

Sygn. akt: KIO 1483/14

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2014 r. przez wykonawcę **MAS Spółka z o.o., ul. Rybnicka 42, 41-190 Mikołów** w postępowaniu prowadzonym przez **Kopalnia Soli „Wieliczka” Spółka Akcyjna, Park Kingi 1, 32-020 Wieliczka**

przy udziale:

- A. wykonawcy **ABB Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy **Demetrix Sp. z o.o. Sp. k., ul. 1 Maja 35, 41-940 Piekary Śląskie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- C. wykonawcy **OPA - ROW sp. z o.o., ul. Rymera 40c , 44-270 Rybnik** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża MAS Spółka z o.o., ul. Rybnicka 42, 41-190 Mikołów i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MAS Spółka z o.o., ul. Rybnicka 42, 41-190 Mikołów** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **MAS Spółka z o.o., ul. Rybnicka 42, 41-190 Mikołów** na rzecz **Kopalni Soli „Wieliczka” Spółka Akcyjna, Park Kingi 1, 32-020 Wieliczka** kwotę 3 668 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczania opłat skarbowych od pełnomocnictw oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Modernizacja stacji wentylatorów polegająca na dostawie, zabudowie i uruchomieniu 2 szt. wentylatorów osiowych w stacji wentylatorów głównych przy szybie Kościuszko wraz z wymianą rozdzielnicy n.n. RG Kościuszki i kabli odpływowych do zasilania wentylatorów głównych*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 czerwca 2014 r. pod numerem 2014/S 107-187850.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień SIWZ zmodyfikowanych przez Zamawiającego w dniu 11 lipca 2014 r., a zawartych w części VI ust. 1 pkt 2 pkt 1.1 lit. a i b oraz 1.2 i części VII ust. 1 pkt 2 ppkt 1.1 lit. a, 1.1 lit. b, ppkt 1.2 SIWZ. Zdaniem Odwołującego, kwestionowane postanowienia pozostają w sprzeczności z następującymi przepisami ustawy Pzp: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 i 4, art. 29 ust. 2, art. 30 pkt 6, art. 25 ust. 1. Odwołujący wniósł o „*dokonanie zmiany treści w/w postanowień pkt. VI i VII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i treści odpowiadających tym postanowieniom załączników nr 6 i 7 przez eliminację zmian w postanowieniach tej części SIWZ wprowadzonych w dniu 11.07.2014 roku tj. przywrócenie tym punktom SIWZ brzmienia sprzed modyfikacji*” i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że sporne warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w powiązaniu z zespołem cech określonych w części X ust. 1 pkt 6 SIWZ oraz postanowieniami załącznika nr 1 do SIWZ są nieproporcjonalne do celu postępowania, opisanego w pkt 1.2 wspomnianego załącznika i nieuzasadnione szczególnymi warunkami technicznymi, wynikającymi z pkt 2 przedmiotowego załącznika i obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, kwestionowane warunki udziału w postępowaniu w istocie stanowią przeszkodę do złożenia oferty przez podmioty funkcjonujące na rynku (w tym Odwołującego), inne niż wytwórca lub serwisant posiadanego przez Zamawiającego zespołu urządzeń objętych modernizacją w ramach przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji uniemożliwiają uzyskanie przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Nadto, zdaniem Odwołującego, żądanie przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie kwestionowanych warunków wykracza poza cele, dla realizacji

których, Zamawiający może, zgodnie z przepisem art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, żądać od wykonawców przedstawienia dokumentów.

Odnośnie warunku zawartego w części VI ust. 1 pkt 2 ppkt 1.1 lit. a SIWZ Odwołujący podniósł, że nie ma uzasadnienia zawężanie zakresu referencji tylko do wentylatorów osiowych, ponieważ drugim typem wentylatorów pracujących w stacjach głównego przewietrzania są wentylatory promieniowe. Te dwa typy wentylatorów różnią się konstrukcją, lecz ich zastosowanie jest identyczne ze względu na przeznaczenie. Takie rozgraniczenie w zakresie doświadczeń wymaganych od wykonawcy, zdaniem Odwołującego, nie znajduje uzasadnienia w funkcjach stacji wentylatorów głównych. Nie jest znany Odwołującemu przypadek, aby we wcześniejszych postępowaniach przetargowych którykolwiek z zamawiających dokonywał rozgraniczenia koniecznych referencji do stacji głównych z zaznaczeniem zastosowanych typów wentylatorów. Odwołujący podkreślił, że żądane w tym zakresie przez Zamawiającego referencje odnośnie budowy nowych stacji zostały stanowczo ograniczone przez wprowadzony zapis, ponieważ w ciągu ostatnich trzech lat w Polsce nie były budowane stacje główne wyposażone w wentylatory osiowe.

W przedmiocie warunku zawartego w części VI ust. 1 pkt 2 ppkt 1.1 lit. b SIWZ Odwołujący podniósł, że jedynym celem zmiany kwestionowanego postanowienia może być tylko ograniczenie liczby konkurujących firm, gdyż układ sterowania, w zakresie którego referencje mają zostać przedstawione Zamawiającemu, jest taki sam zarówno w przypadku wentylatorów osiowych, jak i w przypadku wentylatorów promieniowych. Jest to osprzęt elektryczny, który jest identyczny bez względu na to, jakie wentylatory pracują w stacji wyposażonej w takie sterowanie. Odwołujący podkreślił, że przedstawione wyżej warunki udziału w postępowaniu dotyczą referencji na modernizację lub budowę stacji jako obiektu. Zatem, z punktu widzenia funkcjonalności obiektu, jego wyposażenia w urządzenia pomocnicze (oprócz wentylatorów głównych), systemu sterowania, połączeń elektrycznych, zastosowanych napędów, aparatury kontrolno-pomiarowej, w ocenie Odwołującego, nie mają znaczenia typy wentylatorów w nim zabudowane (osiowe czy promieniowe). Nie ma więc uzasadnienia, zdaniem Odwołującego, żądanie przez Zamawiającego legitymowanie się referencjami dokumentującymi doświadczenie w zakresie modernizacji lub budowy stacji wyłącznie wyposażonych w wentylatory osiowe.

W zakresie części VI ust. 1 pkt 2 ppkt 1.2 SIWZ Odwołujący podniósł, że zapis tej treści wyłączył możliwość udziału w postępowaniu wykonawcom oferującym nowy produkt, spełniający warunki określone przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ, pozbawiając ich możliwości zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wykonawca taki nie może wykorzystać referencji innego producenta, z którym umowa gwarantuje

Zamawiającemu realizację zadania zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Odwołujący podaje, że mógłby zaoferować taki produkt i usługę, gdyby nie wprowadzona do SIWZ zmiana. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie może argumentować, że chce w drodze postępowania zakupić wentylator już sprawdzony i realnie gdzieś działający, gdy dopuszcza możliwość złożenia oferty na wentylatory o parametrach odbiegających od określonych warunkami załącznika nr 1 do SIWZ. Podkreśla, że jest zrozumiałe, że określone w SIWZ parametry zostały określone indywidualnie dla tej kopalni i prawdopodobnie nie istnieje nigdzie dotychczas wyprodukowany i zabudowany wentylator o identycznych, co wymagane parametrach. Zatem, nikt nie może wykazać się referencjami na dostawę wentylatora identycznego co oferowany. W konsekwencji wprowadzenie w SIWZ zapisu o możliwości legitymowania się referencjami dostaw wentylatorów o innych parametrach Odwołujący uznaje za zabieg budujący pozorną możliwość udziału w postępowaniu innych podmiotów, gdy w rzeczywistości oferującymi wyroby tego samego producenta w tym postępowaniu a zarazem w innym mogą być tylko ci producenci, którzy już sprzedawali swoje wentylatory podobnego typu nawet, jeśli te sprzedane znacznie odbiegały parametrami od tego, który zaoferują oni w przedmiotowym przetargu.

Odwołujący wywodzi, iż z całą pewnością można stwierdzić, że nikt z producentów nie może wykazać się referencją z dostawy do podziemnych zakładów górniczych wentylatora o parametrach, których żąda Zamawiający, ponieważ w podziemnych zakładach górniczych nie znajdują zastosowania wentylatory w wykonaniu kwasoodpornym. W konsekwencji Odwołujący wskazuje na sprzeczność zapisu pkt. X SIWZ z postanowieniami kształtującymi warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, iż jeżeli Zamawiający dopuszcza referencje z dostawy wentylatora o innych parametrach, to nie żąda jednocześnie referencji z dostawy wentylatora o parametrach technicznych określonych w pkt. X SIWZ. Z kolei, jeżeli któryś z producentów posiada referencje z dostaw wentylatora spełniającego zapisy pkt. X SIWZ, to na pewno nie posiada referencji z dostawy tego typu wentylatora do podziemnych zakładów górniczych (z uwagi na brak możliwości zastosowania wentylatora kwasoodpornego). Powołuje się na uchwałę KIO z dnia 22 lutego 2011 r. o sygn. akt: KIO/KD 12/11.

Odwołujący stwierdza, że wynikające z dokumentacji technicznej i technologicznej oraz opisu celu zamówienia: przeznaczenie i parametry techniczne - istniejącego u Zamawiającego układu wentylacji przy szybie Kościuszko, podlegającego modernizacji przy zastosowaniu urządzeń o parametrach opisanych w pkt. X SIWZ i w pkt. 2 załącznika nr 1 do SIWZ, z użyciem technologii wskazanej w załączniku nr 1 do SIWZ - jak też sama technologia ich użytkowania, odpowiadają tym, jakie istnieją w podziemnych wyrobiskach górniczych nie tylko w stacjach wentylatorów głównych i nie tylko w stacjach z zabudową wentylatorów osiowych. Zdaniem Odwołującego, za wystarczające zatem - zważywszy na

przedmiot postępowania - uznać należało te dokumenty, które wykazują fakty wykonywania przez wykonawców prac modernizacyjnych bądź nowej zabudowy, w których przedmiotem były urządzenia o przeznaczeniu (funkcjach) i parametrach użytkowych odpowiadającym tym objętych planowaną modernizacją z wykorzystywaniem - w tym także w zakresie - urządzeń i technologii zdalnego sterowania, które obejmowało sterowanie układem urządzeń zabudowanych nie tylko w stacjach wentylatorów głównych i nie tylko w takich stacjach z zabudową wentylatorów osiowych, lecz także innych, spełniających tożsame funkcje, bez względu na to, czy były wytworem produkcji jednego czy wielu producentów systemu wentylacji. W konsekwencji w sytuacji, w której Zamawiający - bez modyfikacji warunków, jakie zgodnie z postanowieniami załącznika nr 1 do SIWZ winny spełniać oferowane wyroby i usługi pod względem technicznym czy technologicznym - dokonał zawężenia kręgu elementów prac, jakie dopuszcza w ocenie wiedzy i doświadczenia Wykonawców.

Odwołujący zauważył, iż brak jest jednoznacznej relacji postanowień SIWZ w części odnoszącej się do referencji żądanych od wykonawcy z postanowieniami SIWZ kształtującymi opis przedmiotu zamówienia, w szczególności w tej części, w jakiej prezentowane funkcje i parametry techniczne i technologiczne odpowiadają istniejącym u Zamawiającego warunkom eksploatacji takich urządzeń w miejscu wskazanym w SIWZ oznacza, że Zamawiający postawił potencjalnym uczestnikom postępowania warunki udziału sprzeczne z potrzebami zamawiającego i - w związku z tym - celem prowadzonego postępowania. Powołuje się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2014 r., sygn. akt: KIO 58/14, art. 23 ust. 8 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, uchwałę Krajowej Izby Odwoła z dnia 11 marca 2014 r., sygn. akt: KIO/KU 18/14.

W końcowej części odwołania Odwołujący wskazał: *„Dowody :1- Dokumentacja przetargowa 2- Dokumentacja techniczna i technologiczna w systemie wentylacji podziemnego zakładu górniczego z wykorzystaniem wentylatorów osiowych i wentylatorów promieniowych dla porównania z dokumentacją techniczną i technologiczną oraz danymi załącznika nr 1 do SIWZ niniejszego postępowania 3- Opinia biegłego na okoliczność zgodności warunków technicznych i technologicznych zabudowy i modernizacji stacji i układu sterowania systemu wentylacji z wykorzystaniem wentylatorów osiowych z warunkami technicznymi i technologicznymi zabudowy i modernizacji systemu wentylacji z wykorzystaniem wentylatorów promieniowych w warunkach użytkowania podziemnych zakładach górniczych 4- Opinia biegłego na okoliczność, czy żądana przez Zamawiającego dokumentacja potwierdzająca posiadanie wiedzy i doświadczenia przez Wykonawcę odpowiada przedmiotowi zamówienia czy też opis warunków, które ma potwierdzać dokumentacja wykracza pod względem technicznym i technologicznym poza zakres jaki*

winni legitymować się Wykonawcy przy ścisłym uwzględnieniu warunków technicznych i technologicznych opisanych w załączniku nr 1 do SIWZ. 5- Przesłuchanie świadków – producentów urządzeń o parametrach technicznych i technologicznych zadanych przez Zamawiającego na okoliczność czy poza systemem wentylacji stosowanym w podziemnych zakładach górniczych kopalni soli wykonywano w ostatnich 3 latach usługi modernizacji bądź zabudowy stacji wentylatorów z wykorzystaniem wentylatorów osiowych na rynku produkcji i usług w zakresie systemów wentylacji dla podziemnych zakładów górniczych.”

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest „modernizacja stacji wentylatorów głównych zlokalizowanej przy szybie „Kościeszko”, który stanowi pomieszczenie ze stopniem „a” niebezpieczeństwa wybuchu metanu, w Kopalni Soli „Wieliczka” (załącznik nr 1 do SIWZ/umowy pkt 1 ppkt 1.1).

Szczegółowy zakres prac modernizacyjnych stacji wentylatorów głównych przy szybie Kościeszko został opisany w pkt 2 powołanego załącznika, gdzie wskazano, że: „2.1. Modernizacja stacji wentylatorów głównych przy szybie Kościeszko polega na wymianie wentylatorów wraz z układami zasilania i sterowania oraz wykonaniu zdalnego sterowania urządzeniami zabudowanymi w stacji. 2.2. W ramach modernizacji, stacja wentylatorów głównych przy szybie Kościeszko winna być wyposażona w następujące urządzenia: 1) Dwa nowe wentylatory osiowe jednowirnikowe do przewietrzania podziemnych kopalń (...) 5) Wykonanie systemu zdalnego sterowania urządzeniami zabudowanymi w stacji wentylatorów głównych realizowanego z dyspozytorni zakładowej oraz budynku obsługi.” Wśród warunków, jakie musi spełniać przedmiot zamówienia, a odnoszących się do wentylatorów, Zamawiający podał: „obudowa oraz wirnik osiowy z łopatami wentylatora w wykonaniu kwasoodpornym” (część X pkt 1 ppkt 6 SIWZ).

Celem realizacji przedmiotu umowy jest oddanie do ruchu przez Wykonawcę zmodernizowanej stacji wentylatorów głównych przy szybie Kościeszko przystosowanej do zdalnego sterowania z dyspozytorni zakładowej wraz z rozdzielnią niskiego napięcia RG przy szybie Kościeszko (pkt 1 ppkt 1.2 załącznika nr 1 do SIWZ).

W części VI ust. 1 pkt 2 Zamawiający postanowił, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące „posiadania wiedzy i doświadczenia, to jest udokumentowanie należytego wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

1.1. co najmniej dwóch usług w tym:

a) co najmniej jednej usługi z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego usługa została wykonana oraz załączeniem dowodów czy została wykonana należyście, spełniającej łącznie następujące warunki:

- usługa winna dotyczyć modernizacji lub zabudowy nowej stacji wentylatorów głównych w podziemnym zakładzie górniczym w ramach, której modernizowane lub zabudowywane były wentylatory osiowe,
- wartość usługi wynosiła co najmniej 2 500 000,00 zł brutto,

b) co najmniej jednej usługi z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego usługa została wykonana oraz załączeniem dowodów czy została wykonana należyście, spełniającej łącznie następujące warunki:

- usługa winna polegać na wykonaniu zdalnego sterowania stacją wentylatorów głównych w podziemnym zakładzie górniczym, z zabudowanymi wentylatorami osiowymi. Przez zdalne sterowanie Zamawiający rozumie rozwiązanie techniczne, które umożliwi wyłączenie, załączenie oraz sterowanie pracą stacji wentylatorów głównych z innego miejsca niż obiekt stacji wentylatorów.
- wartość usługi wynosiła co najmniej 450 000,00 zł brutto,

1.2. co najmniej jednej dostawy z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego dostawa została wykonana oraz załączeniem dowodów, czy dostawa została wykonana należyście, spełniającej łącznie następujące warunki:

- przedmiotem dostawy był co najmniej jeden wentylator typu oferowanego Kopalni Soli „Wieliczka” S.A. w ramach niniejszego postępowania, przez co należy rozumieć wentylator tego samego typoszeregu, osiowy oraz pochodzący od tego samego producenta. Zamawiający nie wymaga aby dostarczony wentylator miał te same parametry, co wentylator będący przedmiotem dostawy wskazanej przez Wykonawcę dla spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu
- wentylator typu oferowanego Kopalni Soli „Wieliczka” S.A. w ramach niniejszego postępowania został zabudowany w celu przewietrzania wyrobisk podziemnego zakładu górniczego.”

W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowych warunków wykonawca winien przedłożyć wykaz usług i dostaw sporządzony dla usług wymienionych w części VI ust. 1 pkt 2 ppkt 1.1 według wzoru określonego w załączniku nr 6 do SIWZ, zaś w odniesieniu do dostaw opisanych części VI ust. 1 pkt 2 ppkt 1.2 według wzoru określonego w załączniku nr 7 do SIWZ oraz dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie.

W końcowej części odwołania Odwołujący po wyrazie „dowody” wskazał na dokumentację przetargową, opinię biegłego i przesłuchanie świadków. Jeśli tenże zabieg traktować jako wniosek dowodowy to stwierdzić należy, iż Izba dopuściła dowód z dokumentu w postaci dokumentów ww., a stanowiących część dokumentacji przetargowej.

Jeśli idzie o dokumentację techniczną i technologiczną w systemie wentylacji podziemnego zakładu górniczego z wykorzystaniem wentylatorów osiowych i wentylatorów promieniowych to do zamknięcia rozprawy rzeczona dokumentacja nie została przedłożona, zatem wobec braku substratu dowodu jego przeprowadzenie nie było możliwe.

Co do wnioskowanego dowodu z opinii biegłego na okoliczność zgodności warunków technicznych i technologicznych zabudowy i modernizacji stacji i układu sterowania systemu wentylacji z wykorzystaniem wentylatorów osiowych i promieniowych w podziemnych zakładach górniczych Izba odmówiła przeprowadzenia przedmiotowego dowodu mając na uwadze okoliczność, iż sięgnięcie do tej opinii nie było konieczne dla wykazania naruszenia uczciwej konkurencji czy nieadekwatności warunku udziału w postępowaniu. Inicjatywa dowodowa winna bowiem zmierzać do wykazania, że istnieją wykonawcy, którzy potrafią realizować zamówienia w tym przedmiocie z wykorzystaniem wentylatorów obu typów (bez względu na termin realizacji). Powyższe zaś było możliwe do wykazania za pomocą dowodu z dokumentu. W tym miejscu należy wskazać, że biorąc pod uwagę charakter postępowania odwoławczego i postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prymat należy dać dowodom możliwym do uzyskania i których przeprowadzenie co do zasady nie tamuje postępowania czy też nie doprowadza do jego przewlekłości. Skoro zatem Odwołujący, jak i Przystępujący, mieli realną możliwość wykazania powoływanych okoliczności za pomocą dowodu z dokumentu, a z powyższego nie skorzystali, to powołanie dowodu z opinii biegłego nie wydaje się uzasadnione, tym bardziej, że dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotne nie było poznanie wspomnianych warunków zabudowy w sensie technicznym, do czego niezbędne są wiadomości specjalne.

W zakresie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego *„na okoliczność, czy żądana przez Zamawiającego dokumentacja potwierdzająca posiadanie wiedzy i doświadczenia przez Wykonawcę odpowiada przedmiotowi zamówienia czy też opis warunków, które ma potwierdzać dokumentacja wykracza pod względem technicznym i technologicznym poza zakres jakim winni legitymować się Wykonawcy (...)”* zauważyć należy, iż w istocie jest to wniosek zmierzający do uzyskania oceny w aspekcie, który podlega ocenie Izby i nie wymaga skorzystania z wiadomości specjalnych a stanowi ocenę co do prawa. Wniosek ten należy uznać zatem na niedopuszczalny (*iura novit curia*).

Na marginesie należy jedynie zauważyć, że dla dochowania staranności przy formułowaniu przedmiotowych wniosków dowodowych wskazania wymagają specjalności biegłych, którzy mieliby sporządzić rzeczona opinie.

Miarą staranności jest również przy wnioskowaniu o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków ich wskazanie w taki sposób, aby ich wezwanie było możliwe. Wniosek dotyczący przesłuchania „producentów urządzeń o parametrach technicznych i technologicznych zadanych przez Zamawiającego” tych wymagań nie spełnia. Niezależnie od powyższego powołana przez Odwołującego okoliczność może być wykazana za pomocą dowodu z dokumentu. Wskazany segment rynku nie jest duży i sami wykonawcy z pewnością dysponują wiedzą na temat realizowanych zamówień.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przechodząc do oceny warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia stwierdzić należy, że Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu sformułowanego w tym przedmiocie. Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wynikający z powoływanego przepisu nakaz wiązania warunku udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia oznacza obowiązek określenia doświadczenia wymaganego przez wykonawcę przez pryzmat obowiązków, które będą wykonywane w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Przy czym słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 6 maja 2009 r., sygn. akt: XII Ga 143/09, że: *"Przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku, nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia"*.

W ocenie Odwołującego, kwestionowany warunek udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny do celu postępowania i nieuzasadniony szczególnymi warunkami technicznymi i obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Niezależnie od faktu, iż powołany przepis nieadekwatność warunku udziału w postępowaniu nakazuje oceniać w świetle przedmiotu zamówienia a nie celu prowadzonego postępowania, to nie sposób pominąć, że sformułowane przez Odwołującego twierdzenia natury ogólnej nie zostały nawet uprawdopodobnione. Skoro Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający uchybił obowiązkowi wynikającym z przedmiotowego przepisu, to biorąc pod uwagę rolę procesową stron postępowania odwoławczego, nie może budzić wątpliwości, że ciężar udowodnienia, iż sporny wymóg jest nadmierny spoczywa na Odwołującym. Wyrażanie jedynie przekonania o istnieniu określonych okoliczności (stanu), nawet w perspektywie określonych postanowień SIWZ, jednakże bez uzasadnienia relacji tych zapisów do kwestionowanego warunku nie

stanowi wystarczającej podstawy do uznania przez Izbę twierdzeń Odwołującego za uzasadnione.

Odwołujący upatruje również w kwestionowanych postanowieniach SIWZ przeszkody do złożenia oferty przez podmioty inne niż wytwórca lub serwisant posiadanego przez Zamawiającego zespołu urządzeń objętych modernizacją w ramach przedmiotowego zamówienia. Zwraca jednakże uwagę, że wyartykułowane twierdzenie nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia, a przynajmniej Odwołujący takiego nie przedstawił. Zaś, biorąc pod uwagę, że wykonawcy funkcjonujący w danym segmencie rynku posiadają doskonałą wiedzę o konkurencji i podmiotach oraz zakresie realizowanych zamówień, a także zważywszy na fakt, że na moment zamknięcia rozprawy Zamawiający dokonał otwarcia ofert, a tym samym Odwołujący uzyskał wiedzę o wykonawcach ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, dziwi, że Odwołujący mimo to zaniechał jakiegokolwiek analizy w tym zakresie.

Przechodząc do oceny stanowiska Odwołującego przedstawionego w odniesieniu do poszczególnych elementów składających się na warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia stwierdzić należy, iż brak podstaw do rozróżnienia doświadczenia w zakresie modernizacji i zabudowy wentylatorów osiowych Odwołujący upatruje w zastosowaniu ze względu na przeznaczenie, konstatając, że funkcje stacji wentylatorów głównych stoją temu na przeszkodzie. Jakkolwiek tu znowu zwraca uwagę poprzestanie na wyrażeniu określonego poglądu, to odwołując się chociażby do zasad logiki i doświadczenia życiowego należy przyjąć, że o doświadczeniu w przedmiocie modernizacji urządzeń czy też ich zabudowy nie decyduje jedynie ich przeznaczenie. Zaś okoliczności przeciwnej Odwołujący nie wykazał.

Żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy nie ma zachowanie innych zamawiających i sposób konstruowania przez nich warunków udziału w postępowaniu. Treść warunku i opis sposobu jego oceny zastosowany w określonym postępowaniu nie wiąże Zamawiającego i nie może stanowić żadnych wzorów dla oceny dokonywanej w niniejszym postępowaniu.

Zaś, okoliczność, że w ciągu ostatnich trzech lat w Polsce nie były budowane stacje główne wyposażone w wentylatory osiowe, poza tym, że niewykazana i chociażby z tych względów nie może być brana pod uwagę, to dostrzec należy, iż Odwołujący ogranicza swe twierdzenia jedynie do budowy, zaś kwestionowany warunek udziału w postępowaniu za równorzędne doświadczenie uznaje również i to, polegające na modernizacji.

Nie poddaje się ocenie zarzut dotyczący doświadczenia w zakresie wykonania układu sterowania stacją wentylatorów głównych z zabudowanymi wentylatorami osiowymi. Twierdzenie, że układ sterowania jest analogiczny dla wentylatorów osiowych i

promieniowych nie zostało w żaden sposób przez Odwołującego wykazane. Odwołujący nie odparł również argumentacji Zamawiającego w tym przedmiocie, zawartej w odpowiedzi na odwołanie. Tymczasem zasady logiki wskazują, że nie istnieje jeden układ sterowania (jeden model). Skoro są różne urządzenia i różne obiekty, którymi należy sterować, to chociażby w zależności od rodzajów tych obiektów i urządzeń układy te będą się różnić, a co za tym idzie, doświadczenie w realizacji układów sterowania wcale nie musi być porównywalne.

Jeśli idzie o ostatni z kwestionowanych elementów wymaganego doświadczenia Izba stoi na stanowisku, że przebieg rozprawy pozwala na stwierdzenie, iż zarzut sformułowany przez Odwołującego w tym przedmiocie oparty jest na wadliwej wykładni spornego postanowienia. W tym miejscu wyjaśnienia wymaga, że w świetle przedmiotowego warunku Zamawiający oczekiwał legitymowania się doświadczeniem w dostawie wentylatora tego typu, co oferowany Zamawiającemu, zabudowanego w celu przewietrzania wyrobisk podziemnego zakładu górniczego. Jednocześnie Zamawiający zdefiniował, co rozumie pod pojęciem „wentylatora typu oferowanego Zamawiającemu”, a mianowicie jest to wentylator tego samego typoszeregu, osiowy oraz pochodzący od tego samego producenta. Nie jest więc tak, jak twierdzi Odwołujący, że Zamawiający formułuje wymagania co do określonych parametrów, a także materiału, z którego ma być wykonany wentylator. Odwołujący nie zauważa bowiem, że budzący ogromne emocje wymóg „kwasoodporności” dotyczy przedmiotu zamówienia, a więc oferowanego wentylatora, a nie doświadczenia w zakresie dostawy wentylatora kwasoodpornego. Stąd też Izba nie dostrzega w tej mierze sprzeczności i pozorności w zakresie uczciwej konkurencji, skoro Zamawiający nie wyłączył z referencyjnej dostawy wentylatorów innych niż kwasoodporne, co oznacza, że doświadczenie zdobyte w zakresie dostawy w podziemnych zakładach górniczych może być również wykorzystanie, z tym jedynie ograniczeniem, że musi dotyczyć wentylatorów osiowych.

Błędne odczytanie przez wykonawców spornego warunku spowodowało, że wykonawcy dostrzegli ograniczenie konkurencji tam, gdzie w istocie go nie było. Wskazywana przez Zamawiającego realizacja zamówień na rzecz Kopalni „Barbara” i „Wujek” dotyczyła właśnie wentylatorów osiowych, natomiast cechy tych wentylatorów, na które wskazywał jeden z Przystępujących nie stanowiły elementów wymaganego doświadczenia.

Analiza spornego warunku udziału w postępowaniu prowadzi do wniosku, że Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem, które w dużym zakresie odpowiadało (było analogiczne) przedmiotowi zamówienia. Nie sposób zatem w tym zakresie dopatrywać się braku związku z opisem przedmiotu zamówienia. Jednocześnie w ocenie Izby, wymóg

tożsamości wentylatora z referencyjnej dostawy i oferowanego, ograniczony jego rodzajem wskazuje, że Zamawiający oczekuje pewnej biegłości i praktyki w modernizacji czy montażu określonych urządzeń. Nie można pomijać, że doświadczenie definiowane jest przez pewną wprawę, tę zaś uzyskuje się wykonując określone czynności, nie zawsze wystarczające będą czynności zbliżone. Przy zamówieniach wysoce specjalizowanych, a z takim mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, chodzi bowiem o dostawę wentylatora wyprodukowanego na potrzeby tego konkretnego zamówienia („szytego na miarę”) potrzeba wykazania się realizacją zamówienia w znacznym stopniu zbliżonego do tego, które ma być przedmiotem niniejszego postępowania, w ocenie Izby, znajduje uzasadnienie. Jednocześnie ta biegłość i niezawodność stanowiąca o doświadczeniu częstokroć związana jest z pracą (wykorzystywaniem) urządzeń konkretnego producenta, tym bardziej przy zamówieniach niestandardowych, a okoliczności przeciwnej Odwołujący nie wykazał. Nadto warto zauważyć, że skoro przedmiotem zamówienia jest modernizacja stacji wentylatorów i wykonanie systemu sterowania, to referowanie warunków udziału w postępowaniu do istoty zamówienia nie powinno budzić wątpliwości.

Nie sposób również odmówić Zamawiającemu uprawnienia do takiego opisu warunków udziału w postępowaniu, które pozwalają na wyłonienie wykonawców sprawdzonych i biegłych w danym przedmiocie i nie dają pola do prowadzenia eksperymentów czy też prób tym bardziej, że Kopalnia Soli w Wieliczce jest obiektem unikalnym na skalę światową (wpisana na Listę Światowego Dziedzictwa Kulturalnego i Przyrodniczego UNESCO), w której odbywa się ogromny ruch turystyczny. Kwestia przewietrzania Kopalni powinna więc być powierzona specjalistom najwyższej klasy.

Reasumując, stwierdzić należy, że opis warunków udziału w postępowaniu służy z jednej strony zabezpieczeniu interesów zamawiającego, który ma prawo oczekiwać, że do postępowania zostaną dopuszczeni wykonawcy wiarygodni i zdolni do wykonania zamówienia, z drugiej zaś strony nie może w sposób nieuprawniony ograniczać dostępu do zamówienia. Nadto, obserwowany i narastający problem z realizacją zamówień przez wykonawców każe poszukiwać zamawiającym narzędzi, które będą stanowić gwarancję ich prawidłowej realizacji a nie pole do zdobywania doświadczenia i chęć realizacji zamówienia i z tych względów stosowania takich rozwiązań nie należy niweczyć. Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, w warunkach niniejszego postępowania, ochrona interesów Zamawiającego i wykonawców nie została zachwiana. W tych okolicznościach za nieuzasadnione należało uznać zarzuty naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 22 ust. 4 ustawy Pzp.

W tym miejscu należy przypomnieć, że ustawodawca stworzył mechanizmy dające wykonawcom, którzy samodzielnie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, możliwość ubiegania się o zamówienie. Tym samym dał wyraz temu, iż warunki udziału w postępowaniu nie zawsze muszą być postawione na minimalnym poziomie, ale jednocześnie nie stanowi to bariery dostępu do zamówienia wobec możliwości skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego czy też instytucji „konsorcjum”.

Za chybiony należy również uznać zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi z jednej strony o uprawnieniu zamawiającego do formułowania warunków udziału w postępowaniu, z drugiej zaś o obowiązku ich spełniania przez wykonawców. Kwestionowanie tych zasad jest niezrozumiałe.

Nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Skoro Odwołujący nie kwestionuje opisu przedmiotu zamówienia, to nie sposób w rzeczonym opisie dopatrywać się naruszenia uczciwej konkurencji. Za nieuzasadnione należy uznać dostrzeżenie, jak zdaje się to czynić Odwołujący, w treści warunku udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia.

Absolutnie niezrozumiałym jest zarzut naruszenia przepisu art. 30 pkt 6 ustawy Pzp, nie tylko z tej przyczyny, iż na próżno poszukiwać w powołanej ustawie wskazanej jednostki redakcyjnej. Przytoczenie zaś art. 30 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje na skierowanie zarzutu wobec opisu przedmiotu zamówienia, dla którego uzasadnienia faktycznego w treści odwołania nie sposób się doszukać.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia przepisu art. 25 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż w ocenie Izby, żądanie przedłożenia wykazu zrealizowanych dostaw i usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie nie wykracza poza katalog oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W istocie bowiem należą one do podstawowych oświadczeń i dokumentów potwierdzających doświadczenie, a uprawnienie do ich żądania wynika z przepisów wykonawczych.

Zwraca również uwagę okoliczność, że Odwołujący kwestionując postanowienia SIWZ, odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu, nie neguje postanowień ogłoszenia o zamówieniu, które zawiera tożsame zapisy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b i § 5 ust. 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 rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł, opłatę skarbową od pełnomocnictw w kwocie 68,00 zł.

Przewodniczący: