Sygn. akt: KIO 1778/22

WYROK

z dnia 26 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2022 roku przez wykonawcę SMT Scharf Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Polską Grupę Górniczą Spółka

Akcyjna z siedzibą w Katowicach

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego:

1) Becker-Warkop Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach,

2) FERRIT s.r.o., z siedzibą Frydlant nad Ostravici, Republika Czeska

3) Famur Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - SMT Scharf Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach i:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - SMT Scharf Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach tytułem wpisu od odwołania,

b. zasądza od Odwołującego - SMT Scharf Polska Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach na rzecz Zamawiającego - Polskiej Grupy Górniczej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Katowicach - kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie:

trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony

poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1778/22

UZASADNIENIE

Zamawiający: Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego p.n. Świadczenie usług remontowych podzespołów kolejek dla oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowy UE dnia 24 czerwca 2022 roku pod nr 2022/S 120-342545 (Suplement do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2022/S 103290596).

Dnia 4 lipca 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021r. poz. 1129 ze zmianami, dalej jako „PZP"), odwołanie złożył Wykonawca SMT Scharf Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach, dalej jako „Odwołujący".

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z przepisami PZP czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. określeniu treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ") w jej brzmieniu zmienionym dnia 24 czerwca 2022 roku:

• w części dotyczącej warunków, jakie mają spełnić wykonawcy w celu udziału w postępowaniu, oraz dowodów potwierdzających spełnienie tych warunków (cz. V pkt 4 oraz cz. VIII pkt 7),

• oraz w części wymagań prawnych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1.3 do SWZ) w sposób sprzeczny z przepisami prawa i niezapewniający odpowiedniej jakości przedmiotu zamówienia, nieproporcjonalny oraz naruszający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający ocenę rzeczywistej zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, a to poprzez brak żądania od Wykonawców posiadania oceny zdolności do wykonywania remontów potwierdzającej stosowanie wymogów normy PN-EN IEC 60079-19:2020-07 i poprzestanie na żądaniu posiadania wyłącznie Systemu Zarządzania Jakością.

Odwołujący zarzucał naruszenie:

1. art. 16 pkt 1) i pkt 3) PZP, art. 17 ust. 1 i ust. 2 PZP, art. 57 pkt 2) PZP, art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4) PZP, art. 116 ust. 1 PZP, art. 124 pkt 2) PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej jako „rozporządzenie o dokumentach") - przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieproporcjonalnie niski do przedmiotu zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga od podmiotów nie będących producentami maszyn lub ich autoryzowanymi przedstawicielami jedynie tego, aby legitymowali się wykonaniem dostaw rodzajowo podobnych oraz posiadali System Zarządzania Jakością dla zakładu naprawczego, bez konieczności spełniania pozostałych wymogów normy PN-EN IEC 6007919:2020-07 dla urządzeń i czynności objętych przedmiotem zamówienia, przy jednoczesnym żądaniu od wykonawców, by przeprowadzony remont spełniał wymagania ww. normy (warunek postanowiony przez Zamawiającego nie umożliwia dokonania rzeczywistej oceny zdolności wykonawcy i pozostaje nieadekwatny), posiadanie samego Systemu Zarządzania Jakością nie powoduje bowiem, że remont spełniać będzie wymogi określone ww. normą,

2. § 509 oraz załącznika nr 3 pkt 9.11.2 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 roku w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu

podziemnych zakładów górniczych - poprzez ich niezastosowanie i brak nałożenia na Wykonawcę nie będącego producentem maszyny/nieposiadającym jego autoryzacji, obowiązku posiadania każdorazowo oceny zdolności remontowej potwierdzającej stosowanie wymogów normy PN-EN IEC 6007919:2020-07 dla urządzeń i czynności objętych przedmiotem zamówienia (przy jednoczesnym żądaniu od wykonawców, by przeprowadzony remont spełniał wymagania ww. normy),

3. art. 16 pkt 1) i pkt 3) PZP, art. 17 ust. 1 i ust. 2 PZP, art. 57 pkt 2) PZP, art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4) PZP, art. 116 ust. 1 PZP, art. 124 pkt 2) PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia o dokumentach - przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieproporcjonalnie wysoki do przedmiotu zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga od podmiotów będących producentami maszyn lub ich autoryzowanymi przedstawicielami aby legitymowali się oni m.in. Systemem Zarządzania Jakością dla zakładu naprawczego, podczas gdy wymóg ten pozostaje nieadekwatny gdyż producenci lub ich autoryzowani przedstawiciele spełniają szeregi innych norm m.in. PN-EN ISO/IEC 80079-34:2011 (norma produkcyjna), które potwierdzają ich zdolność do wykonania remontów.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz dowodów opisanych w treści odwołania, a także dowodów, które zostaną przedstawione na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,

2. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SWZ w sposób opisany:

- zmiana postanowienia cz. V pkt 4 SWZ w sposób następujący:

4. Zamawiający stosuje warunki udziału w postępowaniu:

1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym; Wykonawca powinien być wpisany do rejestru działalności gospodarczej prowadzonego w kraju, w którym wykonawca ma

siedzibę,

2) zdolności technicznej lub zawodowej; Wykonawca wykaże, że:

• w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym

okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, usługi polegające na świadczeniu usług serwisowych, remontowych lub innych polegających na naprawie lub modernizacji maszyn/urządzeń zastosowanych w przemyśle lub w zakładach górniczych o łącznej wartości brutto niezależnie od ilości zadań, na które wykonawca składa ofertę, wynoszącej co najmniej: 200 000,00 zł

oraz spełnia dodatkowo przynajmniej jeden z poniższych warunków

• posiada ocenę zdolności do wykonywania remontów potwierdzającą stosowanie

wymogów normy PN-EN IEC 60079-19:2020-07 dla urządzeń i czynności objętych przedmiotem zamówienia, przeprowadzoną przez właściwą jednostkę certyfikującą,

potwierdzoną stosownym dokumentem, wydanym przez tę jednostkę, albo

• jest producentem maszyn/urządzeń, których przedmiot zamówienia dotyczy, albo

• posiada upoważnienie lub autoryzację wystawioną przez Producenta maszyn/urządzeń, których przedmiot zamówienia dotyczy.

- zmiana postanowienia cz. VIII pkt 7 SWZ w sposób następujący:

7. W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający wymaga

złożenia:

1) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych

również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; Wzór wykazu stanowi Załącznik nr 4.3 do SWZ

oraz dodatkowo przynajmniej jednego z poniższych dokumentów:

2) ocenę zdolności zakładu remontowego do wykonywania remontów, potwierdzającą stosowanie wymogów normy PN-EN IEC 60079-19:2020-07 dla urządzeń i czynności objętych przedmiotem zamówienia, potwierdzoną stosownym dokumentem wydanym przez jednostkę certyfikującą

albo

3) oświadczenia producenta maszyn/urządzeń, których przedmiot zamówienia dotyczy zgodne z Załącznikiem nr 4.4 do SWZ,

albo

4) upoważnienia lub autoryzacji wystawionej przez Producenta maszyn/urządzeń, których przedmiot zamówienia dotyczy.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany - ogłoszenie o zmianie treści SWZ zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE dnia 24 czerwca 2022 roku pod nr 2022/S 120-342545. Wpis od odwołania został wykonany na rachunek UZP. Kopia odwołania została prawidłowo doręczona Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ ubiegać się będzie o uzyskanie zamówienia jako przedsiębiorca prowadzący działalność w zakresie będącym przedmiotem postępowania. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia, zaś sformułowane przez Zamawiającego niezgodnie z prawem treść ogłoszenia i specyfikacji, uniemożliwia Odwołującemu skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy wykonywania remontów urządzeń pracujących w strefie zagrożonej wybuchem, tj. podzespołów kolejek podwieszonych oraz silników spalinowych i platform do kolejek. W załącznikach nr 2a i 2b Zamawiający wyspecyfikował, jakich części kolejek dotyczyć będą prowadzone prace remontowe. Część ze wskazanych tam elementów/podzespołów, stanowią elektryczne urządzenia budowy przeciwwybuchowej oraz silniki spalinowe budowy przeciwwybuchowej i ich podzespoły, które to elementy podlegają odrębnemu procesowi certyfikacji na etapie jego wytwarzania (Załącznik nr 2a do SWZ dla zadania nr 3 ze wskazaniem urządzeń budowy przeciwwybuchowej).

Zamawiający w części IV SWZ (str. 5), wskazał, że dopuszcza składanie ofert częściowych, przy czym taka oferta powinna obejmować cały zakres remontów objętych danych zadaniem. Zadań objętych przetargiem jest 10. Składając więc ofertę częściową, wykonawca może zdecydować się na objęcie nią jednego lub kilku zadań, przy czym zobowiązany jest do zrealizowania danego zakresu rzeczowego zadania w całości. Wykonawca składający ofertę nie ma więc możliwości, aby np. w ramach realizacji zadania nr 3 - Remont podzespołów kolejek produkcji Scharf - złożyć ofertę tylko na wybrane pozycje załącznika nr 2a dla zadania nr 3. Skoro więc Wykonawca zobowiązany jest złożyć ofertę na cały zakres prac przewidzianych danym zadaniem, to winien spełnić wymogi przewidziane przepisami prawa oraz stosownymi normami, a odnoszące się do każdej z wymienionych pozycji przewidzianych dla danego zadania.

Do wykonania remontu urządzeń budowy przeciwwybuchowej zastosowanie znajduje norma PN-EN 60079-19:2020-17 i jest to jedyna norma regulująca wykonywanie remontów w tym zakresie przez podmioty nie będące producentami urządzenia. W stosunku do pozostałych urządzeń stosowanych w strefach zagrożonych wybuchem (zarówno mechanicznych, jak i hydraulicznych) wyspecyfikowanych na liście przez Zamawiającego, nie zostały skonstruowane odrębne normy, w związku z czym, mając na uwadze brzmienie przepisów powszechnie obowiązujących oraz wykładnię funkcjonalną, do remontu pozostałych urządzeń budowy przeciwwybuchowej przez analogię stosuje się także postanowienia tej normy PN-EN 60079-19:2020-17.

Odwołujący przytoczył również postanowienia:

1. § 509 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 roku w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych, zgodnie z treścią którego:

W zakładach górniczych, w których występuje zagrożenie wybuchem, stosuje się urządzenia budowy przeciwwybuchowej, które eksploatuje się w sposób określony w załączniku nr 3 do rozporządzenia [rozporządzenie w tym punkcie odsyła do załącznika nr 3 w zakresie eksploatacji wszystkich urządzeń budowy przeciwwybuchowej, nie zaś tylko elektrycznych urządzeń budowy przeciwwybuchowej].

2. załącznik nr 3 Rozporządzenia stanowi m.in. w pkt 9.11.2, 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.

Norma PN-EN IEC 60079-19:2020-17

Przywołana norma jest jedynym aktem normalizacyjnym, definiującym szereg warunków poprawności wykonania remontu. Uważa się, że spełnienie wymogów tej normy, w zakresie także i pozostałych urządzeń objętych przedmiotem zamówienia (nie będących urządzeniami budowy przeciwwybuchowej), pozwalać będzie na zachowanie chociażby minimalnego poziomu bezpieczeństwa wykonywanych napraw. Pogląd taki prezentowany jest także i przez jednostki odpowiedzialne za przeprowadzanie procesów certyfikacji oraz ocen zdolności do wykonywania remontów, m.in. opinia dr inż. A. F., Instytut Techniki

Górniczej KOMAG - artykuł naukowy w czasopiśmie technicznym MASZYNY GÓRNICZE NR 3/2018, zgodnie z którą Każdy z podmiotów gospodarczych przeprowadzających naprawę, remont lub regenerację urządzenia (podzespołu lub części) przeznaczonego do stosowania w atmosferze potencjalnie wybuchowej, swoje działania powinien realizować stosując zasady określone w normie PN-EN IEC 60079-19:2011. Norma ta dotyczy, co prawda, napraw i remontów urządzeń elektrycznych, niemniej na jej podstawie można opracować szczegółowe instrukcje realizacji poszczególnych procesów w odniesieniu do każdego wyrobu przeznaczonego do stosowania w atmosferach potencjalnie wybuchowych. Wymagania stawiane zakładom naprawczym są wysokie. Realizowane przez nie procesy, w tym specjalne, muszą być wykonywane według ściśle określonych procedur, a ich wyniki podlegać wnikliwej kontroli.

Zatem w ocenie Odwołującego ocena zdolności do wykonywania remontów, w szczególności urządzeń budowy przeciwwybuchowej, powinna być dokonywana według kryteriów określonych normą PN-EN IEC 60079-19:2020-07, a nie samego tylko posiadania Systemu Zarządzania Jakością dla zakładu naprawczego, o którym mowa w tej normie. Wprowadzony do SWZ System Zarzadzania Jakością jest bowiem tylko jednym z wielu wymogów przewidzianych normą PN-EN IEC 60079-19:2020-07, i nie jest to nawet wymóg umożliwiający stwierdzenie poprawności wykonania remontu.

Dalej Odwołujący zauważył, że konieczność stosowania do przedmiotu zamówienia normy PN-EN 60079-19:2020-17 w całości, a nie tylko w jej fragmencie, dostrzega także i Zamawiający, który zasadnie w załączniku nr 1.3. do SWZ (str. 24) wskazuje, że „Dla urządzeń budowy przeciwwybuchowej przedmiot zamówienia (sposób wykonania usług) winien spełniać wymagania wynikające z poniższych norm: PN-EN IEC 60079-19:2020-07 - wersja angielska Atmosfery wybuchowe -- Część 19: Naprawa, remont i regeneracja urządzeń".

Tego rodzaju postępowanie Zamawiającego zasługuje na aprobatę i jest wyrazem dążenia do tego, by zapewnić bezpieczeństwo i właściwy poziom wykonywanych remontów. W sytuacji bowiem, gdy urządzenia instalowane są w miejscach, w których w atmosferze wybuchu może występować niebezpieczne stężenie i ilość gazów, należy wdrożyć środki zapobiegawcze w celu zmniejszenia prawdopodobieństwa wybuchu.

Pierwotna treść ogłoszenia opublikowana została dnia 24 maja 2022 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S 103-290596). Zgodnie z nią, zarówno wykazanie spełnienia wymogów normy PN-EN IEC 60079-19:2020-07, jak i posiadania Systemu Zarządzania Jakością, nie było obligatoryjnym warunkiem stawianym Wykonawcom. Na skutek złożonego odwołania, Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ wskazując, że obecnie wymaga od wykonawców posiadania przez nich Systemu Zarządzania Jakością, o którym mowa w normie PN-EN IEC 60079-19:2020-07. Zamawiający dalej nie wymaga od Wykonawców wykazania (tj. udowodnienia),

że przeprowadzane przez nich remonty pozostają zgodne z regulacją tej normy. Jednocześnie, Zamawiający nadal w Załączniku nr 1.3 do SWZ wymaga, aby urządzenia budowy przeciwwybuchowej spełniały wymagania z normy (zatem całość wymagań

przewidzianych. normą, nie zaś wyłącznie System Zarządzania Jakością).

Jednocześnie, konieczność spełnienia wymogu została przewidziana wobec wszystkich podmiotów, tj. zarówno podmiotów będących producentami maszyn lub ich autoryzowanymi przedstawicielami, jak i innych wykonawców, mimo faktu, że podmioty te, na etapie wprowadzania urządzeń do obrotu, jak i ich dalszej eksploatacji, zobowiązane są wykazać, że spełniają m.in. wymogi tzw. normy produkcyjnej, tj. normy PN-EN ISO/IEC 80079-34:2011, a zatem konieczność posiadania Systemu Zarządzania Jakością lub dokumentu potwierdzającego spełnianie normy PN-EN IEC 60079-19:2020-07 pozostaje bezprzedmiotowa.

Ze stanowiskiem Zamawiającego oraz aktualną redakcją zapisów SWZ Odwołujący się nie zgadza.

Zamawiający, aby remonty/naprawy urządzeń budowy przeciwwybuchowej przeprowadzone zostały z zastosowaniem normy PN-EN IEC 60079-19:2020-07. Tym samym, wykonawca przystępujący do przetargu winien przestrzegać tej normy i legitymować się dokumentem potwierdzającym spełnianie przez niego wymogów w niej przewidzianych. Zamawiający nie formułuje jednak takiego wymogu wobec Wykonawcy w przetargu, oczekując wyłącznie posiadania systemu zarządzania jakością wymienionego w normie, nie zaś spełnienia pozostałych wymogów przewidzianych normą. Postanowienia normy kładą szczególny nacisk na to, aby wszelkie prace naprawcze i remontowe wykonywane w obrębie urządzeń budowy przeciwwybuchowej pozostawały w zgodzie z dokumentacją certyfikacyjną maszyny, do której urządzenia te przynależą, gdyż nawet niewielka lub z pozoru nieistotna zmiana może przyczynić się do zmiany właściwości urządzenia i utraty ochrony przeciwwybuchowej. Posiadanie Systemu Zarządzania Jakością jest wyłącznie jednym z wielu wymogów stawianych wykonawcom. Sam tylko System Zarządzania Jakością ISO z serii 9000 nie gwarantuje, że remont przeprowadzony zostanie zgodnie z treścią normy PN-EN IEC 60079-19:2020-07, a tym samym, spełniać będzie wymogi Wykonawcy.

Zamawiający oczekuje jedynie, że po przeprowadzonej naprawie urządzenia budowy przeciwwybuchowej spełniać będą wymogi normy PN-EN IEC 60079-19:2020-07, przy czym w ogóle same techniczne możliwości wykonania naprawy w zgodzie z postanowieniami normy nie są przez Zamawiającego w żaden sposób wymagane i weryfikowane.

Zamawiający formułuje następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej:

2) Wykonawca wykaże, że:

a) w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, usługi polegające na świadczeniu usług serwisowych, remontowych lub innych polegających na naprawie lub modernizacji maszyn/urządzeń zastosowanych w przemyśle lub w zakładach górniczych o łącznej wartości brutto niezależnie od ilości zadań, na które wykonawca składa ofertę, wynoszącej co najmniej: 200 000,00 zł

b) w przypadku składania oferty na zadanie nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10 - posiada System Zarządzania Jakością dla zakładu naprawczego, o którym mowa w normie PN EN 60079-19.

Z kolei określając dokumenty, których żąda, Zamawiający oczekuje przedłożenia:

1) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; Wzór wykazu stanowi Załącznik nr 4.3 do SWZ,

2) w przypadku składania oferty na zadanie nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10 - zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę norm zarządzania jakością; Zamawiający uzna za potwierdzający spełnienie warunku certyfikat ISO z serii 9000 dla zakładu naprawczego Wykonawcy, ocenę zdolności zakładu naprawczego (remontowego) Wykonawcy do wykonywania napraw lub remontów maszyn lub urządzeń użytkowanych w zakładach górniczych lub inny dokument równoważny.

Zamawiający żąda zatem, aby naprawa i remont przeprowadzone były w zgodzie

z przywołaną normą, a jednocześnie nie wymaga, aby Wykonawca, na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia, spełniał wymagania tej normy i był w stanie potwierdzić okoliczność tę określonym dokumentem. Zamawiający oczekuje wyłącznie posiadania Systemu Zarządzania Jakością.

Norma w punkcie 4.2.4 „Zakłady naprawcze", stwierdza wprost, iż odpowiedzialnością użytkownika - czyli Zamawiającego - jest upewnienie się, czy dany zakład naprawczy może wykazać zgodność z odpowiednimi postanowieniami normy. Regulacja ta powoduje, że skoro Zamawiający powołuje się sam na treść wskazanej normy i oświadcza w SWZ, że przedmiot zamówienia powinien spełniać między innymi wymagania prawne tej normy, to jego obowiązkiem w toku postępowania w razie jakichkolwiek wątpliwości, jest uzyskanie od wykonawcy stosownych dokumentów, iż może on wykazać zgodność z odpowiednimi postanowieniami powołanej normy.

Dalej norma w punkcie 4.1 „Zasady ogólne", stanowi wprost, iż naprawy i remonty wpływające na dany rodzaj zabezpieczenia powinny być uznawane za zgodne z certyfikatem wówczas, gdy stosowane są części wyprodukowane przez producenta lub części wymienione w rozdziale 4.3.2.4, a naprawy lub zmiany wykonywane są dokładnie tak jak określono w treści normy lub dokumentacji certyfikacyjnej oraz gdy realizowane są one przez kompetentne osoby.

Zamawiający z kolei dopuszcza do udziału w postępowaniu wszystkie podmioty, które

„w okresie ostatnich 3 lat (...) wykonały (...) usługi polegające na świadczeniu usług serwisowych, remontowych lub innych polegających na naprawie lub modernizacji maszyn/urządzeń zastosowanych w przemyśle lub w zakładach górniczych o łącznej wartości brutto niezależnie od ilości zadań, na które wykonawca składa ofertę, wynoszącej co najmniej: 200 000,00 zł", oraz „posiadają System Zarządzania Jakością dla zakładu naprawczego". W ocenie Odwołującego wymóg ten jest nieproporcjonalnie niski, w stopniu

rażącym, w stosunku do przedmiotu zamówienia, wobec podmiotów nie będących producentami maszyn lub ich autoryzowanymi przedstawicielami.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie remontów/napraw urządzeń transportu

podwieszonego - wysoce wyspecjalizowanych maszyn, podlegających obowiązkowemu procesowi oceny zgodności, zakończonemu wystawieniem certyfikatem badania typu WE, dla których następnie Prezes Wyższego Urzędu Górniczego (zgodnie z art. 113 ust. 2 i 11 oraz art. 224 ustawy Prawo geologiczne i górnicze) wydaje decyzję dopuszczającą do stosowania w podziemnych zakładach górniczych. Tymczasem w praktyce w postępowaniu może brać udział każdy podmiot, który wykaże się wykonaniem usług serwisowych, remontowych lub innych polegających na naprawie maszyn lub urządzeń o określonej wartości oraz posiada System Zarządzania Jakością, nie potwierdzający jednakże wykonywania remontów w zgodzie z postanowieniami normy. W przemyśle górniczym stosowany jest szereg urządzeń o niezwykle prostej, niezłożonej konstrukcji, np. stojaki, platformy transportowe, torowisko. Co istotne, dla Zamawiającego wystarczające jest, aby wykonawca zrealizował usługi o określonej wartości ogólnie „w przemyśle" - tym samym, mogą to być nawet usługi realizowane w przemyśle motoryzacyjnym (naprawa samochodów) czy budowlanym. Taki Wykonawca również może wziąć udział w postępowaniu, bowiem spełnia wymóg postanowiony przez Zamawiającego (jeśli posiada też System Zarządzania Jakością dla zakładu naprawczego), mimo że nie jest w stanie poświadczyć, na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia, że wykonane przez niego usługi spełniać będą wymogi wskazanej przez Zamawiającego normy, a także że sam wymogi tej normy spełnia. Powoduje to, że wykonawcy mogący, w oparciu o tak skonstruowane SWZ, świadczyć usługi dotyczące urządzeń budowy przeciwwybuchowej, nie posiadają doświadczenia w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, a mimo to uprawnieni są do wzięcia udziału w postępowaniu. Zamawiający zaś wcale nie wymaga o nich posiadania takiego doświadczenia.

Zamawiający w ramach postępowania w żaden sposób nie próbuje nawet zweryfikować, czy potencjalny wykonawca spełnia wymogi normy oraz w jaki sposób zamierza wykonać remont, pozostawiając to niejako na etap wykonawczy - tj. już po realizacji zamówienia. Co jednak istotne, nawet i na tym etapie Zamawiający nadal nie żąda, by Wykonawca faktycznie wykazał, że remont spełnia wymogi przewidzianej normy - Zamawiający żąda w tym zakresie jedynie nieweryfikowalnego w żaden sposób oświadczenia Wykonawcy, które nie musi być potwierdzone żadną dokumentacją czy badaniem przeprowadzonym przez jednostkę certyfikowaną.

Prowadzi to więc do sytuacji, w której eksploatacja w strefach zagrożonych wybuchem maszyn i urządzeń wyremontowanych w sposób niewłaściwy obniża poziom bezpieczeństwa, a tym samym stanowi zagrożenie dla zdrowia i życia personelu

pracującego w tych strefach. Postawienie więc wykonawcom dodatkowych wymogów już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia jest więc istotne tym bardziej, że Zamawiający ma świadomość wskazanych wyżej konsekwencji niewłaściwego wykonania remontu.

Dostarczana użytkownikowi przez producenta instrukcja obsługi podaje wystarczające informacje jedynie w zakresie używania oraz bieżącej obsługi i ewentualnych drobnych napraw. W sytuacji gdy wymagana jest naprawa w szerszym zakresie lub remont, wymagający szczególnej znajomości zastosowanych rozwiązań, tam producent odsyła do kontaktu i albo poda niezbędne informacje, albo sam przeprowadzi naprawę. Instrukcja Obsługi przynależna do danego ciągnika kolejki podwieszonej, będąca w posiadaniu użytkownika (Zamawiającego), którą mógłby przekazać Wykonawcy, nie jest dokumentem, na podstawie którego możliwe jest właściwe i bezpieczne przeprowadzenie remontu podzespołów ciągnika. Na okoliczność tę wskazują też postanowienia przywoływanej normy, której spełnienia Zamawiający żąda. Przywoływana norma zawiera szereg wymagań i wskazówek dla zakładów niebędących producentem maszyny, dotyczących sposobu przeprowadzania remontu - od identyfikacji wyrobu, oceny zastosowanych metod ochronnych, wymaganej dokumentacji, kompetencji personelu, wyposażenia technicznego zakładu, ewidencję przeprowadzonych prac, po kontrolę i końcowe oznakowanie wyrobu po remoncie. Wymaganie dotyczące posiadania Systemu Zarządzania Jakością jest zaledwie jednym z wielu wymagań. Norma PN EN 60079-19 jest wskazywana przez Wyższy Urząd Górniczy jako istotna w ocenie zdolności remontowej zakładu.

Z kolei norma ISO 9001 jest normą ogólną, stosowaną przez organizacje o różnym charakterze. Ogólność tej normy ma na celu umożliwienie jej zastosowania przez praktycznie każdy podmiot, a jej celem jest doskonalenie, utrzymanie jakości świadczonych usług/dostarczanych towarów, niezależnie od rodzaju prowadzonej działalności (dotyczy ona zarówno działalności z zakresu obsługi klienta, świadczenia usług gastronomicznych czy też hotelarskich, nauczanie w szkołach i uczelniach, świadczenie usług logistycznych, czy też szeroko rozumianej produkcji). Głównym jej celem jest zachowanie (utrzymanie) powtarzalność cech oferowanych usług czy też wyrobów. Norma PN-EN ISO 9001, której spełnienia wymaga obecnie Zamawiający, zawiera jedynie ogólne wymagania organizacyjne dotyczące sposobu planowania działań, realizacji, kontroli i wprowadzania działań korygujących. Nie zawiera ona szczegółowych wymagań i nie określa w jaki sposób np. prawidłowo wyprodukować bądź wyremontować urządzenie stosowane w strefie zagrożonej wybuchem - te bowiem wytyczne znajdują się w innych normach takich jak m.in. PN-EN ISO/IEC 80079-34:2011 czy też PN-EN IEC 60079-19:2020-07. To dopiero inne normy, dedykowane już dla konkretnych dziedzin, bardziej szczegółowo określają sposób prowadzenia działań i możliwość oceny przez Klienta czy jednostki certyfikujące, np. właśnie przywoływana PN-EN IEC 60079-19:2020-07.

Normy ISO 9001 oraz PN EN 60079-19 różnią się zatem swoim przedmiotem. Norma PN EN 60079-19 powołuje się wprost na normę ISO 9001 wyłącznie w ogólnych aspektach organizacji zakładu (dla zachowania powtarzalności działań), natomiast sama szczegółowo określa jak i co robić, by zachować zgodność wykonywanego remontu z dokumentacją techniczną - i te elementy nie są już określone w normie ISO 9000, w oparciu o którą wystawiany jest certyfikat posiadania systemu zarządzania Jakością, żądany obecnie przez Zamawiającego.

Zamawiający wadliwie utożsamia obie normy, zakładając, że spełnienie normy ISO 9000 będzie automatycznie powodować, że spełniona zostanie także i norma PN EN 60079-19.

Zgodnie z pkt 4.3.4 normy PN-EN IEC 60079-19:2020-07 „Zakłady Naprawcze” Zamawiający ma obowiązek upewnienia się, czy dany zakład naprawczy może wykazać zgodność z odpowiednimi postanowieniami normy, nie czyni tego, skoro nie formułuje wobec Wykonawcy warunku spełnienia tej normy oraz wykazania tej okoliczności.

Zaniechania te stanowią naruszenie wskazanych w petitum odwołania przepisów PZP. Zamawiający zobowiązany jest określić warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Art. 116 ust. 1 PZP wprost uprawnia zamawiającego do żądania wykazania spełnienia określonych norm.

Skoro więc Zamawiający oczekuje, że wykonawca świadczyć będzie określone usługi z zastosowaniem określonej normy, to należy oczekiwać, że w sposób adekwatny sformułuje wymogi udziału w postępowaniu wobec Wykonawców.

Nakaz opisania warunku w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia należy interpretować jako opisanie warunku na poziomie niezbędnym do należytego wykonania zamówienia. Nie jest dozwolone takie sformułowanie warunku, które zawiera wymaganie, które nie są konieczne do należytej realizacji zamówienia, czyli nie są uzasadnione

wartością, sposobem spełnienia świadczenia, terminem wykonania, czy zakresem zamówienia. Skoro jednak Zamawiający sam uznaje, że do należytego spełnienia świadczenia konieczne jest zastosowanie postanowień określonej normy, co też wykonawca aprobuje, to logiczną konsekwencją powyższego powinno być oczekiwanie przez Wykonawcę spełniania tej normy na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia o dokumentach - wykonawca zobowiązany jest przedstawić dowody określające, czy wykazywane zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Ustawodawca określił tu kolejność przedstawiania dokumentów według ich wartości dowodowej, czyli przede wszystkim dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane Dopiero jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów, może to być oświadczenie wykonawcy które ma znacznie mniejszą wartość dowodową.

Zamawiający jako gospodarz postępowania, w celu zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest, aby wymagać od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału, które będą adekwatne do tego przedmiotu. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, które są przedmiotem zamówienia, wykona je w sposób prawidłowy. Istotne jest więc, aby były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie. Postawienie zbyt małych wymagań w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym wymagań przy ocenie spełniania warunków udziału sprzeciwia się narzuconemu przez przepisy ustawy PZP obowiązkowi Zamawiającego rzetelnego badania zdolności wykonawców do realizacji danego zamówienia. Zbyt liberalne wymagania w zakresie udziału w postępowaniu - warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej lub technicznej - nie stanowią wystarczającego narzędzia do prawidłowej weryfikacji wykonawców w tym postępowaniu.

Wykonawca zobowiązany będzie do świadczenia usług remontowych ściśle wyspecyfikowanych urządzeń. Wykonawca winien więc wykazać się zdolnością co do tego, że ma możliwość naprawy urządzeń oraz dostarczenia ściśle określonych części, bazując na swoim dotychczasowym doświadczeniu.

Formułując warunki udziału Zamawiający winien kierować się celem, jakiemu zamawiane usługi mają służyć, a opis sposobu oceny spełniania warunków udziału nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Każde wymaganie powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i do niego proporcjonalnych.

Zdaniem Odwołującego opisane zaniechania Zamawiającego, prowadzą w efekcie do zezwolenia na wykonywanie usług wobec skomplikowanych podzespołów lub silników, będących elementami maszyn podlegających procesowi certyfikacji, będących przedmiotem zamówienia przez podmiot nie posiadający ku temu odpowiedniej wiedzy i kompetencji, co może mieć bezwzględnie wpływ na zwiększenie już istniejących zagrożeń ludzkiego życia i zdrowia na dole kopalni, albowiem eksploatacja w strefach zagrożonych wybuchem maszyn i urządzeń, do których dostawy zostały przeprowadzone w sposób niewłaściwy, obniża poziom bezpieczeństwa, a tym samym stanowi zagrożenie dla zdrowia i życia personelu Zamawiającego oraz współpracującego z Zamawiającym, a pracującego w tych strefach. Takie postępowanie Zamawiającego jest nadużyciem przez niego przysługujących mu praw podmiotowych i nie może podlegać ochronie prawnej.

Nie można uznać, że sformułowane w odwołaniu wnioski i żądania wobec podmiotów nie będących producentami maszyn lub ich autoryzowanymi przedstawicielami są nadmierne i niezwiązane z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, skoro Zamawiający sam oczekuje, że przedmiot zamówienia spełniać będzie określone normy. Sam więc kwotowy zakres realizowanych dotychczas usług oraz posiadanie Systemu Zarządzania Jakością nie jest wystarczającym miernikiem umożliwiającym dokonanie oceny potencjału technicznego wykonawcy. Nie negując faktu, że wykonawcy powinni legitymować się określony doświadczeniem w realizacji usług, należy powiązać więc wymóg ten z obowiązkiem spełnienia pozostałych warunków.

W ocenie Odwołującego należy także dokonać jeszcze rozróżnienia na podmioty będące producentami maszyn/ich autoryzowanymi przedstawicielami, oraz podmioty nie zaliczające się do żadnej z kategorii.

Producenci urządzeń lub podmioty posiadające ich autoryzację per se spełniają wymogi normy PN-EN IEC 60079-19:2020-07, bowiem usługi realizowane są w oparciu o dokumentację techniczną poddaną procesowi certyfikacji. Nie ma więc potrzeby, aby podmioty te dodatkowo posiadały certyfikat czy system Zarządzania Jakością w tym zakresie, skoro uzyskały certyfikat badania typu WE, a następnie decyzję dopuszczającą do stosowania w podziemnych zakładach górniczych, i pozostają podmiotami odpowiedzialnymi w przypadku wprowadzenia ewentualnych zmian w urządzeniu.

Norma PN-EN IEC 60079-19:2020-07 w swoim pkt 4.1 - „Zasady ogólne" wskazuje, że „Naprawy i remontu uznaje się za przeprowadzone zgodnie z certyfikatem, jeżeli:

a) stosowane są części wyprodukowane przez producenta lub części wymienione w rozdziale 4.3.2.4.,

b) naprawy lub remonty wykonywane są dokładnie tak jak określono w niniejszej normie

lub dokumentacji certyfikacyjnej,

c) gdy są one realizowane przez kompetentne osoby, zgodnie z pkt. 4.3.2.2.

Jeżeli są stosowane inne techniki napraw lub zmian niezgodne z normą, wówczas konieczne jest ustalenie u producenta i/lub w jednostce certyfikującej przydatności urządzenia do dalszego stosowania w atmosferze wybuchowej".

Powyższe uregulowanie jednoznacznie wskazuje, że naprawy i remonty realizowane przez producentów maszyny w oparciu o dokumentację certyfikacyjną, stosujących części wyprodukowane przez siebie, nie prowadzą do utraty certyfikatu i uznawane są za zgodnie z cytowaną normy.

Norma produkcyjna - norma PN-EN ISO/IEC 80079-34:2011 - Atmosfery wybuchowe- Część 34: Stosowanie systemów jakości przy produkcji urządzeń, w wprowadzeniu do normy wskazuje na następujący jej zakres zastosowania: „W niniejszej normie międzynarodowej określono wymagania dla systemu zarządzania jakością, który może być stosowany przez organizację do produkcji urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytkowania w atmosferach wybuchowych. Może być również stosowana przez strony trzecie, włączając w to jednostki certyfikujące, do oceny spełnienia wymagań systemu oceny zgodności lub wymagań prawnych. Zastosowanie niniejszej normy ma na celu pokrycie zarówno urządzeń elektrycznych jak i nieelektrycznych oraz systemów ochronnych. (.) Wymagania producenta odnośnie zarządzania jakością są integralną częścią większości systemów certyfikacyjnych i jako taka, niniejsza norma została przygotowana z uwzględnieniem wymagań systemu certyfikacji urządzeń IECEx odnośnie systemu zarządzania jakością producenta, przeznaczona jest do wspierania wymagań systemu ATEX odnoszącego się do systemu zarządzania jakością producenta oraz może być zastosowana w innych krajach lub regionalnych systemach certyfikacji, które odnoszą się do produkcji urządzeń przeciwwybuchowych".

Zatem producent urządzenia lub jego autoryzowany przedstawiciel, spełniają wymogi przewidzianej normy PN-EN ISO/IEC 80079-34:2011, która kształtuje wobec producentów określone wymogi w zakresie posiadanego systemu zarządzania jakością. Producent, wytwarzając urządzenia a następnie wprowadzając je do obrotu, stosuje normę. Brak jest więc uzasadnionych podstaw, by żądać od producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela obowiązku posiadania kolejnego systemu zarządzania jakością, o którym mowa w normie PN-EN IEC 60079-19:2020-07. Już bowiem na wcześniejszym etapie - tj. na etapie produkcji bądź uzyskania dopuszczenia urządzenia do użytkowania, producent wykazuje posiadanie stosownego systemu zarządzania jakością, co stanowi gwarant prawidłowego wykonania usługi objętej postępowaniem.

Pozostałe zaś podmioty, nie będące producentami urządzenia lub podmiotami posiadającymi ich autoryzację, nie stosują w ramach swojej działalności gospodarczej tzw. normy producenckiej PN-EN ISO/IEC 80079-34:2011. Tym samym, prowadzenie przez nie działalności nie jest oceniane pod kątem zgodności z jakąkolwiek normą, a zatem zasadne jest żądanie spełniania przez nie wymogów przewidzianych normą remontową, tj. PN-EN IEC 60079-19:2020-07. Tym samym, adresatem normy PNEN IEC 60079-19:2020-07 zasadniczo są właśnie podmioty nie będące producentami urządzeń, na których norma nakłada szczególne kategorie obowiązków.

Pod tym względem zatem konieczne jest przywrócenie zapisów SWZ w wersji obowiązującej przed modyfikacją dokonaną dnia 24 czerwca 2022 roku.

Z przedstawionych przyczyn, zdaniem Odwołującego odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron I Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem zainteresowanym udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia, chce złożyć ofertę w ogłoszonym postępowaniu. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SWZ opisu przedmiotu zamówienia i ustalania warunków udziału umożliwiających staranie się o uzyskanie zamówienia, czy też formułowania obowiązków umownych, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia.

Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego Wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożyli wykonawcy:

1) Becker-Warkop Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach,

2) FERRIT s.r.o., z siedzibą Frydlant nad Ostravici, Republika Czeska

3) Famur Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszeń i dopuściła Wykonawców jako Przystępujących.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił jego oddalenie w całości.

Przystępujący po stronie Odwołującego wnosili o uwzględnienie odwołania w całości.

Na postawie dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego na nośniku elektronicznym Izba ustaliła, że Odwołujący prawidłowo przytoczył w odwołaniu zapisy SWZ istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu i nie zachodziła konieczność ich powtarzania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy, po wysłuchaniu Stron i Uczestników postępowania, Izba doszła do przekonania, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i oddaliła je w całości.

W zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako 1 i 2 Izba uznała, że Zamawiający dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy Pzp. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał i nawet nie uprawdopodobnił, że ustalone wymagania dla zakładu naprawczego powinny być ustalone na wyższym poziomie do osiągnięcia zakładanych celów danego zamówienia oraz że w postępowaniu naruszono zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a ustalone warunki mają charakter nieprawidłowy, natomiast Zamawiającemu można przypisać nadużywanie praw przy ich ustalaniu.

W ramach rozważań ogólnych dostrzeżenia wymaga, iż celem ustalenia warunków udziału jest wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Przy czym zauważyć należy, co celnie podkreślił w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, przepisy ustawy Pzp precyzują, że warunki muszą odzwierciedlać poziom adekwatny do celów zamawiającego. Nie mogą mieć one charakteru nadmiernego, o co wnosił Odwołujący dążąc do zaostrzenia reguł umożliwiających wykonawcom ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zamawiający, posiłkując się postanowieniami normy PN, której celowości zastosowania Odwołujący nie negował, a wręcz podkreślał, ustalił poziom warunków udziału dla Wykonawców i ich przedsiębiorstw na poziomie adekwatnym do wymagań normy PN oraz prowadzących do osiągnięcia celu zakładanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż ustalony poziom warunków udziału, który zgodnie z przepisami ustawy Pzp, odczytywać należy jako co najmniej poziom minimalny, powinien być ustalony na poziomie znacząco wyższym niż wynikający z zapisów SWZ. Ciężar udowodnienia braku proporcjonalności warunków udziału w postępowania do przedmiotu zamówienia spoczywa na Odwołującym. Odwołujący nie uzasadnił swojego stanowiska, że ustalone warunki nie gwarantują osiągnięcia celu, są za niskie. Izbie nie przedstawiono ani jednego przykładu, z którego wynikałoby, że w przeszłości tak formułowane warunki doprowadziły do nieprawidłowości w przedsiębiorstwie Zamawiającego, zagrożone zostało życie ludzi pracujących przy użyciu urządzeń, które zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia podlegały będą remontom, ponieważ prace remontowe zostały przeprowadzone przez podmioty nie dające gwarancji należytego wykonania usług.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, postanowienia normy przywołanej w odwołaniu jasno precyzują, że zakłady naprawcze powinny posiadać system zarządzania jakością. Tak też Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymagań podmiotowych. Izba podziela stanowisko płynące z odpowiedzi na odwołanie, że wymaganie legitymowania się specjalnym certyfikatem potwierdzającym zgodność działań z wymaganiami konkretnej normy dla zakładu naprawczego byłoby wymaganiem nadmiernym.

Dowody złożone przez Odwołującego zdają się potwierdzać tę tezę, ponieważ złożono ofertę na program certyfikacji od firmy OBAC, z której to wynika, że program obejmuje certyfikację dobrowolną. Jeżeli więc uzyskanie określonego certyfikatu jest uzależnione od woli podmiotu - zakładu wykonującego naprawy, remonty, nie można wymagać od podmiotów funkcjonujących na danym rynku, by takiej certyfikacji poddawali się obowiązkowo. Również inny dokument złożony przez Odwołującego nie potwierdza tez odwołania. Złożony dokument nie jest certyfikatem, a oceną zdolności do wykonywania remontów przez dany zakład. Jak zauważył na rozprawie Zamawiający, taki dokument będzie on honorował w ramach potwierdzenia, że działania danego podmiotu są zgodne z normą. Co więcej, złożony dokument nie odnosi się do samego podmiotu, ale może być raczej zaliczony do grona przedmiotowych środków dowodowych, ponieważ wskazuje on na organizację i technologię przeprowadzania remontów oraz zawiera wykaz urządzeń remontowanych oraz zakres wykonywanych czynności remontowych. Tymczasem zarzuty Odwołujący odnosi do podmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

Ze złożonego przez Odwołującego pisma z dnia 15 listopada 2017 roku pochodzącego od Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego, dotyczącego remontów urządzeń budowy przeciwwybuchowej wynika, że brak jest normatywnych wymagań dotyczących remontu urządzeń mechanicznych. Jednocześnie zdaniem podmiotu nadzorującego, regulacje przepisów prawa nie wykluczają z rynku podmiotów, które zgodnie z poprzednimi regulacjami posiadają ocenę zdolności remontowej, wydaną przez jednostkę notyfikowaną. Samo rozporządzenie nie określa podmiotów, które są uprawnione do dokonywania remontów. Rozporządzenie wymienia zasady, którymi należy się kierować podczas wykonywania czynności remontowy. Tym samym nie jest to w ocenie Izby stanowisko, które dowodzi zasadności tez odwołania. W podsumowaniu stanowiska dodatkowo stwierdzono, że remont urządzenia, bez względu na to, kto go realizuje, jest zawsze działaniem użytkowania, ponoszącego za urządzenie odpowiedzialność. Tę odpowiedzialność Zamawiający chce realizować poprzez zapis w SWZ wymogu wykonywania czynności remontu zgodnie z normą przywołaną w odwołaniu, co każdorazowo wykonawca wykonujący ma potwierdzić. Takie okoliczności potwierdza także pismo z dnia 15 lipca 2022 roku, złożone przez Zamawiającego, również pochodzące od Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego.

Pozostałe złożone przez Odwołującego pisma, w tym korespondencja z firmą Bosch Rexroth, czy korespondencja z Komag Instytut Techniki Górniczej, to dokumenty nie

odnoszące się wprost do przedmiotu sporu, stanowią one obraz stanowiska, które Odwołujący stara się przeforsować w odwołaniu, jednakże z żadnego z przedstawionych pism nie wynika wprost, że istnieje obowiązek stwierdzony przepisami prawa, że certyfikacja zgodnie z normą PN 60079-19:2020-7 ma charakter obowiązkowy, a Zamawiający powinien żądać od wykonawców posiadania takiego dokumentów w ramach podmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując, kierując się zasadą proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu, którą należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Uczynienie zadość żądaniom Odwołującego prowadziłoby de facto do naruszenia zasady proporcjonalności, ponieważ wprowadzenie proponowanych zapisów warunków doprowadziłoby do wyeliminowania, czy utrudnienia dostępu do zamówienia potencjalnej grupie wykonawców, którzy w normalnych warunkach mieliby szanse na uzyskanie zamówienia. Tym samym uznać należy, że ustalenie warunków udziału na niższym poziomie aniżeli oczekuje tego Odwołujący nie stanowi o naruszeniu przepisów ustawy Pzp.

Przy ocenie zasadności zarzutu nr 3 Izba doszła do przekonania, że nie zasługiwał on na uwzględnienie. Odwołujący żądał, by producent lub jego autoryzowany przedstawiciel nie musieli składać w ramach podmiotowych środków dowodowych dokumentów potwierdzających posiadanie systemu zarządzania jakością.

Izba nie znalazła podstaw, by takie żądania uznać za zasadne. Zgodnie z przywoływaną wielokrotnie przez samego Odwołującego normą, nie wyłącza ona wymagania posiadania systemu zarządzania jakością dla samego producenta. Jak celnie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, z punktu 4.4.1.1. normy wynika, że zakład naprawczy powinien posiadać system zarzadzania jakością. Natomiast za zakład naprawczy uznaje się również producenta urządzeń. Tym samym nie jest uprawnione wyłączenie obowiązku złożenia odpowiedniego dokumentu przez producentów urządzeń. Co więcej, z przebiegu rozprawy wynika, co potwierdzają materiały złożone przez Zamawiającego, że zarówno Odwołujący oraz Przystępujący po jego stronie wykonawcy takie systemy mają wdrożone i posiadają odpowiednie certyfikaty. Nie ma więc żadnych przeszkód, by takie dokumenty przedstawić Zamawiającemu. Zasada równego traktowania nakazuje traktować w taki sam sposób wykonawców znajdujących się w podobnej sytuacji. Pomijając w jaki sposób Zamawiający miałby ustalać czy dany podmiot jest producentem lub autoryzowanym przedstawicielem, w ocenie Izby brak jest formalnych i merytorycznych podstaw, by z obowiązku złożenia określonych dokumentów zwolnić tylko dwie kategorie podmiotów.

Konkludując, Izba doszła do przekonania, że opis warunków udziału w postępowaniu nie naruszał zasad ustawy Pzp i nie był nieproporcjonalny, czy też nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia i zakładanego celu postępowania.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: