

Sygn. akt: KIO 1135/22

WYROK
z dnia 17 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 maja 2022 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 kwietnia 2022 r.** przez wykonawcę: **Scharf Polska Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 55, 43-100 Tychy** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Grupę Górniczą S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

orzeka:

1. **oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **Scharf Polska Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 55, 43-100 Tychy** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcy **Scharf Polska Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 55, 43-100 Tychy** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od wykonawcy **Scharf Polska Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 55, 43-100 Tychy** na rzecz **Polskiej Grupy Górniczej S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego p.n.: „Dostawa części zamiennych do kolejek Grupy SMT Scharf dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. – nr grupy 295-22-02”, numer referencyjny: 702200253; zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.04.2022 r. pod nr: 2022/S 274 – 197164 przez Polską Grupę Górniczą S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice zwaną dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwana dalej „NPzp” albo „ustawy Pzp” albo „PZP”. Ogłoszenie o zamówieniu oraz postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ” zostały zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego tego samego dnia: <https://www.pgg.pl/strefa-korporacyjnaldostawcyprofil-nabywcy/przetargi>.

W dniu 25.04.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) SMT Scharf Polska Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 55, 43-100 Tychy zwane dalej: „Scharf Polska Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” wniosła odwołanie na treść ogłoszenia i postanowień SWZ.

Stwierdził, że Niniejszym odwołaniem objęte są czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na:

1. określeniu treści specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) w postępowaniu – w części dotyczącej wymogów, które spełniać mają Wykonawcy, w sposób sprzeczny z przepisami prawa, poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców dostarczających części wykonane według własnej dokumentacji,
2. zaniechaniu opisanie zamawianych części (zał. nr 2 do SWZ) w sposób jednoznaczny, zrozumiały i wyczerpujący (przy jednoczesnym dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawców nie będących dostawcami części „oryginalnych” – w rozumieniu treści SWZ), podczas gdy opis przedmiotu zamówienia powinien uwzględniać wszystkie okoliczności wymagane dla złożenia prawidłowych ofert oraz weryfikacji zdolności wykonawcy do ich wykonania,

3. ukształtowaniu treści specyfikacji warunków zamówienia obowiązujących w Postępowaniu w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (w szczeg. zał. nr 1 do SWZ) w sposób wzajemnie sprzeczny, nieprzejrzysty i niejasny,

4. wadliwym określeniu wymogów oraz dowodów ich spełnienia w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy.

Zaskarżonym czynnościami i zaniechaniem zarzucił naruszenie:

1. art. 16 pkt 1) PZP, art. 99 ust. 2 PZP, art. 101 ust. 1 pkt 4) PZP oraz pkt 1.7.4.2. lit. „t” Załącznika I oraz pkt 1, pkt 3.1 – 3.4, pkt 6 Załącznika IX Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2006/42/WE z dnia 17 maja 2006 roku (zwanej dalej „dyrektywą maszynową”) w zw. z art. 57 pkt 2 w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 PZP, art. 116 ust. 1 PZP – poprzez ich niezastosowanie i dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawców nie korzystających z dokumentacji producenta i wytwarzających przedmiot zamówienia w oparciu o własną dokumentację, nie podlegającą weryfikacji przez jednostkę notyfikowaną, wykonującą badanie maszyny typu WE, co stanowi także naruszenie zasad uczciwej konkurencji,

2. art. 16 pkt 2) PZP, art. 17 ust. 1 pkt 1) PZP, art. 99 ust. 1-7, art. 101 ust. 1-6 PZP poprzez ich niezastosowanie i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprzejrzysty i niezrozumiały oraz niezapewniający najlepszej jakości dostaw, a to poprzez:

a. określenie przedmiotu zamówienia wyłącznie poprzez posłużenie się numerem identyfikacyjnym nadanym przez producenta maszyny, bez jakiegokolwiek doprecyzowania cech oraz parametrów technicznych zamawianych części i bez wskazania, do jakiego typu kolejki przeznaczona jest zamawiana część, co uniemożliwia stwierdzenie, czy oferowana przez wykonawcę część jest zgodna z częścią pierwotnie zastosowaną w maszynie – z jednoczesnym dopuszczeniem do postępowania podmiotów nie będących producentami maszyny, a więc nie posługujących się w prowadzonej przez siebie działalności numerami ID producenta maszyny;

b. żądanie złożenia przez Wykonawcę wyłącznie oświadczenia, że nie dojdzie do wytworzenia nowej maszyny i braku żądania przeprowadzenia odpowiednich badań przez jednostkę notyfikowaną, potwierdzających akredytowanym certyfikatem, że: części zamienne są certyfikowanymi zamiennikami oryginalnych części danej maszyny i możliwe jest ich równoważne (zamiennie) stosowanie w danej maszynie, a w efekcie ich zastosowania nie dojdzie do stworzenia nowej maszyny – powyższe stanowi jednocześnie naruszenie pkt 1.7.4.2. lit. „t” Załącznika I oraz pkt 1, pkt 3.1 – 3.4, pkt 6 Załącznika IX dyrektywy maszynowej,

3. art. 101 ust. 6 oraz art. 105 ust. 1-4 PZP poprzez żądanie przez Zamawiającego certyfikatów o takiej treści, która nie potwierdza równoważności stosowanych zamienników w stosunku do części oryginalnej - Zamawiający żąda w istocie dowodów nieprzydatnych do wykazania okoliczności, którą mają potwierdzać;

4. art. 57 pkt 2 w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 PZP, art. 116 ust. 1 PZP, art. 16 pkt 1) PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy - przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymaga jedynie aby Wykonawca legitymował się wykonaniem dostaw rodzajowo podobnych;

Wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania, a także dowodów, które zostaną przedstawione na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego spoza listy biegłych sądowych ze specjalizacją oceny zgodności maszyn (w ocenie Odwołującego najbardziej miarodajnym byłoby dopuszczenie w tym względzie dowodu z opinii instytutu, będącego jednostką notyfikowaną, jako podmiotu zajmującego się dokonywaniem takiej oceny) – celem udzielenia odpowiedzi na następujące pytania:

a. Czy przedłożenie w toku postępowania certyfikatu o treści wskazanej przez Zamawiającego pozwala na przyjęcie, że:

- oferowany przez wykonawcę zamiennik jest równoważny części oryginalnej,
- nie dojdzie do wytworzenia nowej maszyny,
- dany zamiennik nadaje się do zastosowania w miejsce części oryginalnej oraz posiada analogiczne względem niej parametry techniczne i wytrzymałościowe;
- nie jest konieczne przeprowadzenie badania typu WE maszyny, po zastosowaniu w niej zamiennika wykonanego według dokumentacji innej, niż dokumentacja techniczna producenta maszyny,

b. Czy jest możliwe stwierdzenie równoważności części zamiennej bez przedstawienia certyfikatu jednostki notyfikowanej stwierdzającego taką równoważność oraz bez przeprowadzenia stosownych badań przez jednostkę notyfikowaną?

c. Czy technicznie możliwe jest wytworzenie części zamiennej, równoważnej w stosunku do oryginalnej, bez dostępu do dokumentacji technicznej producenta maszyny oraz producenta danej części?

d. Czy żądane przez Zamawiającego dokumenty umożliwiają mu następnie ustalenie, czy część dostarczana przez Wykonawcę jest równoważna części zastosowanej w maszynie, bez jednoczesnego wymogu przedłożenia deklaracji zgodności części zamiennej z częścią oryginalną, wystawionej przez jednostkę notyfikowaną?

e. Czy zastosowanie w maszynie części, wykonanej według dokumentacji innej niż dokumentacja producenta maszyny, nie doprowadzi do wytworzenia nowej maszyny w myśl postanowień dyrektywy maszynowej?

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Stron – z ograniczeniem do przesłuchania Odwołującego – na okoliczność sposobu, zakresu i przebiegu procesu certyfikacji maszyn dostarczanych przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego, zakresu dopuszczalnych zmian wprowadzanych do maszyn, usterek odnotowywanych w nieoryginalnych częściach maszyny;

4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków:

a. M. M. (wezwanie na adres Odwołującego);

b. P. G. (wezwanie na adres: riskCE sp. z o.o. sp. kom. Pomorski Park Naukowo Technologiczny Al. Zwycięstwa 96/98 81-451 Gdynia)

- na okoliczność sposobu, zakresu i przebiegu procesu certyfikacji maszyn dostarczanych przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego, zakresu dopuszczalnych zmian wprowadzanych do maszyn, procedury związanej z informowaniem jednostki notyfikowanej o wprowadzeniu zmian w częściach maszyny, usterek odnotowywanych w nieoryginalnych częściach maszyny;

5. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SWZ w sposób opisany poniżej:

- zmiana postanowienia cz. V pkt 3 ppkt 3) SWZ

3) Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie) wykonał dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. zarówno dostawy materiałów tożsamy z przedmiotem przetargu, jak również dostawy materiałów rodzajowo podobnych, tj.: dostawy części zamiennych i podzespołów innych maszyn i urządzeń oraz kompletnych maszyn i urządzeń – w zakresie podziemnych kolejek podwieszonych produkcji SMT Scharf, na wartość łączną nie niższą niż określoną w pkt 2) - przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku

świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy;

- usunięcie postanowień załącznika nr 1 do SWZ: cz. B pkt. 4 ppkt 3) i 4) lub ich zmianę w sposób poniższy:

3) certyfikowane zamienniki oryginalnych części zamiennych - podzespoły i części zamienne, równoważne z oryginalnymi częściami zamiennymi, wykonane przez inny podmiot niż:

- Producent maszyny / urządzenia,

- Właściciel dokumentacji (niebędący producentem maszyny / urządzenia), zgodnie z którą Producent maszyny / urządzenia wykonał maszynę / urządzenie,

- podmiot posiadający upoważnienie do produkcji oryginalnych części zamiennych na podstawie dokumentacji, zgodnie z którą Producent maszyny / urządzenia wykonał maszynę / urządzenie. Certyfikowane zamienniki oryginalnych części zamiennych wykonane są wg rysunku i własnej dokumentacji oraz poddane badaniom i ocenie zgodności ich właściwości z wymaganiami stosownych norm i przepisów oraz dopuszczalności ich stosowania w kolejkach SMT Scharf, potwierdzonej stosownym akredytowanym certyfikatem wydanym (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez akredytowane jednostki certyfikujące / jednostki notyfikowane, który to certyfikat potwierdzać będzie, że: części zamienne są certyfikowanymi zamiennikami oryginalnych części danej maszyny i możliwe jest ich równoważne (zamiennie) stosowanie w danej maszynie, a w efekcie ich zastosowania nie dojdzie do stworzenia nowej maszyny;

4) certyfikowane zamienniki katalogowych części zamiennych - podzespoły i części zamienne, równoważne z katalogowymi częściami zamiennymi, wykonane przez inny podmiot niż Producent katalogowych części zamiennych.

Certyfikowane zamienniki katalogowych części zamiennych wykonane są wg rysunku i własnej dokumentacji oraz poddane badaniom i ocenie zgodności ich właściwości z wymaganiami stosownych norm i przepisów oraz dopuszczalności ich stosowania w kolejkach SMT Scharf, potwierdzonej stosownym akredytowanym certyfikatem wydanym (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez akredytowane jednostki certyfikujące / jednostki notyfikowane, który to certyfikat potwierdzać będzie, że: części zamienne są certyfikowanymi zamiennikami oryginalnych części danej maszyny i możliwe jest ich równoważne (zamiennie) stosowanie w danej maszynie, a w efekcie ich zastosowania nie dojdzie do stworzenia nowej maszyny;

- usunięcie postanowień załącznika nr 1 do SWZ: cz. C pkt 3 ppkt 4) lub ich zmianę w sposób poniższy:

4) w przypadku oferowania certyfikowanych zamienników oryginalnych lub katalogowych części zamiennych:

- oświadczenie Wykonawcy, że oferowane części zamienne są nowymi, certyfikowanymi zamiennikami oryginalnych lub katalogowych części zamiennych maszyny / urządzenia, której / którego przedmiot zamówienia dotyczy - zgodnie ze wzorem załącznika nr 1e i/lub 1f;

- oświadczenie Producenta certyfikowanych zamienników oryginalnych lub katalogowych części zamiennych potwierdzające równoważność produkowanych części zamiennych z oryginalnymi lub katalogowymi częściami zamiennymi maszyny / urządzenia, której / którego przedmiot zamówienia dotyczy, wskazujące zakres ich zastosowania w ściśle określonym rodzaju maszyny / urządzenia t.j. w kolejkach określonego producenta stosowanych w podziemnych zakładach zgodnie ze wzorem załącznika nr 1g i/lub 1h;

- stosowne akredytowane certyfikat(y) potwierdzający(e) zgodność właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i / lub przepisów, wydany(e) (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez jednostki certyfikujące / jednostki notyfikowane akredytowane w zakresie certyfikacji kolejek, wskazujący(e) co najmniej zakres ich zastosowania w określonym rodzaju maszyny / urządzenia tj.: w kolejkach SMT Scharf stosowanych w podziemnych zakładach górniczych, który to certyfikat potwierdzać będzie, że: części zamienne są certyfikowanymi zamiennikami oryginalnych części danej maszyny i możliwe jest ich równoważne (zamiennie) stosowanie w danej maszynie,

Wymóg posiadania certyfikatu nie dotyczy części zamówienia (zadania) nr 3, 5, 8, 9, 13, 16, 17 oraz 18 poz. 1, 22, 42, 43, 48, 56, 57, 58, 59, 60, 69, 70, 129, 130, 134, 136, 144, 155, 162, 163, 168, 173, 174, 178, 186, 192, 196, 209 jednak Wykonawcy oferujący w/w pozycje zobowiązani są do złożenia oświadczeń zgodnie z treścią załączników nr 1e i /lub 1f oraz 1g i/lub 1h do SIWZ ze skreśleniem słowa certyfikowany.

- zmiana postanowień załącznika nr 1 do SWZ: cz. D – pkt 2 lit a)

a) stosowne akredytowane certyfikat(y) potwierdzający(e) zgodność właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i / lub przepisów, wydany(e) (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez jednostki certyfikujące / jednostki notyfikowane akredytowane w zakresie certyfikacji kolejek, wskazujący(e) co najmniej zakres ich zastosowania w określonym rodzaju maszyny / urządzenia tj.: w kolejkach SMT Scharf stosowanych w podziemnych zakładach górniczych – jeżeli dotyczy , który to certyfikat potwierdzać będzie, że: części zamienne są certyfikowanymi zamiennikami oryginalnych

części danej maszyny i możliwe jest ich równoważne (zamienne) stosowanie w danej maszynie, a w efekcie ich zastosowania nie dojdzie do stworzenia nowej maszyny;

6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa radcy prawnego/adwokackiego, według norm przepisanych i zgodnie ze spisem kosztów przedstawionym przez Odwołującego na rozprawie.

Postępowanie, w ramach którego złożone zostało niniejsze odwołanie, dotyczy dostawy części zamiennych do kolejek Grupy SMT Scharf dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A., określone w Formularzu Ofertowym, który stanowi Załącznik nr 2 do SWZ.

Zarzut ad. 1 – dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawców, dostarczających części produkowane według własnej dokumentacji

Niniejsze postępowanie dotyczy dostawy części do maszyn podlegających obowiązkowym badaniom typu WE przez jednostkę notyfikowaną. Badanie typu WE jest procedurą, według której jednostka notyfikowana stwierdza i zaświadcza, że reprezentatywny wzorzec maszyny spełnia przepisy dyrektywy maszynowej oraz norm zharmonizowanych z tą dyrektywą. Warunkiem dalszej eksploatacji urządzeń jest to, by kolejne maszyny produkowane były w oparciu i na podstawie dokumentacji posiadanej przez producenta maszyny oraz jednostkę notyfikowaną, w oparciu o którą to dokumentację przeprowadzone zostało badanie typu WE.

Zgodnie z pkt 1 załącznika IX dyrektywy maszynowej, Producent lub jego upoważniony przedstawiciel musi sporządzić dla każdego typu dokumentację techniczną określoną w załączniku VII część A. W oparciu o tak przygotowaną dokumentację, która to dokumentacja obejmuje również części określone w niniejszym Postępowaniu, jednostka notyfikowana przeprowadzania badanie zgodności typu WE, na podstawie którego możliwe jest następnie wprowadzenie maszyny do obrotu na terenie Unii Europejskiej. W przypadku wprowadzenia odstępstw w stosunku do dokumentacji technicznej, producent maszyny, zgodnie z pkt 6 Załącznika IX, informuje o tych zmianach jednostkę notyfikowaną, zaś jednostka ta stwierdza istotność bądź nieistotność wprowadzonych zmian i wydaje nowy certyfikat lub potwierdza aktualność już wydanego certyfikatu.

Przeprowadzenie badania zgodności typu WE odnosi swój skutek wobec tych maszyn, które zostały wyprodukowane w zgodzie z dokumentacją posiadaną przez jednostkę notyfikowaną. W przypadku takich maszyn, wprowadzanie jakichkolwiek zmian do maszyny lub dostarczanie części wykonywanych według innej dokumentacji, niż dokumentacja badana i oceniana przez jednostkę notyfikowaną, jest w ocenie Odwołującego niedopuszczalne, w świetle postanowień dyrektywy maszynowej. Dostarczanie części

wykonanych według dokumentacji innej, niż dokumentacja posiadana przez producenta maszyny i jednostkę notyfikowaną, jest możliwe wyłącznie w przypadku, gdy jednostka notyfikowana, po przeprowadzeniu odrębnych badań, potwierdzi taką dopuszczalność lub stwierdzi nieistotny charakter wprowadzanych zmian.

Dalej należy wskazać, że norma PN-EN 60079-19 Atmosfery wybuchowe. Część 19: Naprawa, remont i regeneracja Urządzeń, w punkcie 4.1 Zasady ogólne, stanowi wprost, iż naprawy i remonty wpływające na dany rodzaj zabezpieczenia powinny być uznawane za zgodne z certyfikatem wówczas, gdy stosowane są części wyprodukowane przez producenta lub części wymienione w rozdziale 4.4.1., a naprawy lub zmiany wykonywane są dokładnie tak jak określono w treści normy lub dokumentacji certyfikacyjnej. Wyżej wskazany wymóg normy nie może być jednak spełniony, skoro brak jest szczegółowych norm odnoszących się do budowy ciągników spalinowych oraz ich podzespołów, a wykonawcy nie posiadają licencji (autoryzacji) producenta - Scharf, a nie znając dokumentacji certyfikacyjnej urządzeń nie są w stanie samodzielnie wyprodukować części zamiennych równoważnych w stosunku do części oryginalnych.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, za niedopuszczalne należy uznać dopuszczenie do udziału w postępowaniu tych Wykonawców, którzy deklarują dostawę części wyprodukowanych według własnej dokumentacji, nie zaś według dokumentacji poddanej badaniu i ocenie przez producenta maszyny oraz jednostkę notyfikowaną w procesie badania typu WE. Prowadzi to bowiem do powstania niezgodności danego egzemplarza maszyny, w którym taka część zostanie zastosowana, z badanym i ocenianym wzorcem (prototypem) jak również do ominięcia wskazanych powyżej postanowień dyrektywy maszynowej, obligujących do informowania jednostki notyfikowanej o wprowadzanych zmianach do maszyny.

W sytuacji, gdy dany Wykonawca deklaruje dostawę części wyprodukowanych według własnej dokumentacji, to dokumentacja taka jest inną dokumentacją niż ta, która zgłoszona została na etapie badania zgodności typu WE. Własna dokumentacja Wykonawcy co prawda może być podobna, a nawet i w znacznej mierze zbieżna z dokumentacją producenta maszyny, co jednak nie zmienia faktu, że nie jest to ta sama dokumentacja, lecz dokumentacja inna, co zawsze rodzić może ryzyko, że na skutek zmian w jej treści, finalnie zmiana w maszynie może okazać się istotna. Dodatkowo należy podkreślić fakt, że maszyny, których dotyczy przedmiot postępowania, wykorzystywane są w atmosferze wybuchowej, tym bardziej więc priorytetem jest bezpieczeństwo ich użytkowników oraz otoczenia. W przypadku wypadku z użyciem maszyny, każdorazowo weryfikowane jest, czy użytkowane urządzenie wykonane było zgodnie z wzorcem – wzorzec ten zaś ustala się w oparciu

o dokumentację złożoną przez producenta w depozyt w jednostce notyfikowanej . Należy też podkreślić, że każdorazowo usterka danego urządzenia – w tym w ramach części zamiennej dostarczanej przez producenta wytwarzającego ją według własnej dokumentacji – obniża reputację, dobre imię oraz zaufanie zamawiających względem Odwołującego. Zamawiający, posiadający na stanach magazynowych znaczne zasoby części wymiennych, częstokroć nie weryfikują, czy montowana jest część oryginalna, wytworzona przez producenta maszyny, czy też zamiennik wyprodukowany przez podmiot trzeci. Często awaryjność części nieoryginalnych wpływa więc na sposób postrzegania jakości i trwałości całej maszyny, której producentem lub autoryzowanym dostawcą jest Odwołujący. Jakiegokolwiek odstępstwo od dokumentacji posiadanej przez jednostkę notyfikowaną i złożonej na etapie badania zgodności typu WE potencjalnie obciążać może producenta maszyny, jako podmiot odpowiedzialny za zgłaszanie do jednostki notyfikowanej wszelkich zmian w dokumentacji urządzenia. Tym samym konsekwencje w sferze ewentualnej odpowiedzialności prawnej oraz problemów (czy to natury technicznej, czy to związanych z bezpieczeństwem), obciążają Odwołującego jako producenta maszyny, godząc też w jego dobre imię oraz renomę. W postępowaniu, w którym dopuszcza się do udziału podmioty dostarczające części produkowane według własnej, nieprzebadanej dokumentacji, niejako apriorycznie umożliwia się obchodzenie przepisów dyrektywy maszynowej. Maszyna, w której zamontowano część wykonaną według dokumentacji innej, niż zgłoszona do jednostki notyfikowanej, jest bowiem maszyną inną niż wzorcową – jest to tym samym maszyna wyprodukowana według dokumentacji odmiennej. Zmiana w tym zakresie wymaga ponownej oceny zgodności z wymaganiami zasadniczymi Dyrektywy Maszynowej oraz norm zharmonizowanych, dokonywanej przez jednostkę notyfikowaną, i ponownego wystawienia deklaracji zgodności przez podmiot wprowadzający modyfikację, który staje się producentem nowej maszyny. To wyłącznie jednostka notyfikowana oraz producent maszyny uprawniona jest do oceny istotności zmian, nie zaś wykonawca czy producent danej części. Gdyby wykonawca lub producent część posiadał tego rodzaju uprawnienia, to jakiegokolwiek obowiązki w zakresie zgłaszania zmian co do dokumentacji technicznej, a wynikające z dyrektywy maszynowej, przybrałyby charakter iluzoryczny.

Jednocześnie, w ocenie Odwołującego, dopuszczenie do udziału w postępowaniu takich Wykonawców, którzy produkują części zamienne według własnej dokumentacji, stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący, jako producent maszyny, jest zobowiązany zgłaszać do jednostki notyfikowanej każde odstępstwo od dokumentacji poddanej certyfikacji. Zanim jednak zgłosi w ogóle jakąkolwiek zmianę, zobowiązany jest do przeprowadzenia szeregu badań, potwierdzających

zasadność i celowość wprowadzanej zmiany. Następnie jednostka notyfikowana przeprowadza własne badania zmodyfikowanej dokumentacji i zmienionego elementu/rozwiązania technicznego, bada wpływ zmiany na pracę całej maszyny. Wykonanie każdorazowo tych badań wiąże się z obowiązkiem poniesienia przez Odwołującego znacznych kosztów, jednakże, na mocy postanowień dyrektywy maszynowej, Odwołujący nie jest w stanie uniknąć powyższego. Tym samym, koszty zlecanych badań (zarówno własnych, jak i późniejszych – na etapie uzyskiwania certyfikatu) oraz uzyskiwania stosownych certyfikatów wydawanych przez jednostki notyfikowane niejako wkalkulowane są w ceny produktów, które następnie Odwołujący oferuje w postępowaniach przetargowych. Zatem z uwagi na obowiązki obciążające z mocy przepisów prawa Odwołującego oraz tak naprawdę wszelkie pozostałe podmioty będące producentami maszyn poddawanych badaniom zgodności typu WE, nie są oni w stanie konkurować w sposób uczciwy i równy z podmiotami, które nie stosują powyższych przepisów i dostarczają części wykonywane według stworzonej przez siebie dokumentacji. Co wymaga podkreślenia, dokumentacja własna opracowana tylko przez takiego producenta, odnosi się jedynie do samej części, a nie oceny kompatybilności i współpracy części z innymi podzespołami maszyn, jak również nie obejmuje ona badania parametrów maszyny po wprowadzonych zmianach. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że pozostali Wykonawcy, zarówno w tym, jak i w innych, analogicznych postępowaniach organizowanych przez Zamawiającego, nawet nie podejmują próby uzyskania dokumentacji producenta, poddanej uprzednio badaniom przez jednostkę notyfikowaną. Tym samym, zwolnienie z obowiązku wykonywania przedmiotu dostawy w oparciu o dokumentację zbadaną i zatwierdzoną przez jednostkę notyfikowaną powoduje, że konkurencja na rynku pozostaje zachwiana. Producenci maszyn, wykonujący stosowne badania, nie są w stanie zaoferować cen konkurencyjnych wobec podmiotów, które tych badań nie wykonują. Tym samym producenci maszyn, a więc podmioty realizujące dodatkowe obowiązki związane z zapewnieniem maszynom najwyższego stopnia bezpieczeństwa dla użytkowników oraz otoczenia, na skutek przestrzegania obowiązujących ich przepisów prawa, są eliminowani z możliwości oferowania konkurencyjnej ceny na rynku dostaw części do maszyn. W związku z powyższym, w ocenie Wykonawcy wadliwe jest takie sformułowanie SWZ oraz warunków w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, które umożliwiają dostawę części produkowanych według własnej dokumentacji danego podmiotu, nie zaś według dokumentacji poddanej badaniom przez jednostkę notyfikowaną na etapie badania zgodności typu WE.

Zarzut ad. 2 lit. a – wadliwy opis przedmiotu zamówienia

W ocenie Odwołującego, opis przedmiotu zamówienia sporządzony został przez Zamawiającego w sposób nieprzejrzysty, nieprecyzyjny, i w praktyce uniemożliwiający weryfikację poprawności złożonych ofert oraz ich zgodności z przedmiotem zamówienia. Kolejki Scharf, dostarczane przez Odwołującego, zostały wykonane zarówno z części wyprodukowanych przez Odwołującego, jak też i z części dostarczanych przez podmioty trzecie (np. producentów filtrów). Części dostarczane przez podmioty trzecie montowane były w kolejkach Scharf albo w wersji fabrycznej (tj. w żaden sposób nie modyfikowanej przez jakikolwiek podmiot), albo były poddawane odpowiednim modyfikacjom przez samego producenta kolejki (Odwołującego lub Spółkę SMT Scharf GmbH). Zamawiający nie znajduje się w posiadaniu informacji wskazujących na zakres modyfikacji danej części, dokonanej przez producenta maszyny, bowiem informacje te nie podlegają ujawnieniu. Każda z części zamontowanych w maszynie, niezależnie od tego, kto jest jej producentem, posiada zarówno nr ID Scharf – tj. producenta całego urządzenia, jak i nr ID producenta danej części (nawet jeśli część ta podlegała dalszym modyfikacjom przez producenta maszyny).

Zawierając w załączniku nr 2 do SWZ wykaz przedmiotu zamówienia - części podlegających dostawie, Zamawiający w żaden sposób nie określił, jakie wymogi spełniać ma dana część, jakie mają być jej parametry techniczne. Zamawiający wskazał wyłącznie, że oczekuje dostawy części o określonych numerze ID nadanym przez producenta całej kolejki (lub części równoważnej). Jednocześnie, Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu tych Wykonawców, którzy zamierzają dokonywać dostaw części wytworzonych w oparciu o własną dokumentację. Wykonawcy ci nie posiadają dostępu do dokumentacji technicznej producenta maszyny Nie sposób jednak dostarczyć części równoważnej w przypadku, gdy dane techniczne dotyczące części oryginalnej nie są znane.

Zgodnie z dokumentem autoryzacyjnym, wystawionych przez SMT Scharf GmbH, przedłożonym w załączeniu, żaden podmiot, poza SMT Scharf Polska Sp. z o.o., nie jest upoważniony do korzystania z technologii i dokumentacji wytwarzanych przez producenta wyrobów, tj. SMT Scharf GmbH oraz remontów urządzeń, w celu ich stosowania na terytorium Polski. To zatem wyłącznie odwołujący upoważniony jest do korzystania z dokumentacji wykonawczej, kontrolnej oraz specyfikacji części katalogowych i normowych, zarówno w zakresie wyrobów produkcji SMT Scharf GmbH, jak i własnej produkcji, a podmioty trzecie zwyczajnie do powyższego wykazu nie mają dostępu.

Zatem Wykonawcy – dostawcy części nieoryginalnych wytwarzanych według własnej dokumentacji - składając oferty w postępowaniu nie mają wiedzy o parametrach technicznych dotyczących konkretnej części zamiennej, bowiem parametry te, jak też

i jakiegokolwiek normy, nie zostały wskazane przez Zamawiającego. Zamawiający powołał się wyłącznie na sam tylko nr ID nadany przez producenta maszyny. Numer ID jest zatem określeniem precyzyjnym wyłącznie dla producenta maszyny. Powyższe zachowanie, nota bene notorycznie powtarzane przez Zamawiającego w toku ogłaszanych postępowań przetargowych, prowadzi do sytuacji, w której Wykonawcy składają oferty nie mając wiedzy, jakie przedmioty mają dostarczać.

Należy bowiem zauważyć, że Zamawiający oczekuje, celem wykazania spełnienia określonych wymogów technicznych, wyłącznie oświadczenia Wykonawcy, że dostarczany przez niego przedmiot jest równoważny z częścią oryginalną. Na podstawie jednak samego tylko numeru ID, stosowanego przez producenta maszyny, nie sposób stwierdzić, czy dostarczana przez Wykonawcę część jest zgodna lub nie jest zgodna z częścią oryginalną, skoro części oryginalne nie w każdym przypadku stanowią części powszechnie dostępne.

Nie sposób żądać w takiej sytuacji oświadczenia od Wykonawcy o równoważności dostarczanej części zamiennej własnej produkcji w sytuacji, gdy Wykonawca nie dysponuje materiałem porównawczym, tj. oryginalnie zamontowaną częścią zamienną. Wykonawca, składając oświadczenia w postępowaniu przetargowym, tak naprawdę nie ma wiedzy o części, co do której stwierdza jej równoważność. Co niezwykle istotne, Zamawiający nawet nie żąda okazania przez Wykonawcę jakichkolwiek wyników badań, lecz wyłącznie oświadczenia Wykonawcy, że „równoważność części została potwierdzona odpowiednimi badaniami”.

Dalej wskazał, że w obrocie funkcjonuje szereg typów kolejki Scharf; są to m.in. (lecz nie wyłącznie) kolejki typu DZ1500/DZ1800/DZ2200, DZ80, SCHARF D66 VARIO, RK-D-25-XX, SCHARMAN D25. Do każdego typu kolejki część stosowanych w nich elementów jest zbieżna, część zaś odmienna, nienormowana i produkowana według własnej specyfikacji producenta. Każdy model może bowiem przewidywać odmienne rozwiązania technologiczne. Tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający w żaden sposób nie precyzuje, którego typu kolejki produkcji Scharf dotyczyć ma postępowanie, nie określając tym samym przedmiotu postępowania w sposób jasny i precyzyjny wobec tych podmiotów. Jak wskazano, Odwołujący jest producentem szeregu typów kolejek, które dostarcza na rzecz Zamawiającego, i w oparciu o wykaz części podlegających dostawie, nie sposób stwierdzić, którego typu kolejki dotyczyć ma dana część.

Co prawda zgodnie z art. 99 PZP: *„5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego*

wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

„Źródło” jest w zamierzeniu ustawowym pojęciem nieostrym i oznacza wszelkie specyfikacje techniczne, karty katalogowe producenta lub wykonawcy itp., a także odesłania do specyfikacji i kart katalogowych, w których zawarty jest identyfikowalny konkretny produkt lub usługa (bez znaczenia, czy przywołany imiennie). Szczególny proces to pojęcie z dziedziny zarządzania i oznaczać może każdy proces, np. proces produkcyjny (technologiczny), proces dystrybucyjny, logistyczny, inny – związany z cyklem życia produktu, itp. (Gawrońska-Baran Andrzeła i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, opublikowano: LEX/el. 2022). W świetle art. 99 ust. 5 PZP dopuszczalne jest więc, przy opisie przedmiotu zamówienia, wskazywanie konkretnych źródeł czy procesów pochodzenia danych części, lecz powinno to być uczynione nie poprzez odesłanie do określonego numeru identyfikacyjnego części, lecz właśnie poprzez odesłanie do określonej dokumentacji, tak, by Wykonawca miał obraz tego, co jest przedmiotem zamówienia.

Wskazuje się przy tym, że za naganną należy uznać praktykę, w której zamawiający stosuje znaki towarowe bądź dokonuje opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie źródła lub jego pochodzenia, dopuszczając produkty równoważne, „również w sytuacjach, gdy obiektywnie możliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia bez zastosowania odniesień do tych znaków. Podejście takie nie jest pożądane ani prawidłowe; przyjęć należy, że zamawiający korzystając w opisie przedmiotu zamówienia ze znaków towarowych, patentów lub pochodzenia nie tylko musi stosować ustawowy zwrot «lub równoważnych», ale nadto ma wykazać, że ze względu na specyfikę zamówienia nie można było opisać przedmiotu w sposób określony w art. 29 ust. 1 pzp” (NSA w wyroku z 24.11.2016 r., II GSK 1090/15, patrz także: Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz; WKP 2021; spostrzeżenia w tym zakresie również w uchwale KIO z 7.09.2015 r., KIO/KD 50/15).

Zarzut ad. 2 lit. b - zaniechania w zakresie zastosowania postanowień dyrektywy maszynowej (certyfikatów)

Zdaniem Odwołującego, nawet w przypadku uznania, że mimo powyższych argumentów do postępowania mogą być dopuszczeni Wykonawcy, którzy produkują części według własnej dokumentacji, nie korzystając z dokumentacji producenta, to Wykonawcy ci winni posiadać stosowne akredytowane certyfikaty, o treści odmiennej niż żądana przez Zamawiającego.

I tak, w załączniku nr 1g i 1h do SWZ, w ich pkt. 4, Zamawiający żąda złożenia przez Wykonawcę oświadczenia, że stosowanie oferowanych części nie spowoduje m.in. wytworzenia nowej maszyny lub urządzenia.

Zgodnie z „dyrektywą maszynową” – jej załącznikiem IX. Ponownie należy wskazać *„Badanie typu WE jest procedurą, według której jednostka notyfikowana stwierdza i zaświadcza, że reprezentatywny wzorzec maszyny określonej w załączniku IV (zwany dalej "typem") spełnia przepisy niniejszej dyrektywy”.*

Producent kolejek podwieszonych – odpowiednio Odwołujący, lub spółka SMT Scharf GmbH, lub jakikolwiek inny producent kolejek, zobowiązany jest do przeprowadzenia powyższego badania typu WE. Jednostka notyfikowana wydaje składającemu wniosek certyfikat badania typu WE. Certyfikat zawiera nazwę i adres producenta i jego upoważnionego przedstawiciela, dane niezbędne do zidentyfikowania zatwierdzonego typu, wnioski z badań i warunki na jakich został wydany. Certyfikat wydawany jest w oparciu o dokumentację techniczną złożoną przez producenta i dotyczy wyłącznie maszyny, która produkowana jest w oparciu o tę dokumentację.

Dalej, zgodnie z pkt. 6, jednostce notyfikowanej, która przechowuje dokumentację techniczną związaną z certyfikatem badania typu WE obligatoryjnie mają być przekazywane informacje o wszelkich zmianach wprowadzanych do zatwierdzonego typu. Jednostka notyfikowana bada te zmiany i albo potwierdza ważność istniejącego certyfikatu badania typu WE albo wydaje nowy certyfikat, jeżeli zmiany mogą zagrażać zgodności z zasadniczymi wymaganiami w zakresie ochrony zdrowia i bezpieczeństwa lub z przewidywanymi warunkami eksploatacji danego typu.

Tym samym, jednostka notyfikowana w pierwszym kroku bada dany element, a następnie, w drugim kroku ustala, czy na skutek wytworzenia danej części według dokumentacji innej, niż dokumentacja producenta maszyny, dochodzi do wytworzenia nowej maszyny czy też nie, i odpowiednio albo potwierdza ważność istniejącego certyfikatu badania typu WE, albo wydaje nowy certyfikat.

Zamawiający natomiast wadliwie utożsamia równoważność części z okolicznością, że montaż zamiennika nie wymaga zastosowania dodatkowych adapterów lub ingerowania w konstrukcję maszyny, pomijając fakt, że samo zastosowanie zamiennika może stanowić, w zależności od okoliczności, właśnie ingerencję w konstrukcję maszyny (vide: str. 14 SWZ – cz. B pkt 3 w korelacji z str. 16 SWZ – cz. C pkt 3 ppkt 4) tiret 4).

Zamawiający jednocześnie w sposób niedopuszczalny zwalnia Wykonawcę dostarczającego nieoryginalne części zamienne z obowiązku przeprowadzenia ww. procedury certyfikacji, zastępując proces badania przez jednostkę notyfikowaną

oświadczeniem Wykonawcy, że „nie dojdzie do wytworzenia nowej maszyny”. Powyższe świadczy o tym, że Zamawiający zdaje sobie sprawę z ryzyka, że na skutek zastosowania części wykonanej według dokumentacji podmiotu niebędącego producentem maszyny, może dojść do wytworzenia nowej maszyny, jeśli dany element może w sposób istotny na nią wpłynąć – w przeciwnym razie nie żądałby tego rodzaju oświadczenia od Wykonawcy. Jednocześnie, w sprzeczności z postanowieniami dyrektywy maszynowej, Zamawiający zwalnia Wykonawcę z obowiązku przeprowadzenia procesu certyfikacji tak danego elementu, jak i maszyny.

Jednocześnie, jak wskazywano wielokrotnie, producenta urządzenia, które przeszło badanie typu WE zgodnie z dyrektywą maszynową, obciąża obowiązek każdorazowej aktualizacji dokumentacji w jednostce notyfikowanej. Tym samym, jeśli dany element wykonany jest według dokumentacji innej niż dokumentacja producenta, to wskazuje to na obowiązek przedłożenia stosownych dokumentów wraz z wnioskiem o przeprowadzenie badań do jednostki notyfikowanej.

Zarówno ciągniki spalinowe, jak i ciągniki manewrowe SMT Scharf GmbH oraz SMT Scharf Polska Sp. z o.o., znajdują się w zakresie zastosowania dyrektywy maszynowej MD 2006/42/WE oraz dyrektywy ATEX 2014/32/UE. Są to maszyny nietypowe, niestosowane szeroko na rynku UE, projektowane pod specyficzne warunki górnicze, w tym do pracy w atmosferze potencjalnie zagrożonej wybuchem. Skutkiem powyższego jest fakt, że nie istnieje norma zharmonizowana dla tego typu maszyn, zawierająca wymagania dotyczące budowy czy też wymaganych parametrów bezpieczeństwa. Z uwagi na ich zastosowanie, nadrzędną pozostaje kwestia ich bezpieczeństwa. Powyższe nakłada na producenta obowiązek spełnienia szeregu wymogów, które wskazywane były już wcześniej, a dotyczących sporządzania dla każdego typu urządzenia dokumentacji technicznej określonej w załączniku VII cz. A dyrektywy maszynowej, a następnie przedłożenia jej jednostce notyfikowanej. Jednostka notyfikowana bada dokumentację, i jeżeli nie zostały zastosowane normy, o których mowa w art. 7 ust. 2 dyrektywy maszynowej, to zgodnie z pkt. 3.2 załącznika IX przeprowadza lub zleca przeprowadzenie odpowiednich kontroli, pomiarów i badań w celu ustalenia czy przyjęte rozwiązania spełniają zasadnicze wymagania niniejszej dyrektywy w zakresie ochrony zdrowia i bezpieczeństwa.

Producenci kolejek przeprowadzają we własnym zakresie opisaną powyżej procedurę badań. W kolejkach produkcji Odwołującego, stosowane są m.in. napędy realizujące funkcję hamowania awaryjnego, zaś kluczowym ich elementem jest chociażby sprężyna, wymieniona pod poz. 15 oraz pod poz. 18.179 załącznika nr 2 do SWZ. Zastosowane rozwiązania, co sygnalizowano już wcześniej, nie są rozwiązaniami normowymi lub

ogólnodostępnymi na rynku katalogowym, i częstokroć są produkowane przez producenta maszyny pod konkretne parametry wytrzymałościowe i robocze. Podczas badań typu WE przeprowadzanych przez jednostki notyfikowane dla danych elementów, brak było norm dla tego typu rozwiązań. Wprowadzenie zatem rozwiązań przez producentów zamienników według ich autorskiej dokumentacji powoduje, że podmiot ten staje się (lub co najmniej może stać się) producentem nowej maszyny.

Tego rodzaju sformułowanie treści SWZ oraz załączników stoi zatem w sprzeczności z ww. postanowieniami dyrektywy maszynowej. Przepisy bowiem jednoznacznie wskazują, że wprowadzanie jakichkolwiek zmian do maszyny, które następuje w oparciu o dokumentację inną, niż dokumentacja producenta maszyny, wymaga zawiadomienia jednostki notyfikowanej i przeprowadzenia procesu certyfikacji. Zamawiający w tym zakresie z kolei poprzestaje na samym tylko oświadczeniu Wykonawcy.

W ocenie Odwołującego, pozostaje technicznie niemożliwe, aby Wykonawcy, nie posiadający dokumentacji producenta maszyny, wykonali daną część zamienną według własnej dokumentacji, i aby była ona równoważna części oryginalnej. Części stosowane w kolejkach Scharf, zwłaszcza wobec niewyspecyfikowania ich cech przez Zamawiającego, w określonym zakresie nie stanowią części ogólnodostępnych. Wykonawcy nie mają możliwości, by przeprowadzić badania tych części, wykonać przekroje, laboratoryjnie stwierdzić skład materiałów poszczególnych elementów. Co prawda Zamawiający wymaga od Wykonawców przeprowadzenia takich badań, żądając złożenia przez Wykonawcę w załączniku nr 1g i 1h do SWZ, że „równoważność części została potwierdzona przez nas stosownymi obliczenia i badaniami”, jednak poza ww. oświadczeniem, Zamawiający w żaden sposób nie weryfikuje prawdziwości powyższego. Zamawiający nie weryfikuje w szczególności: czy Wykonawca faktycznie przeprowadził badania, przez jaki podmiot zostały przeprowadzone, jakie wyniki zostały osiągnięte a także jakie parametry poddane były badaniu, bagatelizując fakt, iż Wykonawcy zasadniczo nie dysponują materiałem porównawczym do przeprowadzenia powyższych badań, tj. nie dysponują częścią oryginalną zamontowaną przez producenta maszyny.

Zarzut ad. 3 – wadliwe określenie treści certyfikatów

Odnosząc się do trzeciego z zarzutów, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający, w świetle art. 105 PZP, jest uprawniony, a wręcz zobowiązany, do żądania przedłożenia przez Wykonawcę określonych certyfikatów, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Zatem skoro Zamawiający dopuszcza oferowanie przez Wykonawców zamienników w stosunku do części oryginalnych, wymienionych w załączniku nr 2 do SWZ, to certyfikat, którego przedłożenia żąda Zamawiający, powinien potwierdzać zgodność oferowanych części z częściami oryginalnymi – skoro wymogiem Zamawiającego jest dostawa określonych części oryginalnych lub ich zamienników. Tymczasem w ramach niniejszego Postępowania Zamawiający formułuje treść żądanego certyfikatu z naruszeniem art. 105 PZP, bowiem treść tegoż certyfikatu w żadnym razie nie potwierdza zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 SWZ – cz. B, przedmiot zamówienia winien spełnić określone wymagania prawne oraz parametry techniczno – użytkowe. Zamawiający dopuścił dostawę części równoważnych, pod warunkiem przedstawienia przez wykonawcę określonego certyfikatu. Zamawiający wskazał, że certyfikowane zamienniki oryginalnych i katalogowych części zamiennych wykonane mogą wg rysunku i własnej dokumentacji oraz poddane ocenie zgodności ich właściwości z wymaganiami stosownych norm i przepisów, potwierdzonej stosownym certyfikatem wydanym (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez akredytowane jednostki certyfikujące / jednostki notyfikowane. Zamawiający jednakże w żaden sposób nie wskazał, z jakimi normami dana część ma być zgodna (abstrahując od faktu, że większość ze stosowanych przez producentów maszyny elementów stanowi elementy nienormowane).

Ponadto, fakt iż badany wyrób spełnia określone normy (przy czym są to normy nieadekwatne lub nie stosowane przez producenta maszyny) nie oznacza, że nadaje się on do zastosowania w konkretnym typie kolejki Scharf, a ponadto, że jest on równoważny wyrobowi oryginalnemu. Należy w tym miejscu podkreślić, że wymóg przedłożenia certyfikatu dotyczy tych Wykonawców, którzy w ramach Postępowania oferują części nieoryginalne, wytworzone według własnej dokumentacji, bez jakiegokolwiek współpracy czy korzystania z dokumentacji producenta danej części lub urządzenia. Tym samym, skoro wymóg przedłożenia certyfikatu dotyczy tzw. „zamienników”, to certyfikat powinien stwierdzać zgodność takiego zamiennika z oryginałem. Innymi słowy, certyfikat powinien stwierdzać równoważność zamiennika i oryginału. Tymczasem w ramach niniejszego postępowania Zamawiający oczekuje, że certyfikat stwierdzać ma wyłącznie "zgodność oferowanych części z odpowiednimi normami bądź dyrektywami oraz wskazywać na dopuszczalność stosowania w kolejkach w podziemnych zakładach górniczych". Zamawiający nie wskazał na normy, z którymi zgodność powinna być stwierdzona, jak również nie wskazał, aby certyfikat potwierdzał dopuszczalność stosowania oferowanych części zamiennych w kolejkach, których dotyczy postępowanie. Certyfikat o treści oczekiwanej przez Zamawiającego zatem

w żaden sposób nie potwierdza równoważności części oryginalnej i zamiennika, mimo że ma być przedkładany przez Wykonawcę właśnie na potwierdzenie tej równoważności. Tego rodzaju certyfikat pozostaje całkowicie nieprzydatny, a jednocześnie nie potwierdza on zgodności oferowanych części zamiennych z częściami wyspecyfikowanymi w załączniku nr 2 do SWZ. Także w toku wcześniej prowadzonych postępowań przetargowych Zamawiający formułował analogiczne warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący, kwestionując dopuszczalność posługiwania się tego rodzaju ogólnikowymi certyfikatami, skierował zapytania do jednostek notyfikowanych celem ustalenia, jakie okoliczności, w ocenie jednostek, są stwierdzone takim certyfikatem, a także co dokładnie jest badane przy jego wystawianiu. Do pism tych Odwołujący załączył „certyfikaty”, jakimi legitymują się producenci części nieoryginalnych, oraz oświadczenia, które producenci ci składają w ramach postępowań przetargowych, celem wykazania równoważności produkowanych przez nich części z częściami oryginalnymi.

Jednostkami notyfikowane kategorycznie zaprzeczają, aby wystawiane przez nie certyfikaty miały służyć za dowód w postępowaniach przetargowych i poświadczać równoważność zamienników z częściami oryginalnymi.

Przykładowo:

- Instytut Techniki Górniczej KOMAG pismem z dnia 15 czerwca 2021 roku w sprawie certyfikatu KOMAG/20/028 oraz w pismach z dnia 18 maja 2021 roku i z dnia 2 sierpnia 2021 roku w sprawie certyfikatu KOMAG/20/0188 oraz KOMAG/16/0171 wskazuje, iż: „zakres oceny przeprowadzonej w ramach certyfikacji (...) nie obejmuje potwierdzenia ich zamienności i równoważności z oryginalnymi częściami. W związku z powyższym nie badano możliwości ich [części] zastosowania w ciągnikach spalinowych oraz ciągnikach manewrowych produkcji SMT Scharf”; - J. S. Hamilton Poland Sp. z o.o. w pismach z dnia 2 i 22 lipca 2021 roku w sprawie certyfikatu

JSHP/62/CZ/2019 stwierdza, że „jednostka certyfikująca nie badała możliwości zastosowania (...) [części] w żadnym konkretnym urządzeniu. Certyfikat nie może być podstawą stwierdzenia, że określone elementy są certyfikowanymi zamiennikami oryginalnych części zamiennych dla jakiegokolwiek maszyny. Certyfikat nie może być podstawą stwierdzenia, że zastosowanie przedmiotowych części zamiennych nie spowoduje powstania nowej maszyny”;

W kontekście powyższego warto zwrócić uwagę na przykładowe certyfikaty badań typu WE, wystawione przez jednostki notyfikowane dla Odwołującego. W ich treści wprost wskazano, że:

1. „ocenę, wykaz dokumentów oraz sprawozdania z badań, będących podstawę wydania certyfikatu, zawarto w poufnym raporcie z oceny wyrobu” – powyższe potwierdza więc twierdzenia, że szczegółowe rozwiązania technologiczne, jak również wyniki poszczególnych badań maszyny certyfikowanej oraz elementów jej podzespołu, są nieznane zarówno Zamawiającemu, jak i wykonawcom produkującym części według własnej dokumentacji; tym samym podmioty te nie są kompetentne do oceny równoważności części oryginalnej i zamiennika;

2. „warunkiem utrzymania ważności certyfikatu jest przestrzeganie zobowiązań zawartych w umowie” - zatem w przypadku ich nieprzestrzegania, certyfikat traci swoją ważność. Nie znając postanowień umowy, żaden podmiot trzeci, poza producentem, nie jest w stanie zagwarantować, że są one przestrzegane, jak również zweryfikować tego, czy w ogóle są one przestrzegane; z kolei utrzymanie ważności certyfikatu jest istotne dla zachowania ważności i adekwatności Deklaracji zgodności WE wystawianej przez producenta dla danego egzemplarza maszyny, co stanowi dokument formalnie dopuszczający maszynę do stosowania w podziemnych zakładach górniczych.

3. w certyfikatach przedstawiana jest cała historia zmian dokumentu (certyfikatu), wprowadzonych na skutek zastosowania w maszynie nowych, opcjonalnych rozwiązań. I tak, przykładowo:

a) w certyfikacie nr JSHP/14/Md/2019 - modyfikacja mechanizmu „załącz/wyłącz” pompy wtryskowej była zmianą na tyle istotną, że wymagała aktualizacji certyfikatu; tymczasem w ramach niniejszego postępowania Zamawiający dopuszcza dostawę siłownika klapy powietrza ID 131598 (poz. 18.50) oraz siłownika sterującego ID 1642767 (poz. 1868), będących elementami ww. mechanizmu, co potwierdza, iż może to stanowić zmianę o charakterze istotnym;

b) Zamawiający dopuszcza wykonanie według własnej dokumentacji takich części jak np. karta układu sterowania pulpitu ID 146222 (poz. 14.1), czujnik poziomu ID 120630 (poz. 18.19) czy też przetwornik ciśnienia ID 128136 (poz. 18.34) – części te stanowią elementy układu sterowania; z kolei w certyfikatach nr IBExU09ATEX1058 oraz KDB 17ATEX0073X – wydanych właśnie dla układu sterowania, wprowadzone zmiany oraz odstępstwa od dotychczasowej dokumentacji spowodowały konieczności aktualizacji certyfikatu.

Natomiast w certyfikatach, którymi legitymowali się uczestnicy poprzednich postępowań przetargowych (a dołączonych do niniejszego odwołania), zawarto zastrzeżenie, że produkowane zamienniki muszą posiadać parametry techniczne zgodne z parametrami technicznymi części zastępowanych, co jednak nie było poddawane badaniom prowadzonych przez jednostki notyfikowane. Jest to istotne o tyle, że na parametry

techniczne elementu składają się m.in. wyniki przeprowadzonych badań, które, jak wskazano wyżej, są dokumentem poufnym.

Tymczasem w tabelach, stanowiących integralną część załącznika nr 1g i 1h, zatytułowanych „Potwierdzenie równoważności (zamienności) oferowanych części z katalogowymi częściami zamiennymi ujętymi w DTR / instrukcji użytkowania maszyny / urządzenia, której / którego przedmiot zamówienia dotyczy” Zamawiający żąda wskazania numeru certyfikatu, co w sposób jednoznaczny sugeruje, że certyfikat ma być właśnie jednym z dowodów potwierdzających tę równoważność. Jak jednak wykazano powyżej, oczekiwana treść certyfikatu w żadnym razie tej równoważności nie potwierdza. Co więcej, także i jednostki notyfikowane zaprzeczają, aby równoważność zamiennika i części oryginalnej miała wynikać z wystawianych przez nie certyfikatów.

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 lipca 2018 r., sygn. C-14/17 *„jeżeli specyfikacje techniczne, które znajdują się w dokumentacji zamówienia, odnoszą się do znaku towarowego, danego pochodzenia lub danej produkcji, podmiot zamawiający powinien wymagać, aby oferent przedstawił już w jego ofercie dowód równoważności oferowanych przez niego produktów w stosunku do tych określonych w rzeczonych specyfikacjach technicznych”. Takim dowodem równoważności z całą pewnością nie może być samo tylko oświadczenie Wykonawcy – a to w świetle okoliczności, że maszyny, a także i poszczególne ich układy, w ramach których stosowane są części zamienne, podlegają obowiązkowej procedurze certyfikacji oraz że pracują w strefach zagrożonych wybuchem. Także i Krajowa Izba Odwoławcza wskazywała, że "dla oceny w postępowaniach, w których przewidziano składanie ofert równoważnych, nie wystarczy językowa wykładnia pojęcia równoważność, ale zawarte w SIWZ określenia uściślające wymogi zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równowartości ofert (...). Określenie chociażby minimalnych wymagań w zakresie parametrów oferowanych wyrobów pozwala uznać ów wyrób za równoważny bądź nie.” (wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 254/08).*

Zarzut ad. 4 – określenie wymagań wobec Wykonawców w sposób nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia

Niezależnie od postawionych wyżej zarzutów, w ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny sformułował warunki udziału Wykonawców w postępowaniu w zakresie posiadanej przez nich zdolności technicznych lub zawodowych. Zamawiający oczekuje bowiem wykazania przez Wykonawcę, że „w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie) wykonał dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym

przedmiot zamówienia, tj. zarówno dostawy materiałów tożsamyh z przedmiotem przetargu, jak również dostawy materiałów rodzajowo podobnych, tj.: dostawy części zamiennych i podzespołów innych maszyn i urządzeń oraz kompletnych maszyn i urządzeń, na wartość łączną nie niższą niż określoną w pkt 2)”. Jak wskazano wcześniej, przedmiotem dostawy są części do maszyn podlegających obowiązkowej procedurze certyfikacji; części te określono ponadto wyłącznie poprzez wskazanie nr ID producenta maszyny. Wykonawca, który nie dostarczał dotychczas części do konkretnych typów kolejek Scharf, nie dysponuje wiedzą co do cech i właściwości, jakim odpowiadać ma przedmiot dostawy. Nie daje tym samym rękami prawidłowej realizacji zamówienia.

Ponadto, zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy - wykonawca zobowiązany jest przedstawić dowody określające, czy wykazywane zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Ustawodawca określił tu kolejność przedstawiania dokumentów według ich wartości dowodowej, czyli przede wszystkim dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane. Dopiero jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów, może to być oświadczenie wykonawcy które ma znacznie mniejszą wartość dowodową.

Żądanie przedłożenia określonych dowodów ma służyć weryfikacji zdolności technicznej do wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę. Zamawiający z kolei w sposób wadliwy, sprzecznie z dyspozycją ww. przepisu, nie określił dowodów, których przedłożenia wymaga, na potwierdzenie wykonania dostaw. Zamawiający bowiem, w treści załącznika nr 5 do SWZ oczekuje wyłącznie „przedstawienia dowodów”, bez wskazania jakiegokolwiek ich katalogu czy hierarchii.

Zamawiający jako gospodarz prowadzonego przez siebie postępowania, w celu zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest, aby wymagać od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, które są przedmiotem zamówienia, wykona je w sposób

prawidłowy. Istotne jest więc, aby były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

Postawienie zbyt małych wymagań w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym wymagań przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu sprzeciwia się narzuconemu przez przepisy ustawy Pzp obowiązki Zamawiającego rzetelnego badania zdolności wykonawców do realizacji danego zamówienia.

W niniejszym postępowaniu Wykonawca zobowiązany jest do dostawy określonych, ściśle wyspecyfikowanych części – jest to więc umowa rezultatu, nie zaś umowa starannego działania. Wykonawca winien więc wykazać się zdolnością co do tego, że ma możliwość dostarczenia ściśle określonych części, bazując na swoim dotychczasowym doświadczeniu. Jest to o tyle istotne, że jak wskazano wcześniej, na rynku funkcjonuje szereg różnych kolejek podziemnych, pochodzących od różnych producentów, a każdy typ charakteryzuje się pewnymi autorskimi rozwiązaniami, nieudostępnianymi szerszemu kręgowi podmiotów i nie znanymi innym podmiotom niż producent oraz jednostka notyfikowana.

Zbyt liberalne wymagania w zakresie udziału w postępowaniu – warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej lub technicznej - nie stanowią wystarczającego narzędzia do prawidłowej weryfikacji wykonawców w tym postępowaniu. Należy bowiem wskazać, iż o udzielenie zamówienia będą mogły ubiegać się również podmioty, które nie posiadają odpowiedniego a wręcz żadnego doświadczenia w realizacji usługi będącej przedmiotem postępowania, które nie miały w tym nigdy do czynienia ze specyfiką świadczenia tego typu dostawy.

„Obowiązek zachowania warunków konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do realizacji zamówienia w należyty sposób. Możliwość badania zdolności wykonawcy do właściwego wykonania zamówienia ma na celu wyeliminowanie z postępowania takiego wykonawcy, który złożył lub może złożyć najkorzystniejszą teoretycznie ofertę, lecz ze względu na brak wystarczającego potencjału, nie rokuje prawidłowego wykonania zamówienia o udzielenie, którego się ubiega. Istota wymagań polega na zapewnieniu poprawnej realizacji danego zamówienia, co gwarantuje wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zweryfikowaniu zdolności danego wykonawcy do realizacji zamówienia w sposób prawidłowy służy ocena wcześniejszych doświadczeń wykonawcy na polu zawodowym. Takie opisanie wymogów udziału nie oznacza naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jednocześnie nie oznacza, że opis spełniania warunku udziału

w postępowaniu musi pozwalać na udział w tym postępowaniu każdemu wykonawcy działającemu na rynku, czy w danej branży. Sformułowanie odpowiednich wymogów udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia” (Wyroki KIO z dnia 26 lipca 2017 r., sygn. KIO 1241/17 i KIO 1242/17).

Opisane powyżej zaniechania Zamawiającego, prowadzące w efekcie do zezwolenia na wykonywanie dostawy części do skomplikowanych podzespołów lub silników, będących przedmiotem zamówienia przez podmiot nie posiadający ku temu odpowiedniej wiedzy i kompetencji, może mieć bezwzględnie wpływ na zwiększenie już istniejących zagrożeń ludzkiego życia i zdrowia na dole kopalni, albowiem eksploatacja w strefach zagrożonych wybuchem maszyn i urządzeń, do których dostawy zostały przeprowadzone w sposób niewłaściwy, obniża poziom bezpieczeństwa, a tym samym stanowi zagrożenie dla zdrowia i życia personelu Zamawiającego oraz współpracującego z Zamawiającym, a pracującego w tych strefach. Takie postępowanie Zamawiającego jest nadużyciem przez niego przysługujących mu praw podmiotowych i nie może podlegać ochronie prawnej.

Zamawiający w dniu 26.04.2022 r. (na stronie internetowej Zamawiającego; <https://www.pgg.pl/strefa-korporacyjna/dostawcy/profil-nabywcy/przetargi>) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 09.05.2022 r. (emailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie zarzutów odwołania w całości. Przed odniesieniem się do poszczególnych zarzutów należy przedstawić informacje dotyczące przedmiotu zamówienia i szczególnych regulacji prawnych, które mają do niego zastosowanie. W obszernej argumentacji Odwołującego znajdują się bowiem tezy, które w nieprawidłowy sposób regulacje te interpretują.

Zamawiający zamawia dostawy części zamiennych do kolejek grupy SMT Scharf. Części zamienne, które mogą być dostarczone zostały podzielone na 4 grupy:

- 1) oryginalne części zamienne – podzespoły i części zamienne wykonane wg rysunku oraz dokumentacji, zgodnie z którą Producent maszyny/urządzenia wykonał maszynę /urządzenie i ujęte w wykazie części zamiennych będącym integralnym składnikiem DTR/instrukcji użytkowania,
- 2) katalogowe części zamienne – podzespoły i części zamienne wykonane wg rysunku oraz dokumentacji innego podmiotu (producenta podzespołu/części

zamiennej) niż Producent maszyny urządzenia, zastosowane w maszynie/urządzeniu oraz ujęte przez Producenta maszyny/urządzenia w wykazie części zamiennych będącym integralnym składnikiem DTR/instrukcji użytkowania, ze wskazaniem katalogu wyrobów producenta przedmiotowej części zamiennej,

3) certyfikowane zamienniki oryginalnych części zamiennych - podzespoły i części zamienne, równoważne z oryginalnymi częściami zamiennymi, wykonane przez inny podmiot niż:

- a) Producent maszyny/urządzenia,
- b) Właściciel dokumentacji (niebędący producentem maszyny/urządzenia), zgodnie z którą Producent maszyny/urządzenia wykonał maszynę/urządzenie,
- c) podmiot posiadający upoważnienie do produkcji oryginalnych części zamiennych na podstawie dokumentacji, zgodnie z którą Producent maszyny/urządzenia wykonał maszynę/urządzenie.

Certyfikowane zamienniki oryginalnych części zamiennych wykonane są wg rysunku i własnej dokumentacji oraz poddane ocenie zgodności ich właściwości z wymaganiami stosownych norm i przepisów, potwierdzonej stosownym certyfikatem wydanym (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez akredytowane jednostki certyfikujące /jednostki notyfikowane.

4) certyfikowane zamienniki katalogowych części zamiennych - podzespoły i części zamienne, równoważne z katalogowymi częściami zamiennymi, wykonane przez inny podmiot niż Producent katalogowych części zamiennych.

Certyfikowane zamienniki katalogowych części zamiennych wykonane są wg rysunku i własnej dokumentacji oraz poddane ocenie zgodności ich właściwości z wymaganiami stosownych norm i przepisów, potwierdzonej stosownym certyfikatem wydanym (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez akredytowane jednostki certyfikujące /jednostki notyfikowane.

Już z powyższego podziału oraz z informacji przedstawionych w Odwołaniu wynika, że Odwołujący w żaden sposób nie ponosi szkody w związku z postanowieniami swz. Jako autoryzowany przedstawiciel producenta kolejek Scharf bez wątplenia ma możliwość złożenia oferty dysponując oryginalnymi częściami zamiennymi producenta maszyny/urządzenia. Odwołujący jednak dąży do wyeliminowania możliwości zaoferowania innych niż oryginalne części producenta, tym samym domagając się likwidacji jakiegokolwiek konkurencji w postępowaniu i przyznania mu monopolu na dostawy części. Żądanie takie jako rażąco niezgodne z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych nie może być spełnione. Wyjaśnił jakie przepisy prawa

powszechnie obowiązującego regulują czynności związane z eksploatacją maszyny/urządzenia. Odwołujący bowiem w całej argumentacji powołuje się na przepisy dotyczące wprowadzania maszyny/urządzenia do obrotu pomijając te, które znajdują zastosowanie w sprawie – a jak wskazano powyżej zamawiający nie nabywa nowej maszyny/urządzenia a jego zamiarem jest nabycie części zamiennych do posiadanych i eksploatowanych urządzeń. Rozporządzenie Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych zawiera Dział VI dotyczący maszyn, urządzeń i instalacji oraz obiektów budowlanych zakładu górnictwa. Paragraf 508 tego rozporządzenia stanowi że „maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje i naprawia w sposób określony w dokumentacji techniczno-ruchowej”, bez wskazania, że ma to być dokumentacja producenta. Z kolei § 509 stanowi, że „w zakładach górniczych, w których występuje zagrożenie wybuchem, stosuje się urządzenia budowy przeciwwybuchowej, które eksploatuje się w sposób określony w załączniku nr 3 do rozporządzenia”. Załącznik nr 3 w punkcie 9.11.1 stanowi natomiast, że „w trakcie naprawy dopuszcza się stosowanie części zamiennych lub podzespołów równoważnych mających odpowiednie świadectwo zgodności”.

Powyższe potwierdza również stanowisko jednostki certyfikującej tj. Instytutu Techniki Górniczej KOMAG, na które powołuje się Odwołujący w swoim odwołaniu (pismo nr DBA/AF/945/2021z dnia 02.08.2021 r. stanowiące załącznik do Odwołania): „*w trakcie naprawy dopuszcza się stosowanie części zamiennych lub podzespołów równoważnych mających odpowiednie świadectwo zgodności, które na podstawie swojej wiedzy i doświadczenia, wydaje na swoją odpowiedzialność ich producent*”.

Jak wynika z powyższego prawo powszechnie obowiązujące wprost dopuszcza zastosowanie części zamiennych lub podzespołów równoważnych. Przy takich postanowieniach właściwego prawa materialnego Zamawiający nie ma żadnego uzasadnienia do tego, aby ograniczać konkurencję w postępowaniu oraz domagać się jedynie dostaw części oryginalnych. W celu uzyskania odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa eksploatacji maszyny Zamawiający natomiast zróżnicował zakres oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie możliwości zastosowania oferowanej części zamiennej. W Załączniku nr 1 do swz punkt C Zamawiający wskazał listę dokumentów wymaganych do złożenia dla każdej powyżej wskazanej grupy. Trzeba nadmienić, że w przypadku oferowania części zamiennych grupy 4 (zamienniki) Zamawiający wymaga złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę certyfikującą lub

notyfikowaną. Tym samym bezpieczeństwo użytkowania danej części jest potwierdzone przez podmiot właściwy do przeprowadzenia badań i wystawienia certyfikatu.

Ad zarzut 1

Odwołujący sformułował zarzut „dopuszczenie do udziału Wykonawców dostarczających części produkowane według własnej dokumentacji”. Pomimo obszernej argumentacji przedstawionej na stronach 7-10 odwołania nie można jednak ustalić na treści którego z postanowień swz zarzut ten jest oparty oraz jakie przepisy prawa zostały w ten sposób naruszone. Odnosząc się jednakże do twierdzeń jakoby Zamawiający dopuszczał do wprowadzenia zmian, które niweczą rezultat certyfikacji maszyny/urządzenia w świetle przepisów tzw. dyrektywy maszynowej wskazują na postanowienia Załącznika nr 1 do swz punkt C ust 3 pkt 4 tiret 4 (str. 16), który odnosi się do części grupy 4 – certyfikowanych zamienników katalogowych części zamiennych, gdzie Zamawiający wymaga złożenia DTR/Instrukcji Użytkowania (stosowani)/karty katalogowej części zamiennych zawierającej m.in. opis oraz rysunki umożliwiające identyfikację certyfikowanego przedmiotu zamówienia i możliwość zastosowania oferowanej części w maszynie/urządzeniu bez konieczności zastosowania dodatkowych adapterów lub ingerowania w konstrukcję maszyny/urządzenia.” Tym samym ryzyko wprowadzenia zmian, które wymagałyby ponownego badania maszyny/urządzenia nie istnieje

Ad zarzut nr 2a

Z uwagi na szeroki zakres postępowania Zamawiający posługuje się, w celu jednoznacznej identyfikacji poszczególnych części, ich nazwą oraz niepowtarzalnym numerem identyfikacyjnym nadanym przez producenta, co umożliwia poprawną identyfikację każdej pozycji formularza ofertowego. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że dopuszcza rozwiązania „równoważne”, określając zarazem w specyfikacji warunków zamówienia, jak rozumie równoważność części zamiennych. Zgodnie z postanowieniami swz każdy wykonawca oferujący równoważne części zamienne składa oświadczenie producenta części równoważnych, wg załącznika 1g lub 1h do SWZ, w którym producent potwierdza, że:

1) przedmiotem oferty są fabrycznie nowe, certyfikowane zamienniki części zamiennych ujętych w DTR/instrukcji użytkowania urządzenia, którego przedmiot zamówienia dotyczy i które mogą być stosowane w kolejkach stosowanych w podziemnych zakładach górniczych produkcji (tutaj wskazuje producenta urządzenia),

- 2) zgodność oferowanych części z odpowiednimi normami bądź dyrektywami potwierdzają posiadane certyfikaty wydane (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez akredytowane jednostki certyfikujące / jednostki notyfikowane,
- 3) równoważność (zamiennosc) oferowanych części z częściami zamiennymi ujętymi w DTR/instrukcji użytkowania urządzenia, którego przedmiot zamówienia dotyczy, zgodnie z załącznikiem będącym integralną częścią niniejszego oświadczenia, została potwierdzona stosownymi obliczeniami oraz badaniami,
- 4) stosowanie oferowanych części zgodnie z ich przeznaczeniem (zakres zamiennosci, o którym mowa w ust. 3 niniejszego oświadczenia) nie spowoduje obniżenia poziomu bezpieczeństwa urządzenia, w którym będą zastosowane, jak również nie spowoduje wytworzenia nowej maszyny lub urządzenia,
- 5) oferowane części zamienne mogą być stosowane w podziemnych wyrobiskach górniczych w przestrzeniach zagrożonych wybuchem.

Powyższe oświadczenie spełnia wymogi, jakie stawiane są świadectwu zgodności.

Dodatkowo wykonawca oferujący równoważne części zamienne jest zobowiązany do złożenia następujących dokumentów (Załącznik nr 1 punkt C ust. 3 pkt 4):

- 1) stosownych certyfikatów potwierdzających zgodność właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i / lub przepisów, wydanych (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez jednostki certyfikujące / jednostki notyfikowane akredytowane w zakresie certyfikacji kolejek, wskazujących co najmniej zakres ich zastosowania w określonym rodzaju maszyny / urządzenia tj.: w kolejkach stosowanych w podziemnych zakładach górniczych,
- 2) DTR / Instrukcji użytkowania (stosowania) / kart katalogowych oferowanych części zamiennych zawierających m.in. opis oraz rysunki umożliwiające identyfikację certyfikowanego przedmiotu zamówienia i potwierdzających możliwość zastosowania oferowanej części zamiennej w urządzeniu bez konieczności zastosowania dodatkowych adapterów lub ingerowania w konstrukcję urządzenia.

Dokumenty te pozwalają na wyczerpującą ocenę czy oferowane części zamienne spełniają wymagania Zamawiającego.

Trzeba też zauważyć, że legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej ma wykonawca, który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący wykazał, że posiada dostęp do dokumentacji technicznej, wykonawczej oraz specyfikacji części katalogowych i normowych dotyczących typów kolejek dostarczanych do Zamawiającego (dokument autoryzacji). Opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w żaden

sposób więc nie utrudnia mu identyfikacji części i w konsekwencji wzięcia udziału w postępowaniu. Z kolei inni wykonawcy biorący udział w postępowaniach na części zamienne, w których opis jest dokonywany wedle tego samego sposobu, nie wnoszą do niego uwag. W tym więc zakresie nie sposób uznać, że Odwołujący poniósł szkodę.

Odwołujący stara się wykazać, że ponosi szkodę poprzez dopuszczenie przez Zamawiającego konkurencji w postępowaniu. Interes faktyczny, jaki prezentuje Odwołujący, jest w tym zakresie oczywisty – brak konkurencji poprawia jego pozycję przyznając mu status monopolisty. Zgodnie jednak z przepisami prawa zamówień publicznych ochronie podlega nie interes faktyczny w zawężeniu czy eliminacji konkurencji, a główny cel prowadzenia postępowań – zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania potencjalnych wykonawców.

Ad zarzut nr 2b

Odwołujący zarzuca zaniechanie zastosowania postanowień Dyrektywy 2006/42/WE (dyrektywa maszynowa). Dyrektywa ta reguluje kwestie wprowadzania do obrotu maszyn stanowiąc m.in. o wymaganych procedurach oceny zgodności maszyn z zasadniczymi wymaganiami dotyczącymi bezpieczeństwa. Postanowienia te kierowane są do producentów maszyn lub podmiotów wprowadzających maszyny do obrotu.

Dyrektywa nie stanowi wymagań dla zamawiających, nie zawiera też szczególnych postanowień dotyczących części zamiennych. Jedyne sformułowanie w dyrektywie dotyczące części zamiennych dotyczy wymagania, aby instrukcja użytkowania zawierała „specyfikacje części zamiennych jakie mają zostać użyte, jeżeli mają one wpływ na zdrowie i bezpieczeństwo operatorów.”

Odwołujący zaś stara się wywieść tezę, iż zastosowanie jakiegokolwiek części zamiennej innej niż pochodzącej od producenta stanowi istotną zmianę maszyny prowadzącą do powstania nowej maszyny, do której należy zastosować od nowa pełną procedurę certyfikacji. Teza ta jednak nie znajduje potwierdzenia w przepisach dyrektywy, ani też w przepisach prawa polskiego, gdyż jak wskazano na wstępie – prawo wprost dopuszcza stosowanie części nieoryginalnych, pod warunkiem że są one certyfikowane.

Polskie podejście zgodne jest z interpretacją prezentowaną w Zawiadomieniu Komisji Europejskiej „Niebieski przewodnik - wdrażanie unijnych przepisów dotyczących produktów 2016” (2016/C 272/01): Produktów, które zostały naprawione lub wymienione (np. w wyniku wykrycia wady) w sposób niezmienny oryginalnego działania, przeznaczenia lub typu, nie uznaje się za nowe produkty w rozumieniu unijnego prawodawstwa harmonizacyjnego. Dlatego też takie produkty nie muszą być na nowo poddawane ocenie zgodności, bez względu na to, czy oryginalny produkt został

wprowadzony do obrotu przed wejściem w życie przepisów czy później. Dzieje się tak nawet wtedy, gdy produkt zostanie wyeksportowany do państw trzecich na czas naprawy. Najczęściej polega ona na wymianie wadliwej lub zużytej części na część zapasową, która jest albo identyczna, albo przynajmniej podobna do części oryginalnej (np. zmiany mogły wynikać z postępu technicznego lub zakończenia produkcji starej części), czyli na wymianie kart, komponentów, podzespołów lub nawet całych identycznych zespołów. Jeżeli pierwotny sposób działania produktu został zmodyfikowany (w ramach planowanego wykorzystania, zakresu działania i utrzymania pierwotnie przewidzianych na etapie projektu), ponieważ części zamienne wykorzystane do naprawy działają lepiej dzięki postępowi technicznemu, produktu tego nie uznaje się za nowy zgodnie z unijnym prawodawstwem harmonizacyjnym. Dlatego też działania konserwacyjne są zasadniczo wyłączone z zakresu unijnego prawodawstwa harmonizacyjnego. (podkreślenia pochodzą od Zamawiającego).

Ad zarzut nr 3

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 105 ustawy Pzp wywodząc, że przepis ten nakłada obowiązek żądania takich dokumentów, które potwierdzają zgodność oferowanych części z częściami oryginalnymi.

Art. 105 ustawy Pzp dotyczy możliwości żądania określonego rodzaju przedmiotowych środków dowodowych. W żaden sposób nie odnosi się on do równoważności określonych produktów w stosunku do „oryginałów”. Jest to norma pozwalająca żądania określonych dokumentów na potwierdzenie spełnienia wymagań przez dostawy – nie zaś norma wyznaczająca zakres obowiązku zamawiającego. Już z tego powodu zarzut jest chybiony. Zgodnie z częścią C załącznika Nr 1 do SWZ Zamawiający żąda przedstawienia stosownych certyfikatów potwierdzających zgodność właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i / lub przepisów, wydanych (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez jednostki certyfikujące / jednostki notyfikowane akredytowane w zakresie certyfikacji kolejek, wskazujących co najmniej zakres ich zastosowania w określonym rodzaju maszyny / urządzenia tj.: w kolejkach stosowanych w podziemnych zakładach górniczych. Wymóg posiadania certyfikatu nie dotyczy zadań nr 3, 5, 8, 9, 13, 16, 17 oraz zadania nr 18 poz. 1, 22, 42, 43, 48, 56, 57, 58, 59, 60, 69, 70, 129, 130, 134, 136, 144, 155, 162, 163, 168, 173, 174, 178, 186, 192, 196, 209.

Zamawiający nie wymaga potwierdzenia, że „części zamienne są zgodne z częściami oryginalnymi” – w takim wypadku nie byłoby sensu produkować części zamiennych, bo wszystkie części musiałyby być częściami oryginalnymi. Jednakże zgodnie z wskazanymi na wstępie przepisami Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r.

w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych, Zamawiający nie może odmówić dostarczenia części zamiennych lub podzespołów równoważnych mających odpowiednie świadectwo zgodności.

Ad zarzut 4

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie w zakresie sformułowania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia. Jak należy domniemywać z zakresu żądania sformułowanego na stronie 4 odwołania Zamawiający wedle opinii Odwołującego powinien warunek w zakresie doświadczenia sformułować w sposób zaostrzony.

Zgodnie z brzmieniem części 5 ust. 3 pkt 3 swz zamawiający wymaga wykazania się wykonaniem dostaw „odpowiadających swoim zakresem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia tj. zarówno dostawy materiałów tożsamyh z przedmiotem przetargu jak również materiałów rodzajowo podobnych tj. dostawy części zamiennych podzespołów innych maszyn i urządzeń oraz kompletnych maszyn i urządzeń ...”

Obszerna argumentacja zawarta w uzasadnieniu do zarzutu wedle intencji Odwołującego ma prowadzić do wniosku, że naruszone zostały przepisy:

- 1) Art. 16 pkt 1 czyli zasada równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji,
- 2) Art. 57 ust. 2, który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu,
- 3) art. 112 ust. 1 nakazujący formułowanie warunków przez zamawiającego proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia,
- 4) art. 112 ust. 2 pkt 4, który stanowi, że warunki mogą dotyczyć zdolności technicznej i zawodowej,
- 5) art. 116 ust. 1, który precyzuje, że warunek zdolności technicznej i zawodowej może dotyczyć doświadczenia wykonawcy,
- 6) § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej Rozporządzenie w sprawie PŚD), który precyzuje jakie dokumenty mogą być żądane przez zamawiającego w celu oceny warunki dotyczącego doświadczenia.

Już samo wymienienie przepisów prawa, które rzekomo zostały naruszone wskazuje na niezrozumienie tych regulacji przez Odwołującego. Odwołujący wskazuje bowiem, że postawione wymagania są „zbyt małe” oraz „zbyt liberalne”. W tym miejscu wskazał, że to w ręce zamawiającego ustawodawca złożył decyzję dotyczącą tego czy

stosować warunek udziału w postępowaniu czy też nie, jak też jak go określić. Zgodnie z przepisami art. 16 oraz art. 112 ust. 1 – warunek udziału w postępowaniu powinien być sformułowany proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. Określenie proporcjonalnie należy w tym kontekście odczytywać jako nienadmierne, w taki sposób, który pozwala przy jak najmniejszym ograniczeniu konkurencji osiągnąć cel. I tak w wyroku z 27.10.2005 r., C-234/03, Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), (ECR 2005/10B, s. I-09315) Trybunał Sprawiedliwości uznał za nieproporcjonalny warunek posiadania potencjału technicznego, gdyż żądanie zamawiającego wykazania się przez wykonawcę potencjałem było nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia. W wyroku z 23.12.2009 r., C-376/08, Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano, ECR 2009/12B, s. I12169, Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że przy określaniu, którzy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a ewentualne ograniczanie konkurencji powinny być jak najmniejsze i stosowane jedynie w zakresie niezbędnym do osiągnięcia celów danego zamówienia. W postępowaniu, którego dotyczy odwołanie zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem podobnym w zakresie przedmiotu zamówienia. Sformułowanie tego warunku w taki sposób w jaki domaga się tego Odwołujący tj. dookreślenie, że wykonawca musi posiadać doświadczenie w dostawie części jedynie do kolejek podziemnych podwieszanych i to jedynie produkcji SMT Scharf bez wątplenia byłoby uznane za wymaganie nadmierne i bez uzasadnienia ograniczające dostęp do zamówienia. Spełnienie żądania Odwołującego doprowadziłoby do znacznego ograniczenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu oraz ograniczenia kręgu wykonawców tylko do tych, którzy już składali wcześniej oferty w postępowaniach na dostawę kolejek produkcji Scharf. Nie jest też zrozumiałym zarzut naruszenia przepisów Rozporządzenia w sprawie PŚD. W części VIII ust. 5 pkt 2 swz Zamawiający sprecyzował, jakich podmiotowych środków dowodowych żąda na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia. Postanowienia swz w tym zakresie są identyczne jak przepisy Rozporządzenia.

W zakresie zgłoszonych wniosków dowodowych wnoszę o ich oddalenie - zgodnie z art. 541 ustawy Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wniosków, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane dla zwłoki. Odwołanie dotyczy postanowień treści SWZ, a Odwołujący próbuje dowieść, że postanowienia te są niezgodne z przepisami prawa. Odwołanie nie dotyczy więc oceny treści oferty, spełniania wymagań przez określone produkty itd., a postanowień specyfikacji, które mają charakter normatywny (ustalają określone reguły postępowania

i są kierowane do kręgu potencjalnych wykonawców). W zakresie dowodu z opinii biegłego, jak też z przesłuchania Stron i świadków wnioski zostały zgłoszone m.in. na okoliczność sposobu certyfikacji maszyn produkcji SMT Scharf – przy czym postępowanie o udzielenie zamówienia nie dotyczy procesu certyfikacji tych maszyn, a dostawy części zamiennych. Jak wskazano powyżej dostawa części zamiennych zasadniczo pozostaje poza zakresem regulacji Dyrektywy maszynowej (która określa zasady certyfikacji).

Z podobnym błędem logicznym Odwołującego mamy do czynienia w przypadku wskazania okoliczności, jakie mają być wykazane w opinii biegłego. Odwołujący chce przy jej pomocy wykazać, że żądany certyfikat dla części zamiennych nieoryginalnych nie wykazuje równoważności tych części z oryginałem. Zapomina jednakże, że ani przepisy prawa, ani Zamawiający nie formułują w ten sposób wymagania. Zamawiający ma prawo a nie obowiązek żądania przedmiotowych środków dowodowych i sam określa ich zakres. Skoro zaś żądanie przedmiotowych środków dowodowych jest dobrowolne, pozostaje w decyzji Zamawiającego, a brak ich żądania jest zgodny z prawem, to ich zażądanie w każdym zakresie, jaki Zamawiający uzna za wystarczający jest prawidłowe (zgodne z ustawą Pzp). Tym samym powoływanie biegłego na okoliczność, czy dany zakres certyfikatu jest wystarczający, nie prowadzi do odpowiedzi na pytanie czy działanie Zamawiającego jest zgodne z prawem – nie wnosi więc nic do sprawy. Z kolei na pytania o to, czy każda (na tym etapie niemożliwa do bliższego określenia) część zamienna inna niż producenta nadaje się do zastosowania w danej maszynie – nie sposób odpowiedzieć.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SWZ, załącznikiem nr 1 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) /zawierającym także przedmiotowe środki dowodowe/, załącznikiem nr 1 g do SWZ z tabelą, załącznikiem nr 1 h do SWZ z tabelą, wzorem formularza ofertowego – załącznikiem nr 2 do SWZ, wykazem

parametrów techniczno - użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia – załącznikiem nr 3 do SWZ oraz załącznikiem nr 5 do SWZ – wzorem wykazu wykonanych dostaw.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego:

1. Dokumenty autoryzacji producentów – tj. SMT Scharf GmbH oraz SMT Scharf Polska Sp. z o.o. z 09.10.2021 r. oraz 25.04.2022 r. – na okoliczność jego treści, braku dostępu podmiotów trzecich, w tym wykonawców, do dokumentacji technicznej, wykonawczej oraz kontrolnej i specyfikacji części katalogowych i normowych dotyczącej przedmiotu postępowania; typów kolejek dostarczanych do Zamawiającego;
2. Opinia nr 08/04/2021 z 30.04.2021 r., sporządzona przez rickCE sp. z o.o. sp.k. – na okoliczność niedopuszczalności wprowadzania do obrotu zamienników bez uprzedniego poddania ich badaniu przez jednostkę notyfikowaną w ramach badania całej maszyny;
3. Pisma Odwołującego z dnia: 11.05.2021 r., 02.06.2021 r., 25.06.2021 r., 09.07.2021 r., wraz z załącznikami,
4. Pisma Instytut Techniki Górniczej KOMAG z 15.06.2021 r., 18.05.2021 r. i 02.08.2021 r.,
5. Pisma J. S. Hamilton Poland Sp. z o.o. z 02 i 22.07.2021 r.,
- na okoliczność ich treści, braku możliwości stwierdzenia równoważności zamiennika z częścią oryginalną na podstawie certyfikatów o treści żądanej przez Zamawiającego;
6. Certyfikaty badania typu WE nr JSHP/6/MD/2019, JSHP/8/MD,2019; JSHP/14/MD/2019. KDB 18ATEX00470, IBExU09ATEX1058, KDB 17ATEX0073X (wyciąg) – na okoliczność ich treści.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożoną na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) pismo z 19.02.2010 r. decyzja Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego dopuszczające ciągnik spalinowy kolejki podwieszanej DZ 1500/1800/2200 produkcji firmy SMT Scharf GmbH do stosowania w podziemnych zakładach górniczych,
- 2) pismo z 03.07.2014 r. decyzja Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego dopuszczające ciągnik spalinowy kolejki podwieszanej DZ 80 produkcji firmy SMT Scharf Polska do stosowania w podziemnych zakładach górniczych,
- 3) pismo z 11.10.2019 r. decyzja Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego dopuszczające ciągnik spalinowy typu SCHARF D66 VARIO produkcji firmy SMT Scharf Polska do stosowania w podziemnych zakładach górniczych,
- na okoliczność, iż w trakcie użytkowania maszyny konieczne jest przestrzeganie dokumentacji techniczno-ruchowej sporządzonej przez producenta maszyny;

- 4) pismo z 15.02.2022 r. Wyższego Urzędu Górniczego dotyczące możliwości eksploatacji urządzeń po wygaśnięciu decyzji o dopuszczeniu do stosowania w podziemnych zakładach górniczych,
- 5) pismo z 15.11.2017 r. Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego dopuszczające tego co należy rozumieć przez remont,
- na okoliczność jego treści oraz skutków, jakie z nich wynikają, tzn. jakie mogą wywołać wprowadzone zmiany przez zastosowanie takich, a nie innych części zamiennych;
- 6) pismo SMT Scharf Polska z 11.03.2022 r. do Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego zmiany decyzji dopuszczeniowej,
- 7) pismo z 28.03.2019 r. decyzja Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego o zmianie decyzji dopuszczającej ciągnik spalinowy typu SCHARF D66 VARIO produkcji firmy SMT Scharf Polska do stosowania w podziemnych zakładach górniczych,
- na okoliczność konieczność informowania o dokonywaniu zmian i jego zakresie w dokumentacji technicznej, wskutek dokonania zmian w sposobie produkcji lub wykonania części wg innej dokumentacji;
- 8) pismo J.S. Hamilton Ponad Sp. z o.o. z 05.05.2022 r.,
- na okoliczność, iż sam Zamawiający nie określił wytycznych, jakie normy, przepisy, powinien spełniać wyrób i określenia parametrów czy wymagań pod względem badania przez jednostkę notyfikowaną.
- 9) dokumenty wyciąg z katalogu Odwołującego – pkt 12,
- 10) dokumenty wyciąg z katalogu Odwołującego – pkt 13,
- na okoliczność, iż Odwołujący nie zastrzega do swoich produktów, aby części zamienne były oryginalnymi jego produkcji, ale jedynie, aby były zgodne z dokumentacją techniczną wyrobu, będąca własnością producenta, ewentualnie normami wyspecyfikowanymi.

Nadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Zamawiającego:

- pismo Wyższego Urzędu Górniczego z 12.05.2012 r. w sprawie zasad prowadzenia napraw i remontów maszyn i urządzeń stosowanych w podziemnych zakładach górniczych oraz możliwości alternatywnego stosowania części zamiennych - na okoliczność jego treści oraz tego, że takie, a nie inne postanowienia SWZ, funkcjonują u niego od roku 2012 a kierował się również stanowiskiem wyrażonym w tym piśmie w szczególności fragm. ze str. 3.

Izba zgodnie z art. 541 NPzp oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego m.in. na okoliczność sposobu certyfikacji maszyn produkcji SMT Scharf, uznając że zostały powołane jedynie dla zwłoki, a ich dopuszczenie doprowadziłoby

wyłącznie do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania odwoławczego, a ponadto istnieje obiektywna możliwość wydania rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie bez odwoływania się do specjalisty, w oparciu o inne dowody. Dodatkowo, Izba wskazuje dodatkowo, że specyfika postępowania odwoławczego każdorazowo wymaga ustalenia, czy na podstawie innych dowodów istnieje realna możliwość wydania orzeczenia co do poszczególnych zarzutów. Dowód z opinii biegłego to w postępowaniu odwoławczym ostateczność - jego powoływanie jest celowe jeśli po pierwsze konieczne są wiadomości specjalne [możliwość powołania tego środka dowodowego występuje wtedy, gdy ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych (wyrok SO we Wrocławiu z 15.01.2010 r., sygn. akt: X Ga 380/09); podobnie KIO w wyroku z 09.04.2013 r., sygn. akt: KIO 556/13: *"Izba podnosi, że "Celem dowodu z biegłych, w świetle art. 278 KPC, nie jest ustalenie faktów mających znaczenie w sprawie, lecz udzielenie sądowi wyjaśnień w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych. Biegły nie może zatem wyręczać sądu w wyjaśnieniu rzeczywistej treści stosunków faktycznych (...). Fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy sąd ustala w oparciu o inne dowody (z dokumentów, z zeznań świadków, przesłuchania stron)"* (M. Rybarczyk, Biegły w postępowaniu cywilnym, Opinia, Odpowiedzialność, Wynagrodzenie, Warszawa, 2001, s. 28.) (...) do zadań biegłego należy przedstawienie sądowi swych wiadomości specjalnych (Ibidem, s. 34)."], po drugie brak jest innych dowodów pozwalających na ustalenie istotnych faktów dla rozstrzygnięcia sprawy. Powyższe nie zachodzi w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Jednocześnie dowód niniejszy nie służy rozstrzygnięciu kwestii spornej. Należy bowiem podkreślić, że postępowanie o udzielenie zamówienia nie dotyczy procesu certyfikacji tych maszyn, a dostawy części zamiennych, a dostawa części zamiennych zasadniczo pozostaje poza zakresem regulacji Dyrektywy maszynowej (która określa zasady certyfikacji). Nadto, Odwołujący przez ten dowód chce wykazać, że żądany certyfikat dla części zamiennych nieoryginalnych nie wykazuje równoważności tych części z oryginałem. Zapomina jednakże, że ani przepisy prawa, ani Zamawiający nie formułują w ten sposób wymagania. Zamawiający ma prawo a nie obowiązek żądania przedmiotowych środków dowodowych i sam określa ich zakres. Skoro zaś żądanie przedmiotowych środków dowodowych jest dobrowolne, pozostaje, co Izba podziela, w decyzji Zamawiającego, a brak ich żądania jest zgodny co do zasady z prawem, to ich zażądanie w każdym zakresie, jaki Zamawiający uzna za wystarczający jest prawidłowe w kontekście ustawy Pzp i winno co najwyższej podlegać ocenie przez organ orzekający. Tym samym powoływanie biegłego na okoliczność, czy dany zakres certyfikatu jest wystarczający, nie prowadzi do odpowiedzi na pytanie czy działanie Zamawiającego jest zgodne z prawem – nie wnosi więc nic do sprawy. Nie leży to także

w kompetencji biegłego lecz organu orzekającego. Z kolei na pytania o to, czy każda (generalnie na tym etapie niemożliwa do bliższego określenia) część zamienna inna niż producenta nadaje się do zastosowania w danej maszynie – nie sposób odpowiedzieć na tym etapie. Zebrany materiał dowodowy jest w ocenie Izby, dostatecznie wystarczający do oceny generalnej dopuszczalności stosowanie przez Zamawiającego lub jej braku zakwestionowanych postanowień SWZ. Nie jest do tego potrzebny biegły. Tym bardziej, że Odwołujący a priori przyjął założenie że jakakolwiek część zamienna inna niż oryginalna nie może być stosowana w jego kolejkach podwieszanych.

Izba zgodnie z art. 541 NPzp oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka (wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony, tj. z ograniczeniem do Odwołującego oraz z obecnego przedstawiciela Odwołującego nie został podtrzymany na rozprawie) w zakresie podtrzymanym do drugiej osoby powołanej w odwołaniu z uwagi na okoliczności wskazane jak wyżej w zakresie wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Dodatkowo, Izba pominęła dowód złożony po zamknięciu rozprawy (dokumenty wyciąg z katalogu Odwołującego – pkt 2.1, 2.2) zgodnie bowiem z art. 536 NPzp: *"Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawić aż do zamknięcia rozprawy."* Wskazując zarazem dla jasności mimo, że takie wniosku nie złożono, że zgodnie z art. 551 ust. 2 NPzp: *"Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania"*. Izba stwierdza przy tym w tym kontekście, za wyrokiem z 23.10.2019 r. sygn. akt: KIO 2007/19, którego stanowisko podziela skład orzekający, iż Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Taką istotną okolicznością mogą być oczywiście nowe dowody mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, jednakże ratio legis cytowanego przepisu nie oznacza możliwości dla uczestnika postępowania powoływania jakichkolwiek nowych dowodów, lecz tylko takich, które ujawniły się już po zamknięciu rozprawy. Chodzi więc o takie dowody, o których istnieniu uczestnik postępowania wcześniej nie wiedział i przy zachowaniu należytej staranności nie mógł się dowiedzieć. Natomiast zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 7 grudnia 2016 r. sygn. akt: I ACa 1081/15 (por. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt: I ACa 898/17), zamknięcie rozprawy jako akt procesowy jest doniosłe prawnie, a jej otwarcie musi być uznane za sytuację wyjątkową. (...) Strona wnioskująca o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy (czy też zarzucająca w apelacji Sądowi I instancji zaniechanie uwzględnienia wniosku w tym zakresie) musi wykazać więc,

że dopiero po zamknięciu rozprawy ujawniły się (stały się jej wiadome) okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia. W nauce wskazuje się, że w przepisie tym chodzi o fakty nowe - jakościowo różne od wcześniej istniejących lub o okoliczności już wcześniej zaistniałe, ale które uległy zmianie po zamknięciu rozprawy (por. np. M. Sawczuk, Ponowne orzekanie w sprawie cywilnej prawomocnie osądzonej, s. 141-142; wyrok SN z 15 kwietnia 1972 r., II PR 48/72, OSNC 1972, Nr 9, poz. 171). Tak więc zmiana może polegać na powstaniu całkiem nowych okoliczności obok już istniejących lub na modyfikacji wcześniej istniejących. Nie uzasadnia żądania otwarcia rozprawy na nowo jedynie stwierdzenie potrzeby dodatkowego odniesienia się lub powołania dowodów w związku ze stanowiskiem przedstawionym przez stronę przeciwną na rozprawie, jeśli potrzeba ta nie opiera się o okoliczności mające cechę nowości w przedstawionym wyżej rozumieniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie, oraz stanowiska i oświadczenia stron złożonych ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionego w treści odwołania zarzutu, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1. art. 16 pkt 1) PZP, art. 99 ust. 2 PZP, art. 101 ust. 1 pkt 4) PZP oraz pkt 1.7.4.2. lit. „t” Załącznika I oraz pkt 1, pkt 3.1 – 3.4, pkt 6 Załącznika IX Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2006/42/WE z dnia 17 maja 2006 roku (zwanej dalej „dyrektywą maszynową”) w zw. z art. 57 pkt 2 w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 PZP, art. 116 ust. 1 PZP – poprzez ich niezastosowanie i dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawców nie korzystających z dokumentacji producenta i wytwarzających przedmiot zamówienia w oparciu o własną dokumentację, nie podlegającą weryfikacji przez jednostkę notyfikowaną, wykonującą badanie maszyny typu WE, co stanowi także naruszenie zasad uczciwej konkurencji,

2. art. 16 pkt 2) PZP, art. 17 ust. 1 pkt 1) PZP, art. 99 ust. 1-7, art. 101 ust. 1-6 PZP poprzez ich niezastosowanie i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprzejrzysty i niezrozumiały oraz niezapewniający najlepszej jakości dostaw, a to poprzez:

a. określenie przedmiotu zamówienia wyłącznie poprzez posłużenie się numerem identyfikacyjnym nadanym przez producenta maszyny, bez jakiegokolwiek doprecyzowania cech oraz parametrów technicznych zamawianych części i bez wskazania, do jakiego typu kolejki przeznaczona jest zamawiana część, co uniemożliwia stwierdzenie, czy oferowana przez wykonawcę część jest zgodna z częścią pierwotnie zastosowaną w maszynie –

z jednoczesnym dopuszczeniem do postępowania podmiotów nie będących producentami maszyny, a więc nie posługujących się w prowadzonej przez siebie działalności numerami ID producenta maszyny;

b. żądanie złożenia przez Wykonawcę wyłącznie oświadczenia, że nie dojdzie do wytworzenia nowej maszyny i braku żądania przeprowadzenia odpowiednich badań przez jednostkę notyfikowaną, potwierdzających akredytowanym certyfikatem, że: części zamienne są certyfikowanymi zamiennikami oryginalnych części danej maszyny i możliwe jest ich równoważne (zamiennie) stosowanie w danej maszynie, a w efekcie ich zastosowania nie dojdzie do stworzenia nowej maszyny – powyższe stanowi jednocześnie naruszenie pkt 1.7.4.2. lit. „t” Załącznika I oraz pkt 1, pkt 3.1 – 3.4, pkt 6 Załącznika IX dyrektywy maszynowej,

3. art. 101 ust. 6 oraz art. 105 ust. 1-4 PZP poprzez żądanie przez Zamawiającego certyfikatów o takiej treści, która nie potwierdza równoważności stosowanych zamienników w stosunku do części oryginalnej - Zamawiający żąda w istocie dowodów nieprzydatnych do wykazania okoliczności, którą mają potwierdzać;

4. art. 57 pkt 2 w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 PZP, art. 116 ust. 1 PZP, art. 16 pkt 1) PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy - przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymaga jedynie aby Wykonawca legitymował się wykonaniem dostaw rodzajowo podobnych;

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, oraz odpowiedzi na odwołanie. Zgodnie z SWZ (Cz. V kwalifikacja podmiotowa Wykonawców ust. 3): „ (...) Zamawiający stosuje warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym - Wykonawca powinien być wpisany do rejestru działalności gospodarczej prowadzonego w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę,

2) sytuacji ekonomicznej i finansowej - Wykonawca wykaże, że posiada roczny przychód za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - odpowiednio w tym okresie, w wysokości:

Dla zadania nr	1	50 000,00 PLN
Dla zadania nr	2	30 000,00 PLN

<i>Dla zadania nr</i>	3	6 000,00 PLN
<i>Dla zadania nr</i>	4	16 000,00 PLN
<i>Dla zadania nr</i>	5	5 000,00 PLN
<i>Dla zadania nr</i>	6	25 000,00 PLN
<i>Dla zadania nr</i>	7	24 000,00 PLN
<i>Dla zadania nr</i>	8	20 000,00 PLN
<i>Dla zadania nr</i>	9	5 000,00 PLN
<i>Dla zadania nr</i>	10	18 000,00 PLN
<i>Dla zadania nr</i>	11	17 000,00 PLN
<i>Dla zadania nr</i>	12	16 000,00 PLN
<i>Dla zadania nr</i>	13	4 000,00 PLN
<i>Dla zadania nr</i>	14	15 000,00 PLN
<i>Dla zadania nr</i>	15	8 000,00 PLN
<i>Dla zadania nr</i>	16	3 000,00 PLN
<i>Dla zadania nr</i>	17	5 000,00 PLN
<i>Dla zadania nr</i>	18	100 000,00 PLN

W przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie wartość przychodu netto uzyskana w jednym roku obrotowym w ciągu ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy niż jeden rok w tym okresie, nie może być mniejsza od sumy wartości określonych dla poszczególnych zadań, na które Wykonawca składa ofertę.

3) zdolności technicznej lub zawodowej - Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie) wykonał dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. zarówno dostawy materiałów tożsamyh z przedmiotem przetargu, jak również dostawy materiałów rodzajowo podobnych, tj.: dostawy części zamiennych i podzespołów innych maszyn i urządzeń oraz kompletnych maszyn i urządzeń, na wartość łączną nie niższą niż określoną w pkt 2).

W przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie wartość netto wykonanych dostaw przez Wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, nie może być mniejsza od sumy wartości dostaw określonych przez Zamawiającego dla poszczególnych zadań, na które Wykonawca składa ofertę. (...)". Następnie w cz. VIII Podmiotowe środki dowodowe ust. 5 pkt 2 SWZ: „(...) 2) wykazu wykonanych dostaw, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym

okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane. Dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie wykonawcy. Wzór wykazu stanowi Załącznik nr 5. (...)”. Zaś, w cz. XI Opis sposobu przygotowania oferty, Zawartość oferty ust. 6 pkt 7 SWZ: „(...) 7) przedmiotowych środków dowodowych wymienionych w Załączniku Nr 1 do SWZ. (...)”. Powyższe ulega rozwinięciu we wskazanym złączniku nr 1 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia: „(...)

B. Wymagania prawne oraz wymagane parametry techniczno - użytkowe.

1. Części zamienne będące przedmiotem zamówienia są przeznaczone do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego.

2. Części zamienne stanowiące przedmiot zamówienia muszą być fabrycznie nowe, kompletne, wolne od wad konstrukcyjnych, materiałowych i wykonawczych.

3. Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert równoważnych. Równoważność części dotyczy zarówno funkcji, właściwości jak i sposobu montażu (gabaryty, rozmieszczenie otworów mocujących, przyłączy, itp.) tzn. podłączenie części zamiennych równoważnej nie może wymagać zastosowania dodatkowych adapterów lub ingerowania w konstrukcję maszyny/urządzenia.

4. Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty na dostawę następujących kategorii części zamiennych:

1) oryginalne części zamienne — podzespoły i części zamienne wykonane wg rysunku oraz dokumentacji, zgodnie z którą Producent maszyny / urządzenia wykonał maszynę / urządzenie i ujęte w wykazie części zamiennych będącym integralnym składnikiem DTR / instrukcji użytkowania,

2) katalogowe części zamienne — podzespoły i części zamienne wykonane wg rysunku oraz dokumentacji innego podmiotu (producenta podzespołu / części zamiennych) niż Producent maszyny / urządzenia, zastosowane w maszynie / urządzeniu oraz ujęte przez Producenta maszyny / urządzenia w wykazie części zamiennych będącym integralnym składnikiem DTR / instrukcji użytkowania, ze wskazaniem katalogu wyrobów producenta przedmiotowej części zamiennych,

3) certyfikowane zamienniki oryginalnych części zamiennych podzespoły i części zamienne, równoważne z oryginalnymi częściami zamiennymi, wykonane przez inny podmiot niż:

- Producent maszyny / urządzenia,

- Właściciel dokumentacji (niebędący producentem maszyny / urządzenia), zgodnie z którą Producent maszyny / urządzenia wykonał maszynę / urządzenie, podmiot posiadający upoważnienie do produkcji oryginalnych części zamiennych na podstawie dokumentacji, zgodnie z którą Producent maszyny / urządzenia wykonał maszynę / urządzenie.

Certyfikowane zamienniki oryginalnych części zamiennych wykonane są wg rysunku i własnej dokumentacji oraz poddane ocenie zgodności ich właściwości z wymaganiami stosownych norm i przepisów, potwierdzonej stosownym certyfikatem wydanym (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez akredytowane jednostki certyfikujące / jednostki notyfikowane.

4) certyfikowane zamienniki katalogowych części zamiennych podzespoły i części zamienne, równoważne z katalogowymi częściami zamiennymi, wykonane przez inny podmiot niż Producent katalogowych części zamiennych.

Certyfikowane zamienniki katalogowych części zamiennych wykonane są wg rysunku i własnej dokumentacji oraz poddane ocenie zgodności ich właściwości z wymaganiami stosownych norm i przepisów, potwierdzonej stosownym certyfikatem wydanym (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez akredytowane jednostki certyfikujące / jednostki notyfikowane.

C. Dokumenty wymagane w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego — do złożenia wraz z ofertą.

1. Wykaz parametrów techniczno-użytkowych — zgodnie z Załącznikiem Nr 2a do SIWZ.
2. Oświadczenie dotyczące przedmiotu oferty, iż oferowany wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń zgodnie z Załącznikiem Nr 4 do siwz.
3. Dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań przez przedmiot oferty w zależności od oferowanej kategorii części zamiennych:
 - 1) w przypadku oferowania oryginalnych części zamiennych Producenta maszyny / urządzenia, której / którego przedmiot zamówienia dotyczy:
 - oświadczenie Wykonawcy, że oferowane części zamienne są nowymi, oryginalnymi częściami zamiennymi Producenta maszyny / urządzenia, której / którego przedmiot zamówienia dotyczy - zgodnie ze wzorem załącznika nr 1a;
 - 2) w przypadku oferowania oryginalnych części zamiennych produkowanych przez Właściciela dokumentacji, zgodnie z którą wykonano maszynę / urządzenie, której / którego przedmiot zamówienia dotyczy lub podmiot posiadający upoważnienie do ich produkcji na podstawie w/w dokumentacji:

- oświadczenie Wykonawcy, że oferowane części zamienne są nowymi, oryginalnymi częściami zamiennymi produkowanymi przez Właściciela dokumentacji, zgodnie z którą została wykonana maszyna / urządzenie, której / którego przedmiot zamówienia dotyczy lub podmiot posiadający upoważnienie do ich produkcji na podstawie w/w dokumentacji zgodnie ze wzorem załącznika nr 1b;

- oświadczenie producenta oferowanych części zamiennych potwierdzające prawo do produkcji oryginalnych części zamiennych na podstawie dokumentacji, zgodnie z którą wykonano maszynę / urządzenie, której / którego przedmiot zamówienia dotyczy - zgodnie ze wzorem załącznika nr 1c.

3) w przypadku oferowania katalogowych części zamiennych zabudowanych w maszynie / urządzeniu i ujętych przez Producenta maszyny / urządzenia w DTR / instrukcji użytkowania:

- oświadczenie Wykonawcy, że oferowane części zamienne są nowymi, katalogowymi częściami zamiennymi zabudowanymi w maszynie / urządzeniu, której / którego przedmiot zamówienia dotyczy i ujętymi w DTR / instrukcji użytkowania/katalogu części zamiennych zgodnie ze wzorem załącznika nr 1d;

4) w przypadku oferowania certyfikowanych zamienników oryginalnych lub katalogowych części zamiennych:

- oświadczenie Wykonawcy, że oferowane części zamienne są nowymi, certyfikowanymi zamiennikami oryginalnych lub katalogowych części zamiennych maszyny / urządzenia, której / którego przedmiot zamówienia dotyczy - zgodnie ze wzorem załącznika nr 1e i/lub 1f;

- oświadczenie Producenta certyfikowanych zamienników oryginalnych lub katalogowych części zamiennych potwierdzające równoważność produkowanych części zamiennych z oryginalnymi lub katalogowymi częściami zamiennymi maszyny / urządzenia, której / którego przedmiot zamówienia dotyczy, wskazujące zakres ich zastosowania w ściśle określonym rodzaju maszyny / urządzenia t.j. w kolejkach określonego producenta stosowanych w podziemnych zakładach górniczych - zgodnie ze wzorem załącznika nr 1g i/lub 1h;

- stosowne certyfikat(y) potwierdzający(e) zgodność właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i / lub przepisów, wydany(e) (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez jednostki certyfikujące / jednostki notyfikowane akredytowane w zakresie certyfikacji kolejek, wskazujący(e) co najmniej zakres ich zastosowania w określonym rodzaju maszyny / urządzenia tj.: w kolejkach stosowanych w podziemnych zakładach górniczych,

Wymóg posiadania certyfikatu nie dotyczy części zamówienia (zadania) nr 3, 5, 8, 9, 13, 16, 17 oraz 18 poz. 1, 22, 42, 43, 48, 56, 57, 58, 59, 60, 69, 70, 129, 130, 134, 136, 144,

155, 162, 163, 168, 173, 174, 178, 186, 192, 196, 209 jednak Wykonawcy oferujący w/w pozycje zobowiązani są do złożenia oświadczeń zgodnie z treścią załączników nr 1e i /lub 1f oraz 1g i/lub 1h do SIWZ ze skreśleniem słowa certyfikowany.

UWAGA!

Na części zamienne będące elementami składowymi podzespołu, który posiada certyfikat, nie wymaga się dodatkowych certyfikatów, jeżeli z dokumentów złożonych wraz z ofertą jednoznacznie wynika, że certyfikowany podzespół składa się z tych elementów.

- DTR / Instrukcja użytkowania (stosowania)/ karta katalogowa oferowanych części zamiennych zawierająca m.in. opis oraz rysunki umożliwiające identyfikację certyfikowanego przedmiotu zamówienia i potwierdzające możliwość zastosowania oferowanej części zamiennej w maszynie/urządzeniu bez konieczności zastosowania dodatkowych adapterów lub ingerowania w konstrukcję maszyny/urządzenia.

5) w każdym przypadku, o którym mowa w pkt 1), 2), 3) i 4), gdy ofertę składa Wykonawca nie będący producentem:

- oświadczenie Producenta oferowanych części zamiennych o zapewnieniu dostaw oferowanych części zamiennych w okresie nie krótszym niż okres trwania umowy - zgodnie ze wzorem załącznika nr 1 i.

UWAGA:

a) Certyfikaty/dopuszczenia/inne dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań przedmiotowych przedstawione przez Wykonawcę w ofercie muszą być ważne w dniu składania ofert.

b) W przypadku braku ważności złożonego wraz z ofertą certyfikatu/dopuszczenia/innego dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań przedmiotowych na cały okres trwania procedury przetargowej oraz cały okres realizacji zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć drogą elektroniczną na adres e-mail: clm.katowice@pgg.pl oraz (e-mail sekretarza) bądź poprzez Platformę EFO na elektroniczne wezwanie w określonym przez Zamawiającego terminie aktualny/e — obowiązujący/e certyfikat/dopuszczenie/ inny dokument potwierdzający spełnienie wymagań przedmiotowych Dostarczony dokument musi dotyczyć wyrobu zaoferowanego przez Wykonawcę w ofercie przetargowej.

c) W przypadku wyboru oferty Wykonawcy, który przedstawił dokument, który stracił ważność po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy i nie dostarczył certyfikatu/dopuszczenia/ innego dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań przedmiotowych zgodnie z pkt. b), zawarcie umowy będzie niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, a Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 98 ust. 6 pkt. 3) ustawy, według treści którego Zamawiający zatrzymuje wadium wraz

z odsetkami, jeżeli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. (...)”.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego oraz drugiego (tak 2a i 2b), Izba uznała, że niniejsze zarzuty podlegają oddaleniu. Jednocześnie z uwagi na ich charakter Izba odniesie się do nich łącznie.

Odnosząc się do zarzutów od 1 do 2, należy generalnie zauważyć, że Zamawiający wskazał, iż kierował się przy takim, a nie innym określeniu postanowień SWZ stanowiskiem wyrażonym przez Wyższy Urząd Górniczy w piśmie z 10.05.2012 r., gdzie wskazano m.in. odnosząc się do rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26.06.2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych, że stosownie do § 428 – Użytkownik wyrobu, jest zobowiązany do przestrzegania postanowień DTR, jednakże wraz z nowelizacją tego rozporządzenia, nastąpiło „odpodmiotowienie” przywołanej regulacji. Jednocześnie, sformułowanie użyte w § 5 ust. 2 pkt 7 rozporządzenia w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych: *„sposób przeprowadzenia przeglądów, konserwacji, napraw i regulacji”* rozumieć należy jako określoną metodę, tryb wykonania czegoś, robienie czegoś w określony sposób, zatem i w tym przypadku, jak stwierdzono w tym piśmie, można stwierdzić „odpodmiotowienie” regulacji. W dalszej części stwierdzając, co kluczowe, że zastosowanie do napraw przedmiotowej kolejki certyfikowanych części substytucyjnych z oryginalnymi, produkowanych przez podmioty inne niż producent wyrobu oraz dokonywanie remontów przez podmiot, który nie jest producentem i nie posiada autoryzacji producenta, ale posiadający ocenę zdolności zakładu remontowego w przedmiotowym zakresie nie będzie stanowiło naruszenia decyzji dopuszczającej ten wyrób, ani też § 428 – przez użytkownika wyrobu, z uwagi na „odpodmiotowienie” uregulowań w tym zakresie.

Izba wskazuje, że ustaliła, że owe „odpodmiotowienie” użyte przez Wyższy Urząd Górniczy w piśmie z 10.05.2012 r. wiązało się z tym, że wcześniejsza wersja § 428 (przed 11.08.2006 r.) jednoznacznie wskazywała, że *„maszyny, urządzenia i instalacje utrzymuje się w sposób ustalony w DTR producenta, a ich ruch prowadzi na warunkach określonych w zezwoleniu na oddanie do ruchu maszyn, urządzeń i instalacji”*. Nadto usunięcie słowa

„producenta” było związane z nadużyciami i negatywnymi wynikami postępowań kontrolnych prowadzonych przez NIK (Informacja o wynikach kontroli prowadzenia przez podmioty górnicze gospodarki remontowej maszyn i urządzeń, Najwyższa Izba Kontroli, Delegatura w Katowicach, LKA-41017/08 Nr ewid. 163/2009/P/08/136/LKA, Katowice, grudzień 2009 – niniejsza informacja jest powszechnie znana i ogólnie dostępna na stronie NIK-u: <https://www.nik.gov.pl/plik/id,1256.vp,1260.pdf>): „Powyższe ustalenia oraz fakt, iż producenci maszyn i urządzeń stosowanych w podziemnych zakładach górniczych byli w istotny sposób zainteresowani monopolizacją rynku dostaw części zamiennych oraz usług remontowych, wskazują na możliwość korupcyjnego podłoża powyższych nieprawidłowości.” (str. 14). Zwracano tam uwagę, że: „W efekcie tych działań, finalni producenci maszyn i urządzeń uzyskali wyłączność na dostawy do tej spółki również tych części zamiennych, których producentami nie byli. Wyeliminowano przy tym z dostaw do KW SA znaczną część producentów podzespołów i części zamiennych, które wprawdzie nie były przez finalnych producentów wymienione w DTR danych maszyn i urządzeń, lecz posiadały, niezbędne do stosowania w podziemnych zakładach górniczych, badania i certyfikaty. Podkreślić należy, że zamienniki te posiadały często niższą cenę oraz z powodzeniem były do tej pory stosowane w kopalniach KW SA. (...)” (str. 19).

Dalej: „Ugruntowanie pozycji monopolistycznej niektórych producentów maszyn i urządzeń, w tym konsekwencje zapisów ograniczających konkurencję wprowadzanych przez nich do DTR (m.in. w wyniku cytowanych wyżej pism kierowanych do tych podmiotów przez KW SA w 2004 r.), miały swoje negatywne skutki także po zmianie stanowiska Zarządu KW SA w kwestii przyjętej interpretacji § 428 rozporządzenia w sprawie BHP. Skutki te trwały nawet po nowelizacji i wejściu w życie z dniem 12.08.2006 r. nowej treści § 428, która wyłączała spod regulacji zagadnienia związane z dokonywaniem remontów, a dokumentacji techniczno-ruchowych nie wiązała wyłącznie z producentem. W listopadzie 2007 r. Zarząd KW SA wystąpił do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta, informując m.in., że: „producenci urządzeń w DTR zamieszczają postanowienia, które całkowicie wypaczają lub wręcz unicestwiają intencję ustawodawcy do odpodmiotowienia rynku i otwarcia go na działanie konkurencji. Dostrzeganym w 2007 r. przez KW SA źródłem problemu było to, iż producenci w DTR zamieszczali postanowienia, że do napraw mogą być stosowane wyłącznie części produkowane przez producenta urządzeń” (str. 19 - 20).

W konsekwencji stanowisko Wyższego Urzędu Górniczego w piśmie z 10.05.2012 r. nie było przypadkowe, ale wynikało z całego szeregu okoliczności wskazanych w tych wynikach w pkt. 3. 2 m.in. : „producenci urządzeń w DTR zamieszczają postanowienia, które

całkowicie wypaczają lub wręcz unicestwiają intencję ustawodawcy do odpodmiotowienia rynku i otwarcia go na działanie konkurencji.” (str. 20).

Co istotne § 508 rozporządzenia Rozporządzenie Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych stanowi że *„maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje i naprawia w sposób określony w dokumentacji techniczno-ruchowej”*, czyli dalej podtrzymuje „odpodmiotowienie” § 428 Ministra Gospodarki z dnia 26.06.2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych. Z kolei § 509 stanowi, że: *„w zakładach górniczych, w których występuje zagrożenie wybuchem, stosuje się urządzenia budowy przeciwwybuchowej, które eksploatuje się w sposób określony w załączniku nr 3 do rozporządzenia”*. Załącznik nr 3 w punkcie 9.11.1 stanowi natomiast, że *„w trakcie naprawy dopuszcza się stosowanie części zamiennych lub podzespołów równoważnych mających odpowiednie świadectwo zgodności”*. Z tych względów oddaliła zarzuty przychylając się do stanowiska Zamawiającego. Kierując się także też wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości z 20 grudnia 2017 r. w sprawach połączonych C-397/16 i C-435/16 który aby zapobiec stworzeniu rynku zamkniętego i zliberalizować rynek części zamiennych, unijny ustawodawca zdecydował się na ograniczenie uprawnionemu możliwości korzystania z jego prawa przez tzw. klauzulę napraw ustanowioną w art. 110 ust. 1 rozporządzenia w sprawie wzorów wspólnotowych. Zgodnie z tym przepisem „ochrona z tytułu wzoru wspólnotowego nie przysługuje wzorowi, który stanowi część składową produktu złożonego wykorzystywanego, w rozumieniu art. 19 ust. 1, do celów naprawy tego produktu złożonego, aby przywrócić mu jego pierwotną postać”.

Izba w zakresie przedmiotowego stanu faktycznego wskazuje na to, że Zamawiający oczekuje w zakresie oferowanych certyfikowanych zamienników oryginalnych lub katalogowych części zamiennych (Cz. C ust. 3 pkt 3 tiret 4 Załącznika nr 1 do SWZ) określonych dokumentów umożliwiających identyfikację certyfikowanego przedmiotu zamówienia i możliwość zastosowania oferowanej części w maszynie/urządzeniu bez konieczności zastosowania dodatkowych adapterów lub ingerowania w konstrukcję maszyny/urządzenia. Niweluje więc ryzyko wprowadzenia zmian skutkujących koniecznością ponownego badania. Ponadto, co równie istotne względem wskazanego ryzyka, że w zał. nr 1 g i 1 h składa co wymaga podkreślenia, jako profesjonalista oświadczenie, że oferuje części, które są odpowiednikami części zamiennych względem tych części zamiennych wskazanych w DTR/instrukcji użytkowania urządzenia, co potwierdza stosownymi obliczeniami oraz badaniami (pkt 3), gwarantuje, że spełniają one wymogi bezpieczeństwa

i nie spowodują wytworzenia nowego urządzenia (pkt. 4). Powyższe podlega szczegółowej weryfikacji poprzez tabele (nr rysunku i nr certyfikatu).

Jednocześnie, Zamawiający wyraźnie stwierdza /w zał. nr 1 g/1h – ostatni przypis u dołu/, że - Certyfikowane zamienniki oryginalnych (1g)/katalogowych (1h) części zamiennych wykonane są wg rysunku i własnej dokumentacji oraz poddane ocenie zgodności ich właściwości z wymaganiami stosownych norm i przepisów, potwierdzonej stosownym certyfikatem wydanym (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez akredytowane jednostki certyfikujące / jednostki notyfikowane, czyli nie jest tak jak twierdzi w odwołaniu Odwołujący, nie służą one potwierdzeniu zgodności z konkretną maszyną i typem, ale dla danej części wykonanej przez producenta spełniającej normy dla tej części. Zamawiający wskazał też na rozprawie na przykładzie certyfikatu zgodności Nr KOMAG/20/0188, że jest to certyfikat zgodności z określoną normą wskazaną w certyfikacie oraz jest podane stosowne przeznaczenie m.in. kolejek podwieszanych (w ramach załącznika do niego pkt A1). W konsekwencji Zamawiający może ocenić przydatność certyfikatów względem części oryginalnej. Wiadomo więc według jakich norm wydany jest certyfikat zgodności, nadto jakie jest jego przeznaczenie, i czy jest on zgodny z przeznaczeniem części oryginalnej. Jeśliby przyjąć argumentację Odwołującego zostałby ustanowiony faktyczny monopol, gdyż Odwołujący z góry zakłada, że każda ingerencja „hipotetycznie” może spowodować konieczność powtórzenia procesu certyfikacji dokonanej przez producenta oryginalnej części według dyrektywy maszynowej. Przy czym, co wymaga podkreślenia, Zamawiający przyjął pewnego rodzaju rozwiązanie pośrednie umożliwiające zakup części zamiennej od innego producenta. Z jednoczesnym zachowaniem zasad odpowiedzialności przez producentów zamienników składających przez stosowne oświadczenia w załączniku nr 1 g i 1 h do SWZ – świadectwa zgodności, które dodatkowo musi zostać potwierdzone złożonym dokumentem zgodnie z cz. C ust. 3 pkt 4 tiret 3 i 4, który pozwala na weryfikację czy część zamienna jest przydatna względem części oryginalnej.

W ocenie Izby, należy uznać prawo wprost dopuszcza stosowanie części nieoryginalnej, pod warunkiem że są one certyfikowane. Zamawiający nie może odmówić dostawy części zamiennych lub podzespołów równoważnych mających odpowiednie świadectwo zgodności.

Stanowiska Izby nie zmienia argumentacja Odwołującego z rozprawy, o nieściśłościach w tabeli załącznika nr 1 g i 1 h do SWZ i podawaniem zamiast nr rysunku dokumentacji oryginalnej, nr ID. Po pierwsze, jeśli to tak kluczowe Odwołujący winien to podnosić przy okazji konkretnego postępowania, po drugie kwestia przyporządkowania nie może niwelować okoliczność, że zgodnie z certyfikatem dana część zamienna spełnia

określone w nim wymogi i został dopuszczona do pracy w kopalni, w ocenie także podmiotu zewnętrznego.

Izba dodatkowo wskazuje, że zrzut sformułowany na rozprawie a opary o Prawo Geologiczne i Górnicze nie był zawarty w odwołaniu, stanowią nową nie podnoszoną okoliczność, co nie zmienia, że cytowane rozporządzenie zostało wydane w oparciu o delegację w nim zawartą.

Dodatkowo, Izba wzięła także pod uwagę dane podane przez Zamawiającego do protokołu na rozprawie, z którego wynika, że skala „zamienników” nie jest znaczna. Stwierdził: *„(...) w roku 2019 na 458 pozycji, tylko w zakresie 18 złożono oferty na części zamienne. W roku 2020 na 409 pozycji, 24, w 2021 na 268 pozycji 35. Jest to 5-6 ofert. Dot. to takich części jak rolki, węże, filtry, sworznie i sprężyny takie jak zaprezentowane przez Odwołującego w odwołaniu. (...)”*. Należy też przywołać argumentację Zamawiającego, że każdorazowo Kierownik Zakładu Górniczego ponosi odpowiedzialność za prawidłową eksploatację maszyn i wymianę części. Ma także wiedzę, jak oświadczył na rozprawie Zamawiający czy dana część jest częścią oryginalną, czy „zamiennik”. Zgodnie z nią: *„(...) §7 rozporządzenia Ministra Energii przywołanego w odpowiedzi na odwołania Ruchem Zakładu Górniczego kieruje Kierownik Zakładu Górniczego i ponosi o odpowiedzialność za prawidłową eksploatację maszyn i także on podejmuje decyzje o wymianie danej części. Nie ponosi tej odpowiedzialności producent.*

Na pytanie Przewodniczącego oświadcza, iż Kierownik Zakładu Górniczego dokonując wymiany części zamiennej ma wiedzę, czy dana część jest częścią oryginalną czy też substytucyjna, gdyż wynika to z umowy na dostawę tych części. (...)”. Izba pominęła argumentację przeciwną Odwołującego z rozprawy, jako niewiarygodną.

Wymaga też podkreślenia, że postępowanie obejmuje różne części nie tylko na „zamienniki”, ale również na części strictly oryginalne, katalogowe więc w żaden sposób możliwość złożenia oferty przez Odwołującego nie jest zagrożona, także w zakresie możliwości złożenia oferty na część obejmującą „zamienniki”.

Odnośnie kwestii kosztów Odwołującego, to należy zauważyć, za przywołaną informacją o wyniku kontroli NIK, że nie dopuszczenie konkurencji generuje wyższe ceny na części. Stwierdzono tam bowiem, że: *„(...) Dostrzegany w 2007 r. przez KW SA źródłem problemu było to, iż producenci w DTR zamieszczali postanowienia, że do napraw mogą być stosowane wyłącznie części produkowane przez producenta urządzeń, stwierdzono przy tym m.in.: „Kompania Węglowa pragnie w tym miejscu wskazać, że w przypadku, w którym udało się wbrew stanowisku producenta przeprowadzić otwarty przetarg na remont podzespołów, osiągnięte ceny były niższe o 27 % od cen w ofercie producenta.”(...)”* (str. 20).

W konsekwencji decyzje w tym zakresie spoczywa na Odwołującym, każdy podmiot przedstawia ceny kierując się zasadami konkurencji i jej brak skutkuje ich wzrostem w postępowaniu, nie są (tzn. nie powinny być) to ceny katalogowe.

Odnosnie przedstawionego przez Odwołującego podziału części zamiennych, jest to autorski podział przyjęty przez Odwołującego. Każdy z wykonawców może dokonać odmiennego podziału tych części. Izba także potwierdza, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie, że nikt nie ma dostępu do dokumentacji producenta oryginalnej części, chociażby dokumentu wskazującego na poufny charakter tej dokumentacji.

Wymaga także podkreślenia, że przedstawione przez Odwołującego certyfikaty złożone we wcześniejszych postępowaniach organizowanych przez Zamawiającego (zostały one załączone do odwołania m.in. do pisma Odwołującego z 09.07.2021 r. – certyfikaty Komag, czy też certyfikaty badania typu WE nr JSHP/6/MD/2019, JSHP/8/MD,2019; JSHP/14/MD/2019 /J.S. Hamilton Poland Sp. z o.o./, IBExU09ATEX1058 / IBExU/, zawierają stwierdzenia, że mogą być użytkowane nie tylko w podziemnych zakładach górniczych, ale w polach metanowych i niemetanowych zaliczonych do stopnia a, b, c niebezpieczeństwem wybuchu metanu oraz klasy A lub B zagrożeniem wybuch pyłu węglowego (certyfikaty Komag), narażonych na występowanie zagrożenia wybuchem metanu/lub pyłu węglowego (certyfikaty J.S. Hamilton Poland Sp. z o.o.), spełnia profil wymagań wobec urządzeń grupy I, kategorii M2 w zakresie ochrony przeciwwybuchem iskrobezpieczeństwa /IBExU/.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego, Izba uznała, że niniejszy zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym wypadku należy zgodzić się, że art. 105 NPzp w żaden sposób nie odnosi się do równoważności określonych produktów w stosunku do oryginałów. Jest to norma pozwalająca żądać określonych dokumentów na potwierdzenie spełnienia wymagań przez dostawę – nie zaś norma wyznaczająca zakres obowiązku Zamawiającego. Należy także zgodzić się abstrahując od okoliczności, że przepisy Prawa Geologicznego i Górniczego nie były w ogóle przywołane w odwołaniu, że przepisy te w zakresie części zamiennych nie zawierają odwołań do konkretnych certyfikatów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego, Izba uznała, że niniejszy zarzut za podlegający oddaleniu.

Izba nie dostrzega konieczności zaostżenia wymogu oczekiwanego przez Zamawiającego doświadczenia w sposób wskazany w odwołaniu. Po pierwsze, dlatego, że zmiana zgodnie z wnioskiem Odwołującego z odwołania skutkowałaby tym, że taki wymóg byłby wymogiem nadmiernym i ograniczającym dostęp do zamówienia. Po drugie, zbyt liberalne, w ocenie Odwołującego, w tym zakresie podejście Zamawiającego, w żaden sposób nie jest działaniem nagannym, każdorazowo to Zamawiający określa charakter i treść wymogu. W ocenie Izby, nie uniemożliwia on w obecnym kształcie weryfikację doświadczenia potencjalnych Wykonawców.

Nadto, wymaga podkreślenia za wyrokiem KIO z 26.05.2021 r., sygn. akt: KIO 1322/21, że: *„(...) z ograniczeniem konkurencji mamy do czynienia zarówno w sytuacji, kiedy Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia i warunki udziału pod konkretnego wykonawcę, jak i w sytuacji kiedy możliwość wykonania przez taki opis zamówienia i warunków udziału, jest ograniczona do kilku wykonawców, którzy zamykają rynek (monopoliści) przed dostępem innych wykonawców mogących to zamówienie wykonać. (...) Zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności - wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. Warunki udziału powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ (por. wyrok KIO 356/21). (...)”.*

Dodatkowo Izba podnosi za wyrokiem KIO z dnia 17.02.2016 r., sygn. akt: KIO 120/16, który mimo, że zapadło w poprzednim stanie prawnym jest nadal aktualny co najmniej w zakresie podkreślonym poniżej: *„(...)Izba podnosi, że żaden sposób nie może być to podstawa do działania mającego na celu jego zaostżenie, tym bardziej, że nie jest on zupełnie oderwany od przedmiotu zamówienia, a istniejące podobieństwa są niewątpliwe. Nadto, Izba wskazuje na przytoczone poniżej orzeczenie w kontekście jego zbyt niskiego charakteru. Izba wskazuje na wyrok KIO z 11.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1926/09: “(...) ewentualne zniżenie warunków udziału w postępowaniu w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, czy też brak uszczegółowień warunku udziału w zakresie samego rodzaju przedmiotu zamówienia nie może stanowić o naruszeniu przepisów ustawy Pzp, a konkretnie art. 22 ust. 2 ustawy Pzp (...). Zgodnie z tym przepisem to Zamawiający dokonuje opisu*

warunków udziału w postępowaniu. Obowiązek w tym zakresie zatem spoczywa na Zamawiającym i to on, uwzględniając swoje potrzeby w tym zakresie, charakter przedmiotu zamówienia oraz możliwości rynku danych usług, określa w dowolny sposób warunek udziału w postępowaniu. Powyższe zgodnie z przywołanym art. 22 ust. 2 ustawy Pzp ograniczone jest naruszeniem uczciwej konkurencji. Opis warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, możemy więc rozważać w kontekście takiego nadania brzmienia warunkom przez zamawiającego, który mógłby prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, czyli de facto do wyeliminowania, czy utrudnienia dostępu do zamówienia jakiejś potencjalnej grupie wykonawców, którzy w normalnych warunkach mieliby szanse na uzyskanie zamówienia. Argumentacja zawarta w (...) odwołaniu i stawiane tam zarzuty oraz żądania modyfikacji SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu prowadzą do wniosku, że właśnie określenie przez Zamawiającego warunków udziału w zapisach proponowanych przez Odwołującego może prowadzić do eliminacji z postępowania jakichś wykonawców. Tym samym uznać należy, że ustalenie warunków udziału na niższym poziomie aniżeli oczekuje tego Odwołujący nie stanowi o naruszeniu przepisów ustawy Pzp, w tym wskazanego przez Odwołującego art. 22. (...).”

Wskazane przez Odwołującego okoliczności w odwołaniu co do załączniku nr 5 do SWZ są bez znaczenia, gdyż postanowienia SWZ (cz. VIII ust. 5 pkt 2) zawierają zapis określający w sposób precyzyjny, jakie podmiotowe środki dowodowe żąda Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia. Jest on zgodny z przepisem rozporządzenia w sprawie dokumentów. Nadto, załącznik nr 5 do SWZ nie ma charakteru normatywnego: „(...)służy ocenie zdolności pozyskania przez danego dostawcę części oczekiwanej przez Zamawiającego, może to być pośrednik, który dokonuje zakupu części (...)”, jak stwierdził Zamawiający na rozprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: