

Sygn. akt: KIO 2710/13

WYROK

z dnia 3 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 listopada 2013 r.** przez wykonawcę **Famur S.A., 40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., 21-013 Puchaczów, Bogdanka**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Famur S.A., 40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51** i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Famur S.A., 40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Famur S.A., 40-698 Katowice, ul. Armii Krajowej 51** na rzecz zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., 21-013 Puchaczów, Bogdanka** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na „Dostawę loco kopalnia w Bogdance kompleksu strugowego do niskich pokładów”, ogłoszonym 15 i 20 listopada 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr 2013/S 222-387334, nr 2013/S 225-392499, w dniu 25 listopada 2013 r. zostało złożone w formie elektronicznej odwołanie przez wykonawcę: Famur S.A. z siedzibą w Katowicach, w kopi przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w dniu 15 listopada 2013 r., ze zmianą 20 listopada 2013 r. w zakresie następujących postanowień:

1. Sekcja II pkt 1.1. Nazwa nadana zamówieniu przez podmiot zamawiający,
2. Sekcja II pkt 1.5. Krótki opis zamówienia lub zakupu,
3. Sekcja II pkt 3. Czas trwania zamówienia lub termin realizacji,
4. Sekcja III pkt 2.1 ppkt 1,1. lit a. Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego,
5. Sekcja III pkt 2.3. Kwalifikacje techniczne.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu kopalni: Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) dalej zwaną ustawą Pzp, tj.:

1. art. 48 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez przygotowanie oraz prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji oraz określenie przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu, w zakresie postawienia wymogu dostarczenia kompleksu strugowego, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz nie zapewniający równego traktowania wykonawców,
2. art. 48 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie terminu realizacji zamówienia (Sekcja II pkt 3) w sposób niejednoznaczny, budzący zasadnicze wątpliwości oraz utrudniający uczciwą konkurencję,
3. § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej jako „Rozporządzenie w sprawie dokumentów”) w zw. z art. 138c pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z

art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie od wykonawców przedłożenia dokumentów do wymagania, których od wykonawców biorących udział w postępowaniu zamawiający nie był w ogóle uprawniony, czym naruszona została zasada zachowania uczciwej konkurencji,

4. art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1, 4 i 5 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu ich spełniania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i ograniczający krąg podmiotów mogących złożyć wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia oraz w stosunku do przedmiotu zamówienia nieproporcjonalny.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. dokonania modyfikacji treści ogłoszenia:

a. w zakresie Sekcji II pkt 1.1. oraz 1.5. - poprzez dokonanie ponownego określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby nie narzucał on wykonawcom obowiązku dostarczenia kompleksu strugowego, a w jego ramach urządzenia strugowego, a zamiast tego, aby wymagał dostawy kompleksu ścianowego,

b. w zakresie Sekcji II pkt 3 - poprzez wskazanie terminu realizacji zamówienia realnego do dotrzymania przez wykonawców, z uwzględnieniem okresu, jaki jest niezbędny do przeprowadzenia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego,

c. w zakresie Sekcji III pkt 2.1. ppkt 1. I lit. b - w razie uwzględnienia zarzutu dotyczącego Sekcji II pkt 1.1. oraz Sekcji II pkt 1.5. - poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie obowiązku posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz odnoszący się do nowego przedmiotu zamówienia oraz w sposób proporcjonalny do tego przedmiotu,

d. w zakresie sekcji III pkt 2.3. - poprzez dostosowanie wymogów w zakresie wykazu wykonanych dostaw oraz, poświadczeń wystawianych przez użytkowników kompleksów do przepisów obowiązującego prawa tj. w szczególności § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, a w przypadku uwzględnienia zarzutu dotyczącego Sekcji II pkt 1.1. oraz Sekcji II pkt 1.5. także poprzez dostosowanie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu do zmienionych warunków zgodnie z literą c),

e. w zakresie sekcji II pkt 1.2. lit. c ppkt 1 - poprzez ustalenie efektywnej pracy urządzenia urabiającego w ciągu doby w wymiarze 14 godzin.

2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,

3. zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym,

4. zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które prowadzone było pod znakiem 6135/2013,
5. zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia ofert niepodlegających odrzuceniu, które wpłynęły do zamawiającego w przetargach na dostawę urządzenia strugowego lub kompleksu strugowego, prowadzonych na przestrzeni ostatnich 5 lat oraz do złożenia oświadczenia o tym, jaki producent był dostawcą urządzeń strugowych lub kompleksów strugowych, które zostały w tym okresie dostarczone do zamawiającego,
6. załączenie protokołu z postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, które toczyło się pod sygnaturą KIO 1969/13.

Odwołujący wywodził posiadanie interesu we wniesieniu odwołania z faktu, że jako potencjalny wykonawca zainteresowany jest udziałem w postępowaniu oraz w uzyskaniu zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia znacznie utrudniają lub mogą prowadzić do braku możliwości złożenia przez odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również oferty. To z kolei może doprowadzić do braku możliwości uzyskania danego zamówienia przez odwołującego, a zatem może spowodować poniesienie szkody w postaci utraconych korzyści wynikających z realizacji zamówienia.

Odwołujący przytoczył wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r. (sygn. KIO 1691/12 i KIO 1704/12) zgodnie, z którym *„Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o zamówienie niezgodnie z prawem, w tym zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia, publicznego”*.

Powyższe odwołujący odniósł analogicznie do kwestii wniesienia odwołania na ogłoszenie o zamówieniu. Stwierdził, iż istnienie po stronie odwołującego interesu prawnego do wniesienia odwołania potwierdza fakt złożenia przez niego oferty w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w odniesieniu do analogicznego przedmiotu zamówienia, które zostało w dniu 23.10.2013 r. unieważnione ze względu na fakt, że cena oferty najkorzystniejszej przekroczyła kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący argumentował, że opublikowane ogłoszenie zawiera postanowienia sprzeczne z przepisami ustawy Pzp.

Zarzut 1. Zamawiający w pkt II. 1.1 oraz przede wszystkim w pkt II. 1.5. dokonał określenia przedmiotu zamówienia wskazując, że przedmiotem zamówienia ma być wysokowydajny kompleks strugowy do niskich pokładów. Następnie zamawiający dokonał określenia

zasadniczych parametrów kompleksu strugowego oraz warunków, w których kompleks ma pracować. Oczywistym jest, że określenie przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu nie musi mieć charakteru całkowitego, gdyż dokładny opis przedmiotu zamówienia zostanie zamieszczony dopiero w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Jednak w niniejszym przypadku dokonane przez zamawiającego określenie przedmiotu zamówienia wskazuje - jakiego typu urządzeń zamawiający oczekuje, czym zdaniem odwołującego - już na tym etapie ograniczona została zasada uczciwej konkurencji.

Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że dokonane przez zamawiającego określenie przedmiotu zamówienia w sposób bezpośredni rzutuje na opisane warunki udziału w postępowaniu, które z przedmiotem zamówienia zostały w sposób ścisły powiązane. Z kolei powiązanie warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem postępowania, który został określony w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji, powoduje że krąg podmiotów mogących złożyć wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został ograniczony tylko do jednego producenta. W związku z powyższym, zgłoszenie zarzutu 1 na tym etapie postępowania nie poczytał odwołujący - jako przedwczesne, gdyż w SIWZ w ramach opisu przedmiotu zamówienia zamawiający będzie miał możliwość dokonania jego szczegółowego opisu, jednak nadal przedmiotem tym będzie kompleks strugowy, co już przez zastosowanie samego takiego określenia ogranicza konkurencję. Poprzez wskazanie, że oczekiwany kompleks będący przedmiotem zamówienia ma być kompleksem strugowym, w skład którego wchodzi kompletne urządzenie strugowe, zamawiający narzucił wykonawcom jakiego rodzaju urządzenie urabiające ma być przedmiotem dostawy.

Odwołujący wyjaśniał, że zasadniczo wyróżnia się dwa rodzaje urządzeń urabiających tj. kombajn oraz strug. Zbiórczym określeniem dla obydwu wskazanych urządzeń jest określenie „urządzenie urabiające” lub „maszyna urabiająca”. Użycie takiego sformułowania nie narzuca wykonawcy, czy w danym kompleksie ma zostać użyty kombajn, czy też strug, pozwalając wykonawcy dokonać wyboru we własnym zakresie i zdecydować, które z urządzeń urabiających najlepiej spełnia wymagania postawione przez zamawiającego.

W większości warunków geologiczno - górniczych urządzenia te mogą być stosowane zamiennie. Odwołujący zapowiedział, że szczegółowa charakterystyka techniczna oraz różnice pomiędzy kombajnem oraz strugiem zostaną przedstawione na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zaznaczał, że poprzez narzucenie wykonawcom, że w skład kompleksu ścianowego wchodzić ma urządzenie strugowe, zamawiający całkowicie wyeliminował możliwość złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a tym samym i ofert przez

wykonawców, którzy mogliby zaoferować kompleks w skład, którego wchodziłby zamiast struga kombajn zdolny do spełnienia wszelkich wymagań stawianych przez zamawiającego. To doprowadziło do całkowitego ograniczenia konkurencji, gdyż aktualnie istnieje tylko jeden wykonawca, który ma możliwość zaoferowania przedmiotu - jakim jest urządzenie strugowe. Jest nim spółka z Grupy Caterpillar.

W celu potwierdzenia powyższego, odwołujący wnosił o zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia ofert niepodlegających odrzuceniu, które wpłynęły do zamawiającego w przetargach na dostawę urządzenia strugowego lub kompleksu strugowego prowadzonych na przestrzeni ostatnich 5 lat oraz do złożenia oświadczenia o tym, jaki producent był dostawcą urządzeń strugowych lub kompleksów strugowych, które zostały w tym okresie dostarczone do zamawiającego.

Ponadto odwołujący wskazywał, iż nie bez znaczenia pozostaje fakt, że w okresie od listopada 2012 r. do października 2013 r. zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę loco kopalnia w Bogdance kompleksu ścianowego”, numer referencyjny 6135/2013. Postępowanie dotyczyło dostawy sprzętu dla urabiania dokładnie tego samego pokładu, którego dotyczy niniejsze postępowanie tj. pokładu 385. Dowód: - specyfikacja istotnych postanowień zamówienia w postępowaniu nr 6135/2013 W tamtym postępowaniu w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający posłużył się sformułowaniem „urządzenie urabiające” pozostawiając wykonawcom kwestię wyboru, czy zaoferowanym urządzeniem urabiającym będzie kombajn, czy też strug. Zauważenia wymaga, że pomimo szerszego ujęcia przedmiotu zamówienia, w postępowaniu tym zostały ostatecznie złożone dwie oferty, z których każda oferowała kombajn, jako element składowy kompleksu. W postępowaniu nie została złożona żadna oferta obejmująca strug.

W stosunku do opisu warunków geologiczno - górniczych, w których ma pracować kompleks, w porównaniu do warunków opisanych w ww. postępowaniu, w opisie zamieszczonym w ogłoszeniu zamawiający wprowadził następujące zmiany:

- a. Sekcja II pkt 1.2. lit. B pkt 1 - 1,0-1,7 (w poprzednim postępowaniu było 1,2- 1,7)
- b. Sekcja II pkt 2 lit. B pkt 6, 7 i 8 w zakresie wytrzymałości na ściskanie.

Pozostałe warunki geologiczno - górnicze pozostały całkowicie niezmienione.

Za oczywiste odwołujący przyjął założenie, że nie zostaną one już zmienione na dalszym etapie postępowania, zwłaszcza w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skoro postępowanie dotyczy dostawy kompleksu ścianowego dla urabiania dokładnie tego samego pokładu, którego dotyczyło poprzednie postępowanie. Zatem odwołującemu znane są już szczegółowe warunki, w których kompleks będzie pracował, jak również szczegółowe

wymagania i oczekiwania zamawiającego, które zostały wyraźnie wyartykułowane w postępowaniu przez Krajową Izbą Odwoławczą pod sygnaturą akt KIO 1969/13.

Dowód: - protokół z postępowania KIO 1969/13

Zdaniem odwołującego, skoro w powyższym postępowaniu zamawiający żądał dostarczenia kompleksu ścianowego zdolnego do pracy w takich samych warunkach geologiczno-górnicznych, nie precyzując czy urządzeniem urabiającym wchodzącym w skład kompleksu może być kombajn, czy też strug, należy uznać, że wymagania i oczekiwania zamawiającego spełniały obydwa typy urządzeń urabiających. Potwierdzeniem, że w opisanych warunkach pracować może także kombajn jest fakt, że obydwie oferty złożone w powyższym postępowaniu spełniały w ocenie zamawiającego wymagania SIWZ, gdyż żadna z tych ofert nie została przez zamawiającego odrzucona. Postępowanie zostało przez zamawiającego unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający dokonując unieważnienia postępowania w tym trybie musiał w pierwszej kolejności dokonać oceny oferty, a przypadku gdyby którakolwiek z nich podlegała odrzuceniu - powinien dokonać ich odrzucenia, czego nie uczynił.

Dowód: akta postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 6135/2013

Wprowadzone przez zamawiającego dwie zmiany w zakresie występujących warunków geologiczno - górniczych w pokładzie 385 (wskazane powyżej), w ocenie odwołującego, nie mają żadnego wpływu na możliwość pracy w tych warunkach zarówno struga, jak i kombajnu.

Tym samym uznał, że dokonane przez zamawiającego określenie przedmiotu zamówienia wskazujące wprost na konieczność dostawy kompleksu strugowego, a nie kompleksu ścianowego, jak to miało miejsce w postępowaniu nr 6135/2013, stanowi niczym nieuzasadnione ograniczenie konkurencji nieznajdujące żadnego uzasadnienia w potrzebach zamawiającego, które nie mogły ulec tak daleko idącym zmianom na przestrzeni miesięcznego okresu (okres pomiędzy terminem składania ofert w przetargu nr 6135/2013 a ukazaniem się ogłoszenia w niniejszym przetargu).

Dodatkowo odwołujący zwracał uwagę na fakt, że bezzasadne warunki zostały zawarte w zakresie sekcji II pkt 1.2. lit. C ppkt 1 - tj. wskazano tam, że efektywna praca urządzenia urabiającego w ciągu doby ma wynosić 10 godzin, podczas gdy w poprzednim postępowaniu (opisanym powyżej), wynosiła ona 14 godzin. Warunki eksploatacyjne w poprzednim i w obecnym postępowaniu są takie same, dlatego też brak jest uzasadnienia dla zmian w zakresie długości efektywnej pracy urządzenia.

Zarzut 2. Zamawiający w Sekcji II pkt 3 „Czas trwania zamówienia lub termin realizacji - wskazał Rozpoczęcie: 15 grudnia 2013 r., Zakończenie: 30 sierpnia 2014 r. Taki termin

realizacji zamówienia w zakresie jego terminu początkowego jest całkowicie nierealny do zachowania uwzględniając fakt, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, a termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został wyznaczony na dzień 6 grudnia 2013 r., zatem uwzględniając wymogi ustawy Pzp, w ww. terminie nie jest nawet możliwe zawarcie umowy z wykonawcą, który złoży ofertę najkorzystniejszą.

Zarzut 3. Zamawiający w Sekcji III pkt 2.3. zmienionego ogłoszenia wskazał, że na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania zdolności technicznej wykonawca musi do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączyć:

- a. wykaz wykonanych w okresie ostatnich 5 lat (...) dostaw kompleksów strugowych, który to wykaz ma zawierać wskazane przez zamawiającego informacje min. dotyczące zainstalowanej mocy napędu oraz uzyskanego dobowego poziomu wydobywania,
- b. referencje wystawione przez użytkowników kompleksu, które mają zawierać ściśle wskazane przez zamawiającego informacje.

Tak dokonany opis dokumentów, do przedłożenia których zobowiązany jest wykonawca uznał odwołujący za sprzeczny przede wszystkim z treścią § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zgodnie z treścią tego przepisu „W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawą", zamawiający może żądać następujących dokumentów;

3) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.”

Przepis ten wyraźnie wskazuje, jakich informacji może żądać zamawiający w wykazie wykonanych dostaw oraz w poświadczeniach (referencjach) podmiotów, na rzecz których te dostawy zostały wykonane. W przypadku wykazu dostaw informacjami tymi są: wartość dostawy, jej przedmiot, data wykonania oraz podmiot na rzecz, którego dostawa została wykonana. Zatem żądanie przez zamawiającego przedłożenia przez wykonawców wykazu zawierającego inne, dodatkowe informacje niż wynikające z rozporządzenia w sprawie

dokumentów, jest w istocie żądaniem dokumentu o treści sprzecznej z tym rozporządzeniem, której zamawiający nie ma prawa modyfikować.

Tym samym, żądanie wskazania w wykazie dostaw informacji na temat mocy zainstalowanej do napędu struga oraz wydajności dobowej brutto jest sprzeczne z prawem.

Podobnie według odwołującego, sytuacja wygląda w odniesieniu do poświadczeń (referencji) przedkładanych przez podmioty na rzecz, których nastąpiła dostawa. Zgodnie z przytoczonym powyżej przepisem rozporządzenia referencje te mają jedynie poświadczać, czy dostawa została wykonana należycie czy nienależycie. Zamawiający nie ma uprawnienia do narzucania wykonawcom, treści żądanych referencji. Tak np. wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r. (KIO 527/13), wyrok KIO z 15 marca 2013 r. (KIO 368/13), wyrok KIO z 31 lipca 2012r. (KIO 1541/12), z których wynika m.in., że *„Dokument referencji nie jest sformalizowany - wydawany jest grzecznościowo i nawet nie musi zawierać szczegółowego wyspecyfikowania zleconych prac, ich wartości oraz dat wykonania”*.

W związku z powyższym żądanie, aby referencje podmiotów trzecich zawierały informacje w zakresie mocy zainstalowanej w dostarczonych kompleksach oraz osiągniętego przez kompleks poziomu wydobywania, uznał za nadmierne i sprzeczne z prawem. Podnosił, że także w postępowaniu sektorowym zamawiający nie ma dowolności, co do żądania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z dominującym orzecznictwem KIO, jeżeli zamawiający sektorowy żąda dokumentów wskazanych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, wówczas nie może modyfikować ich treści (tak. wyrok KIO z 17 grudnia 2007 r., KIO/UZP 9/07, wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 1 września 2006 r., UZP/ZO/0-2412/06). Zatem, żądając przedłożenia dokumentu w postaci wykazu dostaw oraz referencji, zamawiający mógł żądać tylko i wyłącznie wykazu dostaw o treści wyraźnie wskazanej w § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

W przypadku uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu 1 oraz zarzutu 4, w ocenie odwołującego, konieczne będzie dostosowanie opisu żądanych przez zamawiającego dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, stosownie do dokonanych zmian w zakresie określenia przedmiotu zamówienia.

Zarzut 4. W przypadku uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu 1 i nakazanie zamawiającemu ponownego oznaczenia przedmiotu zamówienia, określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia staną się warunkami nieodnoszącymi się do przedmiotu zamówienia oraz w stosunku do takiego przedmiotu nieproporcjonalnymi.

Na wezwanie zamawiającego, zamieszczone na stronie internetowej 25 listopada 2013r., do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie zachodzą przesłanki wyłączające merytoryczne rozpoznanie odwołania, wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał podane w ogłoszeniu warunki zamówienia oraz przedstawił uzasadnienie swego stanowiska, wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania w całości.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z ogłoszenia o zamówieniu z dnia 15 listopada 2013 r. zmienionego dnia 20 listopada 2013 r. wynika:

Sekcja II pkt 1.5. Krótki opis zamówienia lub zakupu.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa loco kopalnia w Bogdanie kompleksu strugowego do niskich pokładów.

Mięszość pokładu: 1,0-1,7 m

Wytrzymałość na ściskanie skał stropowych 4,5 do 38 MPa i skał spągowych w zakresie 2,5 do 20 MPa.

Uwaga: w trakcie eksploatacji pokładu węgla przewiduje się przycinanie warstw skał w spągu i w stropie.

Urządzenia powinny odpowiadać następującym wymaganiom: kompleks strugowy, jako całość urządzeń, powinien gwarantować uzyskanie dobowego wydobycia 10 tys. ton urobku brutto – przy 20 godzinach czasu pracy ściany i 10 godzinach efektywnej pracy urządzenia urabiającego (strugu) w ciągu doby.

Sekcja II pkt 3. Czas trwania zamówienia lub termin realizacji.

Rozpoczęcie 15.12.2013 r. zakończenie 30.08.2014 r.

Sekcja III pkt 2.1 ppkt 1,1. lit a. Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego.

Sekcja III pkt 2.3. Kwalifikacje techniczne.

W celu potwierdzenia zdolności technicznej wykonawca musi dołączyć do wniosku o dopuszczenie do przetargu m.in.:

- Wykaz wykonanych w okresie ostatnich 5 lat (...) dostaw co najmniej dwóch kompleksów strugowych do niskich pokładów, pracujących w podziemnych kopalniach węgla kamiennego

o mocy zainstalowanej do napędu struga nie mniejszej niż 2x600 kW, z którego każdy kompleks jako całość urządzeń uzyskał dobowy poziom wydobycia urobku brutto co najmniej 10 tys. ton urobku, przy 20 godzinach czasu pracy ściany i 10 godzinach efektywnej pracy struga w ciągu doby, wraz z referencjami wystawionymi przez użytkownika kompleksu, zawierającymi dane:

- wykaz urządzeń wchodzących w skład kompleksu;
- potwierdzenie, że dostawy zostały wykonane należycie;
- o mocy zainstalowanej do napędu struga nie mniejszej niż 2x600 kW;
- z którego każdy kompleks jako całość urządzeń uzyskał dobowy poziom wydobycia urobku brutto co najmniej 10 tys. ton urobku,
- złożony na formularzu załącznika 3 do wzoru wniosku o dopuszczenie do przetargu.

Formularz załącznika 3 do wzoru wniosku o dopuszczenie do przetargu, zawiera oznaczenie wymogów minimalnych – wykazu wykonanych dostaw – nie mniej niż 2 dostawy kompleksów strugowych do niskich pokładów, pracujących w podziemnych kopalniach węgla kamiennego a dostarczone kompleksy osiągnęły parametry deklarowane przez Wykonawcę.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jest przedsiębiorcą działającym w branży związanej z przedmiotem zamówienia, posiada więc interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość wykazywania, że wskutek czynności zamawiającego - podjętych z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - został narażony na poniesienie szkody, będącej następstwem pozbawienia go możliwości złożenia oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący formułując zarzuty odwołania bazował na tym, że w poprzednim unieważnionym postępowaniu zamawiający opisał przedmiot zamówienia jako dostawę „kompleksu ścianowego,” gdzie odwołujący był zdolny zaoferować kombajn do wydobycia węgla z niskich pokładów. Przy niezmiennych zasadniczo warunkach geologiczno – górniczych dla tego samego pokładu wydobywczego 385, w obecnych warunkach zamówienia zamawiający zawęził przedmiot zamówienia do dostawy kompleksów strugowych, w definicji których wobec znaczących różnic konstrukcyjno - technicznych i technologicznych, nie mieści się kombajn ścianowy.

Z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zdaniem Izby, nie sposób wywieść obowiązku zamawiającego dokonywania tożsamego opisu przedmiotu następnego zamówienia - jak pierwotnie unieważnione na identyczny jedynie teoretycznie przedmiot zamówienia - urządzenie urabiające do eksploatacji niskich pokładów. Byłoby to podejście

nieracjonalne i nielogiczne, ponadto niemające umocowania w żadnym przepisie ustawy. Zamawiający samodzielnie, zauważając potrzebę zmian w określeniu przedmiotu zamówienia, ze względu na ujawnione - w wyniku dalszych badań warunki geologiczno - górnicze, był w pełni uprawniony, aby na nowo zdefiniować ten przedmiot zamówienia - jako „dostawę kompleksu strugowego do niskich pokładów”, uwzględniając tym samym swoje uzasadnione potrzeby. Izba nie jest uprawniona, aby wyrokiem nakazywać jakie urządzenie zamawiający ma zakupić, pozostaje to bowiem suwerenną decyzją gospodarczą zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl art. 7 ustawy Pzp, czynności zamawiającego powinny zmierzać do zachowania reguł uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie zaś z dyspozycją art. 29 ust. 2 tej ustawy, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis art. 29 ust. 1 Pzp nakazuje więc jedynie dokładne opisanie przedmiotu zamówienia z podaniem wszystkich wymagań mających wpływ na złożenie oferty. Nie daje podstawy ingerencji w samo oznaczenie przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie kwestionował kompletności opisu przedmiotu zamówienia.

Wprawdzie z dyspozycji art. 29 ust. 2 Pzp wynika zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, lecz odnosi się to do wskazania nazwy, lub cech technicznych - prowadzących do jednoznacznego wniosku, iż warunkom zamówienia może sprostać wyłącznie jeden ściśle oznaczony produkt, jednego producenta. Zamawiający podał jedynie rodzaj urządzenia i jego skład, tj. „kompleksu strugowego do niskich pokładów”, nie określając ani jego konkretnego typu, ani też producenta.

Z faktu, że zamawiający w poprzednim prowadzonym przetargu wymagał dostawy kompleksu ścianowego, nie wynika, że w ponowionym przetargu nie może uściślić swoich wymagań i zdefiniować przedmiotu zamówienia na dostawę kompleksu strugowego do niskich pokładów, w taki sposób, aby urządzenie to spełniało w większym stopniu potrzeby i oczekiwania uwzględniając warunki, w których będzie pracować.

Zamawiający wyjaśniał, że przed wszczęciem niniejszego postępowania, przeprowadził pełniejsze rozeznanie geologiczno - górnicze, nie tylko poprzez odwierty zewnętrzne, ale również w warunkach dołowych. Dało mu to podstawy do korekty charakterystyki złoża nr 385/2, które zamierza eksploatować, (zwłaszcza w odniesieniu do niższej miąższości tego pokładu) i dokonania opisu przedmiotu zamówienia ze wskazaniem

bardziej wyspecjalizowanego i wydajniejszego narzędzia, jakim są kompleksowe urządzenia strugowe. Okoliczność taką potwierdza złożona opinia dr inż. J..... K..... Kierownika Pracowni Pozyskiwania Surowców Mineralnych w Instytucie Gospodarki Surowcami Mineralnymi i Energią PAN, zawierająca wnioski, że właściwą technologią dla eksploatacji pokładu 385 Kopalni Bogdanka pole 1 i 2, w warunkach panujących w tej kopalni - jest technologia strugowa.

W poprzednim postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający miał możliwość dokładniejszego rozeznania oferty rynkowej w zakresie urządzeń do eksploatacji niskich pokładów, i w związku z tym doprecyzowania przedmiotu zamówienia na kompleks strugowy, dedykowany i bardziej przydatny do pracy w takich pokładach jakie zamierza eksploatować, niż kompleks ścianowy, pod pojęciem którego mieści się zasadniczo kombajn ścianowy uniwersalny przeznaczony do urobku węgla niezależnie od charakterystyki pokładu. Nawet jeżeli niektórzy producenci - jak odwołujący - przystosowali produkowane kombajny do eksploatacji niskich pokładów, to i tak różnice w omawianych technikach wydobywczych są znaczące i przeważają korzyści ekonomiczne i użytkowe stosowania kompleksów strugowych.

Zamawiający wybrał urządzenie strugowe z następujących powodów.

- 1) Wyższej efektywności struga, gdyż zdolny jest on więcej urobić węgla w jednostce czasu w porównywalnych warunkach pokładu niż urządzenie kombajnu ścianowego nawet przeznaczonego do niższych pokładów, potwierdza to rozeznanie rynku tj. w KHW i JSW, gdzie pracują kombajny do wydobywania węgla z niskich pokładów i osiągnięta wydajność tych urządzeń jest mniejsza w stosunku do urządzeń strugowych zainstalowanych w kopalni Bogdanka, tzn. gdzie są dwa kompleksy już pracujące jeden od 2010 r. ściana 1/6 pokład 385, drugi od października 2012 r. ściana 2/6 pokład 385. Pierwszy kompleks obrobił dwie ściany i przeszedł do ściany trzeciej. Zamawiający przyznał, że wszystkie strugi które nabył, są produkcji firm z grupy Caterpillar.
- 2) Technologia ta daje możliwość pozyskiwania urobku węgla bez zanieczyszczeń skałami płonnymi. Zaoszczędza to zamawiającemu ponoszenia kosztów na wzbogacanie urobku poprzez pozbywanie się kamienia w trakcie dalszej obróbki przez Zakład Przeróbki Mechanicznej Węgla metodą suchą i moką, gdzie oddziela się frakcje węgla od zanieczyszczeń, głównie skałą płoną. Ma to wpływ zarówno na ponoszone koszty, jak i na cenę węgla w zbyciu ze względu na jego jakość i kaloryczność. Ponadto kopalnia ponosi duże koszty zagospodarowania skały płonnej jako odpadów składowanych na hałdach, czy zabezpieczania wyrobisk, zatem ma to wpływ na wynik ekonomiczny.

- 3) Ułatwiona jest eksploatacja urządzenia strugowego i jego bieżące utrzymanie, ze względu na szerszy dostęp do tego urządzenia i możliwość wymiany elementów zużytych lub uszkodzonych, szczególnie biorąc pod uwagę małe przestrzenie wskazywane od 1 do 1,7 m wysokości. Nie było powodów, aby odmówić wiarygodności oświadczeniom zamawiającego, iż jego praktyczne doświadczenia wskazują, że urządzenie strugowe jest mniej awaryjne niż kombajn, ze względu na jego konstrukcję. Napęd urządzenia znajduje się poza ścianą wydobywczą.
- 4) Strug ma układ sterowania głowicą na całej długości ściany, więc dostosowuje się do grubości pokładu i urabia węgiel z pominięciem skał. Kombajnem trudniej jest sterować, biorąc pod uwagę zarówno długość pokładu jak i jego szerokość, ze względu na długość samego urządzenia jak i pofałdowanie pokładu.
- 5) Nie można pomijać, iż do tej pory niskie pokłady w zakładach górniczych nie były wykorzystywane jako nieopłacalne, pozabilansowe, ponieważ nie opłacało się ich eksploatować. Natomiast technika strugowa pozwala na wydobywanie węgla z takich pokładów i eksploatacja złóż w takich warunkach jest opłacalna dla kopalni. Przedłuża to zatem żywotność samych wyrobisk i kopalni, gdyż opłaca się eksploatować również także takie złoża, które poprzednio byłyby pozostawione bez wydobycia.
- 6) Okoliczności wskazują, że zamawiający miał podstawy, aby stwierdzić, że dostatecznie w praktyce przetestował urządzenia strugowe, i że spełniają one jego oczekiwania zakładanego podnoszenia wydajności wydobycia, gdyż prowadzi strategię, aby to wydobycie podwoić. Odwołujący nie zaprzeczył takim twierdzeniom zamawiającego - że przy użyciu technologii strugowej - udało mu się pobić rekord świata w dobowym urobku w odniesieniu do niskich pokładów.

Zamawiający przedłożył dowody potwierdzające, że iż kompleksy strugowe są oferowane przez różnych producentów i dystrybutorów tj.: spółkę Halbach & Braun GmbH & Co KG oraz czeską spółkę OSTROJ a.s., niemiecką grupę Caterpillar Global Mining Europe GmbH oraz producenta Urządzenia i Konstrukcje S.A. z siedzibą w Żorach. Istnieje zatem więcej niż jeden producent wskazywany przez odwołującego z grupy Caterpillar. Ponadto same urządzenia kompleksów strugowych są zróżnicowane, np. co ich jego mocy i innych elementów technicznych i składowych. Występują w różnych wersjach wykonawczych, w zależności od potrzeb konkretnego zamawiającego.

Wskazywane przez odwołującego wydajności osiągnęte przez JSW czy KHW - na poziomach niższych niż zapotrzebował zamawiający 10 tys. ton na dobę, przy użyciu kompleksów strugowych, lub kombajnu przystosowanego do eksploatacji niskich pokładów, wynikają z tego, że w tamtych kopalniach są trudniejsze warunki wydobycia, występuje

większe zagrożenie metanowe. W związku z czym, stosuje się urządzenia strugowe i kombajny o mniejszych mocach.

Trafnie zamawiający zwracał uwagę, że odwołujący nie przedstawił dowodów, iż istnieje urządzenie kombajnu ścianowego, którym odwołujący dysponuje, które wydobyło na dobę taką ilość urobku jak podał zamawiający w warunkach zamówienia, w oparciu o doświadczenia ile zdolny jest wydobyć strug. Osiągane wielkości w innych kopalniach dotyczą kombajnów o niższej mocy, ze względu na warunki pracy w niskich pokładach zagrożonych wybuchem metanu. Odwołujący nie wykazał, aby realnie istniały i były eksploatowane kombajny ścianowe o takiej mocy, jakiej gotowość dostawy deklarował, gdyby został dopuszczony ten przedmiot zamówienia, tj. kombajny. Okoliczność przyznaną stanowiło, że aczkolwiek produkowany przez odwołującego kombajn do niskich pokładów, nie jest prototypem, to nie jest również urządzeniem sprawdzonym w długotrwałej praktyce w odniesieniu do zakładanych wielkości wydobywania 10 tys. ton na dobę. Pierwotnie podnoszony zarzut w tym zakresie, dotyczący wyznaczonej wielkości urobku, nie został przez odwołującego podtrzymany w trakcie rozprawy.

Przedstawiony przez zamawiającego dowód z wydruków z prezentacji multimedialnej, obrazuje różnice technologii urabiania pokładu przy pomocy kombajnu ścianowego i przy pomocy urządzenia strugowego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego terminu dostawy, zamawiający potwierdził, iż uznaje za wiążący końcowy termin, który będzie zawarty w umowie, że dostawa kompleksu strugowego zostanie zrealizowana do 30 sierpnia 2014 r. w sensie dostarczenia wszystkich urządzeń kompleksu strugowego wraz z dokumentacją i jego zainstalowania. Przepisy ustawy Pzp nie wyłączają - podania skonkretyzowanego terminu realizacji umowy w SIWZ, która w przetargu ograniczonym doręczana jest wykonawcom wraz z zaproszeniem do złożenia oferty - w granicach czasowych uprzednio podanych w ogłoszeniu.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów, oprócz przedmiotu zamówienia, dotyczących terminu jak i wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia - w oparciu o wymaganej treści dokumenty, Izba również podzieliła stanowisko zamawiającego, że odwołujący nie wykazał interesu w zgłaszaniu takich zarzutów, gdyż stwierdził, iż jest zdolny złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ofertę jedynie wówczas, gdy przedmiot zamówienia zostanie oznaczony, jako kombajn - kompleks ścianowy. Zauważenia wymagało, że zamawiający, jako podmiot sektorowy może wyznaczyć dodatkowe warunki - przedstawienia także innych dokumentów niż te, o których mówi art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - w oparciu o art. 138c ust. 1 pkt 2 Pzp. Żądane dokumenty i informacje są niezbędne do dokonania oceny zdolności wykonawców do

realizacji zamówienia. Nawet gdyby wykonawca nie był w stanie dostarczyć referencji wymaganej treści - to może się ograniczyć do złożenia oświadczenia własnego, gdyż pozwala na to przepis § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231).

Zasada równego traktowania wykonawców i stwarzania warunków do uczciwej między nimi konkurencji określona w art. 7 ustawy Pzp sprowadza się do jednakowego traktowania wykonawców bez preferowania jednych i dyskryminowania innych w porównywalnych warunkach. W szczególności ograniczanie dostępu do zamówienia musi być oceniane przez pryzmat uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Określenie tych potrzeb jest zarówno obowiązkiem jak i uprawnieniem zamawiającego. Pojmowanie uczciwej konkurencji, jako wyrównywania szans na niezmiennym poziomie technicznym, należy uznać za nieprawidłowe. Uczciwa konkurencja to także, i przede wszystkim stwarzanie przedsiębiorcom warunków do zbytu jak najlepszych, zaawansowanych technicznie, wyspecjalizowanych i innowacyjnych produktów i uzyskiwania jak najlepszych efektów - w celu wyprzedzenia konkurentów rynkowych. Atrybutem konkurencji jest wprowadzanie nowych urządzeń, ulepszanie parametrów, zwiększenie funkcjonalności oraz efektywności. Domaganie się swoistego pogarszania przedmiotu zamówienia, w stosunku do tego, co zdolni są zaoferować konkurenci, jest wręcz zaprzeczeniem idei konkurencyjności, z którą nieodłącznie jest związany postęp techniczno-technologiczny.

Odwołujący nie dowiódł, iż urządzenie strugowe może być zaoferowane tylko przez jednego wykonawcę – wyłącznego producenta, biorąc pod uwagę praktycznie globalny rynek. Brak podstaw, aby takie oznaczenie przedmiotu zamówienia przyjmować, jako dyskryminującą wykonawców specyfikację techniczną, wymagającą przyjęcia korekt.

Zamawiający Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. posiada własne doświadczenia w zakresie wdrażania techniki strugowej, gdyż eksploatuje strugowy kompleks mechanizacyjny zakupiony wcześniej dla lokalizacji w warunkach geologiczno-górnicych ściany badawczej w pokładzie 385/2 wyposażoną w ten kompleks w roku 2010 r. i zna pełne wyniki produkcyjne osiągnięte przez dane urządzenie. Uruchomił też drugą ścianę pokładu 385 wyposażoną w ten kompleks.

Technologia strugowa stanowi skuteczną metodę urabiania pokładów węgla o niskiej miąższości, zatem rośnie jej znaczenie. Doprowadziło to do zwiększenia wydobycia ze ścian strugowych. Praca kompleksów strugowych umożliwia wydobycie węgla ze ścian o trudnych warunkach geologicznych, np. eksploatacji w warunkach występowania uskoków. Kompleksy strugowe są stosowane w wielu krajach, np. w Niemczech, Stanach Zjednoczonych, w Chinach, na Ukrainie. Z tego należy wywodzić, iż na globalnym rynku istnieje wiele

podmiotów, które dostarczają tego typu urządzenia, bądź jako producenci, ale także jako dystrybutorzy.

Nie bez znaczenia jest także precyzyjność tej technologii, pozwalającej na wydobywanie mniej zanieczyszczonego węgla, jak również oszczędność kosztów eksploatacji, czy szybkość urabiania. Technika strugowa pozwala na utrzymanie wysokich wyników produkcyjnych nawet w trudnych warunkach. Są to widome zalety zastosowania tej metody, tzn. strugowej do eksploatacji pokładów cienkich w porównaniu z tradycyjną eksploatacją z wykorzystaniem kombajnu ścianowego. Zastosowanie techniki strugowej z wykorzystaniem zebranych doświadczeń i wprowadzonych na ich bazie rozwiązań technicznych jest istotne dla zamawiającego, z uwagi na znaczący udział pokładów cienkich w zasobach tej kopalni.

Zamawiający jest uprawniony, aby nabyć nowoczesny kompleks strugowy do stosowania w trudnych warunkach eksploatacyjnych, gdyż zalety zastosowania techniki strugowej do eksploatacji pokładów cienkich w porównaniu z tradycyjną eksploatacją z wykorzystaniem kombajnu ścianowego są znaczne. Systemy strugowe są znane, stosowne, ale też ulepszone. Technika strugowa wręcz jest niezbędna przy eksploatacji pokładów cienkich. Z faktu, że produkcja tego rodzaju urządzeń nie jest powszechna, nie można wywnioskować, że zamawiający nie może w ramach zamówienia publicznego nabyć takich maszyn górniczych, które z uwagi na swoją innowacyjność i walory eksploatacyjne mogą dawać kopalniom je stosującym – na rynku znaczną przewagę konkurencyjną. Jeżeli nawet we wcześniejszym okresie, zamawiający długotrwale dokonywał zakupów zespołów ścianowych, tj. kombajnów ścianowych, to nie oznacza, że ma to czynić nadal. Na tym właśnie polega konkurencja między wykonawcami, że produkt nowocześniejszy o lepszym bardziej dostosowanym spektrum użytkowym wypiera z rynku wyroby i technologie przestarzałe. Nie można zabraniać zamawiającemu wprowadzania innowacji technicznych, gdyż stanowiłoby to zaprzeczenie regułom konkurencyjności. Skoro kombajny ścianowe są znane i eksploatowane od kilkadziesiąt lat, to technika strugowa zaczęła wchodzić do użytkowania w polskich kopalniach dopiero od kilku lat. Odwołujący na równych zasadach może zaoferować zapotrzebowany wyrób, jeżeli będzie go w stanie wyprodukować, bądź zakupić, zamiast domagać się dopuszczenia urządzenia mniej efektywnego w stosowaniu - które posiada w swojej ofercie, mimo że uznaje je również za innowacyjne, przystosowane do eksploatacji cienkich złóż.

Izba opowiada się poglądem, przyznającym zamawiającemu prawo do oznaczania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który zaspokaja zarówno jego potrzeby, jak i zabezpiecza jego interesy. Nie można, więc odejmować zamawiającemu prawa do kreowania przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem zasad racjonalności gospodarowania, osiągania korzyści z wprowadzania innowacji, które w warunkach utrzymywania eksploatacji

pokładów niskich dają możliwość konkurencyjnego funkcjonowania na rynku i uwzględniania własnego interesu ekonomicznego, wynikającego z już zdobytych doświadczeń w zakresie efektywności pracy i osiąganych wielorakich korzyści stosowania kompleksów strugowych. Jednocześnie, w ocenie Izby, zamawiający definiując przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swoich uzasadnionych potrzeb, dokonał tego z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Zasada wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia do udziału w przetargu wszystkich podmiotów w jakikolwiek sposób zainteresowanych zamówieniem, którzy jednak nie są zdolni zaoferować zamawianego produktu. Wykonawca ponadto nie może wskazywać - co zamawiający powinien zakupić. Środki ochrony prawnej nie służą celom ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia w dostosowaniu do asortymentu, którym odwołujący się wykonawca dysponuje i chciałby go dostarczać. Kwestionowane postanowienia SIWZ - wymagań odnoszonych do opisu przedmiotu zamówienia, nie naruszyły wskazywanych przez odwołującego przepisów, w szczególności art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp - poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uchylający zasadom równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Ogólnie odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołania, w kontekście powyższego rozpatrzenia zarzutów wobec opisu przedmiotu zamówienia, Izba miała na uwadze, że odwołujący żądał rozpoznania dalszych zarzutów odwołania wobec wyznaczonego sposobu oceny spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia - jedynie wówczas, gdyby Izba nakazała zmianę przedmiotu zamówienia - na dostarczenie kompleksu ścianowego - co dawałby odwołującemu możliwość złożenia oferty na dostawę kombajnu ścianowego, a nie kompleksu strugowego. W tym stanie rzeczy rozstrzygnięcie w odniesieniu do innych zarzutów odwołania w zasadzie było nawet bezprzedmiotowe, a zarzuty te nie pozostawały związane z interesem odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp - stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 2 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).

Przewodniczący: