyczną metodologią i stanowiskiem badawczym pozwalającym na ustalenie przedmiotowego parametru. Katedra Maszyn Górniczych Przeróbczych i Transportowych Wydziału Inżynierii Mechanicznej i Robotyki posiada ugruntowany autorytet naukowy, zaś obiektywizm tej jednostki, niedziałającej na zasadach komercyjnych, nie powinien budzić najmniejszych wątpliwości. Zamawiający wyjaśnia, że nie funkcjonuje w obrocie norma polska lub europejska, która standaryzowałaby proces badań tak ustalonego parametru, co dodatkowo uniemożliwia akceptację wyników badań pochodzących z innych źródeł. Dalej podał, że wyniki badań klinicznych - referujące do sposobu i skutków stosowania danego leku, a więc potwierdzające właściwości samego przedmiotu dostawy - mogą zostać uznane za dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a żądanie tego typu dokumentów nie wpływa na sam opis przedmiotu zamówienia rozumiany jako wyspecyfikowanie i dookreślenie parametrów i wymagań odnośnie samego składu, właściwości, kształtu, jakości, ilości etc. dostaw nim objętych. Mutatis mutandis, należy uznać, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu ma prawo żądać dołączenia karty badań szybkości zużycia noży. Zwracając ponownie uwagę na orzecznictwo KIO podkreślił możliwość żądania przez Zamawiającego od wykonawców wyników badań jakościowych noży kombajnowych, przeprowadzonych w Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie. Podkreślił, że Katowicki Holding Węglowy S.A. należy do kategorii zamawiających sektorowych, zatem uprawnienia do żądania dołączenia do oferty wyników badań dopatrywać się można również w przepisie art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i uprawnienie zawarte w tym przepisie odnosi się zarówno do dokumentów przedmiotowych, jak i dokumentów o charakterze podmiotowym.

Także zdaniem Zamawiającego żądanie dołączenia do oferty pozytywnej opinii technicznej dotyczącej oferowanych noży nie jest niezgodne z ustawą Pzp. Wskazał,

że istniejące w praktyce rozróżnienie pomiędzy dokumentem określanym przez Odwołującego jako „referencje” (obecnie określanym przez przepisy mianem „poświadczenia”) a opinią odnoszącą się do samego procesu użytkowania produktu dostrzegła i zaaprobowała Krajowa Izba Odwoławcza, dopuszczając w jednym z wyroków możliwość żądania obok referencji także pozytywnej opinii o oferowanych towarach (w tym przypadku - strzemionach), wystawionej przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego. Dalej podał, że dokument referencji (poświadczenia) w warunkach działania spółek węglowych, będących dużymi, wielo-oddziałowymi przedsiębiorstwami, wydawany jest najczęściej przez służby logistyczne bądź finansowe i sformułowanie odnoszące się do należytego wykonania dostaw nie zawiera w swej treści chociażby oceny co do stopnia zużywania się dostarczanych noży. Jednocześnie, dla uniknięcia wszelkich wątpliwości w tej mierze, Zamawiający dnia 27.01.2014 r. zmodyfikował treść SIWZ w zakresie punktu 2.3.5. Rozdziału II, precyzując że wystawcą opinii powinien być Kierownik Ruchu Zakładu Górniczego.

Odnosnie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, [żądanie dysponowania środkami pieniężnymi lub zdolnością kredytową w wysokości przekraczającej 700.000 zł], Zamawiający stwierdził, że przedmiotowe postępowanie podzielone jest na trzynaście części, a spełnienie warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie będzie badane odrębnie dla każdej z części. Punkt 6.1.2. Rozdziału I SIWZ zawiera więc trzynaście odrębnych kwot, które Odwołujący w istocie bezpodstawnie zsumował. Zamawiający wyjaśnił, że algorytm ustalania wymaganej kwoty w każdej części zamówienia jest analogiczny. Ponieważ wedle treści umowy w sprawie zamówienia publicznego termin płatności wynosić będzie dziewięćdziesiąt dni, co odpowiada około 15% przewidywanego czasu trwania umowy, wykonawca musi być przygotowany na udzielenie Zamawiającemu kredytu kupieckiego w zakresie 15% łącznej maksymalnej sumy dostaw. Przemnażając szacunkowe wartości przedmiotu zamówienia w każdym z zadań przez 15% Zamawiający otrzymał kwoty wskazane w SIWZ. Wymogi stawiane przez Zamawiającego w analizowanym zakresie bynajmniej nie odbiegają od praktyki stosowanej w codziennym obrocie zamówień publicznych oraz, że warunek w zakresie zdolności finansowej nie może abstrahować od stopnia rzeczywistego wykorzystania w danej sytuacji tego zasobu (np. skonsumowania części przyznanego kredytu), nie dotyczy jednak jedynie danego zadania (zamówienia), ale

wiąże się z sytuacją wykonawcy jako całości, musi zatem uwzględniać jego szersze niż dane zamówienie spektrum działalności, w tym to że dane środki czy zdolność kredytowa wyrażają ogólną kondycję finansową podmiotu, z uwzględnieniem innych realizowanych przedsięwzięć. Oznacza to w istocie, że Zamawiający mógłby nawet zaostrzyć swoje oczekiwania w tym zakresie, czego jednak nie czyni.

### **Rozpatrując odwołanie Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła brak podstaw do odrzucenia odwołania w związku z przesłankami określonymi w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, że wykonawca posiadał legitymację procesową do wniesienia odwołania, o której stanowi art. 179 ust.1 ustawy Pzp, albowiem kwestionowane postanowienie specyfikacji mogły naruszać jego interes nie pozwalając wykonawcy na złożenie oferty w zakresie części bądź wszystkich zadań, a to z kolei mogłoby powodować szkodę w rozumieniu powołanego przepisu z uwagi na brak możliwości ubiegania się o zamówienie, którego przedmiotem jest dostawa noży kombajnowych do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w roku 2014.

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu Izba uznała, że podlega uwzględnieniu zarzut, dotyczący warunku z rozdziału II pkt 2.3.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia [także po jego modyfikacji].

Zgodnie ze spornym warunkiem Zamawiający wymagał przedłożenia w ofercie „Pozytywnej opinii technicznej z użytkowanych noży (...), z pośród typów wymienionych w formularzu cenowym, wydaną przez bezpośredniego użytkownika, potwierdzoną przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego jednej z kopalń wchodzących w skład KHW S.A. lub spoza kopalń KHW S.A. wystawioną, nie wcześniej niż 3 lata przed dniem składania ofert.” Po jego zmianie [modyfikacja z dnia 27.01.2014 r.] wystawcą miał być Kierownik Ruchu Zakładu Górniczego.

Izba przede wszystkim stwierdza, że Zamawiający nie wykazał, że taka opinia techniczna ma potwierdzić warunek udziału w postępowaniu, co jest wymagane zarówno przepisem art. 25 ust. 1 ustawy Pzp jak również przepisem art. 138 c ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Tym samym, choćby z tego powodu, żądany od wykonawców dokument pozytywnej opinii technicznej dla określonych w tej specyfikacji typów noży, nie może być uznany za dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania.

Izba zauważa ponadto, że wystawcą takiego dokumentu po zmianie siwz z dnia 27 stycznia 2014 r. [a więc po wniesieniu odwołania w dniu 20.01.2014 r.] miał być kierownik ruchu zakładu górniczego. W tym miejscu Izba zauważa, że to stanowisko występuje w przedsiębiorstwie o statusie zakładu górniczego, czego nie kwestionował Zamawiający w toku rozprawy. Z kolei warunek podmiotowy udziału w niniejszym postępowaniu określony w rozdziale I pkt 6.1.1) dotyczy dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia [dostaw noży kombajnowych o określonej wartości] na rzecz bliżej nieokreślonych odbiorców. Z pewnością z tego warunku nie wynika, aby wymagane dostawy realizowane były wyłącznie na rzecz zakładów górniczych. Na marginesie Izba stwierdza, że ewentualnie takie ograniczenie mogłoby być podyktowane tylko szczególnymi uwarunkowaniami, wymagającymi ich wykazania przez Zamawiającego.

Izba stwierdza również, że w powołanym warunku [punkt 6.1.1) w rozdziale I siwz] Zamawiający nie wymaga wykazania dostaw noży [typu] o parametrach ściśle opisanych w pkt 1 rozdziału II specyfikacji [Szczegółowe wymagania techniczne] w szczególności, co do oznaczeń cyfrowych użytych w opisie noży. Natomiast sporna opinii techniczna wymagana w pkt 2.3.5 z rozdziału II specyfikacji – jak wynika z opisu warunku - ma dotyczyć typów noży wymienionych w formularzu cenowym, a więc stanowiących przedmiot tego zamówienia, a nie przedmiot dotychczasowych dostaw.

W tym przypadku Izba stwierdza, że w pkt 2.3.5 z rozdziału II specyfikacji Zamawiający sformułował dodatkowy warunek dostawy noży kombajnowych objętych przedmiotem zamówienia na rzecz kopalń, co pozostaje w sprzeczności z warunkiem

punktu 6.1.1) w rozdziale I siwz. Izba stwierdza także, że wymagania techniczne opisane w rozdziale I w żaden sposób nie pozwalają uznać, że pozytywna opinia techniczna określona w rozdziale II pkt 2.3.5 specyfikacji potwierdza jakiegokolwiek zindywidualizowane wskazane obiektywnie wymaganie techniczne.

Izba – wobec powoływanych orzeczeń KIO – ponadto stwierdza, że wydając rozstrzygnięcie w sprawie konkretnego odwołania skład orzekający Izby nie jest związany innym orzeczeniem sądu czy Krajowej Izby Odwoławczej wydanym w innej sprawie. Przywołane tezy z orzeczeń nie mogą być uznane za argumenty merytoryczne mające uzasadniać i udowadniać zasadność stanowiska strony, która się na daną tezę powołuje. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, intencjonalnie wybrane fragmenty uzasadnień wyroków KIO zawierających generalne tezy, z którymi na pewnym poziomie ogólności nie sposób się nie zgodzić, nie może być podstawą do rozstrzygnięcia Izby w konkretnej sprawie. Izba zwraca także uwagę, że zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności wyrażoną w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp przedkładanie materiału dowodowego należy do stron i uczestników postępowania, a nie do organu orzekającego. Zatem to strony [i przystępujący wykonawca], pod rygorem negatywnych konsekwencji w wydanym przez Izbę orzeczeniu, powinny wskazywać okoliczności [dowody], mogące być podstawą rozstrzygnięcia.

W konkluzji Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 25 ust.1 ustawy Pzp w związku z wymaganiem określonym w punkcie 2.3.5 w rozdziale II – Szczegółowe wymagania techniczne - specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które to postanowienie zgodnie z rozstrzygnięciem Izby zawartym w sentencji wyroku podlega skreśleniu.

Zarzuty w pozostałym zakresie nie podlegają uwzględnieniu.

Izba, odnośnie pierwszego z zarzutów dotyczącego naruszenia art. 91 ustawy Pzp, stwierdza, że przepis ten zawiera osiem ustępów regulujących różne zagadnienia [związane z wyborem najkorzystniejszej oferty, opisem kryteriów, powstaniem obowiązku podatkowego, procedurą wyboru i związanymi z tym utrudnieniami, ofertami dodatkowymi, powiadomieniami, a także delegację do wydania aktu wykonawczego]. Z argumentacji Odwołującego można wywieść, że wykonawca

kwestionuje przyjętą w pkt 13.3 specyfikacji metodologię oceny ofert w kryterium – ubytek względny masy noża - w zadaniach o numerze 4, 5, 6, 7, 8 i 13, podnosząc zarzut naruszenia art. 91 ustawy Pzp oraz naruszenie zasad, dotyczących oceny ofert. W tym przypadku nie wskazuje jednak, który z przepisów ustawy Pzp de facto został naruszony oraz jaką zasadę oceny ofert narusza przyjęta metodologia oceny w jednym z kryteriów związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty.

W tym miejscu Izba stwierdza, że zgodnie z treścią art. 180 ust 3 ustawy Pzp zarzut, co do jego podstawy faktycznej, jak i prawnej powinien być wyraźnie sformułowany, a mianowicie powinien wskazywać czynność zamawiającego, oraz przepis prawa, która dana czynność ma naruszać. Powołanie tylko czynności nie tworzy zarzutu, albowiem zgodnie z art. 180 ust.1 ustawy Pzp zarzut to czynność faktyczna i przepis prawa, który skutkiem tej czynności [lub jej zaniechania] został naruszony.

Izba stwierdza także, że zarzut naruszenia art. 90 ust.1 ustawy Pzp wykonawca oparł na twierdzeniu, że Zamawiający żądając „badania szybkości zużycia narzędzi skrawających” (...) nie postawił żadnego minimalnego/maksymalnego współczynnika, a zatem brak jest punktu odniesienia przy porównywaniu ofert”.

Izba zwraca uwagę, że wymagane badanie związane jest z procedurą oceny ofert, opisanych w pkt 13.1.3 oraz 13.2 specyfikacji związku z art. 36 ust.1 pkt 13 [dotyczącym podania m.in. sposobu oceny ofert], a nie z warunkami technicznymi do których mógłby mieć zastosowanie przepis art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Wymagana karta badań zużycia noży z rozdziału II.3.2.6 specyfikacji nie jest dokumentem, potwierdzającym w tym postępowaniu warunki przedmiotowe zamawianego produktu.

Izba, w tym przypadku zauważa, że ten dokument, z uwagi na cel któremu ma służyć, powinien być zamieszczony w rozdziale I w zakresie pkt 13, jednakże umiejscowienie spornego dokumentu w rozdziale II pkt 2.3.6 nie może być kwalifikowane jako naruszenie art. 25 ust.1 ustawy Pzp.

Izba, uwzględniając procesową (art. 190 ust. 1 Pzp), jak i materialną zasadę ciężaru dowodu (art. 6 k.c.) spoczywającego na podmiocie, który z danych okoliczności

wywodzi skutki prawne, zwraca uwagę, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzeń o istnieniu innych jednostek badawczych, które mogłyby wykonać wymagane badanie. Hipotetyczne twierdzenia o istnieniu takich placówek, szczególnie w sytuacji, gdy dla przeprowadzenia tego badania wymagane jest specjalistyczne stanowisko badawcze, nie może być z pewnością uznane za dowód w sprawie.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, że ustawa Pzp przewiduje, chociażby w jej art. 36 ust.2 pkt 8 czy w art. 93 ust.4, ponoszenie przez wykonawców kosztów związanych z przygotowaniem oferty. Ponadto zamawiający, zgodnie z ustawą, może przewidzieć zwrot kosztów uczestnictwa w postępowaniu, jednakże zarzut braku zwrotu takich kosztów nie został objęty odwołaniem.

W konkluzji Izba stwierdza, że nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp oraz, we wskazanym zakresie, zarzut naruszenia art. 25 ust.1 ustawy Pzp.

Izba stwierdza również, że nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut dotyczący naruszenia art. 22 ust.1 pkt 4 i ust.1 oraz ust.5 ustawy Pzp.

W tym przypadku, z uwagi na stan faktyczny sprawy, Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że warunek z rozdziału I pkt 6.1.2) specyfikacji jest adekwatny do warunków zamówienia. Tak jak wskazał Zamawiający przedmiotowe postępowanie podzielone jest na trzynaście zadań, a spełnienie warunku udziału postępowaniu w tym zakresie będzie badane odrębnie dla każdej z części. Sporny punkt 6.1.2. rozdziału I specyfikacji zawiera trzynaście odrębnych kwot, które Zamawiający ustalił przemnażając szacunkowe wartości przedmiotu w każdym z zadań wskaźnikiem 15%. Izba zwraca uwagę, że dla danego zadania zostały ustalone indywidualne kwoty [od 4.300 zł do 155.900 zł], a kwestionowana przez wykonawcę kwota 702.600 zł dotyczy całego zadania.

Ostatni z zarzutów, odnośnie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca oparł na nieuzasadnionym podziale przedmiotu zamówienia na dwie grupy: zadania 1 - 3 i 9 -12 dla których istotna jest tylko cena oraz zadania 4 - 8 i 13 dla których



dodatkowym kryterium oceny jest „ubytek względny masy noża”, który ma być w całości ustalany przez AGH, na podstawie badań finansowanych przez wykonawców.

Odnosnie tego zarzutu Izba przede wszystkim stwierdza, że art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie może stanowić w zasadzie samoistnej podstawy zarzutów odwołania i powinien odnosić się do konkretnej czynności w nawiązaniu do skonkretyzowanego przepisu ustawy Pzp. W niniejszej sprawie wykonawca nie wskazał, w jaki sposób wymaganie przedłożenia badań, mające kluczowe znaczenie dla efektywnego przeprowadzenia postępowania, skierowane do wszystkich wykonawców, składających ofertę w odniesieniu do zadań z punktu 4 - 8 i 13 narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji. W tym stanie faktycznym, nierówne traktowanie wykonawców mogłoby przejawiać się w odmiennej ocenie tych samych faktów, czy wyciąganie różnych wniosków z takich samych okoliczności, co w okolicznościach tej sprawy nie zostało wykazane.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 a i b rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. Izba za uzasadnione uznała koszty na kwotę 168, 87 zł z faktury z dnia 29 stycznia 2014 r. [ze stacji Statoil z Warszawy], nie uwzględniając kosztów na kwotę 319, 46 zł z faktury z dnia 27 stycznia 2014 r. [stacja paliw z Bytomia], ponieważ Odwołujący nie wykazał, że paliwo zakupione w Bytomiu w dniu 27 stycznia br w całości zostało zużytkowane na dojazd na rozprawę w dniu 29 stycznia br. Z kolei wynagrodzenie pełnomocnika nie mogło być orzeczone w kwocie wyższej niż kwota 3.600 zł.

.....