

Sygn. akt: KIO 1510/13

**WYROK**  
**z dnia 9 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**                      **Emil Kuriata**

**Protokolant:**                              **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2013 r. przez **FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51; 40-698 Katowice**, w postępowaniu prowadzonym przez **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice**,

przy udziale **BEVEX-Bansky Vyskum spol.s.r.o., Kosovska cesta 20; 971 13 Prievidza**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51; 40-698 Katowice i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51; 40-698 Katowice**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51; 40-698 Katowice**, na rzecz **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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:** .....

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dostawę ciągników spalinowych kolejek podwieszanych dla kopalń Kompanii Węglowej S.A.*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 stycznia 2013 roku pod numerem 2013/S 020-031641.

Zamawiający dnia 11 czerwca 2013 roku przesłał wykonawcom zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej.

Dnia 21 czerwca 2013 roku wykonawca FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez BEVEX - Banský Vysoký S.R.O. z siedzibą w Prievidze, pomimo nie spełnienia przez tę ofertę wymagań s.i.w.z., w następującym zakresie:

- 1) w załączniku nr 3 do s.i.w.z. z uwzględnieniem modyfikacji s.i.w.z. z dnia 14 marca 2013 r. dla zadania nr 2a i 2b, sekcja A pkt 14 został zawarty wymóg, aby ciągnik spalinowy posiadał układ hydrauliczny i sterowania pozwalający na wprowadzenie pomiędzy jednostki napędowe zestawu transportowego z wózkami hamulcowymi

o długości do 50 metrów. Tymczasem wykonawca BEVEX - Banský Vysoký S.R.O. na stronie 53 oferty (charakterystyka techniczna), oraz na stronie 54 informuje, że długość całego urządzenia, to jest lokomotywy wraz ze wpiętym zestawem transportowym wynosić może ~ 50 metrów (rys. V na stronie 54 wypisu z instrukcji obsługi). Ponieważ długość samej lokomotywy, bez wpiętego zestawu transportowego, liczona od kabiny do kabiny wynosi około 12 metrów (rys. II na stronie 54 wypisu z instrukcji obsługi), pomiędzy kabiny można wpiąć zestaw transportowy o długości co najwyżej 38 metrów, zatem oferta wykonawcy BEVEX - Banský Vysoký S.R.O. jest niezgodna z s.i.w.z. W załączniku nr 3 do s.i.w.z. z uwzględnieniem modyfikacji s.i.w.z. z dnia 14 marca 2013 r. dla zadania nr 2a i 2b, sekcja A pkt 1 został zawarty wymóg, aby ciągnik spalinowy posiadał zgodną z dopuszczeniem WUG deklarację zgodności i dokumentację/instrukcję możliwości eksploatacji w warunkach opisanych w załączniku nr 1 do SIWZ pkt III. W związku z niezgodnością s.i.w.z. w zakresie, o którym mowa w lit. a) powyżej Zamawiający zwrócił się o z pytaniem „czy dopuszczalne jest dla oferowanego ciągnika wprowadzenie pomiędzy jednostki napędowe zestawy transportowego z wózkami hamulcowymi - o długości do 50m”. W odpowiedzi wykonawca BEVEX - Banský Vysoký S.R.O. wyjaśnił, że w celu dostosowania przedmiotu zamówienia do wymogów s.i.w.z. wystarczy jedynie zmienić długość przewodów hydraulicznych oraz kabla sterowania elektrycznego, przy czym nie została przedstawiona decyzja Prezesa WUG o dopuszczeniu tak zmodyfikowanego przedmiotu umowy ani zmodyfikowany wyciąg z DTR. Zgodnie z art. 113 ust. 12 ustawy Prawo Geologiczne i Górnicze zakres dozwolonych zmian wyrobu, które mogą być dokonane przez producenta w okresie ważności dopuszczenia nie mogą dotyczyć systemów sterowania wyrobem, zaś kabel sterowania elektrycznego, którego długość chce zmienić wykonawca BEVEX - Banský Vysoký S.R.O. jest elementem systemu sterowania wyrobem. Ponieważ BEVEX - Banský Vysoký S.R.O. nie złożył wydanej przez Prezesa WUG decyzji o dopuszczeniu zmodyfikowanego urządzenia, należy uznać, że w ofercie BEVEX - Banský Vysoký S.R.O. brak jest wymaganego w s.i.w.z. dopuszczenia do użytkowania a dołączony wyciąg z DTR nie potwierdza spełnienia tego wymogu. Nadmieniamy, że zamawiający w punkcie VI załącznika nr 1 do s.i.w.z. wymagał dołączenia do oferty m.in. następujących dokumentów: Wypis z dokumentacji technicznej ciągnika oraz dopuszczenie WUG.

- 2) w załączniku nr 3 do s.i.w.z. z uwzględnieniem modyfikacji s.i.w.z. z dnia 14 marca 2013 r. dla zadania 2a i 2b sekcja a pkt 13 wymagane jest bezpośrednio przeniesienie napędu z silników hydraulicznych na koła napędowe ciągnika oraz dodatkowe systemy/rozwiązania wspomagające zapewnienie jazdy bez poślizgu po zawilgoconej trasie. Z wyciągu z dokumentacji techniczno - ruchowej wykonawcy BEVEX - Banský

Vyskum S.R.O. nie wynika, czy oferowany przez wykonawcę produkt spełnia wymagania określone wyżej. Tymczasem z pełnej dokumentacji techniczno - ruchowej oferowanego urządzenia wynika, że „Dla konfiguracji lokomotyw z 4-ma jednostkami napędowymi może być opcjonalnie podłączony do układu siłowników docisku multiplikator. Przy jego pomocy można - w czasie jazdy w dół po upadzie lub w warunkach gorszej przyczepności kół napędowych do toru - zwiększyć ciśnienie w siłownikach docisku. Multiplikator sterowany jest za pomocą rozdzielacza i włączony jest przełącznikiem na pulpicie sterującym.” Z przytoczonego zapisu wynika jednoznacznie, że wspomniany multiplikator jako urządzenie wspomagające zapewnienie jazdy bez poślizgu może być podłączony do maszyny z 4 jednostkami napędowymi, podczas gdy zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ w punkcie 6 wymagał minimum 5 sztuk zespołów napędowych. Z powyższego wynika, że dla wymaganych lokomotyw z pięcioma zespołami napędowymi (zgodnie z SIWZ) nie jest możliwe podłączenie dodatkowych systemów i rozwiązań wspomagających zapewnienie jazdy bez poślizgu po zawilgoconej trasie

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności:
  - a) badania i oceny ofert,
  - b) dopuszczenia firmy BEVEX - Banský Vyskum S.R.O. do aukcji elektronicznej w zadaniu nr 2a i 2b,
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty oraz aukcji elektronicznej w zakresie zadań 2a i 2b, w których uczestniczył BEVEX,
- 4) nakazanie zamawiającemu odrzucenia BEVEX - Banský Vyskum S.R.O. z przyczyn wskazanych w odwołaniu,
- 5) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
- 6) zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym,
- 7) zobowiązanie BEVEX - Banský Vyskum S.R.O do przedłożenia pełnej dokumentacji dopuszczeniowej lokomotywy typu BEVEX 90 zatwierdzonej przez WUG.

Zamawiający dnia 21 czerwca 2013 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu kopię odwołania.

Dnia 24 czerwca 2013 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca BEVEX-Bansky Vyskum spol.s.r.o., Kosovska cesta 20; 971 13 Prievidza.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w razie uwzględnienia odwołania i nakazania powtórzenia zakwestionowanych czynności, aukcja elektroniczna zostanie powtórzona w zakresie zadań 2a i 2b. Z uwagi na zaniżanie cen przez BEVEX Bansky Vyskum S.R.O. w toku aukcji elektronicznej została ustalona cena za oferowane urządzenia nie odzwierciedlająca realiów rynkowych, co wynika chociażby z porównania ceny po aukcji z założonym przez zamawiającego budżetem dla tego zadania. Cena z aukcji wynosiła 2 339 999 zł brutto, a budżet 3 653 100 zł, czyli cena końcowa ustalona została na wartość około 36 % niższą od budżetu.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący wskazał, iż niezgodności parametrów oferowanego przez BEVEX - Bansky Vyskum S.R.O. urządzenia został zauważony przez zamawiającego i potwierdzony przez wykonawcę. Wykonawca zaproponował dostosowanie długości oferowanego urządzenia poprzez odpowiednią zmianę okablowania sterowania elektrycznego oraz układów

hydraulicznych. Jak wynika z decyzji Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 8 kwietnia 2012 r. o dopuszczeniu lokomotywy podwieszanej typu BEVEX 90 produkcji BEVEX - Banský Vysoký S.R.O. zakres dozwolonych zmian wyrobu, które mogą być dokonane przez producenta w okresie ważności dopuszczenia nie mogą dotyczyć zmian wyszczególnionych w art. 113 ust. 12 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. prawo geologiczne i górnicze. Zgodnie z art. 113 ust. 12 pkt 5 ustawy prawo geologiczne i górnicze zmiany w urządzeniu nie mogą dotyczyć min. miejsca obsługi i jego zabezpieczeń oraz systemów sterowania wyrobem. Z korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą w kwestii zmiany parametrów urządzenia, zdaniem odwołującego wynika wprost, że zmiana ma dotyczyć długości przewodów sterowania elektrycznego, a zatem zmiana nie jest objęta dopuszczalną modyfikacją zgodnie z punktem 7 sentencji decyzji Prezesa WUG z dnia 8 kwietnia 2012 r.

Dodatkowo, odwołujący podniósł, że dość lakoniczne wyjaśnienie złożone przez Wykonawcę nie oddaje w pełni problemu wydłużenia maszyny o ponad 12 metrów. Wydłużenie kabla sterującego może skutkować pogorszeniem a nawet zanikiem sygnałów sterujących pomiędzy kabiną a elementami wykonawczymi w przedziale silnikowym. Podobnie wydłużenie przewodów hydraulicznych o około 12 m wiąże się ze wzrostem oporów przepływu oleju hydraulicznego, a tym samym ma wpływ na zachowanie się maszyny w czasie jazdy. Zmiany tego typu powinny być poprzedzone stosownymi badaniami a następnie zaakceptowane przez Wyższy Urząd Górniczy.

Nawet przy założeniu, że zaoferowane przez BEVEX - Banský Vysoký S.R.O. urządzenie zostanie dostosowane do wymogów s.i.w.z. - tj. wydłużone zostaną kable tak, aby pomiędzy jednostki napędowe lokomotywy było możliwe wpięcie zestawu transportowego o długości 50 metrów, to zdaniem odwołującego taka zmiana powoduje zmianę dokumentacji techniczno-ruchowej o której mowa w p-kcie 1.4 dopuszczenia Prezesa WUG, co skutkuje koniecznością co najmniej uzyskania zmiany decyzji Prezesa WUG, a zatem załączone dopuszczenie nie odnosi się do przedmiotu przetargu dla zadania nr 2a i 2b.

Z ostrożności, odwołujący podkreślił, że nawet gdyby uznać Decyzję Prezesa WUG za dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, to celem takiego dokumentu jest i tak potwierdzenie, że oferowane urządzenia spełniają wymagania przedstawione w s.i.w.z. Tymczasem decyzja prezesa WUG z dnia 8 kwietnia 2012 r. nie tylko nie potwierdza spełnienia przez oferowany przedmiot wymagań określonych w s.i.w.z., ale wręcz wskazuje, że oferowany przedmiot tych wymagań nie spełnia. Dokument ten nie mógł także podlegać uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, gdyż nie zostały spełnione przesłanki z art. 26 ust. 3 ustawy PZP, bowiem przedłożony dokument nie jest dokumentem zawierającym błędy. Decyzja ta nie zawiera błędów, ale wskazuje że zaoferowany przedmiot nie spełnia wymagań s.i.w.z. - tj. w szczególności spełnia inne parametry niż określono w

s.i.w.z. Oznacza to, że przedmiot oferowany przez BEVEX - Banský Vysokum S.R.O. nie odpowiada opisanemu w s.i.w.z. przedmiotowi zamówienia, a zatem występuje niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. co do elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego, a taka okoliczność powoduje, że złożona oferta podlega odrzuceniu.

Zgodnie z s.i.w.z. w załączniku nr 3 z uwzględnieniem modyfikacji z dnia 14 marca 2013 r. dla zadania 2a i 2b sekcja A pkt 6 wymagane jest minimum 5 sztuk zespołów napędowych. W Pkt 13 wymagane jest też bezpośrednio przeniesienie napędu z silników hydraulicznych na koła napędowe ciągnika oraz dodatkowe systemy/rozwiązania wspomagające zapewnienie jazdy bez poślizgu po zawilgoconej trasie. Wyciąg z DTR wykonawcy BEVEX - Banský Vysokum S.R.O. pomija kwestię zastosowania rozwiązań polegających na zapewnieniu dla lokomotywy o pięciu zespołach napędowych rozwiązania, które spełniałoby w/w wymóg określony w załączniku nr 3 do SIWZ. Z wiedzy odwołującego wynika, że w pełnej Dokumentacji Techniczno - Ruchowej dla lokomotywy typu BREVEX 90 produkcji BEVEX - Banský Vysokum S.R.O. istnieje zapis, zgodnie z którym systemy/rozwiązania wspomagające zapewnienie jazdy bez poślizgu po zawilgoconej trasie (wymóg w zał. nr 3 do SIWZ dla zadania 2a i 2b, pkt 13) jest opcjonalnie możliwy do zainstalowania jedynie dla lokomotywy z czterema jednostkami napędowymi.

Wynika stąd, że wykonawca BEVEX - Banský Vysokum S.R.O. nie jest w stanie dostarczyć zamawiającemu urządzenia spełniającego jednocześnie dwa z zawartych w s.i.w.z. wymogów – pięć jednostek napędowych oraz dodatkowy system zapewniający jazdę bez poślizgu po zawilgoconej trasie, co czyni ofertę BEVEX - Banský Vysokum S.R.O. niezgodną z wymaganiami s.i.w.z., a w związku z tym oferta ta powinna zostać odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę na zarzut podniesiony przez zamawiającego i przystępującego dotyczący posiadania, czy też braku posiadania interesu we wniesieniu odwołania.

Izba wskazuje, że w zakresie zadania Nr 2b odwołujący nie legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący kwestionuje bowiem czynność zamawiającego dotyczącą zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, jednocześnie nie zwracając uwagi na fakt, iż w wyniku przeprowadzonej czynności zamawiającego – przeprowadzonej aukcji elektronicznej – oferta odwołującego przedstawiała najniższą cenę, co oznacza, że temu wykonawcy zostanie udzielone przedmiotowe zamówienie w zakresie zadania Nr 2b. Istotą rozumienia interesu we wnoszeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jest

bowiem kwestionowanie czynności bądź zaniechań zamawiającego, w zakresie interesu odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia. Skoro zatem odwołującemu, w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej zostanie udzielone zamówienie to oczywistym jest, że brak jest po stronie odwołującego interesu w kwestionowaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

Odnoszą się zaś do zadania Nr 2a, Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że przeprowadzona aukcja elektroniczna, choć sama czynność nie jest kwestionowana przez odwołującego, może zostać unieważniona przez zamawiającego, w wyniku ewentualnego uznania zarzutów odwołania za zasadne. Tym samym wypełniła się przesłanka określona przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż odwołujący może mieć interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Bez znaczenia jest przy tym okoliczność, iż w wyniku przeprowadzonej aukcji, w przypadku odrzucenia oferty przystępującego, oferta odwołującego uplasuje się na 2 pozycji, gdyż zamawiający, w przypadku uznania zarzutów za zasadne zobowiązany byłby do unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji, odrzucenia oferty przystępującego i przeprowadzenia ponownie aukcji, w której to odwołujący miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Nadto Izba wskazuje, że zarzut, choć niewyrażony bezpośrednio, jednak wynikający z treści odwołania dotyczący rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez przystępującego w zadaniu Nr 2b, jest niezasadny. Izba wskazuje, że w przedmiotowym zadaniu cenę najkorzystniejszą, w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej zaoferował odwołujący. Tym samym odnoszenie się do ceny przystępującego, który złożył ofertę droższą i stawianie w tym zakresie zarzutów, niepopartych ponadto żadnymi dowodami, świadczy o błędnym stanowisku odwołującego i nie może stanowić do uznania tego zarzutu za zasadnego.

W zakresie zarzutów dotyczących długości zestawu transportowego z wózkami hamulcowymi o długości do 50 m oraz zarzutu dotyczącego systemu/rozwiązania wspomagającego zapewnienie jazdy bez poślizgu po zawilgoconej trasie, Izba uznała te zarzuty za niezasadne.

Zdaniem odwołującego oferta przystępującego nie spełnia warunku specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz modyfikacją z dnia 14 marca 2013r. *„aby ciągnik spalinowy posiadał układ hydrauliczny i sterowania pozwalający na wprowadzenie pomiędzy jednostki napędowe zestawu transportowego z wózkami hamulcowymi długości do 50 metrów”*.

Odwołujący zarzucił, że w odpowiedzi na zapytanie zamawiającego dotyczące możliwości wprowadzenia pomiędzy jednostki napędowe zestawu transportowego o długości do 50



metrów „wyjaśnił, że w celu dostosowania przedmiotu zamówienia do wymogów SIWZ wystarczy jedynie zmienić długość przewodów hydraulicznych oraz kabla sterowania elektrycznego, przy czym nie została przedstawiona decyzja Prezesa WUG o dopuszczeniu lak zmodyfikowanego przedmiotu umowy ani zmodyfikowany wyciąg z DTR ”.

Zarzut ten jest nieuzasadniony. Izba wskazuje, że na wezwanie zamawiającego z dnia 4 czerwca 2013 r. „Należy wyjaśnić czy dopuszczalne jest dla oferowanego ciągnika wprowadzenie pomiędzy jednostki napędowe zestawu transportowego z wózkami hamulcowymi – o długości do 50 m.”, przystępujący w swojej odpowiedzi z dnia 7 czerwca 2013r. wyjaśnił zamawiającemu, że „dopuszczalne jest dla zaoferowanego ciągnika wprowadzenie pomiędzy jednostki napędowe zestawu transportowego z wózkami hamulcowymi o długości do 50 m. Wiąże się to jedynie z koniecznością zastosowania odpowiedniej długości przewodów hydraulicznych oraz kabla sterowania elektrycznego.” Treść odpowiedzi nie zawiera zatem żadnych twierdzeń na temat rzekomej konieczności dostosowania przedmiotu zamówienia do wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jedynie informację, że przedmiot zamówienia umożliwia wprowadzenie zestawu transportowego o długości do 50 m i że wymaga to jedynie zastosowania odpowiedniej długości kabla sterowania elektrycznego oraz przewodów hydraulicznych - co jest w zasadzie oczywiste w takim przypadku i nie stanowi żadnej modyfikacji przedmiotu zamówienia, bowiem możliwość wprowadzenia zestawu transportowego o takiej długości jest cechą immamentną zaoferowanego ciągnika. W istocie zaoferowany ciągnik może być złożony na różne sposoby i umożliwia wprowadzenie zestawów transportowych o różnej długości - w tym do 50 metrów.

Izba wskazuje, iż posiadane dopuszczenie Prezesa WUG dotyczy każdego wariantu długości ciągnika wraz z zestawem transportowym, w tym również o długości do 50 metrów. Nie zachodzi zatem w przedmiotowej sprawie zmodyfikowanie, czy też dostosowanie przedmiotu zamówienia do wymogów s.i.w.z., albowiem przedmiot zamówienia od samego początku, tj. od złożenia oferty, spełniał wymogi s.i.w.z.

Na potwierdzenie takiego stanu rzeczy przystępujący przedłożył wybrane karty z oryginalnej Instrukcji obsługi zaoferowanego urządzenia (strona nr 6 i 42), z których treści wynika, że oferowany przedmiot zamówienia umożliwia wprowadzenie pomiędzy jednostki napędowe ciągnika zestawu transportowego o długości do 50 metrów przy zastosowaniu maksymalnej długości kabla elektrycznego do 55 metrów (oraz co jest jednoznaczne odpowiedniej długości przewodów hydraulicznych.). Kompletny zestaw o takiej długości był również przedmiotem badania przez jednostkę notyfikowaną i jej raport z przeprowadzonych badań został zatwierdzony przez Prezesa WUG.

Ponadto, przystępujący przedłożył rysunek schematyczny kompletnego układu z zestawem transportowym o długości do 50 metrów, kiedy to kabel sterowania elektrycznego ciągnika posiada długość 54,2m. Powyższej okoliczności odwołujący nie zakwestionował.

Odwołujący zarzucił przystępującemu, że nie spełnia wymogu „*możliwości zastosowania dodatkowych systemów/rozwiązań wspomagających zapewnienie jazdy bez poślizgu po zawilgoconej trasie*”. Na poparcie tego zarzutu odwołujący wskazał zapis z dokumentacji techniczno-ruchowej (DTR/Instrukcja obsługi urządzenia), z którego ma wynikać niemożliwość zastosowania dodatkowych układów wspomagających jazdę bez poślizgu na zawilgoconych trasach w postaci multiplikatora w zestawie z minimum 5-zespołami napędowymi: *„Dla konfiguracji lokomotyw z 4-ma jednostkami napędowymi może być opcjonalnie podłączony do układu siłowników docisku multiplikator. Przy jego pomocy można - w czasie jazdy w dół po upadzie lub w warunkach gorszej przyczepności kół napędowych do toru zwiększyć ciśnienie w siłownikach docisku. Multiplikator sterowany jest za pomocą rozdzielacza i włączony jest przełącznikiem na pulpicie sterującym.”*

W ocenie Izby z zapisu tego wynika, że przystępujący posiada takie rozwiązanie do poprawy przyczepności kół napędowych ciągnika na zawilgoconych trasach i jednocześnie zapis ten nie wyklucza zastosowania takiego multiplikatora do zestawu z 5-jednostkami napędowymi. Fakt ten potwierdza oświadczenie przystępującego złożone wraz na stronach nr 41 oraz nr 46 oferty na zadanie „2a” i zadanie „2b”, w których przystępujący potwierdził posiadanie bezpośredniego przeniesienia napędu z silników hydraulicznych na kola napędowe ciągnika oraz dodatkowego systemu/rozwiązania wspomagającego jazdę urządzenia bez poślizgu po zawilgoconej trasie (pkt. 13 i 50 tabeli opisu odpowiednio dla zadania nr 2a i 2b Załącznika nr 3 do s.i.w.z.).

Przystępujący przedłożył schemat instalacji hydraulicznej dla lokomotywy w wersji bez odłączanych jednostek napędowych (z 4 jednostkami napędowymi) oraz w wersji będącej przedmiotem zamówienia z 5 jednostkami napędowymi, z których wynika, że istnieje możliwość zastosowania układu wspomagającego jazdę bez poślizgu (multiplikatora) także w lokomotywie z 5 jednostkami napędowymi bez dokonywania modyfikacji układu hydraulicznego oferowanego ciągnika.

Ponadto Izba zwraca uwagę, że zgodnie z przepisem art. 113 ust. 12 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 roku – Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. 2011 Nr 163, poz. 981 z późn. zm.) zmiany, o których mowa w ust. 11 pkt 6, nie mogą dotyczyć:

- 1) obniżenia wytrzymałości poszczególnych elementów wyrobu;
- 2) cech wyrobu, których zmiana może powodować ograniczenie zakresu jego stosowania lub wymaga zmiany warunków jego stosowania;
- 3) wyposażenia wyrobu, które służy do zwalczania zagrożeń naturalnych oraz zagrożenia pożarowego;

- 4) zabezpieczeń mechanicznych i elektrycznych wyrobu, jeżeli obniżają poziom bezpieczeństwa;
- 5) miejsca obsługi i jego zabezpieczeń oraz systemów sterowania wyrobem;
- 6) osłon części ruchomych wyrobu;
- 7) zakresu stosowania wyrobu

Ustę 11 pkt 6 ww. przepisu określa zakres dozwolonych zmian wyrobu, które mogą być dokonane, w okresie ważności dopuszczenia, przez producenta albo podmiot wymieniony w ust. 5 pkt 3 - w przypadku wykonania wyrobu jednostkowo.

Jak wynika z powyższego, zakres dostosowywania przedmiotu oferty do wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie nakłada na przystępującego obowiązku dokonania stosownego zgłoszenia do Prezesa WUG, jak też nie wywołuje skutku w postaci obowiązku przeprowadzenia dodatkowych badań.

Dowody zgłoszone przez odwołującego w postaci odpowiedzi z Departamentu Energomechanicznego Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 27 czerwca 2013 roku oraz Decyzja Zmieniająca Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 10 kwietnia 2013 roku, również nie potwierdzają słuszności stawianych przez odwołującego zarzutów.

Z przedłożonych dowodów wynika jedynie, że:

- 1) w okresie ważności dopuszczenia mogą być dokonane, przez producenta, zmiany w wyrobie, które nie dotyczą zmian określonych w art. 113 ust. 12 prawa geologicznego i górniczego,
- 2) Fabryka Maszyn Górniczych PIOMA S.A. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim wystąpiła do Prezesa WUG w sprawie zmiany ostatecznej decyzji Prezesa WUG z dnia 2 listopada 2011 roku i zmianę przedmiotowej decyzji otrzymała.

Tym samym uznać należało, że ww. dowody, nie potwierdzają okoliczności podnoszonych przez odwołującego, pozostają bez wpływu na wynik rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:** .....