

Sygn. akt: KIO 3218/20

**WYROK**  
**z dnia 22 grudnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Metar sp. z o.o. w Gliwicach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance**

przy udziale wykonawcy **Bibus Menos sp. z o.o. w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Metar sp. z o.o. w Gliwicach** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Metar sp. z o.o. w Gliwicach** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Metar sp. z o.o. w Gliwicach** na rzecz **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance** kwotę **3.951 zł 58 gr** (słownie: trzech tysięcy dziewięciuset pięćdziesięciu jeden złotych pięćdziesięciu ośmiu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 **Lublinie**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa nowych części zamiennych do kluczy IW12 14QAX w podziale na dwa zadania”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 sierpnia 2020 r. nr 2020/S 155-380188.

27 listopada 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcy Metar sp. z o.o. w Gliwicach, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty.

Wobec:

- 1) czynności odrzucenia swej oferty,
- 2) dokonania zmiany SIWZ po upływie terminu składania ofert,
- 3) zaniechania czynności wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp;
- 4) zaniechaniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej swej oferty, względnie zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej

odwołujący wniósł 7 grudnia 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez uznanie, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), gdyż dołączony do oferty certyfikat zgodności nr KOMAG/08/288 wydany przez Instytut Techniki Górniczej KOMAG nie potwierdza równoważności oferowanych części zamiennych w sposób określony w I Części SIWZ Rozdział VI pkt 3 ppkt 4 lit. b i z tych względów podlega odrzuceniu;
- 2) art. 38 ust. 4 Pzp przez dokonanie zmiany SIWZ po upływie terminu składania ofert i wymaganie na potwierdzenie równoważności oferowanych części zamiennych producenta certyfikowanych zamienników oryginalnych części zamiennych oświadczenia potwierdzającego równoważność produkowanych części zamiennych z DTR (dokumentacją techniczno-ruchową) od producenta oryginalnych części zamiennych;
- 3) art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie w jakim certyfikat zgodności nr KOMAG/08/288 wydany przez Instytut Techniki Górniczej KOMAG potwierdza, że oferowane części zamienne są zgodne z DTR (dokumentacją techniczno-ruchową) producenta klucza IW 12 140AX;

- 4) § 508 rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1118 z późn. zm.) poprzez uznanie, że z przepisu tego wynika, że wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że oferowane części zamienne zostały dopuszczone przez producenta urządzenia;
- 5) art. 91 Pzp przez zaniechanie wybrania jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, względnie art. 91a ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego;
- 2) wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego względnie nakazanie zamawiającemu zaproszenia odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę nowych części zamiennych do kluczy IW12 140AX w podziale na dwa zadania, znak 3549/EZP/SLE/2020 Zamawiający w I Części SIWZ Rozdział VI pkt 3 ppkt 4 lit. b w przypadku oferowania części zamiennych równoważnych wymagał złożenia wraz z ofertą certyfikatu (ów) wydanego(ych) przez jednostkę notyfikowaną uprawnioną do oceny przedmiotu zamówienia, stwierdzający zgodność oferowanych części zamiennych z DTR producenta klucza IW 12 140AX, obowiązującymi przepisami prawa i normami oraz możliwość bezpiecznego stosowania oferowanych części w kluczach IW 12 140AX użytkowanych w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego.

Odwołujący wskazał, że złożył certyfikat zgodności nr KOMAG/08/288 wydany przez Instytut Techniki Górniczej KOMAG, potwierdzający zgodność części zamiennych produkowanych wg dokumentacji konstrukcyjno-technologicznej spółki „METAR” (Odwołujący), przeznaczonych do hydraulicznych urządzeń małej mechanizacji w zakładach górniczych w przestrzeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego, w tym 'zakrętaka hydraulicznego IW-12', z normami PN-G-5000.2002 punkt 2.3 i 2.10.2, PN-EN ISO 12100-2:2005 punkt 4.3 b, PN-EN 1346-1:2003 punkt 7.4.3. i 8.1. oraz dokumentacją techniczną części zamiennych substytucyjnych z oryginalnymi. Zamawiający tymczasem uznał, że przedłożony certyfikat nie potwierdza równoważności oferowanych części zamiennych z DTR (dokumentacją techniczno-ruchową) producenta kluczy IW 12 140AX oraz że w myśl § 508 rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu odkrywkowego zakładu

górniczego (Dz. U. poz. 1008 z późn. zm.) wykonawca powinien wykazać, że oferowane wyroby zostały dopuszczone przez producenta urządzenia, czego nie uczynił. Z tych względów Zamawiający odrzucił jego ofertę.

Odwołujący podniósł, że nie zgadza się z rozstrzygnięciem zamawiającego. Wskazał, że z informacji o odrzuceniu jego oferty wynika, że zdaniem zamawiającego, przedłożony wraz z ofertą certyfikat potwierdza zgodność oferowanych części zamiennych substytucyjnych z normami i dokumentacją techniczną oryginałów (wykonawca przedstawił certyfikat zgodności Instytutu Techniki Górniczej KOMAG potwierdzający zgodność z normami i dokumentacją techniczną części zamiennych substytucyjnych z oryginałami), a tymczasem wymagał on certyfikatu wydanego przez jednostkę notyfikowaną stwierdzającego zgodność oferowanych części zamiennych z DTR producenta kluczy IW 12140AX. Odnosząc się do tego zarzutu, po odwołujący podkreślił, iż Instytut Techniki Górniczej Komag jest jednostką notyfikowaną, uprawnioną do oceny przedmiotu zamówienia, gdyż został zgłoszony do Komisji Europejskiej i posiada numer rejestrowy 1456, prowadzi ocenę zgodności wyrobów w zakresie dyrektywy 2006/42/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie maszyn, zmieniająca dyrektywę 95/16/WE (przekształcenie) (Dz. U. UE. L. z 2006 r. Nr 157, str. 24 z późn. zm.). ('Maszyny') oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/34/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w atmosferze potencjalnie wybuchowej (wersja przekształcona) (Dz. U. UE. L z 2014 r. Nr 96, str. 309).

Zdaniem odwołującego jeśli certyfikat zgodności potwierdza, że części zamienne do zakrętaka hydraulicznego IW12 czyli klucza IW12 produkowane przez niego są zgodne z dokumentacją techniczną części zamiennych substytucyjnych z oryginalnymi, to jest to równoznaczne, że są zgodne z dokumentacją techniczno-ruchową producenta kluczy IW 12 140AX. Dokumentacja techniczno-ruchowa (DTR) to inaczej instrukcja obsługi - wynika to m.in. z § 3 rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1118 z późn. zm.): *Ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o dokumentacji techniczno-ruchowej należy przez to rozumieć dokumentację techniczno-ruchową wyrobu oraz instrukcje eksploatacyjne, a także instrukcje wymienione w przepisach określających zasadnicze wymagania dla wyrobów podlegających ocenie zgodności.* Przykładowo w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz. U. Nr 199, poz. 1228 z późn. zm.) wydanym na podstawie ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 155 z późn. zm.) mowa jest o instrukcji (a nie o DTR). Instrukcja zawiera m.in. opis użytkowania urządzenia (sposób obsługi i konserwacji) oraz w załączniku

wykaz części zamiennych z jakich się ono składa, także w postaci rysunku, przy czym jest to rysunek złożeniowy, poglądowy, który nie zawiera wymiarów, materiałów z jakich są części wykonane, tolerancji wykonania itd. Wykaz części ma na celu umożliwienie użytkownikowi naprawę uszkodzonego urządzenia - po rozebraniu go na części użytkownik jest w stanie zidentyfikować która część jest uszkodzona: jak się nazywa, jaki ma numer i zamówić ją u dostawcy.

Zdaniem odwołującego wymóg postawiony przez Zamawiającego, aby „oferowane części zamienne były zgodne z DTR producenta klucza IW 12140AX” może polegać jedynie na tym, iż Zamawiający wymaga aby oferowane części były możliwe do zastosowania w kluczu IW-12. W oparciu o samą DTR (instrukcję obsługi) producenta urządzenia nie jest bowiem możliwe wykonanie części zamiennych, gdyż nie zawiera ona takich informacji jak materiał z którego część jest wykonana, wymiarów, sposobu obróbki cieplnej, tolerancji itp. Odwołujący wywiódł, że jego konstruktorzy dysponując egzemplarzem klucza IW-12 wykonali „z natury” dokumentację konstrukcyjno-rysunkową i na jej podstawie została przeprowadzona certyfikacja w jednostce notyfikowanej. Wskazał, że w oparciu o tę dokumentację części produkowane są w jego zakładzie. Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 9.11 oraz 9.11.1 załącznika nr 3 do rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1118 z późn. zm.), *„9.11. Naprawy urządzeń polegają na wymianie uszkodzonych części lub podzespołów na sprawne technicznie znajdujące się w wykazie części zamiennych danego urządzenia; zawartym w dokumentacji techniczno- ruchowej. 9.11.1. W trakcie naprawy dopuszcza się stosowanie części zamiennych lub podzespołów równoważnych mających odpowiednie świadectwo zgodności.”* Przepisy wprost więc dopuszczają przeprowadzanie napraw z zastosowaniem części zamiennych posiadających świadectwo zgodności - w tej sprawie takim świadectwem jest certyfikat wydany przez Instytut Techniki Górniczej Komag.

Zdaniem odwołującego nie jest możliwe, aby dana część zamienna nadawała się do zastosowania w urządzeniu oryginalnym, a zarazem była wyprodukowana niezgodnie z DTR (instrukcją obsługi) producenta. Z certyfikatu wprost wynika, że certyfikowane części zamienne są przeznaczone (punkt A1) do zakrętaka hydraulicznego IW12, a więc możliwe do zastosowania w tym urządzeniu i tym samym zgodne z DTR producenta. Ponadto potwierdzona w certyfikacie substytucyjność części zamiennych dotyczy zarówno funkcji, wymiarów, właściwości jak i sposobu montażu (gabaryty, rozmieszczenie otworów mocujących, przyłączy, itp.) co potwierdza twierdzenie, iż część substytucyjna jest z częścią oryginalną zgodna, a tym samym jest zgodna z DTR producenta części oryginalnych. Odwołujący wywiódł, że części zamienne oferowane przez niego produkowane są na podstawie własnej dokumentacji rysunkowej części substytucyjnych, przy czym zgodność tej

dokumentacji z częściami oryginalnymi (tym samym DTR producenta, w której części te są ujęte) została potwierdzona wydanym certyfikatem. Zdaniem odwołującego przedłożony przez niego certyfikat potwierdza zgodność oferowanych części zamiennych z DTR producenta kluczy IW12 140AX.

Odwołujący podniósł, że jednostki notyfikowane działają w oparciu o ustawę z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 155 z późn. zm.) i jako jednostki niezależne oceniają czy wyroby są zgodne z wymaganiami określonymi m.in. dyrektywami (w tym przypadku dyrektywy 2006/42/WE Maszyny, 2014/34/UE ATEX). Podmiot, który ubiega się o otrzymanie certyfikatu zgodności nie może narzucić jego treści. Odwołujący zauważył, że Zamawiający dopuszcza się niedozwolonego działania, polegającego de facto na żądaniu po upływie terminu składania ofert dokumentów, których nie wymagał w SIWZ, tj. wykazania przez producenta (odwołującego) certyfikowanych zamienników oryginalnych części zamiennych, że oferowane części zostały dopuszczone przez producenta urządzenia - takiego dokumentu zamawiający jednak nie wymagał na etapie składania ofert, a jak się obecnie okazuje - tylko taki dokument według jego stanowiska potwierdzałby zgodność oferowanych części zamiennych z DTR producenta klucza IW 12 140AX.

Odwołujący podniósł, że zmiana SIWZ po upływie terminu składania ofert i wymaganie dokumentów niewskazanych w SIWZ stanowi naruszenie art. 38 ust. 4 Pzp.

Odwołujący podniósł także, że od 2017 r. dostarcza zamawiającemu części zamienne do przecinarki HPT-95/150 w wyniku udzielonych zamówień z postępowań przetargowych 619/IZW-G/2016 oraz 4305/EZP/ADE/2019. Części te były równoważne do części producenta urządzenia ZHS Hydromech SA, a równoważność była potwierdzona tym samym certyfikatem jak w niniejszej sprawie, tj. certyfikatem zgodności nr KOMAG/08/288 wydanym przez Instytut Techniki Górniczej KOMAG. W tamtych postępowaniach zamawiający uznał, że certyfikat ten potwierdza równoważność. Odwołujący argumentował, że na dostawy zamawiający wystawił mu referencje. Tymczasem, będąc niekonsekwentnym, w niniejszej sprawie zamawiający uważa, że przedmiotowy certyfikat nie potwierdza zgodności części zamiennych nim objętych z DTR producenta.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający uzasadniając swoje stanowisko w sprawie odrzucenia jego oferty powołuje się na § 508 rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1118 z późn. zm.). Zgodnie z tym przepisem, *„Maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje i naprawia w sposób określony w dokumentacji techniczno-ruchowej”*. Odwołujący wywiódł, że wbrew temu co twierdzi zamawiający, z przepisu tego wynika możliwość prowadzenia eksploatacji, konserwacji i napraw także w oparciu o inną dokumentację niż dokumentacja producenta.

Takie wnioski są niewątpliwie, mając na uwadze pierwotną treść § 428 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169), który stanowił, że „*Maszyny; urządzenia i instalacje utrzymuje się, konserwuje, naprawia i remontuje w sposób ustalony w dokumentacji techniczno-ruchowej producenta, a ich ruch prowadzi na warunkach określonych w zezwoleniu na oddanie ich do ruchu maszyn, urządzeń i instalacji*”. Obecnie naprawa może być więc prowadzona także na podstawie innej dokumentacji niż dokumentacja producenta, a więc argumentacja zamawiającego, iż odwołujący powinien wykazać, że oferowane wyroby zostały dopuszczone przez producenta klucza IW12140AX z uwagi na treść ww. § 508 rozporządzenia, jest chybiona.

Odwołujący wskazał także, że odrzucając ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający powinien mieć całkowitą pewność, że oferta jest niezgodna z SIWZ. Odwołujący wywiódł, że z uzasadnienia odrzucenia jego oferty wynika, że Zamawiający w oparciu o przedłożony certyfikat zgodności nie był w stanie stwierdzić czy oferowane części zamienne substytucyjne są zgodne z DTR producenta kluczy IW 12 140AX. Odwołujący wywiódł, że w takim jednak przypadku zamawiający był zobowiązany zastosować art. 87 ust. 1 Pzp, tj. zażądać od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że zarówno certyfikat dla urządzenia Hydraulicznego klucza udarowego IW12 140AX jak i ten na certyfikowane części zamienne zostały wydane przez tą samą jednostkę notyfikowaną Instytut Techniki Górniczej Komag. Certyfikat dla urządzenia posiada numer KOMAG/06/ATEX/ST/135 i znajduje się w Instrukcji obsługi dołączonej do odwołania.

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

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Bibus Menos sp. z o.o. w Gdańsku. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, odpowiedzi na pytania dotyczące SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego z 27 listopada 2020 r., załączniki do odwołania, załączniki do**

**zgłoszenia przystąpienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego w zakresie zadania 1 została odrzucona, zaś może być wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty w zakresie zadania 1. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego w zakresie zadania 1 skutkować będzie koniecznością nakazania unieważnienia tej czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego w zakresie zadania 1. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że *przedmiotem zamówienia jest dostawa nowych części zamiennych do kluczy IW12 140 AX w podziale na dwa zadania.*

Ustalono ponadto, że zamawiający w I Części SIWZ Rozdział VI pkt 3 ppkt 4 w przypadku oferowania części zamiennych równoważnych wymagał złożenia wraz z ofertą:

- a) oświadczenia, że oferowane części zamienne są fabrycznie nowe (tj. nieużywane i nieregenerowane), spełniają wymagania określone w Części III SIWZ, są zgodne z DTR producenta klucza IW-12 140AX i posiadają parametry fizyczne i mechaniczne nie gorsze niż części wymienione w DTR producenta klucza IW-12 140AX, oraz
  - mogą być bezpiecznie stosowane przez Zamawiającego w kluczach IW-12 140 AX oraz
  - których zastosowanie nie spowoduje zmian konstrukcyjnych w kluczach IW-12 140AX
- b) certyfikatu (ów) wydanego(ych) przez jednostkę notyfikowaną uprawnioną do oceny przedmiotu zamówienia, stwierdzającego zgodność oferowanych części zamiennych z DTR producenta klucza IW 12 140AX, obowiązującymi przepisami prawa i normami oraz możliwość bezpiecznego stosowania oferowanych części w kluczach IW 12 140AX

użytkowanych w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego.

Ustalono ponadto, że w Części III SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) w rozdziale II pkt 5 zamawiający wskazał, że w przypadku gdy Wykonawca oferuje części zamienne równoważne, oferta musi zawierać:

- a) oświadczenie, że oferowane części zamienne są fabrycznie nowe (tj. nieużywane i nieregenerowane), spełniają wymagania określone w Części III SIWZ, są zgodne z DTR producenta klucza IW-12 140AX i posiadają parametry fizyczne i mechaniczne nie gorsze niż części wymienione w DTR producenta klucza IW-12 140AX; mogą być bezpiecznie stosowane przez Zamawiającego w kluczach IW-12 140 AX oraz których zastosowanie nie spowoduje zmian konstrukcyjnych w kluczach IW-12 140AX,
- b) certyfikat (y) wydany(ych) przez jednostkę notyfikowaną uprawnioną do oceny przedmiotu zamówienia, stwierdzający(e) zgodność oferowanych części zamiennych z DTR producenta klucza IW 12 140AX, obowiązującymi przepisami prawa i normami oraz możliwość bezpiecznego stosowania oferowanych części w kluczach IW 12 140AX użytkowanych w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego.

Ustalono ponadto, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego na zadanie nr 1 wpłynęła m.in. oferta odwołującego. Ustalono, że odwołujący w złożonej ofercie, w załączniku nr 6 do SIWZ zaoferował zamawiającemu części zamienne równoważne swej produkcji.

Ustalono ponadto, że odwołujący załączył do swej oferty oświadczenie, że oferowane przez firmę Metar sp. z o.o. części zamienne do kluczy IW-12 140 AX są fabrycznie nowe i spełniają wymagania określone w Części III SIWZ, są zgodne z DTR producenta klucza IW-12 140AX i posiadają parametry fizyczne i mechaniczne nie gorsze niż części wymienione w DTR producenta klucza IW-12 140AX oraz mogą być bezpiecznie stosowane przez Zamawiającego w kluczach IW-12 140 AX oraz których zastosowanie nie spowoduje zmian konstrukcyjnych w kluczach IW-12 140AX.

Odwołujący załączył także do swej oferty certyfikat zgodności nr KOMAG/08/288 z dnia 7 stycznia 2009 r. wydany przez Instytut Techniki Górniczej KOMAG, potwierdzający zgodność części zamiennych do urządzeń małej mechanizacji produkowanych przez Metar sp. z o.o. z normami PN-G-5000:2002 punkt 2.3 i 2.10.2, PN-EN ISO 12100-2:2005 punkt 4.3 b, PN-EN 1346-1:2003 punkt 7.4.3. i 8.1. oraz dokumentacją techniczną części zamiennych substytucyjnych z oryginalnymi.

W załączniku do certyfikatu wymieniono m.in. części do zakrętaka hydraulicznego IW-12.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 27 listopada 2020 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający przywołał postanowienia części I rozdziału VI pkt 3 ppkt 4 SIWZ i rozdziału II pkt 5 części III SIWZ przywołane powyżej. Wskazał, że *Wykonawca w złożonej ofercie zaoferował - w załączniku nr 6 do SIWZ części zamienne równoważne. Na potwierdzenie spełnienia wymagań w SIWZ, Wykonawca przedstawił certyfikat zgodności Instytutu Techniki Górniczej KOMAG potwierdzający zgodność z normami i dokumentacją techniczną części zamiennych substytucyjnych z oryginałami, zamiast certyfikatu wydanego przez jednostkę notyfikowaną stwierdzającego zgodność oferowanych części zamiennych z DTR producenta kluczy IW 12 140AX.*

Wskazał, że *Wykonawca który powołuje się na rozwiązania równoważne w opisywanym przez Zamawiającego zakresie, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Aby udowodnić, że zaproponowany produkt równoważny spełnia wymagania Zamawiającego, Wykonawca ma obowiązek wykazania się szczególną starannością. To na Wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia spełnienia wszystkich wymaganych parametrów.*

Zamawiający wskazał ponadto, że *celem regulacji art. 30 ust. 5 PZP nie jest potwierdzanie obaw czy przypuszczeń Zamawiającego odnośnie charakteru poszczególnych technicznych aspektów oferty. Ma ona bowiem za zadanie umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowanie, czy oferowane mu rozwiązanie równoważne spełnia jego wymagania a nie czy jest takim rozwiązaniem w ogóle.*

*Zgodnie z § 508 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych, Maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje i naprawia w sposób określony w dokumentacji techniczno-ruchowej, co oznacza, że Wykonawca winien wykazać, że oferowane wyroby zostały dopuszczone przez producenta urządzenia. Stąd w pełni zasadnym było wymaganie przez Zamawiającego Certyfikatu jednostki notyfikowanej. Dokument musi potwierdzać, że zaoferowany produkt jest równoważny z produktem wymienionym w danej pozycji opisu przedmiotu zamówienia i jest zgodny z dokumentacją techniczną producenta urządzenia która to stanowiła podstawę do dopuszczenia urządzenia do eksploatacji w wyrobiskach górniczych zagrożonych wybuchem metanu oraz pyłu węglowego).*

Zamawiający wskazał także, że *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. W związku z powyższym, wymagany w SIWZ certyfikat jednostki notyfikowanej należy uznać za niepodlegający uzupełnieniu w kolejnych etapach postępowania.*

*Niezłożenie przez Wykonawcę wraz z ofertą w/w certyfikatu stanowi nieusuwalną niezgodność oferty z SIWZ. Certyfikat zgodnie z SIWZ stanowi integralną część oferty niepodlegającą uzupełnieniu.*

*Podkreślenia wymaga fakt, że wymogi określone w SIWZ nie zostały zakwestionowane przez Wykonawcę w drodze odwołania przed terminem składania ofert. Są co do zasady one w związku z tym wiążące dla Wykonawców jak i dla Zamawiającego.*

### **Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

*Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

*W myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

*Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

*Nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu.*

*Zamawiający w części I SIWZ w rozdziale VI pkt 3 ppkt 4 w przypadku oferowania części zamiennych równoważnych jednoznacznie wymagał złożenia przez wykonawców wraz z ofertą certyfikatu (ów) wydanego(ych) przez jednostkę notyfikowaną uprawnioną do oceny przedmiotu zamówienia, stwierdzającego zgodność oferowanych części zamiennych z DTR producenta klucza IW 12 140AX, obowiązującymi przepisami prawa i normami oraz możliwość bezpiecznego stosowania oferowanych części w kluczach IW 12 140AX użytkowanych w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego. Wymóg ten został powtórzony również w części III SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) w pkt II.5.*

*Przywołane postanowienia nie zostały zakwestionowane przez odwołującego w terminach ustawowych. Zgodnie bowiem z przepisem art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp,*

*odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.* Tymczasem specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona przez zamawiającego na jego stronie w dniu 12 sierpnia 2020 r. Zamawiający nie zmodyfikował także tych postanowień do upływu terminu składania ofert. W związku z powyższym, po upływie terminu składania ofert, postanowienia te stały się wiążące nie tylko dla zamawiającego ale i dla wykonawców, w tym odwołującego. Odwołujący w pkt 7 złożonego przez siebie formularza ofertowego złożył też wyraźne oświadczenie, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i uznaje się związany określonymi w niej wymaganiami i zasadami postępowania. W związku z powyższym należało dojść do wniosku, że wykonawcy, w tym odwołujący, zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą certyfikat wydany przez jednostkę notyfikowaną stwierdzający zgodność oferowanych części zamiennych nie tylko z obowiązującymi przepisami prawa i normami ale także zgodność z dokumentacją techniczną ruchową (DTR) producenta klucza IW 12 140AX.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na ocenie zgodności treści złożonej przez siebie oferty z tak ustaloną treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z powyższym na obecnym etapie nie mogło być przedmiotem rozstrzygnięcia Izby, czy wymóg złożenia certyfikatu potwierdzającego zgodność z dokumentacją techniczną ruchową (DTR) producenta klucza IW 12 140AX odpowiadał przepisom, w tym zwłaszcza powołanym przez odwołującego przepisom pkt 9.11 czy 9.11.1. załącznika nr 3 do rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. z 2017 poz. 1118 ze zm.). Izba nie miała także w tym postępowaniu odwoławczym prawa oceniać, czy ukształtowany w SIWZ wymóg nie ograniczał konkurencji, był słuszny, sprawiedliwy i proporcjonalny. Tego typu zarzuty mogły być formułowane na etapie ustalania treści SIWZ. Przedmiotem badania przez Izbę mogła podlegać wyłącznie okoliczność, czy oferta odwołującego i załączony do niej certyfikat są zgodne z ostateczną i wiążącą specyfikacją. Tymczasem odwołujący, pod pozorem kwestionowania czynności swego odrzucenia próbował niejako kwestionować postanowienia SIWZ, zdając się wywodzić, że nie było potrzeby przedstawiania certyfikatu potwierdzającego zgodność z dokumentacją techniczno-ruchową (DTR) producenta kluczy, utrzymując, że taka DTR to de facto instrukcja obsługi w rozumieniu § 3 rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych

zakładów górniczych (Dz. U. z 2017 poz. 1118 ze zm.). Taka argumentacja, z przyczyn wskazanych wcześniej, była niedopuszczalna.

Zdaniem Izby odwołujący nie złożył zamawiającemu wraz z ofertą dokumentu wymaganego literalnie w specyfikacji. Odwołujący załączył do swej oferty jedynie certyfikat zgodności nr KOMAG/08/288 z dnia 7 stycznia 2009 r. wydany przez Instytut Techniki Górniczej KOMAG, potwierdzający zgodność części zamiennych do urządzeń małej mechanizacji produkowanych przez Metar sp. z o.o. z normami PN-G-5000:2002 punkt 2.3 i 2.10.2, PN-EN ISO 12100-2:2005 punkt 4.3 b, PN-EN 1346-1:2003 punkt 7.4.3. i 8.1. oraz dokumentacją techniczną części zamiennych substytucyjnych z oryginalnymi. W załączniku do certyfikatu wymieniono m.in. części do zakrętaka hydraulicznego IW-12. Jak wynikało z treści certyfikatu nie stwierdzał on więc zgodności oferowanych części zamiennych z DTR producenta klucza IW 12 140AX, ale zgodność z *dokumentacją techniczną części zamiennych substytucyjnych z oryginalnymi*.

Nie ulegało wątpliwości, że dokumentacja techniczno – ruchowa (DTR) producenta klucza IW 12 140AX a dokumentacja techniczna części zamiennych substytucyjnych z oryginalnym, to były dwie różne dokumentacje. Fragment pierwszej z nich został załączony przez samego odwołującego do odwołania. Była to dokumentacja techniczno-ruchowa Hydrauliczny klucz udarowy IW 12140 AX dla wyrobu produkcji Stanley Hydraulic Tools w Milwaukie, Oregon, importowanego przez Piab Polska sp. z o.o. w Gdańsku. Jeżeli zaś chodzi o drugi dokument, to nie przedstawiono go Izbie. Jednakże, jak wyjaśnił odwołujący w treści odwołania, jego konstruktorzy dysponując egzemplarzem klucza IW-12 wykonali „z natury” dokumentację konstrukcyjno-rysunkową i na jej podstawie sporządzili własną „dokumentację techniczną części zamiennych substytucyjnych z oryginalnymi”. Jak wynika zaś z certyfikatu, jednostka notyfikowana stwierdziła zgodność właśnie z tą dokumentacją odwołującego. Jednakże nie taki był wymóg SIWZ i nie takiego dokumentu zamawiający zażądał w treści specyfikacji.

W związku z powyższym należało stwierdzić, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego. Zamawiający wymagał załączenia spornego dokumentu do oferty i jednocześnie przesądził, że jest to dokument nieuzupełnialny (por. część I SIWZ w rozdziale VI pkt 3). W konsekwencji jego niezłożenie musiało skutkować odrzuceniem oferty odwołującego w zakresie części I zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zarzut naruszenia tego przepisu okazał się zatem bezzasadny. Zamawiający egzekwując obowiązek jednoznacznie wynikający z SIWZ nie naruszył także art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż nie zmieniał postanowień SIWZ po terminie składania ofert.

Bezzasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, zamawiający nie miał obowiązku występowania do odwołującego o złożenie wyjaśnień

dotyczących treści oferty. Treść spornego certyfikatu była jasna, jednoznaczna i nie było w nim treści, których zamawiający wymagał. Kierując się powyższymi rozważaniami za bezzasadne uznano zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przedstawione w odwołaniu.

Bez znaczenia dla rozpoznania sprawy pozostawał złożony przez odwołującego dowód w postaci referencji zamawiającego wystawionych odwołującemu w dniu 13.10.2018 r. Z treści dokumentu wynikało, że dotyczył on dostaw i remontów urządzeń małej mechanizacji. Nie zostało wykazane, że referencje te dotyczyły części zamiennych do klucza IW-12 140 AX.

Nic nie wnosił także do sprawy dowód w postaci pisma odwołującego z 20 lutego 2020 r. skierowanego do zamawiającego zawierającego wniosek o modyfikację SIWZ w innym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego na dostawę nowych części zamiennych do kluczy IW-12 140 AX. Przedmiotem rozpoznania przez Izbę była bowiem prawidłowość czynności zamawiającego polegającej na zbadaniu zgodności treści oferty odwołującego złożonej w obecnym postępowaniu z treścią SIWZ obowiązującą w tym postępowaniu.

Zdaniem Izby nie potwierdziła się jedynie ta część podstawy faktycznej czynności odrzucenia oferty odwołującego, w której zamawiający zdawał się sugerować, że odwołujący winien wykazać, iż oferowane wyroby zostały dopuszczone przez producenta urządzenia. Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zamieścił fragment, w którym wskazał, że *Zgodnie z § 508 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych, Maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje i naprawia w sposób określony w dokumentacji techniczno-ruchowej, co oznacza, że Wykonawca winien wykazać, że oferowane wyroby zostały dopuszczone przez producenta urządzenia.* Wbrew stanowisku zamawiającego, wymogu wykazania przez wykonawcę, że oferowane wyroby zostały dopuszczone przez producenta urządzenia próżno było szukać w treści SIWZ. W konsekwencji odwołujący nie musiał wykazywać, że oferowane przez niego wyroby zostały dopuszczone przez producenta. W związku z powyższym należało uznać, że oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu z tego powodu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem

było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

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

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – Izba oddaliła odwołanie. Za wynik postępowania odwoławczego odpowiadał odwołujący, zatem całością kosztów obciążono tę stronę. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3.600 zł, a także koszty poniesione przez zamawiającego tytułem stawiennictwa pełnomocnika na posiedzenie Izby w wysokości 351,58 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b, § 5 ust. 4 w zw. z § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 972).

**Przewodniczący:** .....