

Sygn. akt: KIO 705/19

WYROK
z dnia 8 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach**,

przy udziale wykonawcy **PMD Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 705/19 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego – wykonawcy **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach** na rzecz Zamawiającego – **Polskiej Grupy Górniczej S.A. z siedzibą w Katowicach** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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

Zamawiający – Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *remont 95 sekcji obudowy zmechanizowanej Glinik 14/34 POz dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK ROW Ruch Marcel* (znak postępowania: 491901761).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 marca 2019 r. pod numerem 2019/S 048-111388.

W dniu 15 kwietnia 2019 r. wykonawca FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie zadania nr 2 zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PMD Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich [dalej „PMD”] do złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w SIWZ;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty firmy PMD Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich, podczas gdy oferta tego wykonawcy nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a co za tym idzie, powinna zostać odrzućona;
3. art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na dopuszczeniu firmy PMD Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich do udziału w aukcji elektronicznej i zaproszeniu tego wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej, podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzućeniu, a w konsekwencji wykonawca ten nie powinien otrzymać zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej.

Wobec ww. zarzutów odwołania Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
4. nakazanie Zamawiającemu odrzućenia oferty wykonawcy PMD Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich jako niezgodnej z treścią SIWZ;
5. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej;
6. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego;

7. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca FAMUR S.A. wskazał na brzmienie pkt IV.3 oraz pkt VIII załącznika nr 1 do SIWZ, części XVIII ppkt 4 SIWZ, pkt 1 części XVI SIWZ, pkt 2.3.5 oraz 2.5.3 załącznika nr 2a do SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż po zapoznaniu się z treścią oferty PMD Sp. z o.o. stwierdził, że jako zamiennik do zaworu P07.716 został zaoferowany zamiennik 4400100 produkcji firmy HENNLICH s.r.o. według załączonego rysunku (z opisem w języku czeskim), z którego można domniemywać, że zawór ten ma przepustowość 7 500 l/min. Jest to jedyny dokument, który zawiera jakąkolwiek informację na temat parametru przepływu. Parametr ten nie ma natomiast potwierdzenia w Certyfikacie zgodności nr 1640/17/3101, ani w Sprawozdaniu z oceny Nr 005/17/3101 (stanowiącym nieodłączną część certyfikatu).

Odwołujący argumentował, że mając na uwadze, iż Zamawiający wymagał aby nowe zawory upustowe były zgodne z rysunkiem P07.716 oraz generalnie oczekiwał aby remont polegał na odtworzeniu parametrów użytkowych sekcji albo elementów sekcji, bez zmiany dotychczasowej konstrukcji, a także mając na uwadze, iż opis rysunku załączonego do oferty PMD Sp. z o.o. został sporządzony w języku obcym, Zamawiający powinien był wezwać PMD Sp. z o.o. do wyjaśnień w zakresie wykazania parametrów technicznych oferowanych zaworów upustowych, w szczególności parametru przepustowości - czego nie uczynił.

Zamawiający uznał ofertę PMD Sp. z o.o. za spełniającą wymagania określone w SIWZ podczas gdy z jej treści nie można jednoznacznie ustalić, czy oferowane przez PMD Sp. z o.o. zawory upustowe są zgodne z wymaganymi przez Zamawiającego. Należy także zwrócić uwagę, iż zgodnie z ogólną zasadą wynikającą z art. 9 ust. 2 ustawy Pzp oraz zgodnie z częścią XVII pkt 5 SIWZ dokumenty składane wraz z ofertą m.in. te mające na celu wykazanie spełniania przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego, należy składać w języku polskim, a gdy zostały sporządzone w języku obcym to powinny być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski. Zamawiający także w tym zakresie winien był w ocenie odwołującego wezwać PMD Sp. z o.o. do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W zakresie prawidłowego wykazania, że oferowane zawory upustowe spełniają wymagania Zamawiającego należało wezwać PMD Sp. z o.o. do przedstawienia protokołu z badań A-ZP-2755/17 z dnia 12/05/2017 r. oraz instrukcji obsługi nr 4400100/2016 wydanie z dnia 10/01/2017 r., o których informacja znajduje się w treści sprawozdania z oceny Nr 005/17/3101.

W sytuacji gdy Zamawiający nie zdecydował się na wezwanie PMD Sp. z o.o. do wyjaśnień w w/w zakresie to ocena oferty tego wykonawcy na podstawie całości złożonych

dokumentów powinna prowadzić do jej odrzucenia jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zwracał uwagę, że złożone przez PMD Sp. z o.o. oświadczenia producenta zgodne ze wzorami określonym w załączniku nr 10 i 11 do SIWZ, wypełnione przez HENNLICH s.r.o. (producenta oferowanych zaworów upustowych) budzą istotne wątpliwości w zakresie zawartych w nich oświadczeń, iż: - równoważności oferowanych części z oryginalnymi częściami zamiennymi ujętymi w DTR/instrukcji użytkowania maszyny/urządzenia, którego przedmiot zamówienia dotyczy, została potwierdzona przez stosownymi obliczeniami oraz badaniami zgodnie z załącznikiem będącym integralną częścią tego oświadczenia; oraz że - stosowanie oferowanych części zgodnie z ich przeznaczeniem (zakres zamienności, o którym mowa w ust. 3 niniejszego oświadczenia) nie spowoduje obniżenia poziomu bezpieczeństwa maszyny/urządzenia, w której/którym będą zastosowane, jak również nie spowoduje wytworzenia nowej maszyny lub urządzenia.

Ponadto wykonawca wskazał, że powyższe oświadczenia producenta zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana M. M. A., osobę, co do której brak jest w ofercie PMD Sp. z o.o. jakichkolwiek informacji, iż jest upoważniona do składania tego typu oświadczeń w imieniu HENNLICH s.r.o.

Obudowa Glinik 14/34 POZ wraz z elementami hydrauliki sterowniczej (w tym zawór upustowy P07.716) była przedmiotem badań przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą i została wprowadzona na rynek na podstawie uzyskanego Certyfikatu Badania Typu WE nr KOMAG/12/MD/ATEX/ST/3 oraz Deklaracji Zgodności WE nr 04/2012/WE wystawionych osobno dla każdej z wystawionych sekcji będących w posiadaniu Zamawiającego, a zamontowanie do tej obudowy zaworów o przepustowości innej niż wynika to z DTR będzie skutkowało utratą zgodności urządzenia z oryginalną dokumentacją techniczną i deklaracją zgodności WE, a tym samym zniesiona zostanie w całym zakresie odpowiedzialność producenta wyrobu.

Należy zwrócić uwagę, że samo oświadczenie Wykonawcy nie gwarantuje Zamawiającemu możliwości zastosowania przedmiotu zamówienia w posiadanej obudowie zmechanizowanej, ponieważ Producent obudowy GLINIK 14/34 Poz w Deklaracji Zgodności WE nr 04/2012/WE zawarł informację, że deklaracja ta traci ważność, jeżeli maszyna zostanie zmieniona, przebudowana lub zostaną zastosowane części niezgodne ze specyfikacją części zamiennych zawartych w Instrukcji Obsługi (Dokumentacji Techniczno-Ruchowej). Dokumentacja ta jest własnością producenta obudowy i tylko on może wprowadzać jakiegokolwiek zmiany w jej treści z uwagi na to, że na producencie danej maszyny spoczywa stały obowiązek zapewnienia, że maszyna ta odpowiada aktualnemu stanowi wiedzy technicznej.

Należy pamiętać, że zgodnie z obowiązującymi przepisami (Dyrektywa 2006/42/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie maszyn, zmieniająca dyrektywę 95/16/WE) o wszelkich zmianach wprowadzanych do zatwierzonego typu, producent lub jego upoważniony przedstawiciel zobligowany jest poinformować jednostkę notyfikowaną, która przechowuje dokumentację techniczną związaną z certyfikatem badania typu WE. 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.

Każdorazowo wymiana uszkodzonych części lub podzespołów, które nie są zgodne z oryginalną dokumentacją producenta jest sytuacją, w której użytkownik wprowadza zmianę (modernizację) czyli tworzy nową maszynę. W związku z czym w takiej sytuacji nie można posługiwać się oryginalną deklaracją zgodności WE producenta, w tym momencie należy przeprowadzić ponowną ocenę zgodności z odpowiednimi dyrektywami. Każda zmiana, czy modyfikacja dokonana podczas naprawy, czy remontu, a mająca wpływ na przynajmniej jeden z parametrów decydujących o zdrowiu i bezpieczeństwie powoduje, iż remontujący staje się producentem wyrobu i zobowiązany jest do przeprowadzenia odpowiedniej procedury zgodności z Dyrektywą.

Zamawiający przeprowadzając procedurę badania i oceny ofert zaniechał wyjaśnienia powyższych wątpliwości pojawiających się w ofercie PMD Sp. z o.o. tj. nie wezwał do przedłożenia dokumentów z których by jednoznacznie wynikała prawdziwość oświadczeń złożonych przez producenta zaworów upustowych oraz spełnienie wymogów Zamawiającego, a także nie ustalił czy osoba podpisująca te oświadczenia jest do składania takich oświadczeń w imieniu producenta upoważniona.

Jednocześnie, choć treść oferty wykonawcy PMD Sp. z o.o. w takim kształcie, w jakim była poddana badaniu i ocenie Zamawiającego, w sposób oczywisty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający zaniechał jej odrzucenia i zaprosił tego wykonawcę do udziału w aukcji elektronicznej.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 maja 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że wszystkie postawione przez Odwołującego w odwołaniu zarzuty są chybione i nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący biorąc aktywny udział w aukcji elektronicznej, poprzez podjęte czynności faktyczne, tj. wielokrotne dokonywanie postąpień, zaakceptował warunki aukcji elektronicznej w tym także fakt, że do aukcji został dopuszczony Przystępujący. Z tego też powodu, Zamawiający stoi na stanowisku, że wykonawca bezzasadnie wnosi

odwołanie na znane mu czynności (lub zaniechanie czynności przez Zamawiającego) sprzed aukcji w której uczestniczył, próbując tym samym podważyć wynik prawidłowo przeprowadzonego postępowania.

Dalej Zamawiający wskazał, iż wykonawca PMD Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą wszystkie wymagane dokumenty i oświadczenia zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz SIWZ i złożył ofertę odpowiadającą wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Podniósł, iż bezsporny jest fakt, iż wykonawca PMD dołączył do oferty certyfikat nr 1640/17/3101 w języku polskim potwierdzający zgodność właściwości oferowanego zaworu bezpieczeństwa typu VR 7500 z wymaganiami stosownych norm, wystawiony przez akredytowaną jednostkę certyfikującą. Zamawiający wskazał, iż oferowany przez PMD zawór bezpieczeństwa posiada parametr przepustowości wynoszący 7500 l/min, co wynika chociażby z nazwy zaworu, a prawidłowość jego doboru wykonawca potwierdził wymaganym certyfikatem i sprawozdaniem z oceny. W tym stanie rzeczy, wg Zamawiającego, wzywanie do złożenia uzupełnienia tłumaczenia legendy rysunku nr 4400100 byłoby zbytnim formalizmem. Zamawiający wskazał, iż podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 15 lutego 2013 r. (sygn. akt: KIO 227/13).

Podkreślał, że istotą wymaganego certyfikatu było potwierdzenie przez oferowane części zamienne zgodności z wymaganiami stosownych norm, tj.: dla elementów układu sterowania obudowy zmechanizowanej normy PN-EN 1804-3+A1:2012 lub równoważnej normy z danego państwa członkowskiego UE, co wynika wprost z treści załącznika 2a do SIWZ, tabela pkt 2.5.3. Dołączony do oferty PMD certyfikat wystawiony przez Technicke Laboratore Opava S.A. w sposób bezsprzeczny potwierdza, że oferowany zawór spełnia wymogi określone w normie CSN EN 1804-3+A1:2010.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający nie miał uprawnień do żądania od PMD złożenia dodatkowych dokumentów, które nie zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. protokołu badań oraz instrukcji obsługi przedmiotowego zaworu.

Zamawiający podkreślał, że według jego wiedzy zawór bezpieczeństwa VR 7500 odpowiada parametrom oryginału i można go zastosować jako część zamienną do sekcji obudowy zmechanizowanej typu Glinik 14/34 POz. Przepustowość zamiennika wynosi 7500 l/min i jest lepsza od przepustowości oryginalnego zaworu, która zgodnie z dokumentacją wynosi 4000 l/min. Większa przepustowość oznacza bowiem bardziej efektywne działanie zaworu bezpieczeństwa.

Zamawiający wskazał, iż kwestionując możliwość zastosowania zamienników oryginalnych części zamiennych, tj. w szczególności zaworu bezpieczeństwa VR 7500, Odwołujący nie przedstawia żadnych dowodów uzasadniających tę okoliczność, posługując się li tylko ogólnikami. Przede wszystkim zarzut ten jest spóźniony. Zamawiający dopuścił w treści SIWZ możliwość zaoferowania zamienników części zamiennych, a wykonawca PMD

złożył wszystkie wymagania określone w SIWZ. Wątpliwości Odwołującego co do utraty zgodności urządzenia (sekcji obudowy zmechanizowanej) w przypadku zastosowania zamienników są w tej chwili bezpodstawne i spóźnione, bowiem termin na zaskarżenie postanowień SIWZ dawno upłynął. Zamawiający podkreślił, iż w § 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) prawodawca dopuścił możliwość dokonywania napraw na podstawie innej dokumentacji niż dokumentacja producenta. Ponadto wskazał, że zawór bezpieczeństwa nie został zaliczony w pkt 2.1.9 załącznika nr 4 do ww. rozporządzenia do elementów podstawowych sekcji obudowy zmechanizowanej – zatem zastąpienie tego elementu sekcji w trakcie remontu polega na „odtworzeniu parametrów użytkowych” (pkt 2.1.7 załącznika nr 4 do rozporządzenia), nie stanowi modernizacji i/wbrew temu co bezpodstawnie twierdzi Odwołujący nie wiąże się z potrzebą powtórzenia procedury oceny zgodności.

Kierunek zmian oraz ratio legis prawodawcy jest oczywista mając na uwadze treść poprzedniej regulacji prawnej, tj. § 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. z 2002 r. Nr 139 poz. 1169), która dopuszczała możliwość prowadzenia napraw maszyn i urządzeń jedynie w oparciu o dokumentację producenta. Zachowanie Odwołującego można zatem odczytać jako próbę zmonopolizowania rynku usług remontowych sekcji obudów zmechanizowanych, których Odwołujący jest producentem (czyli jako działanie kontra zmianom wynikającym z przywołanych przepisów).

Następnie Zamawiający wskazał, iż zarzut jakoby oświadczenie producenta certyfikowanych części zamiennych, tj. firmy Hennlich s.r.o. zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną do składania tego typu oświadczeń nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym. Zamawiający analizując złożone oświadczenie brał pod uwagę całość dokumentacji, która znajduje się w jego posiadaniu. Tak oto w (złożonej w tym samym postępowaniu) ofercie Hennlich znajduje się ważne pełnomocnictwo dla p. M. A. do podpisywania w imieniu Hennlich wszelkich oświadczeń i dokumentów zawierających oświadczenia woli lub wiedzy w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego. Na potwierdzenie prawidłowości interpretacji dokumentacji, Zamawiający złożył dodatkowe oświadczenie Hennlich.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 15 kwietnia 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę PMD Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 17 kwietnia 2019 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz ofertę PMD. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 maja 2019 r.

Nadto Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający podzielił przedmiot niniejszego zamówienia na 2 zadania, tj. zadanie nr 1 - Wykonanie remontu konstrukcji stalowej i kompletnej hydrauliki siłowej oraz zadanie nr 2 - Wykonanie remontu hydrauliki sterowniczej

Pkt IV załącznika nr 1 do SIWZ określał szczegółowy zakres remontu w zakresie zadania nr 2:

1. wykonanie remontu hydrauliki sterowniczej (sterowanie pilotowe UH-207-M DAMS (FAMUR) 18 funkcyjne, bloki zaworowe oraz przewody wielokanałowe)
2. doposażenie w nowe zawory przelewowe:
 - a) zawór przelewowy DN12, 43 MPa – według projektu nr 481 130 12 00a
 - b) zawór przelewowy DN10, 38 MPa – według projektu nr 485 130 00 00g
3. doposażenie w nowe zawory upustowe:
 - a) zawór upustowy 49 MPa – według projektu P07.716.
3. wyposażenie w nowe przewody hydrauliczne i elementy złączne.
4. wyposażenie w wizualizację ciśnień w sekcjach obudowy zmechanizowanej.

Szczegółowy zakres zamówienia określono w załączniku nr 2a do SIWZ. Wymagania dotyczące wizualizacji ciśnień w sekcjach obudowy zmechanizowanej określał załącznik nr 2b do SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że nie jest w posiadaniu podanych rysunków elementów, w które należy doposażyć remontowane sekcje obudowy zmechanizowanej. W siedzibie Zamawiającego można się zapoznać z rysunkami poglądowymi tych elementów, zamieszczonymi w Instrukcji obsługi/DTR.

Zgodnie z punktem VIII załącznika nr 1 do SIWZ pn. *Złożenie oferty w niniejszym postępowaniu jest równoznaczne z następującym zobowiązaniem Wykonawcy*, w odniesieniu do sekcji obudowy zmechanizowanej oraz ich elementów:

a) remont będący przedmiotem niniejszego postępowania, wykonany będzie w sposób gwarantujący bezpieczną eksploatację wyremontowanej sekcji obudowy zmechanizowanej lub jej elementu i nie spowoduje wytworzenia nowej maszyny/urządzenia – w związku z tym nie będzie wymagane dokonanie ponownego wprowadzenia wyrobów do obrotu, zgodnie z aktualnie obowiązującym stanem prawnym,

b) remont obudowy zmechanizowanej lub jej elementu będący przedmiotem niniejszego postępowania, wykonany zostanie zgodnie z aktualnym stanem wiedzy technicznej, zasadami dobrej praktyki inżynierskiej i aktualnymi normami dotyczącymi remontów, w celu przywrócenia parametrów określonych w DTR/instrukcji użytkownika z zastosowaniem oryginalnych części zamiennych wykonanych wg rysunku Producenta obudowy zmechanizowanej oraz części zamiennych katalogowych wykonanych wg rysunku innego podmiotu niż producent maszyny/urządzenia ujętych w wykazie części zamiennych DTR/instrukcji użytkownika obudowy zmechanizowanej lub certyfikowanych części zamiennych, substytucyjnych z oryginalnymi i katalogowymi, o tych samych parametrach technicznych, spełniających wymagania aktualnych norm i przepisów, posiadających certyfikaty zgodności, potwierdzające spełnienie powyższych wymagań, wydane przez akredytowane jednostki certyfikujące wyroby w zakresie obudów zmechanizowanych.

Sekcje obudowy zmechanizowanej w których zastosowany zostanie wyremontowany element / podzespół / część zamienna będą posiadały poziom bezpieczeństwa, co najmniej równy poziomowi bezpieczeństwa wymaganego przez pierwotne regulacje będące podstawą wprowadzenia maszyny/urządzenia do obrotu,

c) remont będący przedmiotem niniejszego postępowania polega na odtworzeniu parametrów użytkowych sekcji albo elementów sekcji, bez zmiany dotychczasowej konstrukcji.

Nadto zgodnie z częścią XVIII pkt 4 ppkt 7 SIWZ na ofertę składały się także dokumenty, o których mowa w części XVI SIWZ. Z kolei zgodnie z częścią XVI SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do SIWZ, Zamawiający żądał dołączenia:

1. wykazu spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych zgodnie z załącznikiem nr 2a do SIWZ,
2. oświadczenia o spełnieniu wszystkich wymagań SIWZ złożonego na druku formularza ofertowego,
3. oświadczenia – zgodnie z załącznikami nr 9, 10 i 11 do SIWZ w zakresie określonym w załączniku nr 2a do SIWZ,
4. certyfikatów, o których mowa załączniku nr 2a do SIWZ,
5. oświadczenia Wykonawcy dotyczącego Certyfikatu potwierdzającego spełnienie przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymagań normy PN-EN ISO 3834-2:2007 zgodnie z Załącznikiem nr 13 do SIWZ. Certyfikaty ten winien być wydany na podstawie udzielonej akredytacji w zakresie w/w normy przez akredytowaną jednostkę certyfikującą (certyfikat musi być wydany w formule akredytacji). (...)
6. oświadczenia Wykonawcy, potwierdzającego że wskazani przez niego w ofercie podwykonawcy spełniają wymagania określone w pkt XV.1.1),
7. brak złożenia przez Wykonawcę Certyfikatów o których mowa w ust. 5 w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na podpisanie umowy powoduje te same skutki, które są następstwem uchylenia się Wykonawcy od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto zgodnie z treścią załącznika nr 2a do SIWZ, pkt 2.5 w przypadku oferowania w pkt 2.3.5. certyfikowanych zamienników oryginalnych części zamiennych, Zamawiający żądał od wykonawców załączenia do oferty:

- pkt 2.5.2 oświadczenia producenta certyfikowanych zamienników oryginalnych części zamiennych potwierdzającego równoważność produkowanych części zamiennych z oryginalnymi częściami zamiennymi maszyny/urządzenia, które/którego przedmiot zamówienia dotyczy, wskazującego zakres ich zastosowania w ściśle określonym rodzaju maszyny/urządzenia tj.: w obudowach zmechanizowanych określonego producenta stosowanych w podziemnych zakładach górniczych zgodnie ze wzorem załącznika nr 10 do SIWZ,
- pkt 2.5.3. stosownych certyfikatów potwierdzających zgodność właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm, tj.: dla elementów układu sterowania obudowy zmechanizowanej - PN-EN 1804-3+A1:2012 lub równoważnej normy z danego państwa członkowskiego UE, która wprowadza normę EN 1804-1:2006+A1:2010 w pełnym jej zakresie,
- pkt 2.6 w przypadku gdy ofertę składał podmiot niebędący producentem, do oferty należało dołączyć oświadczenie producenta oferowanych części zamiennych o zapewnieniu dostaw oferowanych części zamiennych w okresie nie krótszym niż okres trwania umowy zgodnie ze wzorem załącznika nr 11 do SIWZ.

W dniu 5 kwietnia 2019 r. Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej Odwołującego oraz Przystępującego. Po przeprowadzeniu w dniu 10 kwietnia 2019 r. aukcji elektronicznej, na pierwszym miejscu w rankingu ofert w zakresie zadania nr 2 uplasowała się oferta Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PMD Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane przez ww. wykonawcę dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91b ust. 1 ustawy Pzp polegające na nieodrzczeniu oferty ww. wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ, a w konsekwencji zaproszeniu ww. wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej.

Stosownie do treści 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. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17). Ponadto wskazać należy, iż odrzucenie oferty wykonawcy na ww. podstawie prawnej może nastąpić jedynie wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niewątpliwa. Jak wynika natomiast z art. 91b ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Istotą niniejszego sporu była okoliczność, czy zaoferowany przez PMD Sp. z o.o. zamiennik do zaworu P07.716, tj. zamiennik 4400100 produkcji firmy HENNLICH s.r.o. o przepustowości 7500 l/min, a zatem wyższej niż przepustowość części oryginalnej, był zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

Zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ, oryginalny zawór upustowy P07.716 charakteryzuje się przepustowością 4000 l/min. Jak wynika z treści załącznika nr 2a do SIWZ, Zamawiający w ramach zadania nr 2 dopuścił możliwość oferowania przez wykonawców certyfikowanych zamienników oryginalnych części

zamiennych. Ponadto ze specyfikacji wynikało, iż remont będący przedmiotem zadania nr 2 polegał na odtworzeniu parametrów użytkowych sekcji albo elementów sekcji, bez zmiany dotychczasowej konstrukcji.

W ocenie Izby dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy kluczowe znaczenie miało postanowienia zawarte w punkcie 2.5 załącznika nr 2a do SIWZ, w którym Zamawiający wskazał, jakie oświadczenia, dokumenty należy złożyć w przypadku oferowania przez wykonawców certyfikowanych zamienników oryginalnych części zamiennych. A zatem, to w ww. punkcie Zamawiający sprecyzował w jaki sposób będzie weryfikował, czy oferowane przez wykonawców części zamienne spełniają wymogi Zamawiającego.

I tak zgodnie z punktem 2.5.3 wykonawca, który oferował certyfikowane zamienniki oryginalnych części zamiennych zobowiązany był do oferty dołączyć stosowny certyfikat(y) potwierdzający/e zgodność właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm, tj.: dla elementów układu sterowania obudowy zmechanizowanej - PN-EN 1804-3+A1:2012 lub równoważnej normy z danego państwa członkowskiego UE, która wprowadza normę EN 1804-1:2006+A1:2010 w pełnym jej zakresie. Z powyższego wynika zatem, iż istotą wymaganego certyfikatu było potwierdzenie przez oferowane części zamienne zgodności z wymaganiami stosownych norm wskazanych w punkcie 2.5.3. załącznika 2a do SIWZ.

Ponadto zgodnie z punktem 2.5.2 załącznika nr 2a do SIWZ wykonawca oferujący certyfikowane zamienniki oryginalnych części zamiennych obowiązany był do oferty załączyć oświadczenie producenta certyfikowanych zamienników oryginalnych części zamiennych potwierdzające równoważność produkowanych części zamiennych z oryginalnymi częściami zamiennymi maszyny/urządzenia, które/którego przedmiot zamówienia dotyczy, wskazujące zakres ich zastosowania w ściśle określonym rodzaju maszyny/urządzenia tj.: w obudowach zmechanizowanych określonego producenta stosowanych w podziemnych zakładach górniczych zgodnie ze wzorem załącznika nr 10 do SIWZ. W przypadku gdy ofertę składał podmiot niebędący producentem, do oferty należało dołączyć oświadczenie producenta oferowanych części zamiennych o zapewnieniu dostaw oferowanych części zamiennych w okresie nie krótszym niż okres trwania umowy zgodnie ze wzorem załącznika nr 11 do SIWZ.

Przekładając powyższe na okoliczności niniejszej sprawy Izba wskazuje, że wykonawca PMD Sp. z o.o. bezspornie załączył do oferty certyfikat numer 1640/17/3101 wystawiony przez Technické Laboratore Opava S.A. – akredytowaną jednostkę certyfikującą, który potwierdza, że oferowany zawór spełnia wymogi określone m.in. w normie CSN EN 1804-3+A1:2010. Ponadto z treści ww. certyfikatu wynika, że został on wydany dla produktu: zawór bezpieczeństwa, typ VR 7500, nr rys. 4400100. Jednocześnie ze sprawozdania z oceny nr 005/17/3101 wynika, że oceniany produkt „zawór przelewowy VR 7500 nr rys. 4400100” jest zgodny z wymaganiami m.in. CSN EN 1804-3+A1:2010. Dalej Izba wskazuje,

że z legendy zamieszczonej na załączonym do oferty rysunku nr 4400100, do którego odwołuje zarówno ww. certyfikat, jak i sprawozdanie z oceny wyniku, że przedmiotowy produkt ma przepustowość 7500 l/min. Jednocześnie wykonawca PMD załączył do oferty wypełniony załącznik nr 10 i 11 do SIWZ zgodnie z żądaniami Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, iż jedyny dokument, który zawiera jakąkolwiek informację na temat parametru przepływu oferowanego przez PMD Sp. z o.o. zaworu zawiera rysunek nr 4400100 oraz że parametr ten nie ma potwierdzenia w Certyfikacie zgodności nr 1640/17/3101, ani w sprawozdaniu z oceny Nr 005/17/3101. Powyższemu przeczy wyraźnie treść ww. dokumentów.

Dalej wskazać należy, iż wykonawca PMD załączył do oferty wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty i oświadczenia, które obowiązany był złożyć wykonawca oferujący certyfikowane zamienniki oryginalnych części zamiennych. Tym samym nie można podzielić poglądu Odwołującego jakoby Zamawiający, w celu wykazania przez PMD parametrów technicznych zaworów upustowych, w tym parametru przepustowości, obowiązany był wezwać ww. wykonawcę do uzupełnienia protokołu z badań A-ZP-2755/17 z 12 maja 2017 r. oraz instrukcji obsługi nr 4400100/2016 wydanie z 10 stycznia 2017 r. Nie jest dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp, w szczególności w świetle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, modyfikowanie postanowień SIWZ po upływie terminu składania ofert. Co więcej, jak przyznał w toku rozprawy przed Izbą sam Odwołujący, Zamawiający nie sprecyzował w specyfikacji żadnych dokumentów, które wykonawcy mieli złożyć na potwierdzenie spełnienia wymogu przepustowości przez oferowany zawór.

Ponadto zauważyć należy, iż w przedmiotowej sprawie, Zamawiający badając zgodność oferowanych certyfikowanych zamienników oryginalnych części zamiennych z wymogami SIWZ poprzestał w istocie na żądaniu certyfikatu mającego potwierdzać zgodność z normą PN – EN 1804-3+A1:2012 lub z normą równoważną z danego państwa członkowskiego UE, która wprowadza normę EN 1804-1:2006+A1:2010 w pełnym jej zakresie oraz złożeniu stosownych oświadczeń, w tym oświadczenia producenta części potwierdzającego m.in. równoważność oferowanych części z oryginalnymi częściami zamiennymi ujętymi w DTR, zgodność oferowanych części z odpowiednimi normami oraz że stosowanie oferowanych części zgodnie z ich przeznaczeniem nie spowoduje obniżenia poziomu bezpieczeństwa maszyny, w której będą zastosowane, wytworzenia nowej maszyny lub urządzenia. Jak już wskazano powyżej, wykonawca PMD załączył do oferty wypełniony załącznik nr 2a do SIWZ, stosowne certyfikaty oraz oświadczenia (załącznik nr 10 i 11) potwierdzające powyższe okoliczności, co w świetle zapisów specyfikacji należało uznać za wystarczające, w celu potwierdzenia, istotnych dla zamawiającego wymagań i parametrów technicznych.

Ponadto, w ocenie Izby, Odwołujący, który upatrywał niezgodności treści oferty wykonawcy PMD z treścią SIWZ w tym, że wykonawca ten zaoferował zawór upustowy o przepustowości wyższej niż wymagana przez Zamawiającego, stracił z pola widzenia postanowienie specyfikacji, z którego wynikało, iż remont będący przedmiotem zadania nr 2 polegał na odtworzeniu parametrów użytkowych sekcji albo elementów sekcji, bez zmiany dotychczasowej konstrukcji. Odwołujący, zdaniem Izby, wbrew wynikającemu z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp ciężarowi dowodowemu nie wykazał, by montaż zaworu oferowanego przez PMD mógł spowodować zmianę dotychczasowej konstrukcji obudowy, czy też wytworzenie nowej obudowy zmechanizowanej, co wiązałoby się z koniecznością ponownego wprowadzenia urządzenia do obrotu i przejścia odpowiedniej procedury certyfikacji. Nie wykazał też, ażeby montaż zaworu upustowego o przepustowości większej niż wynikająca z DTR mogła w sposób negatywny wpłynąć na bezpieczeństwo obudowy zmechanizowanej Glinik. Powyższe twierdzenia Odwołującego jako gołosłowne nie mogły zostać uwzględnione przez Izbę.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego w zakresie obowiązku wezwania wykonawcy PMD w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia tłumaczenia legendy rysunku nr 4400100. Jakkolwiek zgodzić należy się z wykonawcą, iż zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w języku polskim, to jednak należy mieć na względzie, iż składane przez wykonawców dokumenty mogą zawierać słowa w języku obcym będące chociażby znakami towarowymi, czy nazwami handlowymi. W przedmiotowej sprawie na podstawie złożonego przez PMD rysunku 4400100 w sposób jednoznaczny można było ustalić kwestionowaną przez Odwołującego wartość przepływu dla zaworu upustowego mierzoną w litrach na minutę. Ponadto wskazać należy, iż ww. parametr spośród innych wskazanych na rzeczonym rysunku jako jedyny liczony był z zastosowaniem ww. jednostki miary. Również stanowisko prezentowane przez Strony i Uczestnika postępowania odwoławczego nie pozostawiało wątpliwości, iż brak było trudności w ustaleniu parametru przepustowości oferowanego przez PMD zaworu w oparciu o informacje wynikające z ww. rysunku.

Nie zasługiwały również na uwzględnienie zarzuty Odwołującego, iż oświadczenia złożone przez HENNLICH s.r.o. (załącznik nr 10 i 11 do SIWZ) zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez p. M. A., tj. osobę, co do której brak jest w ofercie PMD jakichkolwiek informacji, iż jest upoważniona do składania oświadczeń w imieniu HENNLICH s.r.o. Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, iż już z treści załącznika nr 10 i 11 wynika, iż osoba składająca stosowne oświadczenia była uprawniona do reprezentowania producenta oferowanych części zamiennych. Nadto treść złożonego przez Zamawiającego pisma HENNLICH s.r.o. z dnia 23 kwietnia 2019 r. dodatkowo potwierdza, iż p. M. A. był osobą umocowaną do złożenia oświadczeń o treści

wskazanej w ww. załącznikach. Odwołujący z kolei nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego potwierdzającego, iż ww. osoba nie mogła złożyć oświadczeń o treści wyrażonej w ww. załącznikach.

Reasumując powyższe, zdaniem składu orzekającego Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy brak było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy PMD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie sposób również zarzucić Zamawiającemu uchybienia obowiązkowi wynikającemu z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości 3600 zł stanowiącej wynagrodzenie pełnomocnika na podstawie złożonego do akt rachunku.

Przewodniczący: