

Sygn. akt: KIO 2603/20

WYROK
z dnia 2 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2020 r. przez Odwołującego – **SMT Scharf Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Przemysłowa 55, 44-100 Tychy

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna**, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – SMT Scharf Polska Sp. z o.o. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – SMT Scharf Polska Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego – SMT Scharf Polska Sp. z o.o. na rzecz Zamawiającego – Polska Grupa Górnicza S.A. kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Polska Grupa Górnicza S.A. z/s w Katowicach w celu zawarcia umowy ramowej na *Świadczenie usług remontowych podzespołów kolejek dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A.* (nr postępowania 421903346), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 29.04.2020r., 2020/S 084-199818, wobec zaniechania wykluczenia z postępowania na zadanie nr 6 i 7 Piadrem s.c. Wykonawca SMT Scharf Polska Sp. z o.o. wniósł w dniu 12 października 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2603/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p. w związku z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania Piadrem s.c. z siedzibą w Mysłowicach, dalej „Piadrem”, mimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, a jego oferta nie jest jednoznaczna ze zobowiązaniem sformułowanym w części VIII pkt 1.1. SIWZ w związku z treścią załącznika nr 1 do SIWZ – Szczegółowy zakres zamówienia - pkt VII.2.1 oraz pkt VIII lit. a), b) i c);
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. w związku z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Piadrem z postępowania, mimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz, że jego oferta jest jednoznaczna ze zobowiązaniem sformułowanym w części VIII pkt 1.1. SIWZ w związku z treścią załącznika nr 1 do SIWZ – Szczegółowy zakres zamówienia pkt VII.2.1 oraz pkt VIII lit. a), b) i c), podczas gdy Piadrem nie posiada wymaganego powołaną normą PN-EN 60079-19 Systemu Zarządzania Jakością, ani też nie posiada licencji (autoryzacji) producenta na wykonywanie remontów, a nie znając dokumentacji urządzeń nie jest w stanie wykonać remontu przedmiotu zamówienia lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania ww. warunku oraz zobowiązania;
3. art. 26 ust. 4 p.z.p. poprzez zaniechanie czynności wezwania Piadrem do złożenia wyjaśnień w zakresie określonym:

- a) w treści załącznika nr 1 do SIWZ – Szczegółowy zakres zamówienia pkt VII.2.1., a to wskazania czy Piadrem na dzień składania oferty spełnia wymogi przywołanej normy PN-EN 60079-19 Atmosfery wybuchowe. Część 19: Naprawa, remont i regeneracja urządzeń i posiada zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt 4.4. tej normy System Zarządzania Jakością, uwzględniający udokumentowane procedury zapewniające wykonanie pracy według uzgodnionego renowacyjnego programu jakości;
 - b) oraz w treści załącznika nr 1 do SIWZ - Szczegółowy zakres zamówienia pkt VIII lit. a) i b), a to do wyjaśnienia czy wobec złożenia oferty, w której Piadrem stwierdza, że przedmiot zamówienia wykona samodzielnie, bez udziału innych wykonawców, jak też, że nie zleci osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia, w jaki sposób remont zostanie wykonany zgodnie z dobrą praktyką inżynierską, w celu przywrócenia parametrów określonych w DTR / instrukcji użytkownika, a także w jaki sposób wyremontowany podzespół lub silnik spalinowy do kolejek produkcji Scharf będzie posiadał poziom bezpieczeństwa co najmniej równy poziomowi bezpieczeństwa wymaganego przez pierwotne regulacje będące podstawą wprowadzenia ich do obrotu, a także, iż nie spowoduje to wytworzenia nowej maszyny / urządzenia i nie będzie wymagane dokonanie ponownego wprowadzenia wyrobów do obrotu zgodnie z aktualnie obowiązującym stanem prawnym, przy uwzględnieniu okoliczności, iż Piadrem nie posiada licencji (autoryzacji) na wykonywanie tego rodzaju prac udzielonej przez producenta, a nie znając dokumentacji urządzeń nie jest w stanie wykonać remontu przedmiotu zamówienia;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 5 p.z.p. poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Piadrem, mimo, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz została ona złożona przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 6 i 7, powtórzenie czynności badania i oceny oferty Piadrem, w tym wezwanie do wyjaśnienia, czy na dzień składania ofert spełniał (i nadal spełnia) wymogi normy PN-EN 60079-19 Atmosfery Wybuchowe, Część 19: Naprawa, remont i regeneracja urządzeń i posiada zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt 4.4. tej normy System Zarządzania Jakością, uwzględniający udokumentowane procedury zapewniające wykonanie prac według uzgodnionego renowacyjnego programu jakości (jeśli tak to jaki dokładnie jest to system), a także czy

posiada licencję (autoryzację) producenta na wykonanie remontów urządzeń objętych zadaniami 6 i 7, wykluczenie Piadrem z postępowania oraz odrzucenie jego oferty na zadania nr 6 i 7.

Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 02.10.2020r.

Uzasadnienie zarzutów.

Wykonawcy winni spełniać warunki udziału w postępowaniu, m.in. wykazać się zdolnością techniczną lub zawodową, a złożone oferty są równoznaczne ze zobowiązaniem wykonania remontu, m.in. zgodnie z aktualnym stanem wiedzy technicznej, zasadami dobrej praktyki inżynierskiej, aktualnymi normami dotyczącymi remontów urządzeń i podzespołów budowy przeciwwybuchowej, z uwzględnieniem normy PN-EN 60079-19 Atmosfery Wybuchowe. Część 19: Naprawa, remont i regeneracja Urządzeń.

W pkt 4.4. powołanej normy wskazuje się, iż naprawa i remont powinny być wykonywane przez zakłady naprawcze posiadające System Zarządzania Jakością, przy czym w treści normy wyraźnie zaznaczono, iż remont urządzeń przeciwwybuchowych obejmuje specjalne techniki, dlatego też system Zarządzania Jakością powinien zawierać udokumentowane procedury zapewniające wykonanie pracy według uzgodnionego renowacyjnego programu jakości, a w zakresie dodatkowych informacji zastosowanie ma ISO 9001. Według informacji pozyskanej telefonicznie od Piadrem wykonawca ten nie posiada wdrożonego Systemu Zarządzania Jakością (notatka z 17.07.2020r.).

Ponadto, norma nakłada na użytkownika – Zamawiającego – upewnienie się, czy dany zakład naprawczy może wykazać zgodność z odpowiednimi postanowieniami normy. Tym samym Zamawiający był zobowiązany odebrać od wykonawcy co najmniej oświadczenie, iż może on wykazać zgodność z odpowiednimi postanowieniami normy.

Piadrem nie spełnia wymagania z pkt 4.1. normy, określającego ogólne zasady napraw i remontów, które muszą być uznane za zgodne z certyfikatem, co ma miejsce gdy stosowane są części wyprodukowane przez producenta lub części wymienione w rozdziale 4.4.1, a naprawy lub zmiany wykonywane są dokładnie tak jak określono w treści normy lub dokumentacji certyfikacyjnej oraz gdy realizowane są one przez kompetentne osoby. Wykonawca nie posiada licencji (autoryzacji) producenta – Scharf, a nie znając dokumentacji certyfikacyjnej urządzeń nie jest w stanie samodzielnie wykonać remontu przedmiotu zamówienia. Piadrem bezzasadnie zaoferował zgodnie z siwz realizację zamówienia nie mając legalnego dostępu ani do dokumentacji ani do części.

Ponadto, wskazane w załączniku nr 3 – wykazie usługi wszystkie dotyczyły urządzeń niezwiązanych z transportem podwieszonym (głównie siłowniki hydrauliczne i pompy hydrauliczne do spągłodowarek, podzespoły do kruszarek), a właśnie tego rodzaju urządzeń (podwieszanych) dotyczą zadania nr 6 i 7. Powyższe oznacza, że Piadrem w zakresie usług serwisowych, remontowych lub innych polegających na naprawie lub modernizacji maszyn/urządzeń podwieszanych zastosowanych w przemyśle lub w zakładach górniczych, nie ma żadnego doświadczenia.

- Siłowniki hydrauliczne – nie są tożsame z siłownikami stosowanymi w kolejkach produkcji Scharf posiadanych przez Zamawiającego, których remont stanowi przedmiot zadań 6 i 7- nie są one ani takie same, ani tego samego typu, mają różne parametry, w zależności od zastosowania. Dla przykładu – w układach stosowanych w systemach transportu podwieszonymo krytyczny z punktu widzenia bezpieczeństwa parametr – ciśnienie oleju hydraulicznego – jest mierzony stale, bo właściwe ciśnienie i konstrukcja siłownika dają pewność jego sprawnego działania, tymczasem w siłownikach stosowanych w pozostałych maszynach górniczych ciśnienie nie jest monitorowane wcale, jest ustawione jedynie na poziomie maksymalnym, bowiem ciśnienia w układach roboczych są dla większości urządzeń na podobnym poziomie.
- Pompy hydrauliczne Bosch-Rexroth – podzespół katalogowy ogólnie dostępny możliwy do zamówienia u producenta, co wymaga znajomości specjalnego kodu, który identyfikuje daną konfigurację (znana wyłącznie Scharf, a Zamawiający nie określił jej typu). Remont pompy wymaga specjalnego oprzyrządowania i wiedzy, a brak tej wiedzy może skutkować niewłaściwym działaniem albo uszkodzeniem pompy. Doświadczenie Piadrem w remontach hydraulicznych pomp zębatych nie będzie przydatne dla prawidłowego wykonania remontu o wiele bardziej skomplikowanych pomp wielotłoczkowych. Kompletną wiedzę oraz niezbędne doświadczenie może posiadać tylko producent silnika.

Według Odwołującego, Piadrem oferując w zadaniu nr 7 wykonanie remontu kompletnego ciągnika spalinowego kolejki podwieszanej DZ1500 2+2 nie będzie mógł wykonać tego zadania bez wytworzenia nowej maszyny (m.in. ze względu na brak dokumentacji, wiedzy i doświadczenia oraz brak dostępu do wszystkich niezbędnych części zamiennych). Piadrem oświadczył jednocześnie, że nie wytworzy nowej maszyny, co patrząc na zakres pozycji nr 40 zadania nr 6 jest niemożliwe.

Odwołujący wskazał na specyfikę rozwiązań producenta (objęte zadaniami nr 6 i 7), opisanych w dokumentacji oraz przebadanych w certyfikowanych jednostkach badawczych, gwarantujących spełnienie norm przeciwybuchowych napędów spalinowych wskazując, iż

bez legalnego umocowania w postaci licencji, nikt poza producentem oraz licencjonobiorcami nie dysponuje wiedzą ani dokumentacją pozwalającą na produkcję lub wykonanie remontu podzespołów w obudowie przeciwwybuchowej lub całej maszyny, w sposób zapewniający spełnienie wymagań dyrektywy (maszynowa i ATEX) oraz normy. Odwołujący wskazał na przykład wadliwego remontu silnika spalinowego D924T-EX z ciągnika podwieszanego Scharf DZ1500, zakończonego brakiem dopuszczenia do dalszej eksploatacji.

Zamawiający w siwz odwołał się do zapisów rozporządzenia Ministra Energii z 23.11.2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. z 2017r., poz. 1118), do którego załącznik nr 3 w pkt 9.11.2 stanowi, że remonty urządzeń wykonuje się zgodnie z aktualnym stanem wiedzy technicznej, zasadami dobrej praktyki inżynierskiej i aktualnymi normami dotyczącymi remontów urządzeń i podzespołów budowy przeciwwybuchowej. Przywołana przez Zamawiającego norma PN-EN 60079-19 nie obejmuje aktualnego stanu wiedzy z zakresu napędów spalinowych (silnik oraz układ dolotowy) oraz systemów ochrony (przerwywacze płomienia w układzie dolotowym i wylotowym). Nie podaje ona żadnych wytycznych w zakresie napraw urządzeń nielektrycznych (dotyczące tych urządzeń normy 80079-36, -37, -38), napraw silnika spalinowego, napraw przerywaczy płomienia, napraw i modyfikacji układu zabezpieczeń silnika spalinowego.

Piadrem oświadczył, iż wykona zamówienie samodzielnie, nie posiada żadnej autoryzacji producenta urządzeń i nie zwracał się o dostęp do dokumentacji oraz nie składał zapytania o części zamienne. Oznacza to, iż nie posiada aktualnej wiedzy technicznej wymaganej do należytego przeprowadzenia remontu. Spełnienie przez ten podmiot jedynie wymagań normy PN-EN 60079-19 nie będzie w takim przypadku wystarczające i nie zapewni pełnej zgodności remontowanego urządzenia, bowiem wskazana norma dotyczy urządzeń elektrycznych, a nie silników spalinowych i nielektrycznych podzespołów kolejek. Instrukcja obsługi przynależna do danego ciągnika kolejki podwieszanej, będąca w posiadaniu użytkownika (Zamawiającego), którą mógłby przekazać Wykonawcy, nie jest dokumentem, na podstawie którego możliwe jest właściwe i bezpieczne przeprowadzenie remontu podzespołów ciągnika lub ciągnika w całości. Nie umożliwia też poprawnego odtworzenia ciągnika ani jego podzespołów, które do remontu zwykle są dostarczane w stanie ponadnormatywnego zużycia, w stanie uniemożliwiającym ich poprawną identyfikację lub są niekompletne.

W ocenie Odwołującego oferta Piadrem wskazuje na rażące niedbalstwo, o ile nie na celowe działanie zmierzające do wprowadzenia w błąd, co do spełniania przez Piadrem warunku

udziału w postępowaniu w wymaganym zakresie, co miało, a co najmniej mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17).

Chociaż z zaświadczeń KRK wynika, iż wspólnicy spółki cywilnej nie byli karani, to wobec każdego z nich prowadzone było postępowanie karne i karno-skarbowe dotyczące między innymi użycia sfałszowanego dokumentu, nierzetelnego prowadzenia ksiąg rachunkowych i nierzetelnego wystawiania faktur, które zakończyło się warunkowym umorzeniem postępowania, z ustaleniem okresu próby na 1 rok. Powinno to zwiększyć czujność Zamawiającego, który powinien zwrócić się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień co do spełniania wymagań wynikających z siwz i powołanej normy.

Chociaż z treści załącznika nr 3 do siwz (wykaz usług) wynika, iż Piadrem świadczył usługi serwisowe, remontowe lub inne polegające na naprawie lub modernizacji maszyn/urządzeń zastosowanych w przemyśle lub zakładach górniczych, jednak żadne z nich nie dotyczy urządzeń związanych z transportem podwieszonym (głównie siłowniki hydrauliczne i pompy hydrauliczne do spągładowarek, podzespoły do kruszarek).

Opisane zaniechania Zamawiającego, prowadzące w efekcie do zezwolenia na wykonywanie prac remontowych przez podmiot nieposiadający ku temu odpowiedniej wiedzy i kompetencji, będzie miało wpływ na zwiększenie istniejących zagrożeń ludzkiego życia i zdrowia na dole kopalni. Takie zachowanie Zamawiającego świadczy o nadużyciu przysługujących mu praw podmiotowych i nie może podlegać ochronie prawnej.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił w terminie, tj. 16.10.2020r. Wykonawca FAMUR S.A z siedzibą w Katowicach.

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron uznała opozycję Zamawiającego podniesioną wobec przystąpienia wykonawcy, który nie złożył oferty na część 6 i 7 zamówienia. Na posiedzeniu nie stawili się przedstawiciele Wykonawcy zgłaszającego przystąpienie, a Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które pozwalałyby uznać, iż rozstrzygnięcie na korzyść Odwołującego zarzutów będzie miało wpływ na interes tego Wykonawcy. Zawarcie umowy ramowej wyłącznie z Odwołującym na część zamówienia, na którą przystępujący nie złożył oferty nie odnosi się w żaden sposób na sytuację faktyczną lub prawną tego podmiotu. W świetle powyższego Izba nie dopuściła przystępującego po stronie Odwołującego do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze jego uczestnika.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba uznała, iż Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, może być z nim zawarta umowa ramowa, a tym samym ubiega się o zamówienie ma interes w złożeniu odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Sytuacja Odwołującego wymaga podjęcia kroków prawnych w celu uchylenia skutków niekorzystnych dla tego wykonawcy decyzji o wyborze kolejnej oferty wykonawcy, który na etapie realizacji zamówień wykonawczych będzie konkurował z Odwołującym o zamówienie publiczne. Tym samym spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w zakresie związanym z podstawą faktyczną zarzutów, tj. oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu, Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej na świadczenie usług remontowych podzespołów kolejek dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A.

Zamawiający w siwz w pkt VIII pkt 1.1 siwz określił warunek dotyczący zdolności technicznej wymaganej od wykonawców, tj.

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje usługi polegające na świadczeniu usług serwisowych, remontowych lub innych polegających na naprawie lub modernizacji maszyn/urządzeń zastosowanych w przemyśle lub z w zakładach górniczych o łącznej wartości brutto co najmniej:

dla zadania 6 Remont podzespołów kolejek produkcji SCHARF – 405 000,00 zł brutto

dla zadania 7 Remont silników spalinowych do kolejek produkcji SCHARF – 46 000,00 zł brutto.

Wykonawca potwierdzał spełnienie warunku dokumentem – wykazem usług wraz z dowodami określającymi, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Ponadto, wykonawcy składali informacje z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (część XI siwz).

W załączniku nr 1 do siwz Zamawiający zamieścił szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określając zakres czynności remontu podstawowego (dotyczy wszystkich zadań), dodatkowego zakresu czynności, m.in. dla zadania nr 6 i 7.

Zamawiający wymaga wykonania zamówienia w zgodzie z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa, tj. m.in. Ustawy z dnia 09.06.2011r. Prawo geologiczne i górnicze wraz z aktami wykonawczymi: rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004r. w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz. U., poz. 1003 z 2005 r., poz. 695 oraz z 2007 r. poz. 1853), rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. 2019 poz. 1880 z późn. zm.). W pkt VII.2 załącznika nr 1 Zamawiający określił, iż dla urządzeń budowy przeciwwybuchowej przedmiot zamówienia (sposób wykonania usługi) winien spełniać wymagania wynikające z poniższych norm:

1. PN-EN 60079-19 Atmosfery wybuchowe. Część 19: Naprawa, remont i regeneracja urządzeń.

W przypadku wejścia w życie nowych aktów prawnych, związanych z realizacją niniejszego postępowania przedmiot zamówienia musi spełniać wymagania prawne obowiązujące w dniu realizacji.

Zgodnie z pkt VIII załącznika nr 1 do siwz: *Złożenie oferty w niniejszym postępowaniu jest równoznaczne z następującym zobowiązaniem Wykonawcy:*

W odniesieniu do urządzeń budowy przeciwwybuchowej – zadanie nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28 i 29.

a) remont będący przedmiotem niniejszego postępowania, wykonany będzie w sposób gwarantujący bezpieczną eksploatację wyremontowanego urządzenia / podzespołu / elementu / części zamiennej i nie spowoduje wytworzenia nowej maszyny/urządzenia – w związku z tym nie Nr postępowania 421903346 Polska Grupa Górnicza S.A. Świadczenie usług remontowych podzespołów kolejek dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. WB strona 19 AJ20200220 będzie wymagane dokonanie ponownego wprowadzenia wyrobów do obrotu, zgodnie z aktualnie obowiązującym stanem prawnym,

b) remont urządzenia / podzespołu / elementu / części zamiennej będący przedmiotem niniejszego postępowania, wykonany będzie zgodnie z dobrą praktyką inżynierską, w celu

przywrócenia parametrów określonych w DTR/instrukcji użytkowania. Maszyna lub urządzenie, 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 wykonany zostanie zgodnie z aktualnym stanem wiedzy technicznej, zasadami dobrej praktyki inżynierskiej aktualnymi normami dotyczącymi remontów urządzeń i podzespołów budowy przeciwwybuchowej,

d) wyremontowane urządzenie / podzespół / element / część zamienna zostanie po remoncie odebrane przez rzeczoznawcę.

W wymaganiach dodatkowych – pkt IX załącznika nr 1 do siwz:

1. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zlecenia oceny urządzenia po remoncie ekspertowi z uprawnieniami rzeczoznawcy ds. ruchu zakładu górniczego lub ekspertowi jednostki certyfikującej wyroby w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia.

2. Urządzenia budowy przeciwwybuchowej, po wykonanym remoncie mogą być odebrane po stwierdzeniu przez Wykonawcę remontu, że odpowiadają dokumentacji technicznoruchowej/instrukcji użytkowania oraz poświadczeniu przez Wykonawcę remontu zgodności w karcie ewidencyjnej – jeżeli dotyczy.

3. Poza cennikami z cenami jednostkowymi za wykonanie remontu podstawowego, Wykonawca załącza pozycje części zamiennych oraz czynności remontowych w zakresie zapewniającym Wykonawcy (w jego ocenie) możliwość wykonania remontu rozszerzonego w odniesieniu do każdego zadania, na które została złożona oferta. **W trakcie realizacji usługi/ oceny oferty w postępowaniu wykonawczym, w przypadku, gdy w zakresie rzeczowym remontu wystąpią części, podzespoły lub czynności remontowe, których Wykonawca nie wykazał w ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu przetargowym (w cenniku części zamiennych i czynności remontowych – Załącznik nr 2b do SIWZ) Zamawiający przyjmie, że te ceny i czynności nie są istotne i ich koszt uwzględniony został przez Wykonawcę w cenie remontu podstawowego.**

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba oddaliła odwołanie w całości.

Na wstępie należy zauważyć, iż Odwołujący opierał zarzuty kierowane wobec oceny oferty Piadrem s.c. na ocenie przygotowania zawodowego tego podmiotu, tj. możliwości prawidłowej realizacji usługi, która w jego ocenie wymaga wykonania remontu podzespołów kolejek przez podmiot posiadający licencję producenta urządzeń, tj. SCHARF. Odwołujący

uznał, iż samo potwierdzenie doświadczenia opisanego przez Zamawiającego w warunkach udziału w postępowaniu nie daje podstawy do uznania, iż zamówienie zostanie wykonane zgodnie z aktualną wiedzą techniczną, która wymaga uzyskania dostępu do dokumentacji projektowej, jaką dysponuje producent urządzenia. Na tej podstawie formułował wnioski o braku spełniania warunków udziału w postępowaniu, wprowadzeniu Zamawiającego w błąd jak również niezgodności oferty z siwz. oraz czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Izba uznała, iż ocena podmiotowa Wykonawcy Piadrem s.c w zakresie zdolności technicznej dokonana została przez Zamawiającego w zgodzie z opisanymi i wiążącymi w postępowaniu warunkami udziału. Odwołujący nie kwestionował przygotowania zawodowego wykonawcy Piadrem do wykonania remontu w zakresie, w jakim wynika ono z opisu warunku udziału w postępowaniu, tj. wykonania *usług serwisowych, remontowych lub innych polegających na naprawie lub modernizacji maszyn/urządzeń zastosowanych w przemyśle lub z w zakładach górniczych*. Odwołujący traktował to doświadczenie jako niewystarczające dla pozytywnej weryfikacji zdolności Wykonawcy do wykonania przedmiotu objętego zadaniem nr 6 i 7, które w jego ocenie wymaga wykonania przez podmiot posiadający licencję producenta urządzeń SCHARF. Oddalając zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania Piadrem s.c Izba związana była treścią warunku udziału w postępowaniu, który Wykonawca potwierdził zgodnie ze sposobem oceny wskazanym przez Zamawiającego. Na obecnym etapie postępowania próba rozszerzenia oceny na nowe, niewymienione w siwz przesłanki, nie może odnieść skutku prawnego w postaci uznania, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie ustalił warunku w taki sposób, aby dla oceny przygotowania zawodowego wystarczającego do realizacji zamówienia konieczne było wykazanie się realizacją usługi naprawy lub modernizacji urządzeń transportu podwieszonoego. Zamawiający nie miał zatem podstaw do weryfikowania doświadczenia wykonawcy pod kątem, tego rodzaju zamówień. Odwołujący nie kwestionował na wcześniejszym etapie treści ogłoszenia oraz siwz, co miało ten skutek, iż zapisy stały się ostateczne i wiążące tak dla Zamawiającego, jak i wykonawców. Powyższe prowadziło do oddalenia zarzutu zaniechania wykluczenia Piadrem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy oraz dalszych powiązanych z oceną spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Kolejną okolicznością stanowiącą podstawę zarzutów było ustalenie, czy wykonawca gwarantuje realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z aktualnymi przepisami prawa, jak również zgodnie z wymaganiami normy PN-EN 60079-19 Atmosfery wybuchowe. Część 19: Naprawa, remont i regeneracja urządzeń.

Na podstawie przedstawionych przez strony stanowisk Izba przyjęła, iż istota zarzutu Odwołującego wynika z oceny możliwości realizacji przedmiotu umowy w zgodzie z aktualną

wiedzą techniczną, dla której samo potwierdzenie zgodności przedmiotu umowy z normą PN-EN nie była wystarczająca. Zamawiający przedstawił pismo jakie skierowane zostało do Odwołującego od Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego z 15.11.2017r., w którym wskazuje się, iż w obszarze urządzeń nieelektrycznych, w tym silników spalinowych przeznaczonych do stosowania w górnictwie podziemnym nie ma normy poruszającej problematykę przeprowadzenia remontu. Ponadto w piśmie stwierdzono, iż przepisy rozporządzenia nie określają podmiotów, które są uprawnione do dokonywania remontów. Odwołujący przyznał na rozprawie, iż norma przywołana przez Zamawiającego nie odnosi się do elementów systemu, tj. silnik spalinowych (objęte zadaniem nr 6 i 7). Odwołujący przyznał, że nie istnieje norma, która regulowałaby remonty tego rodzaju urządzeń w warunkach wybuchowych, wskazywał jednocześnie na obowiązek wykonania remontu zgodnie z DTR, w której producent wskazuje na obowiązek zastosowania oryginalnych części zamiennych oraz obowiązek przeprowadzenia naprawy przez autoryzowany podmiot. Udział podmiotu nieautoryzowanego może prowadzić do utraty gwarancji przeciwybuchowej i wystawionej przez producenta deklaracji zgodności.

Izba oddaliła zarzut uwzględniając okoliczność niesporną pomiędzy stronami, jaką było przyjęcie, że norma PN-EN 60079-19 odnosi się do urządzeń elektrycznych, tj. innych niż ujęte częścią 6 i 7 przedmiotu zamówienia (silniki spalinowe). Ponadto, Odwołujący nie wykazał jakie przepisy miałyby zostać naruszone przez fakt potwierdzenia możliwości wykonania remontu przez podmiot, który nie posiada licencji producenta. Przedstawione stanowisko Prezesa Głównego Urzędu Górniczego potwierdza, iż nie ma aktualnie przepisów, które stałyby na przeszkodzie udziału takiego podmiotu w pracach remontowych. Wnioski Odwołującego faktycznie zmierzały do obrony tezy, iż tylko producent lub jego autoryzowany przedstawiciel mógł legalnie wykonać prace na rzecz Zamawiającego, co faktycznie wyłączałoby konkurencję, a w konsekwencji czyniłoby iluzorycznym udział w przetargu nieograniczonym innych podmiotów działających na rynku. Decydującym pozostawało nadal, iż Zamawiający nie wprowadził dalszych wymagań, których brak był podnoszony przez Odwołującego w związku z brakiem norm, w których uregulowano zakres wymagań dotyczący silników spalinowych, siłowników hydraulicznych (urządzeń mechanicznych). Odwołujący faktycznie zarzucił Zamawiającemu brak właściwej weryfikacji zdolności i przygotowania zawodowego Piadrem s.c., co jego zdaniem powinno być odniesione do doświadczenia w remontach urządzeń objętych zadaniem nr 6 i 7, tj. systemów transportu podwieszanego.

Odwołujący powołał się na wiedzę pozyskaną w drodze informacji przekazanej w rozmowie telefonicznej o braku systemu zarządzania jakością, co Izba oceniała jako nieuprawdopodobnione. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który Izba mogłaby

ocenić w kontekście postawionej tezy o braku wdrożonego systemu zarządzania jakością. Jako nadmierne w stosunku do wymagań normy Izba oceniła wnioski Odwołujące dotyczące wykorzystania części zamiennych pozyskanych od producenta. Zamawiający w załączniku nr 1 do siwz określił ogólne zasady dotyczące cennika części zamiennych i czynności remontowych, do czego Odwołujący w żaden sposób nie referował. Tym samym Izba uznała, iż poruszona kwestia braku wystąpienia do producenta z zapytaniem o dostępność części koniecznych do wykonania remontu pozostawała bez znaczenia dla oceny zgodności oferty z siwz. Odwołujący nie odparł argumentów Zamawiającego odnoszących się do zakresu uregulowania normy, która nie nakłada obowiązku wykonania remontu silników spalinowych przez podmiot posiadający licencję producenta urządzeń. Tym samym Izba uznała wnioski Odwołującego o braku zgodności oferty z normą PN-EN za niewykazane.

Jako nieuprawnione Izba oceniał wnioski Odwołującego o niezgodności oferty z przepisami rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych. Zamawiający przedstawił fragment korespondencji prowadzonej z Odwołującym z Wyższym Urzędem Górniczym w 2017 r. Analiza pisma z 15.11.2017 r. pozwala przyjąć, iż norma PN-EN jest jedynym aktem normalizacyjnym dotyczącym urządzeń budowy przeciwwybuchowej, co przyznał również Odwołujący wskazując na brak innych norm, w tym regulujących zasady remontu innych elementów niż elektrycznych. Ponieważ Zamawiający nie wprowadził warunku, aby podmiot realizujący usługę remontową posiadała certyfikację producenta, okoliczność ta nie miała znaczenia dla oceny przygotowania zawodowego wykonawcy.

Odwołujący nie wykazał, aby remont w zakresie opisanym w OPZ prowadził do wytworzenia nowego urządzenia, a tym samym wnioski dotyczące oświadczenia wykonawcy, w którym potwierdził iż remont nie doprowadzi do wytworzenia nowego urządzenia Izba uznała za nieuzasadnione. Przywołane powyżej pismo Wyższego Urzędu Górniczego wskazuje, iż w rozumieniu dyrektywy ATEX za istotną modyfikację uznaje się modyfikację wpływającą na przynajmniej jeden parametr decydujący o zdrowiu i bezpieczeństwie (np. temperatura), zatem remont musiałby wpłynąć w taki sposób na wyrób aby ocena zgodności z dyrektywą APEX musiała zostać przeprowadzona ponownie. W podsumowaniu wskazano, iż *remont urządzenia bez względu na to kto go realizuje jest zawsze działaniem użytkownika, który ponosząc za niego odpowiedzialność musi mieć świadomość, że niewłaściwe przeprowadzenie naprawy lub remontu urządzenia może skutkować utratą zgodności urządzenia z certyfikatem*. Argumentacja Odwołującego podniesiona w związku z koniecznością uzyskania certyfikacji producenta urządzeń nie miała oparcia w przepisach prawa jak również w zapisach siwz. Tym samym wnioski prowadzące do konkluzji, iż tylko

certyfikowany przedstawiciel może zrealizować zamówienie nie zostały przyjęte jako poprawne.

Oddalając odwołanie Izba uznała, iż Odwołujący nie przedstawił żadnego przekonującego dowodu, jak również wyjaśnień, które pozwalałyby przyjąć, iż remont urządzenia doprowadzi do wytworzenia nowego, z czym miałyby wiązać się konieczność przeprowadzenia procesu certyfikacji i dopuszczenia do użytkowania w górniczych zakładach podziemnych. Odwołujący nie zaprzeczył, iż podzespoły elementów przedmiotu zamówienia (część 6 i 7) dostępne są na rynku i nie są produkowane w całości przez producenta urządzeń Scharf. Powyższe wskazuje, iż nie ma ograniczeń w dostępie do części zamiennych, a na obecnym etapie postępowania wykonawca nie zbył zobowiązany do sprecyzowania sposobu w jaki wykona przedmiot zamówienia.

Na koniec należy również odnieść się do okoliczności potwierdzonej zaświadczeniami z KRK, tj. braku karalności osób uprawnionych do reprezentowania podmiotu. Wywody Odwołującego dotyczące podstawy do szerszej oceny sytuacji osób, wobec których warunkowo umorzono postępowanie nie miały oparcia w przepisach Ustawy.

W świetle powyższego odwołanie oddalone zostało w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 w 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. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika ustalone na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: