

**WYROK**  
**z dnia 25 stycznia 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2018 r. przez **Wykonawcę – Patentus Spółka Akcyjna** z siedzibą w Pszczynie przy ul. Górnośląskiej 11 (43-200 Pszczyna) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna** z siedzibą w Katowicach przy ul. Powstańców 30 (40-039 Katowice)

przy udziale

Wykonawcy **Profi M TEC PSG SILESIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** z siedzibą w Jankowicach przy ul. Borowikowej 11 (43-215 Jankowice) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Wykonawcy

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

- 2** Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę – Patentus S.A. z siedzibą w Pszczynie i
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Patentus S.A. z siedzibą w Pszczynie tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2 zasądza od Wykonawcy – Patentus S.A. z siedzibą w Pszczynie na rzecz Zamawiającego – Polskiej Grupy Górniczej S.A. z siedzibą w Katowicach kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach, którego przedmiot stanowi *dostawa części zamiennych do przenośnika zgrzeblowego PATENTUS dla całej Polskiej Grupy Górniczej sp. z o.o. Oddział KWK Ruda Ruch Bielszowice – grupa asortymentowa 292-10-07, część I i II* (nr ref.: 461701404), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 listopada 2017 r. 2017/S 223-464570, wobec czynności oceny ofert i zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu oraz oferujących części zamienne sprzeczne z przedmiotem zamówienia, Wykonawca Patentus S.A. z/s w Pszczynie wniósł w dniu 16 stycznia 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 69/18).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – konsorcjum: CZW Węgłozbyt S.A. i MAS Sp. z o.o., którzy podali informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu;
2. art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia oświadczenia konsorcjum: CZW Węgłozbyt S.A. i MAS Sp. z o.o. w zakresie korzystania z dostawy tzw. „producenta certyfikowanych zamienników oryginalnych części zamiennych „ M-Profil;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez:
  - a) wykonawcę FHU „GROT” A. M., której treść nie odpowiada siwz, gdyż wykonawca zaoferował części zamienne niespełniające warunków równoważności określonych w pkt B ppkt 3 siwz (str. 18) – z rysunków stanowiących treść oferty wynika, że oferowane podzespoły (segmenty trasy) nie posiadają możliwości regulacji wysokości zamontowania zespołu przewodnicy kabla oraz nie posiadają uchwytów do podtrzymania trasy na upadach przy nachyleniach wzdłużnych przenośnika, co przeczy oświadczonej równoważności co do pełnionej funkcji;
  - b) wykonawcę konsorcjum - CZW Węgłozbyt S.A. i MAS Sp. z o.o., która nie odpowiada siwz, gdyż wykonawca zaoferował części zamienne nie spełniające warunków równoważności określonych w pkt B ppkt 3 siwz (str. 18) – z rysunków stanowiących treść oferty wynika, że oferowane podzespoły (segmenty trasy) nie posiadają możliwości regulacji wysokości zamontowania zespołu przewodnicy kabla oraz nie posiadają uchwytów do podtrzymania trasy na upadach przy nachyleniach wzdłużnych przenośnika, co przeczy oświadczonej równoważności co do pełnionej funkcji;

4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie należytego zbadania ofert wykonawców: FHU „GROT” A. M. i konsorcjum - CZW Węglózbyt S.A. i MAS Sp. z o.o.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie (w przypadku przeprowadzenia w dniu 17.01.2018 r. aukcji elektronicznej) unieważnienia wyników aukcji i nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert, a także nakazanie wykluczenia z postępowania konsorcjum - CZW Węglózbyt S.A. i MAS Sp. z o.o. i nakazanie odrzucenia ofert: FHU „GROT” A. M. i konsorcjum - CZW Węglózbyt S.A. i MAS Sp. z o.o.

Zamawiający w dniu 12.01.2018 r. przekazał Odwołującemu drogą elektroniczną informację o zakwalifikowaniu wszystkich wykonawców do aukcji elektronicznej, w tym tych podlegających wykluczeniu z postępowania i/lub których oferty nie spełniają warunków opisanych w siwz. Zgodnie z zaproszeniem aukcja miała odbyć się w dniu 17.01.2018 r.

Odwołujący wskazuje, iż w ofercie konsorcjum CZW Węglózbyt S.A. i MAS Sp. z o.o. załączono certyfikat KOMAG (str. 90-96 oferty) wraz z jego rozszerzeniem nr 12 z dnia 9.12.2011 r., który ma obejmować wyrób nieistniejący w dniu jego wydania, gdyż jego konstruktor nie opracował jeszcze ani koncepcji ani też urządzenia. Element składowy segmentu liniowego i inspekcyjnego trasy PAT E260/864/1500 kryjący się pod nazwą: *zespół prowadnicy kabla PAT.01.003.3-15w.27 PAT E260* powstał w porozumieniu z Kopalnią w marcu 2017 r. Dopiero wówczas nadano symbol na ten element i następnie Kopalnia ogłosiła przetarg na ich dostawę (pierwsza oferta na ten zespół została wysłana 28.03.2017 r.). Tym samym KOMAG nie mógł wydać certyfikatu na coś co jeszcze nie istniało.

Posługiwanie się dokumentem, który nie może potwierdzać zgodności oferowanego urządzenia z wymaganiami siwz stanowi o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd w celu wywarcia istotnego wpływu na uznanie, iż oferta konsorcjum spełnia wymagania i może być przedmiotem oceny. Wykonawca powinien być zatem wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Ponadto Odwołujący wskazał, iż zamiarem konsorcjum jest korzystanie z dostaw tzw. „producenta certyfikowanych zamienników oryginalnych części zamiennych”, tj. firmy M-Profil M. P., który to przedsiębiorca w dniu 21.12.2017 r. został wykreślony z CEIDG w związku z prawomocnym wyrokiem skutkującym 3 letnim zakazem prowadzenia działalności gospodarczej. Okoliczność ta powinna być przez Zamawiającego zbadana pod kątem zdolności do realizacji zamówienia i spełnienia przez konsorcjum warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w załączniku nr 1 do siwz określił wymagania dotyczące równoważności części zamiennych wskazując, iż dotyczy ona zarówno funkcji, właściwości jak i sposobu montażu (pkt B.3, str. 18). Obie wskazane oferty: FHU „GROT” A. M. oraz konsorcjum CZW

Węglózbyt i MAS Sp. z o.o. nie spełniają tych warunków. Rysunki złożone przez obu wykonawców nie są równoważne do oryginalnych części z uwagi na:

- brak możliwości obniżenia prowadnicy kabla z powodu braku dwóch wycięć w blasze nośnej. W swoim założeniu prowadnica ma możliwość zamontowania jej w górnym i dolnym położeniu, do czego służą rzędy otworów, do których przykręca się prowadnicę. Brak wycięcia powoduje brak dostępu do sworzni Eicotrac kiedy prowadnica jest w dolnym położeniu. Blacha to miejsce zasłania. Dostęp do sworzni jest niezbędny w przypadku, np. uszkodzenia drabinki w czasie pracy i potrzeby jej demontażu. Odkręcanie prowadnicy w celu dostania się do sworzni stanowi o ograniczeniu pracy urządzenia i jego funkcjonalności;
- brak uchwytów do podtrzymania trasy na upadkach (przy nachyleniach wzdłużnych przenośnika). W przypadku takich nachyleń konieczne jest dodatkowe podtrzymywanie trasy przenośnika poprzez dodatkowe, np. łańcuchy i siłowniki podtrzymujące montowane do uchwytów. Stanowią o tym odpowiednie przepisy górnicze.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Odwołującego Wykonawca PROFI M TEC PSG SILESIA Sp. z o.o. Sp. k. Izba dopuściła, przy braku opozycji stron, do udziału w postępowaniu Wykonawcę.

Zamawiający mailem, a następnie pisemnie na posiedzeniu Izby złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości. Odwołujący przed otwarciem rozprawy podtrzymał w całości odwołanie.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności związanych z oceną ofert. Odwołujący, jako jeden z Wykonawców składający ofertę w postępowaniu, w momencie wniesienia odwołania, miał interes w zakwestionowaniu wyniku oceny ofert i zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, którzy w jego ocenie powinni podlegać wykluczeniu i/lub ich oferty powinny być odrzucone. Z uwagi na konsekwencje wynikające z prowadzenia aukcji, która ma doprowadzić do wskazania oferty najkorzystniejszej, jaką może okazać się każda z ofert wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji, niewątpliwie uchybienia, które mogły

doprowadzić do bezpodstawnego skierowania zaproszenia do aukcji, mogą godzić w interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Ponieważ aukcja miała odbyć się przy co najmniej dwóch niepodlegających odrzuceniu ofertach, a Zamawiający zaprosił czterech Wykonawców, zmniejszenie konkurencji do dwóch ofert stwarzałoby większe szanse na uzyskanie zamówienia i co najważniejsze eliminowałoby z jej udziału oferty, które podlegałyby odrzuceniu. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym ogłoszenia o zamówieniu, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), złożonych w postępowaniu ofert oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, w którym przewidział jednoetapową aukcję elektroniczną, jeżeli w postępowaniu w zakresie części 1 i 2 zostaną złożone co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu. Zgodnie z pkt IV siwz Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych na poszczególne części zamówienia (zadania) wyszczególnione w załączniku nr 2 do siwz (formularz). Przedmiot zamówienia został ujęty w dwóch zadaniach, a wykonawcy mogli składać oferty na jedną lub dwie części zamówienia. Zadanie 1 (część 1) dotyczy dostawy 80 szt. *segmentu liniowego trasy kpl. E-260/864/1500 PAT.01.003.3-08 W.4 Przenośnik ścianowy PAT-E260*, częścią nr 2 objęto dostawę 20 szt. *segmentu inspekcyjnego trasy kpl. E-260/864/1500 PAT.01.003.3-09 w. 4 Przenośnik ścianowy PAT-E260*. W załączniku nr 1 do siwz, zawierającym opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający w odniesieniu do obu segmentów wskazał wykaz materiałów wchodzących w ich skład wraz z oznaczeniem nr rysunków, w tym: *zespół prowadnicy kabla PAT.01.003.3-15 W.27 PAT-E260, blacha pośrednia PAT.01.003.3-15.05 W.27 PAT E-260*.

Zamawiający w załączniku nr 1 do siwz, pkt B dopuścił składanie ofert na:

- oryginalne części zamienne – podzespoły i części zamienne wykonywane wg rysunku oraz dokumentacji, zgodnie z którą producent maszyny/urządzenia wykonał maszynę/urządzenie i ujęte w wykazie części zamiennych będących integralnym składnikiem DTR/instrukcji użytkowania,
- 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,

- 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,

- 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.

Zamawiający określił różny sposób wykazania spełnienia wymagań przez oferowany przedmiot, w zależności od oferowanej kategorii części zamiennych. W przypadku oferowania oryginalnych części zamiennych Producenta maszyny/urządzenia, której/którego przedmiot zamówienia dotyczy Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą oświadczenia Wykonawcy, że oferowane części zamienne są nowymi, oryginalnymi częściami zamiennymi Producenta maszyny/urządzenia, której/którego przedmiot zamówienia dotyczy – zgodnie ze wzorem załącznika nr 1a.

W przypadku oferowania certyfikowanych zamienników oryginalnych lub katalogowych części zamiennych wykonawcy mieli złożyć: oświadczenie własne odpowiednio na załączniku nr 1e i/lub 1f; oświadczenie Producenta oferowanych części potwierdzające równoważność produkowanych części, wskazujące zakres ich zastosowania w ściśle określonym rodzaju maszyny/urządzenia, tj. w przenośnikach zgrzeblowych określonego producenta stosowanych w podziemnych zakładach górniczych, zgodnie ze wzorem z załącznika nr 1g i / lub 1h; stosowne certyfikat(y) potwierdzający/e zgodność właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i/lub przepisów, wydane (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez akredytowane jednostki certyfikujące

/jednostki notyfikowane, wskazujące co najmniej zakres ich zastosowania w określonym rodzaju maszyny/urządzenia, tj. w przenośnikach zgrzeblowych stosowanych w podziemnych zakładach górniczych; DTR / instrukcja użytkowania (stosowania) 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.

*Zgodnie z Uwagą 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.*

Zamawiający opisał w części C ust. 3 pkt 4 tieret czwarte, iż w przypadku zaoferowania certyfikowanych zamienników oryginalnych lub katalogowych części zamiennych wymaga złożenia m.in. *DTR/ Instrukcji użytkowania (stosowania) oferowanych części zamiennych zawierającej m.in. opis oraz rysunki umożliwiające identyfikację certyfikowanego przedmiotu zamówienia i potwierdzające możliwość zastosowania oferowanej części w maszynie/urządzeniu bez konieczności zastosowania dodatkowych adapterów lub ingerowania w konstrukcję maszyny.*

Konsorcjum CZW Węglózbyt S.A i MAS Sp. z o.o. (dalej zwani Konsorcjum CZW) złożyło ofertę na oba zadania, w których zaoferowało *certyfikowane zamienniki oryginalnych części zamiennych*, wypełniając oświadczenie własne, zgodnie ze wzorem z załącznika nr 1e (str. 85 oferty), a także załączyło oświadczenie producenta (M-PROFIL Sp. z o.o. Sp. k.), zgodne ze wzorem z załącznika nr 1g i 1h (str. 86-87 oferty). Ponadto, w ofercie przedłożony został certyfikat nr KOMAG/09/76 z rozszerzeniem nr 12 (str. 90-96 oferty) oraz instrukcja użytkowania (str. 97-100 oferty). Załączony certyfikat dotyczy elementów do przenośników zgrzeblowych i taśmowych produkowanych wg dokumentacji konstrukcyjno-technologicznej przedsiębiorstwa M-PROFIL M. P., w tym elementów do przenośników zgrzeblowych typu PAT-E260 oraz PAT-E300 (rozszerzenie nr 12 certyfikatu). W treści certyfikatu potwierdzono zgodność z normami, w tym normą PN-G-50000:2002 punkty 2.3 i 2.10.2 *Ochrona pracy w górnictwie. Maszyny górnicze. Ogólne wymagania bezpieczeństwa i ergonomii.*

Oferta F.H.U. GROT A. M. dotyczy obu zadań, w których zaoferowano *certyfikowane zamienniki oryginalnych części zamiennych*, wypełniając oświadczenie zgodnie ze wzorem z załącznika nr 1e (str. 26 oferty), a także załączone zostało oświadczenie producenta (F.H.U. GROT A. M.), zgodne ze wzorem z załącznika nr 1g i 1h (str. 24,25 oferty). Ponadto, w ofercie przedłożony został certyfikat nr KOMAG/16/0244 z aneksem nr 11 (str. 47,48 oferty). Załączony certyfikat dotyczy części zamiennych do maszyn i urządzeń stosowanych w



podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych produkowanych przez FHU A. M. W treści certyfikatu potwierdzono przeznaczenie wyrobu do przenośników zgrzeblowych: segment liniowy trasy kpl. E260/864/1500 (rys. nr GROT-315-2017) oraz segment inspekcyjny trasy kpl. E260/864/1500 (rys. nr GROT-316-2017). Certyfikat potwierdza w swojej treści wyrobu zgodność z normami, w tym normą PN-G-50000:2002 punkty 2.3.

W toku oceny ofert Zamawiający wystąpił do obu Wykonawców o wyjaśnienie i uzupełnienie dokumentów.

Pismem z dnia 11.12.2017 r. Konsorcjum CZW zostało wezwane do wyjaśnienia rozbieżności wynikających z certyfikatu oraz rysunków, pod którymi nie występują segmenty liniowe czy inspekcyjne trasy, w skład których wchodzi materiały ujęte w Załączniku nr 1 do siwz ust. A, lecz „Rynna liniowa trasowa zamknięta” i „Rynna inspekcyjna trasy”. Ponadto Zamawiający wskazał, iż przy załączonym wyciągu z instrukcji obsługi brakuje rysunków umożliwiających dokonania identyfikacji oferowanych zamienników, które Wykonawca powinien uzupełnić w terminie do 14.12.2017 r.

Pismem z dnia 14.12.2017 r. Konsorcjum CZW potwierdziło, że *firma M-Profil Sp. z o.o. Sp. K. ma prawo posługiwać się certyfikatem nr KOMAG/09/76 wraz ze wszystkim rozszerzeniami*, przedkładając stosowne pismo jednostki certyfikującej (pismo z 11.07.2016 r.). Ponadto Wykonawca wyjaśnił, że rysunki nr MP-064/2010 „Rynna liniowa trasowa zamknięta PAT E260” oraz nr MP-065/2010 „Rynna inspekcyjna trasy PAT-E260” są zgodne z załączoną dokumentacją oraz uzyskanym certyfikatem zgodności KOMAG/09/76 – rozszerzenie nr 12. Konsorcjum CZW uzupełniło ofertę o wymagane rysunki techniczne umożliwiające identyfikację oferowanych wyrobów.

Następnie pismem z dnia 9.1.2018 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum CZW do złożenia wyjaśnień w zakresie równoważności wymaganej zarówno co do funkcji, właściwości jak i sposobu montażu (gabaryty, rozmieszczenie otworów mocujących, przyłączy, itp.). Zamawiający dopuścił podłączenie części zamiennej równoważnej, które nie będzie wymagało zastosowania dodatkowych adapterów lub ingerowania w konstrukcję maszyny/urządzenia. Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia dwóch kwestii, tj. sposobu w jaki w przedstawionym wykonaniu oferowane segmenty trasy przenośnika zgrzeblowego będą dostosowane do zabezpieczenia i stabilizacji pracy w miejscu nachylenia wyrobiska i w jaki sposób w przedstawionym wykonaniu, przy zabudowie prowadnicy kabla w najniższym położeniu, realizowany będzie dostęp do zabezpieczeń drabinki eicotrack.

Identyczne kwestie były przedmiotem wyjaśnień drugiego Wykonawcy – FHU „GROT” A. M. (wezwanie z 9.1.2018 r.).

W odpowiedzi z 11.1.2018 r. Konsorcjum CZW wskazało, że przedłożone rysunki nie są rysunkami wykonawczymi, a jedynie poglądowymi zawierającymi podstawowe wymiary

oferowanych elementów. Szczegóły techniczne wykonania oferowanych elementów konsultowane są bezpośrednio przed podjęciem produkcji z danym Oddziałem Zamawiającego przez co finalny produkt spełnia w 100% wymagania odbiorcy. Elementy, o które Zamawiający pyta w nadesłanym piśmie należą do niestandardowych i nie są podstawowymi elementami wyposażenia trasy. Jednocześnie wyjaśniam, że w przypadku potrzeby zgłoszonej przez Zamawiającego wszystkie te elementy zostaną wykonane w cenie zaofertowanej w niniejszym postępowaniu. Wraz z odpowiedzią przedłożony został zmieniony rysunek uwzględniający wycięcia zapewniające dostęp do zabezpieczenia drabinki EICOTRACK przy zabudowie kabli w najniższym położeniu (wyjaśnienia do rysunków MP-064/2010 oraz MP-065/2010).

W odpowiedzi z dnia 9.1.2018 r. FHU „GROT” A. M. również wskazała na pogładowy charakter rysunków załączonych do oferty, jednocześnie wskazała na praktykę poprzedzającą proces produkcyjny jaką jest konsultacja z konkretnym zakładem wydobywczym, będącym finalnym odbiorcą, w celu omówienia szczegółów technicznych wykonania danego elementu. (...). Zaznaczamy ponadto, że jako producent substytutów rynien i członów mających zastosowanie w przenośnikach zgrzeblowych ścianowych typu RYBNIK, GLINIK czy PAT uszy do podpięcia cięgien urządzenia podtrzymującego przenośnika upadach nie są podstawowym wyposażeniem elementów tras. Niemniej jednak, jeżeli Zamawiający uzna, że ze względu na charakter ściany wydobywczej opisywany element jest niezbędny do jej prawidłowego funkcjonowania, jako Wykonawca zobowiązujemy się do jego wykonania w cenie ofertowej. Do pisma załączony został rysunek wraz z naniesionymi wyjaśnieniami.

Przed otwarciem rozprawy Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, w której udział wzięli Odwołujący składając najkorzystniejszą ofertę na jedno z zadań.

**W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie wymaga podkreślenia, iż zarzuty podniesione w odwołaniu zostały w części oparte na ustaleniach, które nie uwzględniały okoliczności wynikających ze złożonych wyjaśnień przez Wykonawców Konsorcjum CZW oraz FHU GROT A. M. jeszcze przed zakończeniem czynności oceny ofert. Odwołujący sugerując się wyznaczonym terminem aukcji elektronicznej (17.01.2018 r.) zdecydował się na szybkie wniesienie odwołania zanim otrzymał informacje od Zamawiającego o zakresie złożonych w dniu 11.01.2018 r. wyjaśnień. Tym samym, w części zarzuty nie uwzględniały stanu faktycznego w jakim Zamawiający dokonał czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców. Odwołujący dopiero na rozprawie odnosił się do wyjaśnień oraz załączonych rysunków, wskazując między innymi, iż Zamawiający nie powinien uwzględnić zmienionych rysunków

przy ocenie ofert Konsorcjum CZW oraz oferty FHU GROT A. M. Izba nie uwzględniła wniosków, które wynikały z szerszej podstawy faktycznej zarzutów i dokonała oceny zasadności odwołania w zakresie w nim wskazanym. W szczególności w odwołaniu brak było zarzutu dokonania niedozwolonej zmiany treści ofert poprzez uzupełnienie rysunków przez obu Wykonawców, a tym samym Izba nie odnosiła się do kwestii związanej z dopuszczalnością oceny uzupełnionych dokumentów, przyjmując na potrzeby rozpoznania odwołania, iż Zamawiający oceniał oferty również z uwzględnieniem składanych wyjaśnień i uzupełnionych dokumentów.

Ad. 1

Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum CZW na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Odwołujący opierał na wykazaniu, iż oświadczeniem złożonym w ofercie o spełnianiu warunków dotyczących równoważności zaoferowanych certyfikowanych części zamiennych Zamawiający został wprowadzony w błąd w celu doprowadzenia do uznania, iż oferta spełnia wymagania i może być przedmiotem oceny. Wykonawca posłużył się certyfikatem KOMAG (str. 90-96 oferty) wraz z jego rozszerzeniem nr 12 z dnia 9.12.2011 r., który ma obejmować wyrób nieistniejący w dniu jego wydania, gdyż jego konstruktor (Odwołujący) nie opracował jeszcze ani koncepcji ani też urządzenia w czasie, w którym wystawiono certyfikat. Ponieważ to Odwołujący, jako konstruktor segmentu wytworzył jedynie rysunek zmodyfikowanego elementu, Wykonawca nie mógł posłużyć się certyfikatem wydanym wcześniej.

W sprawie nie było spornym, iż stanowiące przedmiot zamówienia części zamienne ujęte w dwóch zadaniach obejmowały element składowy segmentu liniowego i inspekcyjnego trasy PAT E260/864/1500 kryjący się pod nazwą: *zespół przewodnicy kabla PAT.01.003.3-15w.27 PAT E260*. W toku rozprawy Odwołujący wyjaśnił, iż wcześniejsza wersja elementu nie uwzględniała zmian, które zostały wprowadzone w 2017 r. na wniosek kopalni, a które to zmiany zostały wyłącznie opracowane w postaci rysunku, a sam element do chwili obecnej nie został jeszcze wytworzony (złożono dopiero pierwsze oferty). Nie budziło również wątpliwości, iż oferty mogły być składane zarówno na części oryginalne jak i równoważne oryginalnym, opisane wprost w siwz. W przypadku oferowania części oryginalnych wykonawcy nie musieli składać certyfikatów, a w przypadku Odwołującego (producenta oryginalnych części) taki certyfikat, na objęte zamówieniem elementy, nie został nigdy wystawiony, a obrót tymi wyrobami odbywa się w oparciu o deklarację producenta.

Izba uznała, w świetle przedłożonych oświadczeń i dokumentów, iż brak jest podstaw do stawiania zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd poprzez przełożenie certyfikatu dotyczącego wyrobów oferowanych w postępowaniu (części zamiennych). Wprowadzającym w błąd miało być przedłożenie certyfikatu, który z racji późniejszych w stosunku do daty jego wystawienia zmian konstrukcyjnych elementu, nie mógł potwierdzać równoważności części

zamiennych. Okoliczności ustalone na podstawie siwz, dokumentu oraz oświadczeń stron prowadzą do wniosku, iż certyfikat nie miał na celu wykazania spełnienia przez oferowane certyfikowane części zamienne równoważne do oryginalnych, wszystkich wymagań opisanych w siwz. Zasadniczo certyfikaty były wymagane wyłącznie wobec części zamiennych innych, niż oryginalne w celu potwierdzenia Zamawiającemu, iż mogą być wykorzystane w podziemnych zakładach górniczych, a nie w celu potwierdzenia równoważności wobec części oryginalnych. Zgodnie z treścią certyfikatów, objęte nim elementy podlegały ocenie pod kątem zgodności ze wskazanymi normami i przepisami oraz dokumentacją techniczną danego producenta (M-Profil M. P.). Ponieważ przedmiotem certyfikacji nie było sprawdzenie równoważności części zamiennych z oryginalnymi, wnioski oparte na tym założeniu nie mogły prowadzić do przyznania racji Odwołującemu. Odwołujący wywodził bowiem, iż certyfikat KOMAG miał mylnie wskazywać, iż oferowana część zamienne posiada właściwości oryginalnej części. Zgodnym z brzmieniem certyfikatu jest natomiast stwierdzenie, że certyfikat potwierdzać miał możliwość zastosowania wyrobu górniczego w podziemnych wyrobiskach górniczych. Tym samym zmiany wprowadzane w dokumentacji technicznej przenośnika dokonane w 2017 r. wyłącznie na rysunku, nie pozbawiały ważności certyfikatu, jak również nie oznaczało, że części zamienne dotychczas stosowane w przenośnikach zgrzeblowych producenta Patentus dla ich zmiany konstrukcyjnej wymagały certyfikacji. Odwołujący próbował nadać odmienne znaczenie certyfikatu zgodności, niż to wynikające z brzmienia siwz, w której Zamawiający wprost wskazał, iż oczekuje przedłożenia certyfikatu(ów) potwierdzającego/ych *zgodność właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i/lub przepisów, wydane (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez akredytowane jednostki certyfikujące /jednostki notyfikowane, wskazujące co najmniej zakres ich zastosowania w określonym rodzaju maszyny/urządzenia, tj. w przenośnikach zgrzeblowych stosowanych w podziemnych zakładach górniczych.* Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu, który pozwalałby przyjąć stanowisko odmienne od tego, że certyfikaty potwierdzały możliwość zastosowania oferowanych części zamiennych w podziemnych wyrobiskach górniczych. Izba uwzględniła także okoliczność bezsporną, iż to producent dokonuje koniecznych zmian tak aby urządzenie spełniało wszystkie oczekiwania Zamawiającego, na co wskazało Konsorcjum CZW w wyjaśnieniach. W ten sam sposób Odwołujący na wniosek odbiorcy dokonał zmiany konstrukcyjnej pozwalającej na dostosowanie eksploatowanych obecnie przenośników, do warunków pracy istniejących w podziemnym zakładzie wydobywczym. Nie było zatem przeszkód do tego aby przyjąć, że producent części zamiennych równoważnych może wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z rysunkiem, co nie wymagało potwierdzenia przez jednostkę certyfikującą wyrób. Również odwołujący, chociaż sam jest autorem modyfikacji elementu konstrukcyjnego nie posiada gotowego

wyrobu, który dopiero będzie wykonany na potrzeby tego zamawiającego. Zatem gdyby przyjąć tak jak prezentował to Odwołujący, iż zmieniona część zamienna wymaga certyfikacji, to w obecnej chwili nie byłoby możliwe uzyskanie certyfikatu dla wyrobu gotowego, który nie został jeszcze nawet przez Odwołującego wyprodukowany. Ponieważ Konsorcjum CZW przedłożyło aktualny certyfikat dla oferowanych części zamiennych produkowanych na podstawie dokumentacji technicznej danego producenta (M-Profil M. P.), zmiany dopiero zaprojektowane przez producenta oryginalnych części zamiennych, nie prowadziły do podważenia ważności certyfikatu. Przede wszystkim Odwołujący nie wykazał, aby zmiana jaka została przez niego opracowana wymagałaby ponownego badania przez jednostkę notyfikującą części i jej elementów w celu potwierdzenia zgodności z normami i przepisami, które nie odnosiły się do konstrukcji tych elementów. Zamawiający nie mógł wykraczać poza reguły oceny ustalone w tym postępowaniu, przyjmując odmienne znaczenie dla certyfikatów, niż to że potwierdzają one zgodność wyrobu z normami i przepisami, a nie równoważność z oryginalnymi częściami zamiennymi.

#### Ad. 2

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia oświadczenia Konsorcjum CZW w zakresie korzystania z dostawy tzw. „producenta certyfikowanych zamienników oryginalnych części zamiennych „M-Profil”, nie uwzględnił wyjaśnień uzyskanych w tym zakresie od Wykonawcy. Konsorcjum CZW wraz z wyjaśnieniem, w którym potwierdziło, że *firma M-Profil Sp. z o.o. Sp. K. ma prawo posługiwać się certyfikatem nr KOMAG/09/76 wraz ze wszystkim rozszerzeniami*, przedłożyło stosowne pismo jednostki certyfikującej (pismo z 11.07.2016 r.). Zakład Badań Atestacyjnych Jednostka Certyfikująca KOMAG w piśmie kierowanym do M-PROFIL Sp. z o.o. Sp. k. poinformowało, że *w procesie oceny zakończonym wydaniem rozszerzenia nr 20 przedmiotowego certyfikatu zaakceptowano i przeniesiono prawa do posługiwania się certyfikatem na Państwa firmę*. Ponieważ Odwołujący nie odnosił się tak do wyjaśnień, jak i oświadczenia KOMAG Izba nie miała podstaw do ich pominięcia jako niewiarygodnych. Zamawiający dokonał oceny oświadczeń Wykonawcy popartych oświadczeniem jednostki certyfikującej, które nie zostały w żaden sposób podważone przez Odwołującego, czyniąc tym samym bezzasadnym zarzut stawiany Zamawiającemu.

#### Ad.3

Zarzut zaniechania odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy ofert: Konsorcjum CZW oraz FHU „GROT” A. M. Odwołujący opierał na wspólnej podstawie faktycznej, tj. zaoferowania części zamiennych niespełniających warunków równoważności określonych w pkt B ppkt 3 siwz. W oparciu o rysunki załączone do ofert Odwołujący ustalił, iż nie uwzględniają one zmian wprowadzonych w oryginalnych częściach zamiennych - oferowane

podzespoły (segmenty trasy) nie posiadają możliwości regulacji wysokości zamontowania zespołu przewodnicy kabla oraz nie posiadają uchwytów do podtrzymania trasy na upadach przy nachyleniach wzdłużnych przenośnika, co przeczy oświadczonej równoważności co do pełnionej funkcji.

Ponownie należy zwrócić uwagę, iż podstawa zarzutów została wywiedziona z rysunków, co do których obaj Wykonawcy składali wyjaśnienia i które zostały uzupełnione w toku postępowania tak, aby wykazać zgodność ze zmianami, jakie będą musiały być wprowadzone na etapie ich wykonania na rzecz Odbiorcy. Odwołujący przypisywał decydujące dla oceny zgodności złożonych ofert znaczenie zmianom konstrukcyjnym, które na chwilę obecną zostały dokonane przez producenta wyłącznie w postaci nowego rysunku. Istotnym w sprawie było zatem ustalenie, jakie znaczenie dla oceny ofert miały zmiany wprowadzone w dokumentacji technicznej oryginalnej części (nowy rysunek), a także ustalenie, czy zmiany te powinny być wykazane rysunkami złożonymi w ofercie.

Zamawiający opisał w części C ust. 3 pkt 4 tieret czwarte załącznika nr 1 do siwz, iż w przypadku zaoferowania certyfikowanych zamienników oryginalnych lub katalogowych części zamiennych wymaga złożenia m.in. *DTR/ Instrukcji użytkowania (stosowania) oferowanych części zamiennych zawierającej m.in. opis oraz rysunki umożliwiające identyfikację certyfikowanego przedmiotu zamówienia i potwierdzające możliwość zastosowania oferowanej części w maszynie/urządzeniu bez konieczności zastosowania dodatkowych adapterów lub ingerowania w konstrukcję maszyny*. Przywołane postanowienie siwz wyznaczało w sposób wiążący dla Wykonawców, jak i Zamawiającego zakres badania i oceny dokonywanej na etapie weryfikacji złożonych ofert. Skoro rysunki złożone przez Wykonawców, tak jak wskazał to Zamawiający, miały na celu identyfikację wyrobu oraz potwierdzenie możliwości zastosowania wyrobu bez konieczności zastosowania dodatkowych adapterów lub ingerencję w konstrukcję maszyny, nie było zasadnym oczekiwaniem, aby rysunki zawierały szerszy opis techniczny. Dodatkowo, przypisywanie istotnego znaczenia zmianom dokonywanym wyłącznie w postaci rysunku, mającego decydować o zgodności oferty z siwz, w ocenie Izby nie było zasadne również z punktu widzenia wiedzy o produkcie gotowym. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, że ocena zgodności rysunków nie miała przełożenia na ocenę gotowego rozwiązania, które na chwilę obecną jeszcze nie zostało wyprodukowane (części oryginalne). Zatem producent części oryginalnych, jak i producenci części zamiennych dopiero na potrzebę tego konkretnego zamówienia będą wprowadzać zmiany w produkcji elementu dotychczas pracującego w urządzeniu w innej postaci. W świetle powyższego, uzupełnienie rysunków celem rozwiania wątpliwości związanych z dokonaną modyfikacją ostatecznie nie prowadziły do zmiany oświadczenia Wykonawcy, czy też zmiany treści oferty, a Zamawiający mógł ostatecznie

przyjąć, że producenci części zamiennych mają wiedzę o produkcie potrzebną do jego wykonania zgodnie z wymaganiami Odbiorcy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości wskazanej na rachunku złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący: .....**