

## WYROK

Warszawa, dnia 17 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FPM spółkę akcyjną z siedzibą w Mikołowie przy ul. Wyzwolenia 12C (43-190 Mikołów) oraz Przedsiębiorstwo Modernizacji Obiektów Przemysłowych „CEMA” spółkę akcyjną z siedzibą w Opolu przy ul. Budowlanych 52 (45-124 Opole) w postępowaniu prowadzonym przez PGE Energia Ciepła spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie przy ul. Złotej 59 (00-120 Warszawa)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy MAGOTTEAUX S.A.

z siedzibą w Vaux-sous-Chèvremont przy Rue A. Dumont BE 0422984633 (4051 Vaux-sous-Chèvremont, Królestwo Belgii)

### orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FPM spółkę akcyjną z siedzibą w Mikołowie oraz Przedsiębiorstwo Modernizacji Obiektów Przemysłowych „CEMA” spółkę akcyjną z siedzibą w Opolu i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FPM spółki akcyjnej z siedzibą w Mikołowie oraz Przedsiębiorstwa Modernizacji Obiektów Przemysłowych „CEMA” spółki akcyjnej z siedzibą w Opolu na rzecz zamawiającego PGE Energia Ciepła spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1894/24

### Uzasadnienie

PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Dostawa układów mielących do młynów 7M65-E w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Elektrociepłownia w Bydgoszczy* numerze: POST/PEC/PEC/UZI/01218/2023, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 stycznia 2024 r. pod numerem publikacji ogłoszenia 00049909-202.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 29 maja 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FPM S.A. z siedzibą w Mikołowie oraz Przedsiębiorstwo Modernizacji Obiektów Przemysłowych „CEMA” S.A. z siedzibą w Opolu (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie od czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Magotteaux S.A. dokonany w dniu 22 maja 2024 r. i zaniechanie odrzucenia tej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Jego zdaniem oferta powyżej wskazanego wykonawcy była niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w punkcie 3.3.1. i 3.1.2 Załącznika Nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ”) Opis Przedmiotu Zamówienia (zwanego dalej jako: „OPZ”). Odwołujący wskazał, że zamawiający w punkcie 3.3.1 OPZ wymagał wykonania pierścieni miazdzących ze staliwa

stopowego, podczas gdy wykonawca oferuje wykonanie tych pierścieni z żeliwa chromowo-molibdenowego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uchylenie czynności zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty złożonej przez Magotteaux S.A. i powtórzenie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w złożeniu odwołania i złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Jego zdaniem zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia przedmiotowej oferty i jej wybór jako oferty najkorzystniejszej uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia i osiągnięcie wynikającego z tego tytułu przychodu oraz zysku. Efektem tego jest szkoda polegająca na stracie kosztów poniesionych w związku z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu (wynagrodzenie pracowników, koszt materiałów i urządzeń biurowych) oraz na utracie spodziewanego przychodu i zysku w związku z wykonaniem zamówienia. Powyższe miało być skutkiem naruszenia przez zamawiającego wskazanego przepisu ustawy. Odwołujący podniósł, że gdyby nie to naruszenie, to miałby realną możliwość pozyskania zamówienia, zwłaszcza, że z treści oferty złożonej przez wykonawcę ZM Technika Sp. z o.o. S. k. wynikało, że wykonawca ten nie posiada wymaganego przez zamawiającego doświadczenia. Szkoda miała także charakter niemajątkowy. Odwołujący stwierdził, że gdyby nie naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego, miałby możliwość wykonania zamówienia w związku z którym uzyskałby dalsze doświadczenie i zwiększyłby swoją renomę i pozyskałby dalsze referencje na rynku.

W uzasadnieniu odwołujący w stwierdził, że zamawiający w OPZ w punkcie 3.1.1. wskazał, że nie jest właścicielem dokumentacji technicznej. W związku z tym dopuścił wykonanie zamówienia na podstawie dokumentacji technicznej własnej wykonawcy lub na podstawie obmiaru z natury. W związku z tym wskazał, że jedynym wymaganiami co do dostaw jest to, aby spełniały one kryteria równoważności określone w punkcie 3.1.2 OPZ.

W punkcie 3.1.2. c) OPZ zamawiający wskazał, że dopuszcza możliwość dostawy produktów równoważnych (zamienników) wykonanych w oparciu o dokumentację własną wykonawcy. Zamawiający uznał, że dostarczone zamienniki będą równoważne, jeśli będą spełniały warunki wskazane w tym punkcie. Wszystkie wskazane warunki odnoszą się wyłącznie do kompatybilności i cech użytkowych. Jednocześnie w punkcie 3.3.1 OPZ zamawiający wskazał, że odlewy pierścieni należy wykonać ze staliwa stopowego. W uwadze zamieszczonej w punkcie 3.4 zamawiający wskazał: *UWAGA: Odstępstwo od ww wymagań może skutkować odrzuceniem dostawy. Kule oraz pierścienie miazdzące muszą być obrobione mechanicznie.*

Zdaniem odwołującego cytowana powyżej uwaga odnosiła się zarówno do wymagań dotyczących pierścieni jak i do kul, o czym świadczyło sformułowanie *Kule oraz pierścienie...*, zatem uwaga ta odnosiła się do wymagań określonych w punktach 3.4 i 3.3 OPZ. Odwołujący tym samym uznał, że wymogi określone w punkcie 3.3. były wymagane bezwzględnie i w tym zakresie zamawiający nie dopuścił produktu równoważnego. W tak sformułowanym OPZ równoważność dotyczy jedynie dokumentacji technicznej, na podstawie której wykonane zostaną zespoły mielące i części. Natomiast nie obejmuje ona cech wskazanych w punkcie 3.3 OPZ, w tym materiału, z którego zostaną one wykonane, co zostało w OPZ podkreślone cytowaną uwagą, która dodatkowo, dla podkreślenia jej znaczenia została sformatowana pogrubioną czcionką.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Magotteaux S.A. do swojej oferty dołączył Załącznik nr 9 Opis technologii wykonania produktu równoważnego. Na stronie 4 tego załącznika wskazano, że pierścień miazdzący wykonany jest w technologii bimetalicznej Duocast. Na stronie 7 została opisana ta technologia. Z opisu wynika, że odlew pierścienia wykonywany jest z żeliwa chromomolibdenowego. Tak wykonany odlew pokrywany jest osnową ze staliwa narzędziowego, zatem materiał, z którego wykonany jest oferowany pierścień jest wykonywany z materiału innego niż wymaga tego bezwzględnie zamawiający w OPZ.

W związku z tym, zdaniem odwołującego, oferta ww. wykonawcy nie była zgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że przedmiotowa oferta, jako niezgodna z warunkami zamówienia powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zaniechanie jej odrzucenia a następnie dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej naruszało w ten sposób ustawę. Jednocześnie to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, gdyż prowadziło do wyboru oferty, która gdyby nie nastąpiło to naruszenie, nie zostałaby wybrana, na skutek czego wybór oferty najkorzystniejszej dotyczyłby oferty innego wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że wymaganie co do materiału sformułowane w OPZ nie było przypadkowe i jego podkreślenie przez zamawiającego miało głębokie uzasadnienie. Odmienność materiału oznaczała przede wszystkim, że materiał posiada inne właściwości fizyko-chemiczne oraz wytrzymałościowe. Niewątpliwie wywiera to znaczący wpływ na przebieg i bezpieczeństwo procesu obróbczego. Oznaczało to, że zastosowanie pierścienia wykonanego z innego materiału należało uznać za modernizację istniejącego urządzenia, która powinna zostać poprzedzona analizą zagrożeń i zdolności operacyjnych HAZOP (znormalizowaną normą PN-IEC 61882). Wymóg przeprowadzenia takiej procedury wynika

z Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz. U. 2008.199.1228 z dnia 2008.11.07), które to rozporządzenie realizuje regulacje i wymagania określone Dyrektywą 2006/42/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie maszyn, zmieniająca dyrektywę 95/16/WE (przekształcenie), czyli tzw. Dyrektywy Maszynowej.

Jednocześnie odwołujący podniósł, że wykonawca nie przedstawił dowodów wykazujących, że produkt oferowany z innego materiału posiada właściwości wskazane przez zamawiającego jako kryteria równoważności. Nie stanowią takiego dowodu niewierzytelne kopie fragmentów protokołów z pomiarów zużycia zestawów mielących (str. 9 Załącznika nr 9 do oferty). Z ich treści nie wynika, że przedmiotem pomiarów były zespoły mielące (i ich części) wykonane w opisywanej w tym załączniku technologii.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca MAGOTTEAUX S.A z siedzibą w Vaux-sous-Chèvremont (Królestwo Belgii).

W dniu 13 czerwca 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- oddalenie wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu w zakresie opinii biegłego na okoliczność, że oferta przystępującego opiewa na dostawę pierścieni miazdzących wykonanych z materiału innego niż wymagany przez zamawiającego;
- oddalenie odwołania w całości.

Tego samego dnia również wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego złożył pismo procesowe, w którym wniósł o:

- odrzucenie odwołania z powodu braku wykazania przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia, względnie o:
- oddalenie odwołania w całości jako bezprzedmiotowego.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Tym samym Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o odrzucenie odwołania, który został podniesiony w piśmie procesowym tego wykonawcy. Przystępujący stwierdził, że odwołanie podlegało odrzuceniu z powodu braku wykazania przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia. W celu poparcia swojego wniosku przystępujący wskazał, że odwołujący twierdził, iż odlewy winny być wykonane ze staliwa narzędziowego i powinny być obrabiane mechanicznie, w przeciwnym razie będzie to podstawa do odrzucenia oferty.

W rzeczywistości odwołujący miał zaproponować pierścień miazdzący, który nie jest elementem stalowym, ani nie jest obrobiony mechanicznie. Jego oferta podlegałaby więc odrzuceniu. W tej sytuacji trudno mówić o wykazaniu przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia. W przedstawionej sytuacji przystępujący domniemywał, że celem odwołującego nie jest podpisanie umowy na dostawę, lecz doprowadzenie do unieważnienia przetargu.

Skład orzekający stwierdził, że powyżej wskazany wniosek przystępującego był niezasadny. W pierwszej kolejności należało wskazać, że brak interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 Pzp, nie jest przesłanką odrzucenia odwołania. Przesłanki odrzucenia odwołania wymienione zostały w art. 528 Pzp. Zawarty w tym przepisie katalog przesłanek odrzucenia odwołania ma charakter zamknięty, co oznacza, że nie jest dopuszczalne odrzucenie odwołania z innych powodów niż wskazane w tym przepisie. Po drugie argumentacja przystępującego odnosiła się do treści oferty odwołującego i wskazywała, że oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu. Izba jest związana zarzutami odwołania i w procesie rozstrzygnięcia odwołania nie może wykraczać poza zakres odwołania. Odwołanie dotyczyło niezgodności z warunkami zamówienia oferty przystępującego, a nie odwołującego. W związku z tym Izba nie miała podstaw w zakresie przedmiotowego postępowania odwoławczego do rozstrzygnięcia o zgodności lub niezgodności z warunkami zamówienia oferty odwołującego, a do tego *de facto* prowadziła argumentacja przystępującego związana z wnioskiem o odrzucenie odwołania.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. W związku z powyższym Izba nie uwzględniła argumentacji zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie, która wskazywała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości ponieważ odwołujący nie legitymował się prawem do jego wniesienia w postępowaniu.

Jak ustalił skład orzekający oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu ocen. W pkt. 12.1 SWZ zamawiający wskazał, że skorzysta z możliwości przewidzianej w art. 139 ust. 1 Pzp, tj. najpierw dokona

badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie, że oferta ZM Technika Sp. z o.o. sp. k. uplasowała się na drugim miejscu w rankingu oceny ofert i nie była oceniana w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia przez wniesienie odwołania, w którym skierował zarzuty wyłącznie wobec oferty wybranego wykonawcy, ponieważ ewentualne uwzględnienie odwołania spowodowałoby unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz wyeliminowanie oferty dotychczasowego lidera rankingu. Po tej czynności zamawiający byłby zobowiązany dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy ZM Technika Sp. z o.o. sp. k. i albo wybraćby ofertę tego wykonawcy albo ją odrzucił. Zarówno pierwsza jak i druga sytuacja dałaby odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia, ponieważ mógłby on kwestionować dokonany wybór przez wniesienie odwołania w związku z uznaniem, że oferta wybranego wykonawcy nie spełniła warunków udziału w postępowaniu lub ziściły się wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, albo wobec odwołującego zamawiający prowadziłby czynności dotyczące kwalifikacji podmiotowej. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę MAGOTTEAUX S.A. z siedzibą w Vaux-sous-Chèvremont (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika, odwołujący wniósł o niedopuszczenie pełnomocnika przystępującego, którego pełnomocnictwo zostało złożone wraz z pismem procesowym w związku z tym, że osoba ta nie wykazała, że pozostaje z przystępującym w stosunku umowy zlecenia. Osoba ustanowiona pełnomocnikiem przystępującego złożyła oświadczenie, że pozostaje z przystępującym w stosunku zlecenia oraz wyjaśniła, że zlecenie, które posiada z przystępującym, zostało sporządzone w języku francuskim i nie dysponuje zleceniem w tłumaczeniu na język polski.

Izba postanowiła oddalić powyżej wskazany wniosek odwołującego. Zgodnie z art. 510 ust. 1 Pzp pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania oraz osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. Wraz z pismem procesowym przystępujący złożył pełnomocnictwo, z którego wynikało, że osoba w nim wskazana została umocowana do reprezentowania go przed Krajową Izbą Odwoławczą we wszelkich sprawach dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, których stroną lub uczestnikiem postępowania będzie przystępujący, a także do wykonywania wszelkich czynności procesowych – w tym reprezentowania przystępującego przez udział w posiedzeniach i rozprawach, wnoszenia pism procesowych, składania oświadczeń i wyjaśnień w toku postępowania, składania wniosków dowodowych i innych czynności. Ponadto osoba wskazana w treści pełnomocnictwa oświadczyła, że pozostaje z przystępującym w stosunku zlecenia, a odwołujący poza zgłoszonym wnioskiem nie przedstawił żadnych okoliczności lub dowodów, które mogłyby podważyć lub zakwestionować treść pełnomocnictwa oraz oświadczenie pełnomocnika. W ocenie Izby okoliczności te pozwalały uznać, że osoba wskazana treści pełnomocnictwa pozostawała z przystępującym w stosunku zlecenia. Przy czym Izba zauważyła, że ustawodawca nie postawił wymogu stałego zlecenia, jednakże

w ocenie Izby stosunek zlecenia powinien dotyczyć określonych czynności prawnych prawa materialnego, zaś pełnomocnictwo powinno być wynikiem potrzeby obrony interesów strony w związku z podejmowanymi przez zleceniobiorcę czynnościami w ramach stosunku zlecenia. Ponadto zdaniem Izby nie ma obowiązku załączania umowy zlecenia do pełnomocnictwa, a także składania go przy pierwszej czynności procesowej, gdyż treść art. 511 ust. 2 Pzp wskazuje na braki pełnomocnictwa lub w składzie właściwych organów,

a w ocenie Izby samo pełnomocnictwo takich braków nie zawierało. Oczywiście pożądanym jest, aby pełnomocnik pozostający w stosunku zlecenia był w stanie ten fakt wykazać

w sytuacji zaistnienia wątpliwości, co do istnienia tego stosunku czy jego charakteru, jednakże w ocenie Izby brak jest przepisu obligującego pełnomocnika do wykazywania istnienia tego stosunku. Przepis art. 516 ust. 2 pkt. 2 Pzp mówi o obowiązku załączenia dowodu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego, a nie uczestnika postępowania. Ewentualne wątpliwości w zakresie pełnomocnictwa zostały rozwiane przez oświadczenie i wyjaśnienie osoby wymienionej w treści pełnomocnictwa. Izba

w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie znalazła powodów do zakwestionowania tego oświadczenia. W stosunku do uczestnika postępowania odwoławczego przepisy Pzp pozwalają na uznanie, że jeżeli uczestnik ustanawia

pełnomocnika to należy domniemywać, że osoba ta pozostaje z mocodawcą w jednej z relacji wymienionych w art. 510 Pzp. Domniemanie to może zostać obalone przez stosowne dowody lub wskazane okoliczności, które mogą poddać pod wątpliwość spełnienie wymogów określonych w ww. przepisie. Odwołujący takich okoliczności ani dowodów nie podniósł, zatem Izba stwierdziła, że pełnomocnik przystępującego został ustanowiony prawidłowo.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 13 czerwca 2024 r., w tym w szczególności:
  - specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
  - ofertę złożoną w postępowaniu przez przystępującego;
  - informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 22 maja 2024 r.;
- 2) dokumenty złożone na posiedzeniu przez przystępującego – arkusze danych technicznych, na które powołał się w piśmie procesowym, tj. arkusze dotyczące drutu spawalniczego-rdzeniowego, hart face HC-O, CNV-O, CN-O z tłumaczeniem na język polski.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego. Zgodnie z art. 539 Pzp dopuszczając dowód z opinii biegłego, skład orzekający, w postanowieniu, określa przedmiot opinii i dziedzinę, z której biegły jest powoływany, a także wskazuje dokumentację niezbędną do sporządzenia opinii. O przeprowadzenie przedmiotowego dowodu wnioskował odwołujący. Wniosek ten sprowadzał się właściwie do wskazania, że powinien zostać dopuszczony dowód z opinii biegłego. Przy czym odwołujący nie wskazał z jakiej dziedziny ma zostać powołany biegły, ani nie określił dokładnie dokumentacji niezbędnej do sporządzenia opinii oraz przedmiotu tej opinii. Braki w tym zakresie ze strony odwołującego, w ocenie składu orzekającego, dyskwalifikowały przedmiotowy wniosek, ponieważ rola wnioskującego o przeprowadzenie takiego dowodu nie może sprowadzać się wyłącznie do zasygnalizowania czy też zgłoszenia wniosku, bez podawania niezbędnych informacji umożliwiających jego przeprowadzenie. Ponadto Izba uznała, że wydanie rozstrzygnięcia, w tym ustalenie stanu faktycznego sprawy, było możliwe w oparciu o zgromadzony materiał procesowy, w tym w szczególności w ramach weryfikacji brzmienia załącznika nr 1 do SWZ tj. OPZ, co nie wymagało wiedzy specjalnej i dokonywane jest przez skład orzekający w ramach subsumpcji. Tym samym zebrany w sprawie materiał procesowy czyli przede wszystkim OPZ w zupełności wystarczał do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Zgodnie z dyspozycją art. 541 Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. W okolicznościach przedmiotowej sprawy dopuszczenie i przeprowadzenie przedmiotowego dowodu doprowadziłoby jedynie do zwłoki, zatem dowód w powyższym zakresie nie mógł zostać przeprowadzony.

Izba ustaliła co następuje

Opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 1 do SWZ. Pkt 3.1.1., 3.1.2. i 3.3.1. OPZ posiadały następującą treść:

3.1.1. Dokumentacja techniczna:

- a) Zamawiający informuje, że posiadane przez niego młyny 7M65-E zostały wyprodukowane przez FPM S.A., która to firma jest właścicielem ich dokumentacji źródłowej.
- b) W trakcie wieloletniej eksploatacji młyny podlegały modernizacjom.
- c) Numery rysunków przywołane w tabeli powyżej występują w DTR młynów przekazanych Zamawiającemu na etapie budowy. Numery te należy traktować tylko i wyłącznie jako oznaczenia katalogowe.
- d) Zamawiający nie wymaga aby dostarczone części były wykonane na podstawie dokumentacji przywołanej w załącznikach cenowych. Wykonawca może dostarczyć części wykonane na podstawie dokumentacji własnej lub obmiaru z natury.
- e) Jedynym wymaganiem Zamawiającego wobec dostarczonych zespołów mielących i części zamiennych jest ich równoważność, której warunki opisano w punkcie 3.1.2.
- f) Zamawiający nie posiada i nie będzie udostępniał żadnej dokumentacji wykonawczej układów mielących ani części zamiennych będących przedmiotem zamówienia

3.1.2. Przedmiot zamówienia – produkt równoważny

- a) Przedmiotem zamówienia są układy mielące wyspecyfikowane w Tabeli nr 1 powyżej oraz Załącznikach nr 2 oraz nr 3 do Umowy.
- b) Podstawą identyfikacji zespołów i części zamiennych są numery katalogowe przywołane w Tabeli nr 1 powyżej oraz Załącznikach nr 2 oraz nr 3 do Umowy.
- c) Zamawiający dopuszcza możliwość dostawy produktów równoważnych (zamienników) wykonanych w oparciu o

dokumentację własną Wykonawcy. Zamawiający uzna, że dostarczone zamienniki są równoważne, jeśli będą spełniały następujące warunki:

- zapewnią pełną kompatybilność z urządzeniami, do których będą wbudowane,
- ich montaż nie będzie wymagał od Zamawiającego wprowadzenia jakichkolwiek zmian konstrukcyjnych w eksploatowanych urządzeniach,
- w żaden sposób nie pogorszą warunków eksploatacyjnych urządzeń (wydajność, jakość zmielonego paliwa, żywotność własna oraz całego urządzenia), w których będą zabudowane,
- żywotność dostarczonych części będzie zgodna z czasami określonymi przez Zamawiającego w Załączniku nr 3 do Umowy.

d) Przedmiot zamówienia musi być wykonany zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawem, a w szczególności nie naruszać praw własności intelektualnej lub tajemnicy przedsiębiorstwa innego podmiotu.

(...)

3.3.1. Odlewy pierścieni należy wykonać ze staliwa stopowego.

a) Kształt i wymiary odlewów powinny odpowiadać wymaganiom określonym na rysunku surowego odlewu. Tolerancje wymiarowe powinny być zgodne z PN-72/H-83154 dla V-tej klasy dokładności.

b) Odchylenie od masy odlewów powinny być zgodne z PN-72/H-83154 i odpowiadać V-tej klasie dokładności.

c) Powierzchnie odlewów podlegające obróbce skrawaniem powinny mieć nadatki na obróbkę wg PN-72/H-83154 odpowiadającej V-tej klasie dokładności.

d) Badania pierścieni:

- kontrola składu chemicznego na podstawie końcowej analizy z wytopu,
- twardość należy badać na odlewie obrobionym cieplnie, na powierzchni tocznej w 6-ciu miejscach rozstawionych na obwodzie pierścienia co 60°.

e) Cechowanie pierścieni.

Pkt 3.3. i 3.4 OPZ dotyczyły odpowiednio pierścieni dociskowych i miażdżących oraz kuli. W części końcowej pkt 3.4 OPZ zamawiający wskazał następującą uwagę:

**UWAGA:**

**Odstępstwo od ww. wymagań może skutkować odrzuceniem dostawy.**

**Kule oraz pierścienie miażdżące muszą być obrobione mechanicznie.**

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Oferty złożyli odwołujący, przystępujący i wykonawca ZM TECHNIKA Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bolechowie.

Przystępujący wraz z ofertą załączył załącznik nr 9 tj. *Opis technologii wykonania produktu równoważnego.*

W dniu 22 maja 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzeciej pozycji w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba w znacznej mierze przyjęła stanowisko zamawiającego wskazane w odpowiedzi na odwołanie. Jak słusznie argumentował zamawiający na podstawie postanowienia określonego w pkt 3.1.2. OPZ dopuścił on możliwość dostawy produktów równoważnych (zamienników) wykonanych w oparciu o dokumentację własną wykonawcy. Literalne brzmienie pkt 3.1.2 lit. a) i b) jak i umiejscowienie w OPZ postanowienia o dopuszczeniu dostawy produktów równoważnych (zamienników) wykonanych w oparciu o dokumentację własną wykonawcy wskazywało, że postanowienia w tym zakresie należało odnieść do całości dostaw opisanych szczegółowo w OPZ, tj. bez żadnych wyjątków. Postanowienie

z pkt 3.1.2 OPZ nie zawierało również wyłączenia jego stosowania do składu/typu materiału z jakiego mają być wykonane odlewy pierścieni czy odlewy kul miażdżących.

Na okoliczność, że równoważność nie dotyczyła jedynie dokumentacji technicznej wskazywało literalne brzmienie pkt 3.1.2. c) OPZ, w którym zamawiający wprost wskazał, że *dopuszcza możliwość dostawy produktów równoważnych (zamienników) wykonanych*

*w oparciu o dokumentację własną Wykonawcy.* Wykładnia pkt 3.1.2. c) OPZ nie mogła być dokonana w oderwaniu od

pozostałych postanowień tego punktu, który został opatrzony tytułem *Przedmiot zamówienia – produkt równoważny*. W lit. a) czy b) ww. punktu wskazane zostało co było przedmiotem zamówienia – produktem. Przedmiotem zamówienia były części zamienne dla trzech kompletów układów mielących dla młynów 7M65-E, a nie dokumentacja. Ponadto odwołujący z jednej strony wskazywał, że warunki równoważności

w pkt 3.1.2. c) OPZ odnosiły się wyłącznie do kompatybilności i cech użytkowych z drugiej twierdził, że równoważność dotyczyła jedynie dokumentacji technicznej, na podstawie której wykonane zostaną zespoły mielące i części. Przedmiotem zamówienia nie była dostawa dokumentacji tylko dostawa układów mielących dla młynów 7M65-E.

Odnosnie uwagi zamieszczonej pod koniec pkt 3.4 OPZ, na którą powoływał się odwołujący, Izba uznała, że dotyczyła ona poszczególnych dostaw w ramach wykonania umowy, a nie oferty. Tym samym nieuprawnione było wskazanie, że wykonanie odlewu pierścieni czy odlewu kul miażdżących z innego materiału niż ze staliwa stopowego było podstawą do odrzucenia oferty. Ponadto treść uwagi cyt. *może skutkować* wskazywała na uprawnienie do odrzucenia dostaw, a nie na obowiązek odrzucenia oferty. Ponadto zamawiający nie oczekiwał od wykonawców składających oferty na produkty równoważne (zamienniki) dołączenia do oferty opisu technicznego tychże produktów. Zamawiający wymagał, aby w przypadku zaoferowania produktów równoważnych (zamienników) spełniały one warunki równoważności wskazane w ust. 3.1.2. c) OPZ. Już samo umiejscowienie w OPZ postanowienia o dopuszczeniu dostawy produktów równoważnych (zamienników) wykonanych w oparciu o dokumentację własną wykonawcy wskazywało, że odnosiło się ono do całości przedmiotu dostawy opisanego szczegółowo poniżej wskazanego postanowienia, w tym w pkt 3.3.1. do 3.4.1 OPZ, bez żadnych wyjątków. Gdyby zamawiający wymagał, aby odlewy pierścieni i kul miażdżących były wykonane ze staliwa stopowego powinno to być umiejscowione w pkt 3.1.2. OPZ, jako wyjątek od zasady dopuszczenia produktów równoważnych (zamienników).

Ponadto Izba nie miała powodów do zakwestionowania stanowiska zamawiającego wskazującego, że odwołujący zastosowanie odmiennego materiału określił jako „modernizację istniejącego urządzenia” równocześnie odwołując się wymogów Dyrektywy 2006/42/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie maszyn (zwanej dalej jako: „Dyrektywa Maszynowa”), która nie przewiduje czynności „modernizacji”. Występuje w niej za to czynność „modyfikacji” i tym słowem należałoby się posługiwać

w przypadku dokumentowania zmian w konstrukcji maszyn z jednoczesnym powoływaniem się na treść Dyrektywy Maszynowej. Zgodnie z Dyrektywą Maszynową przez modyfikację należy rozumieć takie czynności jak zwiększenie zakresu funkcji, rozszerzenie strefy niebezpiecznej czy istotne zmiany przeprowadzanych przez nią procesów, czyli tak istotne przekształcenie lub przebudowanie maszyn używanych, że można je uznać za nowe maszyny. Wymiana części zamiennych (zużywających się) dla trzech kompletów układów mielących dla młynów 7M65-E, nawet na produkty równoważne (zamienniki), nie zmienia charakteru pracy maszyny, zatem nie zachodzi podstawa do nazwania jej modyfikacją

w rozumieniu przywołanej Dyrektywy Maszynowej. W przedmiotowej sprawie można jedynie mówić o wymianie części zużywającej się na część zamienną, którą jest produkt równoważny (zamiennik), wykonany z tego samego rodzaju materiału, przy czym nie należy mylić rodzaju materiału ze składem/typem materiału, gdzie rodzaj materiału to np. metal, drewno, tworzywo sztuczne, szkło, natomiast skład/typ to żeliwo, staliwo itp. Okoliczność podniesienia przez odwołującego analizy HAZOP jako czynnika, który kategorycznie wyklucza dostawców produktów równoważnych (zamienników) do młynów 7M65-E, pozostała gołosłowna i jako niewykazana nie znalazła uznania ze strony sądu orzekającego. Ponadto odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że oferowany przez przystępującego produkt równoważy (zamiennik) nie spełnił wymagań równoważności określonych pkt 3.1.2. lit. c) OPZ.

Na marginesie Izba doszła do przekonania, że nawet gdyby uznać, że stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie było niezasadne to można było co najwyżej stwierdzić, że treść postanowień OPZ wskazanych przez odwołującego była niejednoznaczna. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby niejednoznaczność postanowień SWZ, w tym stanowiących opis przedmiotu zamówienia, nie może skutkować wyciągnięciem niekorzystnych skutków wobec wykonawcy, czyli w tym przypadku przystępującego. W takiej sytuacji niedopuszczalnym, niekorzystnym skutkiem byłoby odrzucenie oferty przystępującego.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania i koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz

zamawiającego uzasadnione koszty postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika (3 600 zł) – na podstawie rachunku złożonego na rozprawie.

Przewodniczący:.....