

Sygn. akt: KIO 1997/15

WYROK

z dnia 24 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2015 r. przez wykonawcę **MMC Poland sp. z o.o. w Katowicach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu-Zdroju**

przy udziale wykonawcy **Becker-Warkop sp. z o.o. w Świerklanach**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Kopex Machinery S.A. w Zabrze**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień:**
 - a) **pkt IX.B.1 tiret pierwsze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz postanowienia pkt III.2.3.1 tiret pierwsze ogłoszenia o zamówieniu przez wykreślenie słów „spełniających wymagania dyrektyw UE (2006/42/WE oraz 94/9/WE (ATEX))”,**
 - b) **pkt X.2 tiret drugie SIWZ oraz pkt III.2.3.1 tiret ostatnie ogłoszenia o zamówieniu przez ich wykreślenie**
oraz wykonanie czynności informacyjnych związanych z modyfikacją wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. **kosztami postępowania obciąża Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu-Zdroju i**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **MMC Poland sp. z o.o. w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. w Jastrzębiu-Zdroju** na rzecz wykonawcy **MMC Poland sp. z o.o. w Katowicach** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa w Jastrzębiu-Zdroju - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa 167 szt. fabrycznie nowych ścianowych sekcji obudów zmechanizowanych o zakresie pracy od nie więcej niż 2 m do nie mniej niż 4,5 m wraz z instalacją zasilającą wysokociśnieniową oraz urządzeniami montażowo-transportowymi, fabrycznie nowego przenośnika zgrzeblowego ścianowego, fabrycznie nowego przenośnika zgrzeblowego podścianowego z kruszarką i urządzeniem przekładkowym dla JSW S.A. KWK „Knurów-Szczygłowice” Ruch Szczygłowice.”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2015 r., nr 2015/S 169-308876.

W dniu 11 września 2015 r. wykonawca MMC Poland sp. z o.o. w Katowicach, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- 2) czynności zamawiającego polegającej na opisie dokumentów, jakie wykonawcy mają złożyć celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 4 ustawy Pzp przez sformułowanie opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskutek opisanego powyżej naruszenia, przez nieuzasadnione ograniczenie dostępu wykonawców do udziału w postępowaniu niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że dokonany przez zamawiającego opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że zamawiający zażądał od wykonawców wykazania się posiadaniem doświadczenia w zakresie następujących dostaw:

- a) co najmniej 150 sekcji obudów zmechanizowanych,
- b) jednego przenośnika zgrzeblowego,
- c) jednego urządzenia przekładkowego,
- d) jednej kruszarki,
- e) jednego wysokociśnieniowego agregatu pompowego.

Stosownie do treści postanowienia pkt. III IX.B.1 tiret pierwsze SIWZ oraz pkt III.2.3.1 tiret pierwsze ogłoszenia wymóg dotyczący pierwszego ze wskazanych urządzeń - obudów sekcji, został uzupełniony o zastrzeżenie, że dostawa musi dotyczyć sekcji obudów zmechanizowanych spełniających wymagania dyrektyw UE (2006/42/WE oraz 94/9/WE (ATEX)).

Odwołujący podniósł, że rozpatrywane łącznie postanowienia SIWZ i ogłoszenia eliminują z udziału w postępowaniu tych wykonawców, którzy dokonywali dostaw sekcji obudów wyłącznie na inny rynek niż na rynek Unii Europejskiej. Wykluczeni z udziału w postępowaniu są zaś wykonawcy, którzy legitymują się doświadczeniem w dostawach między innymi na następujących rynkach, na których funkcjonują równoważne, lub nawet bardziej rygorystyczne regulacje zbliżone do treści dyrektyw UE 2006/42/WE oraz 94/9/WE (ATEX):

- Stanów Zjednoczonych Ameryki,
- Związku Australijskiego,
- Federacji Rosyjskiej,
- Chińskiej Republiki Ludowej.

Zdaniem odwołującego, doświadczenie w tego typu dostawach jest całkowicie wystarczające do zapewnienia prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wskazał także, że tego typu wymóg jest niespotykany wśród zamawiających w postępowaniach o podobnym przedmiocie. Postawiony wymóg uznać należy zatem za całkowicie nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia i przez to niezgodny z postanowieniem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Stanowi on bowiem konieczność wylegitymowania się - w celu wzięcia udziału w postępowaniu - doświadczeniem polegającym na niemal dokładnym odzwierciedleniu przedmiotu zamówienia w postępowaniu. W praktyce chodzi przy tym niemal wyłącznie o rynek polskiego górnictwa węgla kamiennego. Brak jest zaś jakichkolwiek podstaw do kwestionowania doświadczeń i wiedzy zdobytych na innych rynkach, na których zagrożenia dla górników są tożsame, o ile nie nawet bardziej poważne.

Ponadto, zdaniem odwołującego, nie może z pola widzenia ująć również okoliczność, że dokonanie dostawy w ramach postępowania będzie musiało być - stosownie do treści części IV załącznika nr 1 do SIWZ - poprzedzone stosownym badaniem i uzyskaniem certyfikatu badania typu WE. Zamawiający zatem nie ryzykuje, iż otrzyma w rezultacie postępowania urządzenie, które nie spełnia wymogów bezpieczeństwa.

Według odwołującego opisany przez zamawiającego warunek, ograniczając w sposób nieuzasadniony krąg potencjalnych wykonawców, niezależnie od swych skutków ekonomicznych (zwiększenie ceny za przedmiot zamówienia wskutek mniejszej konkurencji w postępowaniu) stoi w sprzeczności z jedną z najbardziej istotnych reguł postępowania w

przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego - zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) wykreślenia z pkt IX.B.1 tiret pierwsze SIWZ oraz z pkt III.2.3.1 tiret pierwsze ogłoszenia słów „spełniających wymagania dyrektyw UE (2006/42/WE oraz 94/9/WE (ATEX))”,
- 2) wykreślenia pkt X.2 tiret drugie SIWZ oraz pkt III.2.3.1 tiret ostatnie ogłoszenia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi na odwołanie, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie Becker-Warkop sp. z o.o. w Świerklanach. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie Kopex Machinery S.A. w Zabrze. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odwołanie, pismo procesowe odwołującego, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę dokumenty, oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa w Jastrzębiu-Zdroju – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa 167 szt. fabrycznie nowych ścianowych sekcji obudów zmechanizowanych o zakresie pracy od nie więcej niż 2 m do nie mniej niż 4,5 m wraz z instalacją zasilającą wysokociśnieniową oraz urządzeniami montażowo-transportowymi, fabrycznie nowego przenośnika zgrzeblowego

ścianowego, fabrycznie nowego przenośnika zgrzeblowego podścianowego z kruszarką i urządzeniem przekładkowym dla JSW S.A. KWK „Knurów-Szczygłowice” Ruch Szczygłowice.”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Becker-Warkop sp. z o.o. w Świerklanach jak również wykonawcę Kopex Machinery S.A. w Zabrze, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszeń przystąpień wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawcy ci wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania wykonawcy Famur S.A. w Katowicach. Stwierdzono, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa Izby w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym pana A. W., weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jak wynikało z informacji z KRS załączonej do zgłoszenia, pan A. W. nie został ujawniony jako osoba uprawniona do składania oświadczeń woli w imieniu Famur S.A. Do zgłoszenia przystąpienia nie załączono także dokumentu pełnomocnictwa, który mocowałby ww. osobę do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w imieniu tego wykonawcy. Wskutek niezachowania wymogów formalnych zgłoszenia przystąpienia Izba postanowiła nie dopuścić Famur S.A. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego.

Stwierdzono, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, sporządzenie tego opisu w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp..

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa 167 szt. fabrycznie nowych ścianowych sekcji obudów zmechanizowanych o zakresie pracy od nie więcej niż 2,0 m do nie mniej niż 4,5 m wraz z instalacją zasilającą wysokociśnieniową oraz urządzeniami montażowo-transportowymi, fabrycznie nowego przenośnika zgrzeblowego ścianowego, fabrycznie nowego przenośnika zgrzeblowego podścianowego z kruszarką i urządzeniem przekładkowym dla JSW S.A. KWK „Knurów-Szczygłowice” Ruch Szczygłowice. Szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia określa specyfikacja techniczna stanowiąca załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt III SIWZ, s. 3). Ustalono także, że w załączniku nr 1 do SIWZ w pkt IV. A zamawiający przewidział, że dla sekcji obudów zmechanizowanych wykonawcy obowiązani będą złożyć wraz z dostawą m.in.

- 1) deklarację zgodności WE dla każdej sekcji obudowy zgodną z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (dyrektywa 2006/42/WE) i zgodną z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem (dyrektywa 94/9/WE–ATEX) w zakresie grupy I kategorii M2 urządzeń przeznaczonych do użytku w zakładach górniczych, w których występuje zagrożenie metanowe lub zagrożenie wybuchem pyłu węglowego,
- 2) certyfikat badania typu WE jednostki notyfikowanej dla sekcji, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn,
- 3) instrukcję (w rozumieniu dyrektywy 2006/42/WE i 94/09/EWG).

Ustalono także, że zamawiający stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamieścił w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ opis, w jaki sposób zamierza dokonać oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakie musi posiadać wykonawca aby ubiegać się o udzielenie zamówienia. W pkt IX.B.1 tiret pierwsze SIWZ oraz pkt III.2.3.1 tiret pierwsze ogłoszenia o zamówieniu zamawiający zastrzegł m.in., że na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia *wymagane jest posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania (zrealizowania) dostawy: - co najmniej 150 kompletnych sekcji obudów zmechanizowanych, spełniających wymagania dyrektyw UE (2006/42/WE oraz 94/9/WE (ATEX) bezpośrednio dla podziemnego zakładu górniczego wydobywającego węgiel kamienny w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.*

W pkt X.2 tiret drugie SIWZ oraz pkt III.2.3.1 tiret ostatnie ogłoszenia o zamówieniu zamawiający zastrzegł, że dowodem na potwierdzenie dostawy sekcji obudów zmechanizowanych, spełniających wymagania dyrektyw UE (2006/42/WE oraz 94/9/WE (ATEX) jest złożenie kopii certyfikatu badania typu wystawionego przez jednostkę notyfikowaną mającą swoją siedzibę na terenie Unii Europejskiej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Za zasadny uznano zarzut dotyczący nieproporcjonalnego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jaki zamawiający zamieścił w pkt IX.B.1 tiret pierwsze SIWZ oraz pkt III.2.3.1 tiret pierwsze ogłoszenia o zamówieniu.

Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z powołanego przepisu wynikają reguły, którymi powinien się kierować zamawiający przy dokonywaniu opisu. Należy również pamiętać, że przestrzeganie ww. reguł ma także na celu realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dokonywanie opisu oceny spełniania warunków ma służyć wyłonieniu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczeniu możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia lub wykonać zamówienia z należyłą starannością. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE określenie „proporcjonalny” używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. W wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, TS wskazał, że ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności TS UE zwracał również uwagę w innych orzeczeniach. Przykładowo, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie

Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03), Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Jak wynika z powyższego, zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Przypomnienia wymagało w tym miejscu, że przedmiotem zamówienia była dostawa m.in. 167 szt. fabrycznie nowych ścianowych sekcji obudów zmechanizowanych. Ponadto jak wynikało z pkt IV załącznika nr 1 do SIWZ, nie ulegało wątpliwości, że każda z dostarczonych sekcji obudów zmechanizowanych będzie musiała odpowiadać wymogom wynikającym z przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (implementującego przepisy *dyrektywy 2006/42/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie maszyn, zmieniającą dyrektywę 95/16/WE*) i być zgodna z przepisami rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem (implementujących przepisy *dyrektywy 94/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 marca 1994 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich dotyczących urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem – ATEX*).

Jak wynikało z pkt IX.B 1 SIWZ, zamawiający za dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia uznał wyłącznie takiego wykonawcę, który zrealizował należyte dostawę co najmniej 150 kompletnych sekcji obudów zmechanizowanych, spełniających wymagania dyrektyw UE (2006/42/WE oraz 94/9/WE (ATEX)), bezpośrednio dla podziemnego zakładu górniczego wydobywającego węgiel kamienny w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Z kolei odwołujący wywodził, że dla zweryfikowania wiedzy i doświadczenia wykonawcy, w przypadku tego zamówienia, wystarczy wykazanie się wiedzą

i doświadczeniem polegającą na zrealizowaniu należycie dostawy co najmniej 150 kompletnych sekcji obudów zmechanizowanych, bezpośrednio dla podziemnego zakładu górniczego wydobywającego węgiel kamienny w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Wywodził bowiem, że innych rynkach aniżeli rynek europejski funkcjonują równoważne, lub nawet bardziej rygorystyczne regulacje zbliżone do treści dyrektyw UE 2006/42/WE oraz 94/9/WE (ATEX). Dotyczy to rynków: Stanów Zjednoczonych Ameryki, Związku Australijskiego, Federacji Rosyjskiej czy Chińskiej Republiki Ludowej.

Jak wynikało z porównania stanowisk stron, spór pomiędzy nimi sprowadzał się de facto do oceny jednego z elementów referencyjnej dostawy, mianowicie aby były to dostawy spełniające wymagania dyrektyw UE (2006/42/WE oraz 94/9/WE (ATEX), a zatem wyłącznie dostawy zrealizowane na rynku unijnym. Nie ulegało przy tym wątpliwości, że kwestionowany wymóg eliminował z postępowania takich wykonawców którzy zrealizowali należycie dostawy sekcji obudów zmechanizowanych na innych rynkach niż rynek Unii Europejskiej.

W ocenie Izby warunków opisany przez zamawiającego nadmiernie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Nie wskazano Izbie na istnienie takich specyficznych przymiotów wiedzy i doświadczenia wykonawcy, jakie miałyby wynikać z uprzedniej dostawy sekcji obudów zmechanizowanych wyłącznie na rynek unijny. Zamawiający zarówno w treści odpowiedzi na odwołanie, jak i w trakcie rozprawy skupił się na wykazywaniu, że w świetle obowiązujących w Polsce przepisów, stanowiących implementację stosownych dyrektyw unijnych, dostarczone sekcje obudów zmechanizowanych będą musiały odpowiadać wymaganiom wynikającym z tych przepisów. Okoliczność ta nie była jednak sporna pomiędzy stronami. Odwołujący nie kwestionował faktu, że dostarczone przez niego sekcje obudów zmechanizowanych będą musiały spełniać ww. wymagania wynikające z tych regulacji. W szczególności nie kwestionował, że stosownie do treści części IV załącznika nr 1 do SIWZ dostawy oferowanych sekcji obudów zmechanizowanych będą musiały być poprzedzone stosownym badaniem i uzyskaniem certyfikatu badania typu WE przeprowadzonym zgodnie z przepisami prawa krajowego implementującymi przepisy dyrektyw europejskich.

Okoliczność, że dostarczone obudowy będą musiały odpowiadać wymaganiom wynikającym z przepisów powszechnie obowiązującego prawa nie oznaczała - sama przez się - że za zdolnego do wykonania zamówienia należało uznać wyłącznie takiego wykonawcę, który uprzednio wykonał dostawy obudów na rynek Unii Europejskiej. Zamawiający uzasadniając na rozprawie postawiony warunek wywiódł, że chciał mieć pewność, iż wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie, w przeszłości przeszedł

już przez proces certyfikacji na terenie Unii Europejskiej i posiada w tym zakresie doświadczenie. Takie stanowisko zamawiającego świadczyło o tym, że uznawał on europejski system oceny zgodności za na tyle specyficzny, iż doświadczenie wykonawcy w uprzednim przejściu tej procedury daje większe gwarancje realizacji przedmiotowego zamówienia. Izba stwierdziła, że stanowisko zamawiającego pozostało gołosłowne. Zamawiający nie powołał żadnego dowodu na okoliczność ewentualnych znaczących różnic pomiędzy europejskim systemem oceny zgodności, a systemami funkcjonującymi na innych rynkach z rozwiniętym przemysłem wydobywczym, w tym rynku rosyjskim czy amerykańskim. Ponadto twierdzeniom zamawiającego przeczyła dalsza argumentacja przedstawiona przez niego na rozprawie. Na pytanie przewodniczącego zamawiający oświadczył, że nie zna systemów oceny zgodności funkcjonujących na innych rynkach, w tym rosyjskim, amerykańskim czy chińskim. Zdaniem Izby, skoro zamawiający nie zna tych systemów to nie wiadomo na jakiej podstawie stwierdził, że procedura badania typu WE jest na tyle wyjątkowa i specyficzna na tle innych procedur, iż tylko jej uprzednie przejście zagwarantuje należyte wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Tymczasem odwołujący wykazał w toku postępowania odwoławczego, że co najmniej na rynkach amerykańskim i rosyjskim istnieją systemy odniesienia wykazujące znaczne podobieństwo do systemu oceny zgodności sekcji obudów zmechanizowanych funkcjonującego na terenie Unii Europejskiej. Powyższe wynikało z pisma jednostki notyfikowanej w zakresie badań typu WE - Ośrodka Badań Atestacji i Certyfikacji sp. z o.o. w Gliwicach z dnia 22 września 2015 r., a także wydruku ze strony internetowej drugiej jednostki notyfikowanej w zakresie badań typu WE to jest Instytutu Techniki Górniczej Komag, zawierającego referat pracownika tej jednostki dr inż. W. M. pt.: „Metody badań sekcji obudowy zmechanizowanej”. W pierwszym z dowodów Ośrodek Badań Atestacji i Certyfikacji sp. z o.o., wypowiadając się o systemach oceny zgodności funkcjonujących w UE (opartego o dyrektywy 2006/42/WE i 94/9/WE ATEX), USA (CONSOL) i Rosji (norma GOST R 52152-2003) stwierdził, że *nie widzi uzasadnionych podstaw do różnicowania lub wartościowania poszczególnych systemów odniesień funkcjonujących na poszczególnych rynkach*. Z kolei w drugim z dowodów zawierającym referat dr inż. W. M. znalazło się m.in. omówienie trzech wymienionych wyżej systemów oceny zgodności. W podsumowaniu referatu stwierdzono m.in. że *wymagania normy PN EN 1804-1:2004 zawierają w sobie wymagania normy rosyjskiej GOST R 52152-2003 tzn. spełniając wymagania normy europejskiej spełnia się tym samym wymagania normy rosyjskiej, z tym że konieczne jest wykonanie:*

- *dotychczasowych badań podporności sekcji,*
- *badań tam gdzie przewidziane są inne wymiary belek podpierających stosowanych przy obciążaniu sekcji.*

W tej sytuacji, zdaniem Izby, nie znajduje uzasadnienia wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w wykonaniu analogicznych dostaw obudów zmechanizowanych zrealizowanych na rynkach rosyjskim czy amerykańskim, na których funkcjonują zbliżone systemy odniesienia. Wykonawcy ci posiadają bowiem wiedzę i doświadczenie wynikające z faktu należytego wykonania dostaw obudów zmechanizowanych, a nadto przeszli procedurę oceny zgodności zbliżoną do europejskiej. Dają zatem rękojmię należytego wykonania zamówienia w stopniu nie mniejszym niż wykonawcy, którzy ukończyli procedurę oceny zgodności obudów zmechanizowanych na terenie Unii.

Izba nie znalazła podstaw aby odmówić wiarygodności dowodom przeprowadzonym na wniosek odwołującego. Okoliczność, że referat dr inż. W. M. został złożony w postaci wydruku ze strony internetowej Instytutu a nie w postaci podpisanego dokumentu nie stanowiła podstawy do odmowy wiarygodności temu dowodowi. Jak słusznie wskazał odwołujący na rozprawie, omawiany referat został zamieszczony na stronie internetowej komag.eu należącej do Instytutu Techniki Górniczej KOMAG. Firma jest jednostką notyfikowaną w zakresie badania typu WE odnośnie znajdujących zastosowanie w sprawie dyrektyw unijnych, zaś dr inż. W. M. jest zatrudniony w tej instytucji. Co istotne, na inne dokumenty wystawiane przez właśnie tę jednostkę notyfikowaną powoływał się zamawiający składając przy odpowiedzi na odwołanie przykładowe certyfikaty badania typu WE dla obudów zmechanizowanych przez nią wystawiane. Z powyższego należało wyciągnąć wniosek, że również zamawiający uważał, iż dokumenty wystawiane przez tę jednostkę należy obdarzyć walorem wiarygodności. Z pewnością zatem walorem wiarygodności należy obdarzyć publikacje naukowe pracowników tej jednostki, zamieszczone przez tę instytucję na jej własnej stronie internetowej.

Zdaniem Izby, nie stanowi podstawy do odmowy wiarygodności pismu Ośrodka Badań Atestacji i Certyfikacji sp. z o.o. w Gliwicach fakt, że jednostka ta uprawniona jest do wykonywania badań typu WE, a więc oceny zgodności sekcji obudów zmechanizowanych z normami europejskiego systemu odniesienia. Powyższe nie oznacza jeszcze, że kierownictwo tej jednostki nie posiada wiedzy odnośnie systemów odniesienia funkcjonujących na innych rynkach, w tym rosyjskim i amerykańskim i nie może wypowiadać się na temat podobieństw i różnic występujących pomiędzy nimi.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że sam fakt braku uprzedniego przejścia przez wykonawcę procedury oceny zgodności sekcji obudów zmechanizowanych na rynku europejskim nie może stanowić wystarczającego powodu do eliminowania takiego wykonawcy z postępowania. Jak wynikało z certyfikatu autoryzacji z 10 grudnia 2013 r. złożonego przez odwołującego na rozprawie jest on jedynym, autoryzowanym przedstawicielem na rynku polskim LLC CORUM Group, która jest światowym producentem

maszyn górniczych. O potencjale grupy, której przedstawicielem jest odwołujący, świadczy również to, że dysponuje ona własnym stanowiskiem badań sekcji obudów zmechanizowanych. Z opisu stanowiska badań sekcji obudów zmechanizowanych złożonego na rozprawie przez odwołującego wynika, że dysponuje on własnym stanowiskiem prób, które umożliwia mu wykonywanie własnej kontroli jakości pod kątem spełnienia wymagań systemów odniesienia europejskiego i rosyjskiego przed wysyłką obudów zmechanizowanych do certyfikacji. Ponadto, spółki z grupy kapitałowej, której przedstawicielem jest odwołujący, mogą pochwalić się certyfikatem międzynarodowego systemu jakości zgodnie z wymogami standardu ISO 9001:2008 w zakresie m.in. projektowania, opracowywania, produkowania i serwisu rozmaitych urządzeń dla przemysłu górniczego, w tym także obudów zmechanizowanych. Powyższe ustalono na podstawie treści certyfikatu nr 14.0239.026 z 28 lutego 2014 r. złożonego przez odwołującego.

Natomiast uboczne znaczenie należało przypisać składanym przez odwołującego wydrukem ze stron internetowych zawierających SIWZ w przetargach prowadzonych przez różnych zamawiających na dostawy sekcji obudów zmechanizowanych. Na podstawie tych dowodów Izba stwierdziła jedynie, że wymóg wiedzy i doświadczenia zbliżony do kwestionowanego zastosowała Kompania Węglowa S.A. w jednym z prowadzonych przez siebie postępowań. W pozostałych przetargach, w tym również prowadzonych w przeszłości przez obecnego zamawiającego, analogiczne wymogi odnośnie wiedzy i doświadczenia dostawców obudów zmechanizowanych nie były stawiane. Według Izby istniejąca bądź nieistniejąca na rynku praktyka w kształtowaniu określonych warunków udziału w postępowaniu nie może – sama przez się - przesądzać o dopuszczalności warunku wiedzy i doświadczenia opisanego przez zamawiającego. Decydujące znaczenie ma bowiem ocena zgodności kwestionowanego postanowienia z ustawą Pzp.

Przywoływana przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie okoliczność, że po stronie odwołującego nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden inny wykonawca nie miała większego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Analogicznie większego znaczenia nie miał fakt, że w poprzednich postępowaniach na dostawy sekcji obudów zmechanizowanych organizowanych przez zamawiającego oferty składało od jednego do pięciu wykonawców. Powyższe ustalono na podstawie zestawienia oferentów załączonego przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie. Dla naruszenia wymogu proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu wystarczającym jest stwierdzenie, że warunek wyklucza z postępowania chociażby jednego wykonawcę, który zdolny jest podmiotowo do wykonania zamówienia. Powyższe bowiem oznacza, że warunek taki nie pozostaje w proporcji do przedmiotu zamówienia i wykracza poza cel formułowania warunków udziału w postępowaniu, jakim jest ograniczenie dostępu do zamówienia podmiotom, które nie dają rękami należytego wykonania zamówienia.

W ocenie Izby warunek opisany przez zamawiającego nadmiernie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Nie wskazano Izbie na istnienie takich specyficznych przymiotów wiedzy i doświadczenia wykonawcy, jakie miałyby wynikać z uprzedniej dostawy sekcji obudów zmechanizowanych na rynku Unii Europejskiej.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że wymaganie od wykonawców doświadczenia w zakresie dostawy sekcji obudów zmechanizowanych wyłącznie na terenie UE, nie znajduje dostatecznego uzasadnienia w charakterystyce, zakresie, stopniu złożoności czy warunkach realizacji zamówienia. Powyższe świadczyło o zasadności zarzutu odwołującego co do nieproporcjonalności opisanego warunku udziału w postępowaniu. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Dokonany przez zamawiającego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nie odpowiadał bowiem treści art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* Wobec powyższego nakazano zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówienia zawierających wadliwy opis warunku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę przegrywającą sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*.” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie: VI.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Przewodniczący: