

Sygn. akt: KIO 1991/23

WYROK

z dnia 24 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2023 r. przez wykonawcę **Bergerat Monnoyeur Sp. z o. o. z siedzibą w Łomiankach**, w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel Bogdanka S.A z siedzibą w Puchaczowie**, przy udziale wykonawcy **Techmad Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego braku wykazania przez wykonawcę Techmad Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IX pkt 3 specyfikacji warunków zamówienia i nakazuje zamawiającemu wezwać wykonawcę Techmad Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie w/w udziału w postępowaniu.
 2. W pozostałym zakresie, oddala odwołanie.
 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 1.648 zł 40 gr (słownie: tysiąc sześćset czterdzieści osiem złotych czterdzieści groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) 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 1991/23

UZASADNIENIE

W dniu 10 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Bergerat Monnoyeur spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Izabelinie-Dziekanówku (dalej „Odwołujący”) wobec czynności zamawiającego Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna z siedzibą Bogdancie (dalej „Zamawiający”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę fabrycznie nowych części zamiennych i podzespołów, w tym części szybkozużywających się oraz materiałów eksploatacyjnych do kompleksów strugowych produkcji BUCYRUS i CATERPILLAR z podziałem na 4 zadania (numer postępowania: 593/HZP/KWI/202 dalej zwanego: „Postępowaniem”) polegających na:

- 1) wyborze oferty wykonawcy TechMad sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, pod adresem: ul. Panewnicka 379D, 40-773 Katowice (zwanego dalej: „TechMad”), jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w zakresie Zadania nr 2;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty TechMad w zakresie Zadania nr 2 pomimo tego że TechMad przedłożył Zamawiającemu opinię bankową od PKO Banku Polskiego S.A. potwierdzającą posiadanie zdolności kredytowej na poziomie 1.000.000 zł, a tymczasem oferta TechMad została najwyższej oceniona zarówno w zakresie Zadania nr 2 (gdzie Zamawiający wymagał posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 1.000.000 zł), jak i Zadania nr 3 (gdzie Zamawiający wymagał posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 50.000 zł), tj. TechMad winien wylegitymować się posiadaniem zdolności kredytowej na łącznym poziomie 1.050.000 zł, zaś wykazał zdolność o 50.000 zł mniejszą i nie spełnił tego warunku udziału w Postępowaniu;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty TechMad w zakresie Zadania nr 2, pomimo tego że zgodnie z warunkami zamówienia, wykonawca oferujący części, podzespoły lub materiały równoważne (tzw. zamienniki), zobowiązany był złożyć oświadczenie, iż zastosowanie oferowanych materiałów, części lub podzespołów nie będzie prowadziło do naruszania praw osób trzecich z jakiegokolwiek tytułu - i chociaż początkowo TechMad złożył takie oświadczenie w dniu 27 kwietnia 2023 r. - to jednak w związku z zarzutami, że oferowane przez TechMad części naruszają prawa patentowe producenta oryginalnych części - Zamawiający wezwał TechMad w dniu 23 maja 2023 r. do złożenia wyjaśnień co do treści przedłożonych przedmiotowych środków dowodowych w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p., zaś TechMad w piśmie z dnia 31 maja 2023 r. wskazał, iż nie jest w stanie bezwzględnie zapewnić,

że oferowane przez niego części nie naruszają praw patentowych osób trzecich i zadeklarował podjęcie dodatkowego szczegółowego postępowania wyjaśniającego, z zaangażowaniem odpowiedniego Zespołu Rzeczników Patentowych lub co najmniej Rzecznika Patentowego, w celu ustalenia czy doszło do naruszenia takich praw. Tym samym, TechMad zmienił swoje pierwotne oświadczenie co do nienaruszania praw patentowych osób trzecich i w świetle późniejszych wyjaśnień co do treści swojej oferty przestał spełniać warunki udziału w postępowaniu, które nakazywały złożenie jednoznacznego oświadczenia w tym zakresie;

- 4)zaniechaniu odrzucenia oferty TechMad w zakresie zadania nr 2 pomimo tego że zgodnie z warunkami zamówienia, wykonawca oferujący części, podzespoły lub materiały równoważne (tzw. zamienniki), zobowiązany był złożyć oświadczenie, iż zastosowanie oferowanych materiałów, części lub podzespołów nie będzie prowadziło do naruszania praw osób trzecich z jakiegokolwiek tytułu, a tymczasem - jeżeli TechMad oferuje zamienniki o identycznych parametrach fizycznych i mechanicznych jak części wskazane w Załączniku nr 5 do SWZ (a tego wymaga pkt. IV.1.2 Części III SWZ - Opis przedmiotu zamówienia, zaś TechMad potwierdził w oświadczeniu z dnia 27 kwietnia 2023 r., że oferowane przez niego części mają identyczne parametry fizyczne i mechaniczne jak części wskazane w Załączniku nr 5 do SWZ), to ich zastosowanie narusza co najmniej trzy patenty przysługujące producentowi oryginalnych części;
- 5)zaniechaniu odrzucenia oferty TechMad w zakresie Zadania nr 2 pomimo tego że jednym z warunków udziału w Postępowaniu w zakresie Zadania nr 2 było potwierdzenie posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej (wykonawcy musieli wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert zrealizowali należycie zamówienia na dostawy części zamiennych do kompleksów strugowych o łącznej wartości minimum 5.000.000 zł), a jedna z umów, na które powołał się TechMad (umowa nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU na dostawę fabrycznie nowych podzespołów przenośnika: zespołu wału napędowego, kadłuba napędu zwrotnego z aktywnym napinaniem łańcucha oraz płyt przekładniowych na rzecz Zamawiającego), a według najlepszej wiedzy Odwołującego umowa ta została nienależycie wykonana przez TechMad i nie powinna być uwzględniana przy badaniu jego zdolności technicznej i zawodowej (TechMad nie przedłożył również referencji od Zamawiającego potwierdzających należyte wykonanie dostawy i zamiast tego złożył własne oświadczenie o należyтым wykonaniu dostaw i braku uwag ze strony Zamawiającego, które to oświadczenie według Odwołującego nie odpowiada prawdzie), co w konsekwencji prowadzi do tego, że TechMad może wylegitymować się w ostatnich pięciu latach dostawami części zamiennych do kompleksów strugowych o wartości co najwyżej 3.116.112,90 zł, a więc mniejszej niż minimalna wartość wymagana przez Zamawiającego;
- 6)zaniechaniu unieważnienia Postępowania w zakresie Zadania nr 2 pomimo tego że jest ono obarczone wadą polegającą na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający w istocie złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty podmiotom innym niż autoryzowany dystrybutor producenta (podmiotom oferującym części równoważne, tj. zamienniki).

Odwołujący w/w zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TechMad w zakresie Zadania nr 2 i przyjęcie przez Zamawiającego, że TechMad złożył kompletną ofertę, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, podczas gdy w celu wykazania posiadania określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych TechMad powołał się na opinię PKO Banku Polskiego S.A. potwierdzającą zdolność kredytową TechMad do kwoty 1.000.000 zł, natomiast oferta TechMad została oceniona najwyżej w zakresie Zadania nr 2 (gdzie Zamawiający wymagał posiadania zdolności kredytowej na poziomie 1.000.000 zł), jak i Zadania nr 3 (gdzie Zamawiający wymagał posiadania zdolności kredytowej na poziomie 50.000 zł), a zatem oferta TechMad w zakresie Zadania nr 2 winna zostać odrzucona, ponieważ warunek udziału w Postępowaniu we wszystkich Zadaniach, w których oferta TechMad została najwyżej oceniona, winien być sumowany i tym samym Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o Zadanie nr 2 i 3 łącznie zdolności kredytowej na poziomie 1.050.000 zł, zaś TechMad nie spełnił warunków udziału w Postępowaniu w tym zakresie;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TechMad w zakresie Zadania nr 2 i przyjęcie przez Zamawiającego, że TechMad złożył kompletną ofertę, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, podczas gdy TechMad w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do treści przedłożonych środków dowodowych cofnął swoje wcześniejsze oświadczenie o nienaruszaniu przez oferowane przez niego części praw osób trzecich i tym samym przestał spełniać warunki zamówienia określone w SWZ, a zatem oferta TechMad w zakresie Zadania nr 2 winna zostać odrzucona jako niespełniająca wymogów przewidzianych w pkt. IV.1.2 Części III SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (tj. niespełniająca wymogu złożenia oświadczenia własnego potwierdzającego iż zastosowanie oferowanych materiałów, części lub podzespołów nie będzie prowadziło do naruszania praw osób trzecich z jakiegokolwiek tytułu);
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TechMad w zakresie Zadania nr 2 i przyjęcie

przez Zamawiającego, że TechMad złożył kompletną ofertę, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, podczas gdy oferowanie części posiadających identyczne parametry fizyczne i mechaniczne jak części wskazane w Załączniku nr 5 do SWZ oznacza, że wykonawca musi stosować chronione patentami rozwiązania mechaniczne wykorzystywane w oryginalnych częściach i narusza co najmniej trzy patenty przysługujące producentowi oryginalnych części, co w rezultacie stanowi złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem oferta TechMad w zakresie Zadania nr 2 winna zostać odrzucona;

7) zaniechaniu odrzucenia oferty TechMad w zakresie zadania nr 2 pomimo tego że zgodnie z warunkami zamówienia, wykonawca oferujący części, podzespoły lub materiały równoważne (tzw. zamienniki), zobowiązany był złożyć oświadczenie, iż zastosowanie oferowanych materiałów, części lub podzespołów nie będzie prowadziło do naruszania praw osób trzecich z jakiegokolwiek tytułu, a tymczasem - jeżeli TechMad oferuje zamienniki o identycznych parametrach fizycznych i mechanicznych jak części wskazane w Załączniku nr 5 do SWZ (a tego wymaga pkt. IV.1.2 Części III SWZ - Opis przedmiotu zamówienia, zaś TechMad potwierdził w oświadczeniu z dnia 27 kwietnia 2023 r., że oferowane przez niego części mają identyczne parametry fizyczne i mechaniczne jak części wskazane w Załączniku nr 5 do SWZ), to ich zastosowanie narusza co najmniej trzy patenty przysługujące producentowi oryginalnych części;

8) zaniechaniu odrzucenia oferty TechMad w zakresie Zadania nr 2 pomimo tego że jednym z warunków udziału w Postępowaniu w zakresie Zadania nr 2 było potwierdzenie posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej (wykonawcy musieli wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert zrealizowali należycie zamówienia na dostawy części zamiennych do kompleksów strugowych o łącznej wartości minimum 5.000.000 zł), a jedna z umów, na które powołał się TechMad (umowa nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU na dostawę fabrycznie nowych podzespołów przenośnika: zespołu wału napędowego, kadłuba napędu zwrotnego z aktywnym napinaniem łańcucha oraz płyt przekładniowych na rzecz Zamawiającego), a według najlepszej wiedzy Odwołującego umowa ta została nienależycie wykonana przez TechMad i nie powinna być uwzględniana przy badaniu jego zdolności technicznej i zawodowej (TechMad nie przedłożył również referencji od Zamawiającego potwierdzających należyte wykonanie dostawy i zamiast tego złożył własne oświadczenie o należyтым wykonaniu dostaw i braku uwag ze strony Zamawiającego, które to oświadczenie według Odwołującego nie odpowiada prawdzie), co w konsekwencji prowadzi do tego, że TechMad może wylegitymować się w ostatnich pięciu latach dostawami części zamiennych do kompleksów strugowych o wartości co najwyżej 3.116.112,90 zł, a więc mniejszej niż minimalna wartość wymagana przez Zamawiającego;

9) zaniechaniu unieważnienia Postępowania w zakresie Zadania nr 2 pomimo tego że jest ono obarczone wadą polegającą na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający w istocie złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty podmiotom innym niż autoryzowany dystrybutor producenta (podmiotom oferującym części równoważne, tj. zamienniki).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania nr 2; przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w zakresie Zadania nr 2, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty TechMad w zakresie Zadania nr 2 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) p.z.p. względnie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. lub art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p.; ewentualnie (w przypadku podzielenia przez tut. Izbę zarzutu nr 5 powyżej i stwierdzenia, że SWZ został sformułowany wadliwie, a w konsekwencji że Postępowanie w zakresie Zadania nr 2 jest obarczone wadą polegającą na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty podmiotom innym niż autoryzowany dystrybutor producenta), unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania nr 2; unieważnienia Postępowania w zakresie Zadania nr 2 na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p.

Ponadto, na podstawie art. 536 p.z.p., Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania, a to:

- umowy nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU na dostawę fabrycznie nowych podzespołów przenośnika: zespołu wału napędowego, kadłuba napędu zwrotnego z aktywnym napinaniem łańcucha oraz płyt przekładniowych, zawartej pomiędzy Zamawiającym a TechMad;
- protokołu odbioru przedmiotu umowy nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU;
- informacji, czy przedmiot umowy został dostarczony Zamawiającemu w terminie określonym w umowie nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU, a jeżeli nie - informacji, czy TechMad zostały naliczone kary umowne z tego tytułu i przedstawienia not obciążeniowych wystawionych TechMad i pisma lub wiadomości e-mail z wezwaniem do zapłaty kar umownych.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, co następuje:

Zarzut 1: zaniechanie odrzucenia oferty TechMad w zakresie Zadania nr 2 pomimo, że TechMad nie spełnił warunków udziału w Postępowaniu co do posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej

Zgodnie z Rozdziałem IX ust.1 pkt 3 Części I obowiązującej w Postępowaniu Specyfikacji Przedmiotu Zamówienia (dalej: „SWZ”) - Instrukcja dla wykonawców (dalej: „IDW”), Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej na poziomie co najmniej 10.000.000 zł (w przypadku ubiegania się o Zadanie nr 2) oraz 50.000 zł (w przypadku ubiegania się o Zadanie nr 3). Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia (w aktach sprawy).

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej, Zamawiający żądał przedłożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem (Rozdział X ust. 9 pkt 2 lit. c IDW). Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia (w aktach sprawy).

Warunek udziału w Postępowaniu w postaci posiadania odpowiedniej sytuacji ekonomicznej lub finansowej został następnie zmodyfikowany przez Zamawiającego w ten sposób, że Zamawiający obniżył minimalną wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej, jaką wykonawcy musieli się wylegitymować w celu wykazania spełnienia tego warunku w zakresie Zadania nr 2 - z 10.000.000 zł do 1.000.000 zł. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2023 r. (w aktach sprawy).

W celu wykazania posiadania odpowiedniej sytuacji ekonomicznej lub finansowej w Postępowaniu, TechMad powołał się na opinię banku PKO Bank Polski S.A. z dnia 20 marca 2023 r., potwierdzającą że TechMad posiada zdolność kredytową umożliwiającą ubieganie się o zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym do kwoty 1.000.000 zł. Dowód: opinia banku PKO Bank Polski S.A. z dnia 20 marca 2023 r. (w aktach sprawy). Co istotne, TechMad ubiegał się o udzielenie zamówienia w zakresie dwóch zadań - nr 2 i 3. W obu przypadkach oferta TechMad została oceniona najwyżej.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 115 ust. 4 p.z.p., jeżeli zamówienie jest podzielone na części, przepisy ust. 1-3 stosuje się do każdej z tych części (innymi słowy, wymóg posiadania określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych winien odnosić się do każdego zadania z osobna i jeżeli wykonawca ubiega się o wykonanie kilku zadań, to ów wymóg podlega sumowaniu). Wykazywanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może być pozorne, a jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie winne być przez Zamawiającego wyjaśnione na etapie składania ofert. Złożenie jednego zaświadczenia i wykorzystywanie przewidzianej w nim puli zdolności kredytowej w ramach dwóch Zadań, nie dowodzi, że TechMad spełnił warunek udziału w Postępowaniu. Przyjęcie odmiennej interpretacji mogłoby doprowadzić do niekorzystnej z punktu widzenia interesu publicznego sytuacji, w której wykonawcy, poprzez przedkładanie jednego wspólnego zaświadczenia z banku dla wszystkich zadań łącznie, wykorzystywaliby wielokrotnie tę samą pulę zdolności kredytowej i wykazywaliby spełnianie określonego warunku jedynie pozornie.

Zdaniem Odwołującego, przekazując to na realia niniejszej sprawy, wykonawca ubiegający się o wykonanie Zadań nr 2 i 3 powinien łącznie wykazać posiadanie zdolności kredytowej na poziomie co najmniej 1.050.000 zł. TechMad wykazał posiadanie zdolności kredytowej na poziomie 1.000.000 zł, a zatem jego oferta powinna być odrzucona jako niespełniająca warunku udziału w Postępowaniu w postaci posiadania wymaganej przez Zamawiającego sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Zarzut 2: zaniechanie odrzucenia oferty TechMad w zakresie Zadania nr 2 pomimo, że TechMad cofnął swoje wcześniejsze oświadczenie o nienaruszaniu przez oferowane przez niego części praw osób trzecich i tym samym przestał spełniać warunki zamówienia określone w SWZ

Odwołujący wskazał, że pkt IV Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”), stanowiącego Część III SWZ, Zamawiający wskazał na przedmiotowe środki dowodowe, jakie wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą.

Zgodnie z pkt. IV.1.2 OPZ, w przypadku gdy w przypadku gdy wykonawca oferuje części, podzespoły lub materiały równoważne (tzw. zamienniki), winien on dołączyć do oferty oświadczenie własne, w którym potwierdzi, iż: „oferowane części, podzespoły lub materiały: są fabrycznie nowe (tj. nieużywane i nieregenerowane), spełniają wymagania obowiązujących przepisów prawa dot. urządzeń, w których będą zainstalowane i posiadają identyczne parametry fizyczne i mechaniczne jak części, podzespoły lub materiały wymienione w Załączniku nr 5 do SWZ, mogą być bezpiecznie stosowane przez Zamawiającego w kompleksach strugowych produkcji BUCYRUS i CATERPILLAR pracujących w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego, zastosowanie oferowanych materiałów części lub podzespołów nie spowoduje zmian konstrukcyjnych ani pogorszenia parametrów technicznych kompleksów strugowych produkcji BUCYRUS i CATERPILLAR, nie będzie wymagane zastosowanie jakichkolwiek dodatkowych adapterów oraz spełnione będą wszystkie parametry techniczne (tj. funkcje, właściwości, wymiary przyłączeniowe) umożliwiające zastosowanie oferowanych materiałów części lub podzespołów w ww. kompleksach strugowych i używanie tych kompleksów

strugowych zgodnie z przepisami prawa i przeznaczeniem, bez naruszania praw osób trzecich z jakiegokolwiek tytułu, a także, że zastosowanie oferowanych materiałów, części lub podzespołów nie będzie naruszać obowiązujących deklaracji zgodności wydanych przez producenta ww. kompleksów strugowych. Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia (w aktach sprawy).

Zamawiający oczekiwał od wykonawców oferujących zamienniki potwierdzenia w szczególności, iż będą posiadały identyczne parametry fizyczne i mechaniczne jak części, podzespoły lub materiały wymienione w Załączniku nr 5 do SWZ (tj. identyczne jak części oryginalne o podanych w Załączniku nr 5 do SWZ numerach katalogowych), a ponadto że ich zastosowanie w kompleksach strugowych eksploatowanych przez Zamawiającego nie naruszy praw osób trzecich z jakiegokolwiek tytułu.

Odwołujący wskazał, że wykonawca TechMad był zobowiązany do złożenia powyższego oświadczenia, albowiem oferowane przez niego części, podzespoły i materiały stanowią zamienniki (wyłącznym producentem oryginalnych części, podzespołów i materiałów do kompleksów strugowych produkcji BUCYRUS i CATERPILLAR pracujących w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego, jest spółka HBT GmbH z siedzibą w Lünen, Niemcy, natomiast Odwołujący jest wyłącznym dystrybutorem części zamiennych do ww. kompleksów strugowych na terenie Rzeczypospolitej Polskiej). TechMad przedłożył zatem wraz z ofertą oświadczenie własne z dnia 27 kwietnia 2023 r., które było identyczne z wymogami Zamawiającego. Dowód: oferta TechMad (w aktach sprawy).

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 15 maja 2023 r. Odwołujący zwrócił jednak uwagę, że oświadczenie to nie odpowiada prawdzie, a oferta TechMad powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 p.z.p., ponieważ jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (a to dlatego, że narusza prawa patentowe przysługujące producentowi części oryginalnych). Dowód: pismo Odwołującego z dnia 15 maja 2023 r. (w aktach sprawy).

Zadanie nr 2 polega na dostarczeniu części do rynien przenośników PF4/1032-1750 stosowanych w kompleksach strugowych GH-1600 eksploatowanych przez Zamawiającego. Rozwiązania zastosowane w powyższych rynnach podlegają jednak ochronie patentowej, zaś do najważniejszych patentów udzielonych w tym zakresie należą:

- patent nr 202248, udzielony przez Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 30 czerwca 2009 r. na wynalazek „Mechanizm prowadzenia struga urabiającego napędzanego łańcuchem” (ważny do 4 maja 2024 r.);
- patent nr 211828, udzielony przez Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 29 czerwca 2012 r. na wynalazek „Mechanizm prowadzenia prowadnic strugowych dla strugów węglowych z napędem łańcuchowym” (ważny do 13 marca 2026 r.);
- patent nr EP 3 000 962 B1, udzielony przez Europejski Urząd Patentowy w dniu 14 czerwca 2017 r. na wynalazek „Zespół prowadzący strug do prowadnic struga” (ważny do 25 września 2034 r.) - tłumaczenie patentu europejskiego nr PL/EP 3000962.

Dowód: patent nr 202248 (załączono do odwołania jako Dowód 1); patent nr 211828 (załączono do odwołania jako Dowód 2); patent nr EP 3 000 962 B1 - tłumaczenie patentu europejskiego nr PL/EP 3000962 (załączono do odwołania jako Dowód 3).

W przypadku więc gdy podmiot inny niż producent oferuje do sprzedaży części, podzespoły i materiały o identycznych parametrach fizycznych oraz mechanicznych jak oryginalne części, podzespoły i materiały do rynien przenośników PF4/1032-1750 stosowanych w kompleksach strugowych GH-1600 eksploatowanych przez Zamawiającego, to musi stosować tym samym rozwiązania chronione patentami wymienionymi w pkt. 14 powyżej, tj. narusza prawa ochronne z powyższych patentów. Nie ulega przy tym wątpliwości, że części oferowane przez TechMad mają identyczne parametry fizyczne oraz mechaniczne jak części oryginalne, ponieważ TechMad sam potwierdził to w swoim oświadczeniu z dnia 27 kwietnia 2023 r., załączonym do oferty (jest to bowiem wymóg Zamawiającego wynikający z pkt. IV.1.2 OPZ). Do pisma Odwołującego z dnia 15 maja 2023 r. zostało również załączone oświadczenie producenta oryginalnych części (HBT GmbH z siedzibą w Lünen, Niemcy), w którym producent potwierdził, iż zamienniki o identycznych parametrach fizycznych oraz mechanicznych w stosunku do oryginalnych części, muszą naruszać prawa ochronne z patentów do rozwiązań stosowanych w tychże częściach. Dowód: oświadczenie producenta z dnia 15 maja 2023 r. (w aktach sprawy).

W związku ze zgłoszonymi zastrzeżeniami Odwołującego, Zamawiający wezwał TechMad w dniu 23 maja 2023 r. do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, a w szczególności do wyjaśnienia, czy:

- oferowane przez TechMad części, podzespoły i materiały (posiadające identyczne parametry fizyczne i mechaniczne, jak części, podzespoły lub materiały wymienione w Załączniku nr 5 do SWZ), nie naruszają praw własności patentowej innego podmiotu;
- oferowane przez TechMad części, podzespoły i materiały (posiadające identyczne parametry fizyczne i mechaniczne, jak części, podzespoły lub materiały wymienione w Załączniku nr 5 do SWZ), naruszają lub mogą

naruszać prawa ochronne wynikające z któregokolwiek z patentów przywołanych wyżej w pkt. 14 lub innych patentów;

- oferowane przez TechMad części, podzespoły i materiały (posiadające identyczne parametry fizyczne i mechaniczne, jak części, podzespoły lub materiały wymienione w Załączniku nr 5 do SWZ) stanowią kopie produktów innego producenta, a jeżeli tak - czy takie naśladownictwo spełnia przesłanki kwalifikujące powyższe działanie jako czyn nie będący czynem nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 13 ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 23 maja 2023 r. (w aktach sprawy).

Odwołujący wskazał, że w dniu 31 maja 2023 r. TechMad udzielił odpowiedzi, w której wskazał, że wedle jego najlepszej wiedzy oferowane rozwiązania w zakresie produkcji części, podzespołów i materiałów, nie naruszają niczych praw własności intelektualnej, w tym treści patentów, natomiast nie wykluczył jednoznacznie takiej możliwości i zadeklarował przeprowadzenie dodatkowego szczegółowego postępowania wyjaśniającego, z zaangażowaniem odpowiedniego Zespołu Rzeczników Patentowych lub co najmniej Rzecznika Patentowego, który po analizie przedstawionych zarzutów i treści patentów, oceni czy doszło do ich naruszenia - a jeżeli tak, wskaże na sposób wyeliminowania tych naruszeń przez produkty TechMad. Dowód: odpowiedź TechMad z dnia 31 maja 2023 r. (w aktach sprawy).

W ocenie Odwołującego, gdyby TechMad był pewien, że jego części nie naruszają praw patentowych, to powtórzyłby jednoznaczne oświadczenie takie jak złożone wcześniej wraz z ofertą. TechMad tymczasem stwierdził, iż pełne wyjaśnienie zasadności stawianych mu zarzutów wymaga czasu (a zatem do zakończenia postępowania wyjaśniającego TechMad nie może jednoznacznie potwierdzić, że nie narusza niczych praw ochronnych) i - co zasługuje na szczególne podkreślenie - poddał Zamawiającemu pod rozważenie unieważnienie Postępowania w zakresie Zadania nr 2, a następnie podzielił tego zadania na dwa odrębne (jedno w trybie wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt. 1) lit. b) p.z.p. dotyczące części objętych ochroną patentową i drugie w trybie przetargu nieograniczonego dotyczące pozostałych części). Sam TechMad dostrzegł zatem, że istnieje ryzyko naruszenia praw ochronnych przynajmniej w odniesieniu do kilku wybranych pozycji Załącznika nr 5 do SWZ i zaproponował w takim wypadku racjonalne rozwiązanie polegające na wydzieleniu zamówienia na takie pozycje do osobnego postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 30 czerwca 2023 r. wybrał ofertę TechMad jako najkorzystniejszą w zakresie Zadania nr 2 i to pomimo iż sam wykonawca TechMad wskazał w dniu 31 maja 2023 r., że nie ma pewności co do naruszania praw patentowych opisanych przez Odwołującego i należy wyjaśnić tę kwestię, co wymaga czasu, a ponadto dostrzegł problem polegający na tym, iż co najmniej niektóre części wymienione w Załączniku nr 5 do SWZ mogą być potencjalnie oferowane wyłącznie przez jeden podmiot z uwagi na objęcie ich ochroną patentową. W ocenie Odwołującego, takie działanie Zamawiającego pozostaje dla Odwołującego w tych okolicznościach niezrozumiałe, a ponadto narusza w ocenie Odwołującego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., nakazujący odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający wymagał bowiem od wykonawców oferujących zamienniki jednoznacznego oświadczenia, że ich zastosowanie nie narusza praw osób trzecich. Oświadczenie to stanowiło przedmiotowy środek dowodowy, o którym mowa w art. 106 ust. 1 p.z.p. Jeżeli istnieją wątpliwości co do przedłożonego środka dowodowego, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych (art. 107 ust. 4 p.z.p.) i takim żądaniem było właśnie wezwanie Zamawiającego z dnia 23 maja 2023 r. W złożonych wyjaśnieniach co do przedłożonego przedmiotowego środka dowodowego TechMad zmienił swoje wcześniejsze oświadczenie i wskazał, że nie jest pewny co do naruszenia praw patentowych przez oferowane części oraz że okoliczność ta wymaga weryfikacji.

Nie ulega wątpliwości, że gdyby tego rodzaju oświadczenie (o braku pewności co do naruszania praw patentowych, wdrożeniu postępowania wyjaśniającego w celu rozstrzygnięcia tej kwestii i możliwej wadliwości SWZ w związku z objęciem zamówieniem części chronionych patentem, które potencjalnie może dostarczać tylko jeden podmiot) zostało złożone wraz z ofertą, to Zamawiający by taką ofertę odrzucił, jako niespełniającą warunków dotyczących przedmiotowych środków dowodowych, wskazanych w pkt. IV.1.2 OPZ. Oceny oferty TechMad nie może zmieniać okoliczność, że początkowo (27 kwietnia 2023 r.) TechMad złożył oświadczenie o nienaruszaniu praw patentowych, a później (31 maja 2023 r.), w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, złożył oświadczenie o konieczności weryfikacji, czy oferowane przez niego części naruszają prawa patentowe. Jeżeli zachodzą wątpliwości co do tego, czy przedmiotowy środek dowodowy potwierdza zgodność oferowanych części z cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, a wykonawca wątpliwości tych nie usunie (przeciwnie, dopuści możliwość wystąpienia niezgodności), taki przedmiotowy środek dowodowy (w tym wypadku oświadczenie własne wykonawcy) nie powinien być uwzględniony przez zamawiającego, a sama oferta winna podlegać odrzuceniu. Na marginesie, należy dodać, że do niektórych wątpliwości Zamawiającego TechMad w ogóle się nie odniósł (brak odpowiedzi na pytanie czy oferowane przez TechMad części, podzespoły i materiały, posiadające identyczne parametry fizyczne i mechaniczne, jak części,

podzespoły lub materiały wymienione w Załączniku nr 5 do SWZ, stanowią kopie produktów innego producenta).

Odwołujący wskazał, że oświadczenia i przedmiotowe środki dowodowe przedkładane przez wykonawców należy więc oceniać całościowo, w kontekście całokształtu postępowania i składanych wyjaśnień. Jeżeli w odpowiedzi na żądanie złożenia wyjaśnień powstałe wątpliwości nie są usuwane, tylko wręcz pogłębiane, to należy przyjąć, iż treść oferty nie jest zgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. (sygn. akt: KIO 629/23), zgodnie z którym:

„Wyjaśnienia złożone przez przystępującego w żaden sposób nie rozwiewały wątpliwości sygnalizowanych przez zamawiającego w wezwaniu. Wezwanie nie dotyczyło dostępności zaoferowanego przez przystępującego sprzętu, ale jego zgodności z warunkami zamówienia. Przystępujący tych wątpliwości nie wyjaśnił w związku z tym zamawiający nie mógł przyjąć wyjaśnień wskazujących na możliwość zmiany modelu laptopa na inny model równoważny na etapie realizacji zamówienia. Tym samym zamawiający nie powinien wybrać oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia, gdyż był zobowiązany ją odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Przedmiotowe ustalenie skutkowało uznaniem, że wybór najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1 zamówienia został dokonany z naruszeniem przepisów wskazanych i opisanych w odwołaniu, co prowadziło do uwzględnienia odwołania.”

Zarzut 3: zaniechanie odrzucenia oferty TechMad w zakresie Zadania nr 2 pomimo, że oferowanie przez TechMad części posiadających identyczne parametry fizyczne i mechaniczne jak części wskazane w Załączniku nr 5 do SWZ narusza co najmniej trzy patenty przysługujące producentowi oryginalnych części i w rezultacie stanowi złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. IV.1.2 OPZ, w przypadku gdy w przypadku gdy wykonawca oferuje części, podzespoły lub materiały równoważne (tzw. zamienniki), winien on dołączyć do oferty oświadczenie własne, w którym potwierdzi m.in., iż oferowane części będą posiadały identyczne parametry fizyczne i mechaniczne jak części wymienione w Załączniku nr 5 do SWZ. Wspomniany załącznik odwołuje się do konkretnych numerów katalogowych oryginalnych części producenta. TechMad potwierdził taką identyczność w odniesieniu do oferowanych przez siebie części w oświadczeniu z dnia 27 kwietnia 2023 r. Tymczasem, w odniesieniu do niektórych części dostarczanych Zamawiającemu w ramach wykonania Zadania nr 2, stosowane są rozwiązania chronione patentami wskazanymi w pkt. 14 powyżej. Istota wynalazku sprowadza się każdorazowo do rozwiązań o charakterze czysto mechanicznym:

- w przypadku patentu nr 202248 istota wynalazku polega na tym, że części skrajne przewodnic strugowych posiadają nadlane, otwarte od strony ociosowej kieszenie ustalające, w których osadzone są wysoko wytrzymałe przetyczki, spełniające rolę elementów złącznych;
- w przypadku patentu nr 211828 istota wynalazku polega na tym, że ścianka czołowa z listwą prowadzącą, belką prowadzącą i kieszeniami mocującymi na elementy złączne oraz tylna ścianka z torem ślizgowym wykonane są jako jednoczęściowy element odlewany, rozciągający się na długości ostrogorynny z mechanizmem prowadzenia;
- w przypadku patentu nr EP 3 000 962 B1 istota wynalazku polega na tym, że strug górniczy może zawierać co najmniej jeden górny element prowadzący i co najmniej jeden dolny element prowadzący. Zespół prowadzący strug może zawierać element podstawowy tworzący dolny kanał prowadzący łańcuch, górny kanał prowadzący łańcuch umieszczony nad dolnym kanałem prowadzącym łańcuch i górną szynę prowadzącą skonfigurowaną tak, by prowadziła co najmniej jeden górny element prowadzący struga górniczego. Element podstawowy może zawierać pierwszą belkę prowadzącą biegnącą wzdłuż pierwszej osi i skonfigurowaną tak, by prowadziła co najmniej jeden dolny element prowadzący struga górniczego, oraz drugą belkę prowadzącą oddaloną od pierwszej belki prowadzącej w celu utworzenia między nimi prześwitu serwisowego. Druga belka prowadząca może być usytuowana wzdłuż drugiej osi wyrównanej osiowo względem pierwszej osi i może być skonfigurowana tak, by prowadziła co najmniej jeden dolny element prowadzący. Zespół prowadzący strug może ponadto zawierać wyjmowany element wkładkowy skonfigurowany tak, by był umieszczony w prześwicie serwisowym i mocowany do elementu podstawowego. Element wkładkowy może zawierać trzecią belkę prowadzącą biegnącą wzdłuż trzeciej osi i skonfigurowaną tak, by prowadziła co najmniej jeden dolny element prowadzący. W zamontowanym stanie elementu wkładkowego trzecia oś może być osiowo wyrównana względem pierwszej i drugiej osi. Zespół prowadzący strug może ponadto zawierać urządzenie podtrzymujące skonfigurowane tak, by podtrzymywało i pozycjonowało element wkładkowy względem elementu podstawowego.

Dowód: patent nr 202248 (załączono do odwołania jako Dowód 1); patent nr 211828 (załączono do odwołania jako Dowód 2); patent nr EP 3 000 962 B1 - tłumaczenie patentu europejskiego nr PL/EP 3000962 (załączono do odwołania jako Dowód 3).

Zdaniem Odwołującego, zgodnie zatem z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, jeżeli wybrane części oryginalne posiadają mechaniczne rozwiązania chronione patentami, to zamienniki o identycznych parametrach fizycznych i mechanicznych muszą zawierać takie same rozwiązania. Wykonawca oferujący takie części musi więc stosować

rozwiązania chronione patentami wymienionymi powyżej, tj. narusza prawa ochronne z powyższych patentów. Skoro bowiem dostawca oferujący zamiennik musi zapewnić produkt identyczny (i potwierdza to zresztą w złożonym przez siebie oświadczeniu) to w rezultacie musi skopiować zastosowane w oryginalnym produkcie rozwiązania. Po pierwsze, oznacza to niezgodność z warunkami zamówienia, które nakazują stosowanie części nienaruszających praw osób trzecich, a po drugie, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (t.j. Dz. U. 2021 r., poz. 324 z późn. zm.; dalej: „p.w.p.”), przez uzyskanie patentu nabywa się prawo wyłącznego korzystania z wynalazku w sposób zarobkowy lub zawodowy na całym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej. Przedsiębiorca biorący udział w przetargu, składając ofertę naruszającą patent, podejmuje zatem działanie, które jest sprzeczne z prawem (a konkretnie narusza wskazany wyżej art. 63 ust. 1 p.w.p.) oraz zagraża lub narusza (w zależności od stopnia realizacji zamówienia) interes przedsiębiorcy uprawnionego z patentu. Tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2022 r., poz. 1233 z późn. zm.). Oferta TechMad powinna więc zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p.

Zarzut 4: zaniechanie odrzucenia oferty TechMad w zakresie Zadania nr 2 pomimo, że TechMad nie spełnił warunku udziału w Postępowaniu w postaci potwierdzenia posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej, tj. nie wykazał, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert zrealizował należycie zamówienia na dostawy części zamiennych do kompleksów strugowych o łącznej wartości minimum 5.000.000 zł

Odwolujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem IX ust.1 pkt 4 IDW, Zamawiający wymaga, aby w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej, wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zrealizowali należycie zamówienia na dostawy części zamiennych do kompleksów strugowych o łącznej wartości minimum 10.000.000 zł (dziesięć milionów złotych) w przypadku ubiegania się o Zadanie nr 2. Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia (w aktach sprawy). W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający żądał przedłożenia wykazu dostaw 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 dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, miały być referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy (Rozdział X ust. 9 pkt 2 lit. d IDW). Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia (w aktach sprawy). Warunek udziału w Postępowaniu w postaci posiadania zdolności technicznej lub zawodowej został następnie zmodyfikowany przez Zamawiającego w ten sposób, że: (i) Zamawiający wydłużył do ostatnich 5 lat okres, za jaki wykonawcy mogli powoływać się na doświadczenie w zakresie dostaw części zamiennych do kompleksów strugowych, (ii) Zamawiający obniżył łączną minimalną wartość zrealizowanych dostaw, jaką wykonawcy musieli się wylegitymować w celu wykazania spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie Zadania nr 2 - z 10.000.000 zł do 5.000.000 zł. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2023 r. (w aktach sprawy).

Odwolujący wskazał, że w celu wykazania posiadania zdolności technicznej i zawodowej w zakresie Zadania nr 2 TechMad powołał się na następujące dostawy i remonty wykonane w okresie ostatnich pięciu lat:

- dostawa fabrycznie nowych podzespołów przenośnika: zespołu wału napędowego, kadłuba napędu zwrotnego z aktywnym napinaniem łańcucha oraz płyt przekładniowych na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy nr 9/ZA/PG1/2022/3658/EZP/MRU - wartość zamówienia 2.394.000 zł;
- dostawa rynien do przenośnika na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy nr 87/Z/EZZ/2020/AKO - wartość zamówienia 1.223.143 zł;
- remont głowicy urabiającej Struga GH 1600 wraz z podzespołami na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy nr 185/ZA/DGZ/2021/936/EZW/ADE - wartość zamówienia 797.919,90 zł;
- dostawa rynien do przenośnika na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy nr 316/Z/2018 - wartość zamówienia 1.095.050 zł.

Łączna wartość zamówień, na które powołał się TechMad wyniosła 5.510.112,90 zł, a zatem przekraczała minimalny próg wymagany przez Zamawiającego o 510.112,90 zł.

Dowód: wykaz wykonanych zamówień złożony przez TechMad wraz z ofertą w dniu 27 kwietnia 2023 r. (w aktach sprawy); wykaz zrealizowanych dostaw i wykonanych remontów złożony przez TechMad w dniu 13 czerwca 2023 r. (w aktach sprawy).

Co istotne, zdaniem Odwołującego, TechMad nie załączył dowodów określających, czy przywołane wyżej dostawy oraz

usługi zostały wykonane należycie (w szczególności nie przedłożył referencji sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, tj. przez Zamawiającego). Zamiast tego TechMad złożył własne oświadczenie, że ww. dostawy i remonty zostały wykonane z należytą starannością i nie pojawiły się żadne uwagi ze strony Zamawiającego. Dowód: wykaz zrealizowanych dostaw i wykonanych remontów złożony przez TechMad w dniu 13 czerwca 2023 r. (w aktach sprawy).

Odwołujący wskazał, że zasadą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest przedkładanie referencji od podmiotu, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane. Absolutnym wyjątkiem jest zastępowanie referencji jednostronnym oświadczeniem wykonawcy. Jest to dopuszczalne wyłącznie w przypadku gdy wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać referencji (§ 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia oraz Rozdział X ust. 9 pkt 2 lit. d IDW). Tymczasem, według najlepszej wiedzy Odwołującego, TechMad nie uzyskał referencji potwierdzających należyte wykonanie umowy nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU z tego powodu, że dostawa przedmiotu umowy nastąpiła z opóźnieniem, a Zamawiający naliczył TechMad kary umowne z tego tytułu. W ocenie Odwołującego, oświadczenie TechMad o wykonaniu dostawy z należytą starannością i bez uwag ze strony Zamawiającego nie odpowiada więc prawdzie, a ponadto samo złożenie oświadczenia zamiast referencji nie znajduje żadnego uzasadnienia w przepisach prawa, ponieważ TechMad nie jest w stanie uzyskać referencji z przyczyn od siebie zależnych (opóźnienie w dostawie przedmiotu umowy i naliczenie TechMad kar umownych).

Odwołujący stoi więc na stanowisku, że oświadczenie TechMad o należyтым wykonaniu umowy nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU nie odpowiada prawdzie, a ponadto zostało złożone bez podstawy prawnej, albowiem przepisy Rozporządzenia nie dopuszczają złożenia oświadczenia własnego wykonawcy zamiast referencji w sytuacji nienależytego wykonania zamówienia. W konsekwencji, doświadczenie TechMad wynikające z umowy nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU nie powinno być uwzględniane i tym samym TechMad nie spełnił warunków udziału w Postępowaniu w zakresie Zadania nr 2, ponieważ nie wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert zrealizował należycie zamówienia na dostawy części zamiennych do kompleksów strugowych o łącznej wartości minimum 5.000.000 zł (po odliczeniu wartości umowy nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU łączna wartość zamówień, na które powołuje się TechMad w ramach Zadania nr 2, wynosi jedynie 3.116.112,90 zł). Oferta TechMad powinna więc zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) p.z.p. Odwołujący podjął działania w celu uzyskania dowodu potwierdzającego nienależyte wykonanie umowy nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU przez TechMad, tj. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie w trybie informacji publicznej:

- umowy nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU na dostawę fabrycznie nowych podzespołów przenośnika: zespołu wału napędowego, kadłuba napędu zwrotnego z aktywnym napinaniem łańcucha oraz płyt przekładniowych, zawartej pomiędzy Zamawiającym a TechMad;
- protokołu odbioru przedmiotu umowy nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU;
- informacji, czy przedmiot umowy został dostarczony Zamawiającemu w terminie określonym w umowie nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU, a jeżeli nie - informacji, czy TechMad zostały naliczone kary umowne z tego tytułu i udostępnienia Spółce not obciążeniowych wystawionych TechMad i pisma lub wiadomości e-mail z wezwaniem do zapłaty kar umownych;

Dowód: wniosek Odwołującego o udostępnienie informacji publicznej z dnia 3 lipca 2023 r. (załączono do odwołania jako Dowód 4).

Do dnia wniesienia niniejszego odwołania, Odwołujący nie otrzymał żadnej odpowiedzi Zamawiającego na zadane pytania. W związku z powyższym, działając na podstawie art. 536 p.z.p., Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia:

- umowy nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU na dostawę fabrycznie nowych podzespołów przenośnika: zespołu wału napędowego, kadłuba napędu zwrotnego z aktywnym napinaniem łańcucha oraz płyt przekładniowych, zawartej pomiędzy Zamawiającym a TechMad;
- protokołu odbioru przedmiotu umowy nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU;
- informacji, czy przedmiot umowy został dostarczony Zamawiającemu w terminie określonym w umowie nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU, a jeżeli nie - informacji, czy TechMad zostały naliczone kary umowne z tego tytułu i przedstawienia not obciążeniowych wystawionych TechMad i pisma lub wiadomości e-mail z wezwaniem do zapłaty kar umownych.

Odwołujący wskazał, że powyższe dowody są istotne dla rozstrzygnięcia odwołania, gdyż w przypadku potwierdzenia, iż umowa nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU została wykonana nienależycie, nie będzie ona uwzględniana w wykazie dostaw zrealizowanych przez TechMad i w rezultacie TechMad nie spełni wymogu wykazania się należyтым zrealizowanych dostaw o wartości minimum 5.000.000 zł, co doprowadzi do odrzucenia jego oferty jako niespełniającej wymogów udziału w Postępowaniu.

Zarzut 5: zaniechanie unieważnienia Postępowania w zakresie Zadania nr 2 pomimo tego że jest ono obarczone wadą

polegającą na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający w istocie złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty podmiotom innym niż autoryzowany dystrybutor producenta (podmiotom oferującym części równoważne, tj. zamienniki)

Niezależnie od powyższych zarzutów, Odwołujący wskazał, że pkt. IV.1.2 OPZ został sformułowany w sposób, który w istocie uniemożliwia złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty wykonawcom, oferującym zamienniki. Jeżeli zarzut ten zostałby podzielony przez tut. Izbę, to Postępowanie w zakresie Zadania nr 2 musiałoby zostać w ocenie Odwołującego unieważnione. Jak już wskazano powyżej, zgodnie z pkt. IV.1.2 OPZ, wykonawca oferujący zamienniki winien dołączyć do oferty oświadczenie własne, w którym potwierdzi m.in., iż oferowane części będą posiadały identyczne parametry fizyczne i mechaniczne jak części wymienione w Załączniku nr 5 do SWZ. Wspomniany załącznik odwołuje się do konkretnych numerów katalogowych oryginalnych części producenta. Odwołujący podkreślił, że oferowane zamienniki nie mogą być tylko równoważne częściom oryginalnym (tj. np. posiadać tych samych funkcjonalności, ale przy zastosowaniu innych rozwiązań mechanicznych), lecz muszą być identyczne. W połączeniu natomiast z okolicznością, że niektóre z części oferowanych w ramach Zadania nr 2 są chronione patentowo (por. pkt 14 i 26 powyżej), oznacza to że dostawca oferujący zamiennik musi w rezultacie skopiować rozwiązania zastosowane w oryginalnym produkcie i to w dodatku rozwiązania podlegające patentowej ochronie. Prowadzi to do nieuchronnej zgodności z warunkami zamówienia, które nakazują stosowanie części nienaruszających praw osób trzecich.

Odwołujący wskazał, że w tym przypadku nie jest więc możliwe jednoczesne złożenie dwóch zgodnych z prawdą oświadczeń wymaganych przez SWZ (tj. o identycznych parametrach fizycznych i mechanicznych zamienników oraz o braku naruszeń praw osób trzecich), albowiem wzajemnie się one wykluczają. Oferowanie identycznych części musi naruszać prawa patentowe chroniące rozwiązania zastosowane w częściach oryginalnych (nieprawdziwe będzie więc oświadczenie, iż wykonawca nie narusza praw osób trzecich). Z drugiej strony, jeżeli wykonawca nie narusza praw osób trzecich, to nie może w istocie oferować produktów o identycznych parametrach fizycznych i mechanicznych jak w częściach oryginalnych (nieprawdziwe będzie więc oświadczenie w tym zakresie). Wszystko to powoduje, że wykonawca oferujący zamienniki nie jest w stanie złożyć niepodlegającej odrzuceniu oferty. Co dodatkowo istotne - ochrona patentowa obejmuje wybrane części oferowane w ramach Zadania nr 2, a powyższa wada SWZ sprawia, że z tego powodu niemożliwe jest złożenie przez takiego wykonawcę skutecznej oferty w zakresie całego Zadania nr 2 (w tym co do części niepodlegających ochronie patentowej).

Odwołujący podkreślił, że sam TechMad zwrócił uwagę na powyższy problem w treści wyjaśnień z dnia 31 maja 2023 r. Jak wskazuje wykonawca: „Równocześnie niejako na marginesie, pragniemy uprzejmie zwrócić uwagę, że opisane okoliczności, a to objęcie niektórych części, podzespołów czy materiałów ochroną wynikającą z patentu, wydaje się powodować potencjalną sytuację, w której jedynym podmiotem władnym wykonać zamówienie staje się podmiot uprawniony z tytułu tegoż prawa ochronnego, co z kolei wydaje się nie pozostawiać Zamawiającemu swobody co do możliwości wyboru innych wykonawców w ramach niniejszego postępowania (...) w przypadku przyznania racji argumentacji przedstawionej w piśmie z dnia 15 maja br., z powodu kilku części objętych ochroną patentową, wydaje się, że dochodzi do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku poprzez pozbawienie możliwości złożenia oferty lub jej wyboru w toku postępowania przez potencjalnych wykonawców zdolnych wykonać zamówienie, w zakresie nie związanym z ochroną wynikającą z ważnego patentu. Z tych względów, uprzejmie zwracamy uwagę na potencjalną konieczność unieważnienia niniejszego postępowania z powodu informacji przedstawionych w treści pisma wykonawcy Bergerat Monnoyeur sp. z o.o. z dnia 15 maja br., a następnie dokonanie odpowiedniego podziału postępowań co najmniej na dwa odrębne, jedno w trybie wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt. 1) lit. b) pzp i pozostałe nie związane z ochroną patentową w trybie przetargu nieograniczonego, co pozwoli na zachowanie pełnej, niczym nie ograniczonej, równej i wolnej konkurencji pomiędzy potencjalnymi wykonawcami również z sektora MŚP przy pełnym poszanowaniu praw ochronnych z patentów przyznanych konkretnym wykonawcom/producentom i osiągnięciu przez Zamawiającego wymiernych oszczędności w zakresie eksploatacji urządzeń i maszyn górniczych.” Dowód: odpowiedź TechMad z dnia 31 maja 2023 r. (w aktach sprawy). TechMad także wskazał na prawdopodobieństwo obarczenia SWZ wadami, których usunięcie może polegać jedynie na unieważnieniu Postępowania i następnie udzieleniu dwóch zamówień - jednego w trybie wolnej ręki co do części chronionych patentami, a drugiego w trybie przetargu nieograniczonego co do części niepodlegających takiej ochronie.

W ocenie Odwołującego wyżej wskazana wada SWZ nie jest możliwa do konwalidowania na tym etapie Postępowania, a niewątpliwie powoduje, iż jedynym podmiotem mogącym złożyć skuteczną ofertę byłby producent oryginalnych części posiadający prawa patentowe do zastosowanych w nich rozwiązań, względnie jego upoważniony dystrybutor, co z kolei nie pozostawia Zamawiającemu żadnej swobody co do możliwości wyboru innych wykonawców do wykonania Zadania nr 2. Postępowanie w zakresie Zadania nr 2 jest więc obciążone nieusuwalną wadą, której źródło wynika ze sformułowania SWZ w taki sposób, że przedmiot zamówienia opisano w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję (odwołuje się do identyczności z rozwiązaniami chronionymi patentowo), co jest niezgodne z art. 99 ust. 4 p.z.p. Tym

samym, zachodzi przesłanka do unieważnienia Postępowania w tym zakresie na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Dostawa fabrycznie nowych części zamiennych i podzespołów, w tym części szybkozużywających się oraz materiałów eksploatacyjnych do kompleksów strugowych produkcji BUCYRUS i CATERPILLAR z podziałem na 4 zadania (dalej „Postępowanie”).

Izba ustaliła, że w Rozdziale III SWZ, Zamawiający wskazał:

1. Zamówienie podzielone jest na 4 zadania:

- a) Zadanie nr 1 – przekładnie, hydraulika, światłowody, pozostałe części;
- b) Zadanie nr 2 – przenośniki;
- c) Zadanie nr 3 – elektryka;
- d) Zadanie nr 4 – części handlowe (normalia)

Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych na poszczególne zadania (obejmujących pełny zakres danego zadania). Wykonawca może złożyć jedną ofertę na dane zadanie.

Izba ustaliła, że w Rozdziale IV SWZ, Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowych części zamiennych i podzespołów, w tym części szybkozużywających się oraz materiałów eksploatacyjnych do kompleksów strugowych produkcji BUCYRUS i CATERPILLAR z podziałem na 4 zadania, pracujących w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego zgodnie z niniejszą SWZ. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Część III SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia. Przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem sektorowym w rozumieniu art. 7 pkt 35) ustawy Pzp.

W przypadku odniesienia się przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia do znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, o których mowa w przepisie art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, lub odniesienia się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w przepisie art. 101 ust. 1 pkt 2) oraz ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający dopuszcza aby oferowane rozwiązanie spełniało inne wymagania, pod warunkiem zapewnienia spełnienia wszystkich cech, parametrów, wydajności i funkcjonalności, które zostały określone w SWZ (rozwiązania równoważne). W przypadku, gdy w treści SWZ (w tym w treści załączników), znajdują się odwołania do takich rozwiązań, następuje po nich zwrot „lub równoważne”, zaś kryteria stosowane w celu oceny równoważności, Zamawiający wskazuje każdorazowo przy danym rozwiązaniu. Za rozwiązanie równoważne do opisywanego przez Zamawiającego zostanie uznane rozwiązanie potwierdzające spełnianie co najmniej parametrów określonych w normie wymaganej przez Zamawiającego. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego w zakresie norm, jest obowiązany wykazać w ofercie, że oferowane przez niego dostawy, spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w przepisie art. 101 ust. 1 pkt 2) oraz ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli Wykonawca powołuje się na rozwiązania równoważne opisywane przez Zamawiającego, ma obowiązek udowodnić w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104-107 ustawy Pzp, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, że w Rozdziale VI Zamawiający określił przedmiotowe środki dowodowe.

Zgodnie z Rozdziałem IX ust. 1 pkt 3 i 4 Części I SWZ - Instrukcja dla wykonawców (dalej: „IDW”), Zamawiający wskazał warunku udziału w Postępowaniu. Zamawiający wskazał m.in., że wykonawca ma spełnić następujące warunki

3) dot. sytuacji finansowej lub ekonomicznej:

Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy posiadali środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej odpowiednio:

- a) Zadanie nr 1 - 1 500 000,00 zł lub więcej*
- b) Zadanie nr 2 – 10 000 000,00 zł lub więcej*
- c) Zadanie nr 3 – 50 000,00 zł lub więcej*
- d) Zadanie nr 4 – 100 000,00 zł lub więcej*

*W przypadku, gdy w Wykonawca poda kwoty w walucie innej niż PLN, dla potrzeb oceny spełniania przez Wykonawcę warunku, o którym mowa w niniejszym punkcie Zamawiający przyjmie wartość w PLN wg kursu średniego NBP (tabela A) z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (a jeżeli w dniu publikacji ogłoszenia nie zostanie opublikowany przez NBP średni kurs walut, wówczas Zamawiający przyjmie kurs średni z

ostatniej przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu tabeli kursów opublikowanej przez NBP).

4) dot. zdolności technicznej lub zawodowej:

Zamawiający wymaga, aby w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zrealizowali należycie zamówienia na dostawy części zamiennych do kompleksów strugowych o łącznej wartości minimum:

a)Zadanie nr 1: 5 000 000,00 PLN netto lub więcej*

b)Zadanie nr 2: 10 000 000,00 PLN netto lub więcej*

c)Zadanie nr 3: 300 000,00 PLN netto lub więcej*

d)Zadanie nr 4: 600 000,00 PLN netto lub więcej*

Warunki określone w ust. 1 pkt 4) – odpowiednio dla każdego zadania - w wypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienie przez Wykonawców, w całości spełnić musi przynajmniej jeden z nich (co oznacza, że doświadczenie nabyte z osobna przez poszczególnych Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia /wartość należycie zrealizowanych dostaw/ nie sumuje się).

Warunek określony w ust. 1 pkt 3), Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą spełniać łącznie. Warunek określony w ust. 1 pkt 1) musi spełniać każdy z Wykonawców.

Izba ustaliła, że w Rozdziale X ust. 9 pkt 2 lit. c IDW Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej, Zamawiający żądał przedłożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 11 kwietnia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o zmianie postanowień SWZ. Warunek udziału w Postępowaniu w postaci posiadania odpowiedniej sytuacji ekonomicznej lub finansowej został następnie zmodyfikowany przez Zamawiającego w ten sposób, że Zamawiający obniżył minimalną wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej, jaką wykonawcy musieli się wylegitymować w celu wykazania spełnienia tego warunku w zakresie Zadania nr 2 - z 10.000.000 zł do 1.000.000 zł.

Izba ustaliła, że w pkt IV Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”), stanowiącego Część III SWZ, Zamawiając wskazał na przedmiotowe środki dowodowe, jakie wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą. Zgodnie z pkt. IV.1.2 OPZ, w przypadku gdy w przypadku gdy wykonawca oferuje części, podzespoły lub materiały równoważne (tzw. zamienniki), winien on dołączyć do oferty oświadczenie własne, w którym potwierdzi, iż: „oferowane części, podzespoły lub materiały: są fabrycznie nowe (tj. nieużywane i nieregenerowane), spełniają wymagania obowiązujących przepisów prawa dot. urządzeń, w których będą zainstalowane i posiadają identyczne parametry fizyczne i mechaniczne jak części, podzespoły lub materiały wymienione w Załączniku nr 5 do SWZ, mogą być bezpiecznie stosowane przez Zamawiającego w kompleksach strugowych produkcji BUCYRUS i CATERPILLAR pracujących w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego, zastosowanie oferowanych materiałów części lub podzespołów nie spowoduje zmian konstrukcyjnych ani pogorszenia parametrów technicznych kompleksów strugowych produkcji BUCYRUS i CATERPILLAR, nie będzie wymagane zastosowanie jakichkolwiek dodatkowych adapterów oraz spełnione będą wszystkie parametry techniczne (tj. funkcje, właściwości, wymiary przyłączeniowe) umożliwiające zastosowanie oferowanych materiałów części lub podzespołów w ww. kompleksach strugowych i używanie tych kompleksów strugowych zgodnie z przepisami prawa i przeznaczeniem, bez naruszania praw osób trzecich z jakiegokolwiek tytułu, a także, że zastosowanie oferowanych materiałów, części lub podzespołów nie będzie naruszać obowiązujących deklaracji zgodności wydanych przez producenta ww. kompleksów strugowych. Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia (w aktach sprawy).

Izba ustaliła, że wykonawca TechMad złożył ofertę w Postępowaniu. Izba ustaliła, że wykonawca złożył ofertę obejmującą swoim zakresem zadanie nr 2 i 3. Izba ustaliła, że wykonawca w celu wykazania posiadania odpowiedniej sytuacji ekonomicznej lub finansowej w Postępowaniu, TechMad złożył opinię banku PKO Bank Polski S.A. z dnia 20 marca 2023 r., potwierdzającą że TechMad posiada zdolność kredytową umożliwiającą ubieganie się o zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym do kwoty 1.000.000 zł.

Izba ustaliła, że w celu wykazania posiadania zdolności technicznej i zawodowej w zakresie Zadania nr 2 TechMad powołał się na następujące dostawy i remonty wykonane w okresie ostatnich pięciu lat:

- dostawa fabrycznie nowych podzespołów przenośnika: zespołu wału napędowego, kadłuba napędu zwrotnego z aktywnym napinaniem łańcucha oraz płyt przekładniowych na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy nr 9/ZA/PG1/2022/3658/EZP/MRU - wartość zamówienia 2.394.000 zł;
- dostawa rynien do przenośnika na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy nr 87/Z/EZZ/2020/AKO - wartość zamówienia 1.223.143 zł;

- remont głowicy urabiającej Struga GH 1600 wraz z podzespołami na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy nr 185/ZA/DGZ/2021/936/EZW/ADE - wartość zamówienia 797.919,90 zł;
- dostawa rynien do przenośnika na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy nr 316/Z/2018 - wartość zamówienia 1.095.050 zł.

Łączna wartość zamówień, na które powołał się TechMad wyniosła 5.510.112,90 zł, a zatem przekraczała minimalny próg wymagany przez Zamawiającego o 510.112,90 zł.

Izba ustaliła, że wykonawca TechMad przedłożył zatem wraz z ofertą oświadczenie własne z dnia 27 kwietnia 2023 r., którego treść była tożsama z treścią zawartą przez Zamawiającego w SWZ.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 23 maja 2023 r. Zamawiający wezwał TechMed do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, a w szczególności do wyjaśnienia, czy:

- oferowane przez TechMad części, podzespoły i materiały (posiadające identyczne parametry fizyczne i mechaniczne, jak części, podzespoły lub materiały wymienione w Załączniku nr 5 do SWZ), nie naruszają praw własności patentowej innego podmiotu;
- oferowane przez TechMad części, podzespoły i materiały (posiadające identyczne parametry fizyczne i mechaniczne, jak części, podzespoły lub materiały wymienione w Załączniku nr 5 do SWZ), naruszają lub mogą naruszać prawa ochronne wynikające z któregośkolwiek z patentów przywołanych wyżej w pkt. 14 lub innych patentów;
- oferowane przez TechMad części, podzespoły i materiały (posiadające identyczne parametry fizyczne i mechaniczne, jak części, podzespoły lub materiały wymienione w Załączniku nr 5 do SWZ) stanowią kopie produktów innego producenta, a jeżeli tak - czy takie naśladownictwo spełnia przesłanki kwalifikujące powyższe działanie jako czyn nie będący czynem nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 13 ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, że wykonawca TechMed w dniu 31 maja 2023 r. udzielił odpowiedzi. Wykonawca wskazał m.in. „ (...) wyjaśniamy, że wedle naszej najlepszej wiedzy aktualnej na dzień złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu nasze rozwiązania w zakresie produkcji zaoferowanych części, podzespołów i materiałów, nie naruszają niczyich praw własności intelektualnej, w tym treści patentów, tym niemniej, w obliczu istotnych i nowych dla nas okoliczności wymienionych w treści pisma wykonawcy Bergerat Monnoyeur sp. z o.o. z dnia 15 maja 2023 r., a w szczególności wobec treści przedstawionych dokumentów wskazujących na udzielenie patentów dla odpowiednio: Zespołu prowadzącego strug do prowadnic struga; Mechanizmu prowadzenia prowadnic strugowych dla strugów węglowych z napędem łańcuchowym oraz Mechanizmu prowadzenia struga urabiającego napędzanego łańcuchem, konieczne stało się podjęcie przez nasze przedsiębiorstwo dodatkowego szczegółowego postępowania wyjaśniającego, z zaangażowaniem odpowiedniego Zespołu Rzeczników Patentowych lub co najmniej Rzecznika Patentowego, który po analizie przedstawionych zarzutów i treści patentów, z dokumentacją oraz rozwiązaniami stosowanymi przez nasze przedsiębiorstwo w produkcji, będzie wadny ocenić potencjalne występowanie ryzyka naruszenia praw wynikających z przywołanych patentów. Niestety, przeprowadzenie takiego postępowania nie jest możliwe w przeciągu kilku najbliższych dni a raczej potrwa kilka miesięcy, co uniemożliwia nam szersze odniesienie się do przedstawionych kwestii i udzielenie wyczerpujących odpowiedzi na treść wezwania. Równocześnie nie sposób podejść do przedstawionych zarzutów z mniejszą powagą czy skrupulatnością, gdyż w obecnej sytuacji, wobec nowych okoliczności, nadrzędnym celem wydaje się skuteczne i pełne wyeliminowanie jakichkolwiek najmniejszych możliwości naruszenia przywołanych praw o ile takowe na chwilę obecną występują (...)”.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 10 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą ofertę w zakresie części 2 i 3 została uznana oferta wykonawcy TechMed.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zasadny okazał się jeden zarzut podniesiony przez Odwołujący w odwołaniu tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zakresie braku wykazania przez wykonawcę TechMed posiadania zdolności kredytowej lub środków finansowych wymaganych przez Zamawiającego. W pozostałym zakresie, Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 115 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie jest podzielone na części, przepisy ust. 1-3 stosuje się do każdej z tych części. Oznacza to, że wymóg posiadania określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych winien odnosić się do każdego zadania z osobna i jeżeli wykonawca ubiega się o wykonanie kilku zadań, to ma obowiązek wykazania spełnienia warunku dla każdej części.

Bezsporne w sprawie, jest to, że zamówienia zostało podzielone na 4 części. Bezsporne również jest to, że dla każdej części Zamawiający określił odrębny warunek dotyczący zdolności kredytowej lub środków finansowych. Bezsporne również w sprawie jest to, że wykonawca złożył ofertę w dwóch częściach postępowania tj. w części 2 i 3, a więc zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego miał obowiązek wykazać, że spełnia warunki dla części 2 i 3. W zakresie zdolności kredytowej lub środków finansowym miał zatem obowiązek wykazania dla części 2 zamówienia

zdolności kredytowej lub środków finansowych na poziomie 1 000 000 zł, zaś w zakresie części 3 na poziomie 50 000 zł. Bezsporne w sprawie jest to, że wykonawca TechMed nie wykazał takiej zdolności, bowiem złożona przez niego opinia bankowa wskazuje kwotę 1 000 000 zł. A zatem, zarzut podniesiony przez Odwołującego jest zarzutem zasadnym, bowiem z dokumentów złożonych przez wykonawcę TechMed nie wynika, że spełnił on warunek udziału w Postępowaniu wskazany dla części 2 i 3 zamówienia. W konsekwencji, Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy TechMed do poprawienia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca winien złożyć dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności kredytowej lub środków finansowych dla części 2 zamówienia w kwocie 1 000 000 oraz dla części 3 zamówienia w kwocie 50 000 zł.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że skoro wykonawca TechMed legitymował się opinią bankową potwierdzającą jego zdolność kredytową na maksymalną kwotę 1 000 000,00 zł, to powyższy dokument potwierdzał zarówno posiadanie zdolności na kwotę 50 000,00 zł (w ramach zadania nr 3) oraz na kwotę 1 000 000,00 zł (w zakresie zadania nr 2). Takie stanowisko Zamawiającego nie znajduje odzwierciedlenia w SWZ. Z przepisu art. 115 ust. 4 ustawy Pzp wynika zasada określona przez ustawodawcę statuująca obowiązek spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla każdej części zamówienia. Zamawiający mógł oczywiście ustalić odrębny warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności kredytowej lub środków finansowych odnoszący się do sytuacji, w której wykonawca ubiega się o więcej niż jedną część zamówienia. Takiego warunku jednak Zamawiający nie ustanowił, zaś próba interpretacji postanowień SWZ w sposób prezentowany przez Zamawiającego jest niedopuszczalna, bowiem stanowisko Zamawiającego nie wynika z dokumentów zamówienia. To Zamawiający dokonał podziału zamówienia na części i to Zamawiający określił warunek w zakresie zdolności finansowej dla każdej części osobno. Zatem, Zamawiający jest zobowiązany oceniać spełnienie przez poszczególnych wykonawców określonych przez siebie warunków udziału w postępowaniu na zasadach, jakie sam określił w SWZ. Odmienne interpretacja SWZ przyjęta przez Zamawiającego nie może być przez Izbę zaakceptowana, bowiem nie znajduje ona potwierdzenia ani w przepisach ustawy Pzp, ani w postanowieniach SWZ, zaś przyjęcie stanowiska Zamawiającego za poprawne stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za zasadny i orzekła jak w sentencji.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – oświadczenie TechMed

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Istota argumentacji Odwołującego sprowadza się do twierdzenia, że oświadczenie złożone przez wykonawcę TechMed z dnia 27 kwietnia 2023 r. jest niezgodnie z warunkami zamówienia oraz zostało złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (a to dlatego, że narusza prawa patentowe przysługujące producentowi części oryginalnych) oraz, że w złożonych przez wykonawcę TechMed wyjaśnieniach z dnia 31 maja 2023 r. nie zostało potwierdzone jednoznacznie, że oferowane przez niego równoważnik nie naruszają niczyich praw własności intelektualnej, w tym treści patentów.

Zdaniem Izby Odwołujący nadinterpretuje treści zawarte w dokumentach złożonych przez wykonawcę TechMed. Po pierwsze, należy wskazać, że zgodnie z pkt. IV.1.2 OPZ, w w przypadku gdy wykonawca oferuje części, podzespoły lub materiały równoważne (tzw. zamienniki), winien on dołączyć do oferty oświadczenie własne, potwierdzające m.in., że oferowane rozwiązania nie naruszają praw osób trzecich oraz posiadają identyczne parametry fizyczne i mechaniczne jak części, podzespoły lub materiały wymienione w Załączniku nr 5 do SWZ. Po drugie, wskazać należy, że wykonawca TechMed złożył wymagane oświadczenie własne. W treści oświadczenia wykonawca potwierdził jednoznacznie, że oferowane przez niego rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w OPZ. Po trzecie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w wyjaśnieniach z dnia 31 maja 2023 r. wykonawca TechMed potwierdził pierwotne oświadczenia zwarte w piśmie z dnia 27 kwietnia 2023 r. Wykonawca bowiem stwierdził, że: (...) *wyjaśniamy, że wedle naszej najlepszej wiedzy aktualnej na dzień złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu nasze rozwiązania w zakresie produkcji zaoferowanych części, podzespołów i materiałów, nie naruszają niczyich praw własności intelektualnej, w tym treści patentów (...)*. Zdaniem Izby takie oświadczenie jest prawidłowe i spełnia wymagania w zakresie przedmiotowych środków dowodowych określonych przez Zamawiającego. Odnosząc się do dalszej części pisma wykonawcy TechMed z dnia 31 maja 2023 r., Izba wskazuje, że stanowią one wyłącznie hipotetyczne rozważania wykonawcy na temat potencjalnego, aczkolwiek w żaden sposób niezmaterializowanego ryzyka naruszenia praw podmiotów trzecich. Zdaniem Izby, nie zostały złożone żadne dowody potwierdzające, że wykonawca TechMed poprzez stosowane przez siebie rozwiązania w zakresie produkcji części, podzespołów i materiałów narusza prawa jakichkolwiek podmiotów trzecich. Odwołujący w odwołaniu nie wykazał naruszenia jakichkolwiek praw podmiotów trzecich. Co najwyżej, twierdzenia Odwołującego można traktować jako pewną sugestię, że takie ryzyko może występować, jednakże jest to zdarzenie przyszłe i niepewne, przez pryzmat którego nie można oceniać zgodności oferty wykonawcy TechMed z warunkami zamówienia. Ponadto wskazać należy, że to nie Odwołującemu przysługują prawa z patentów jakie załączył do odwołania i to nie Odwołujący jest uprawniony do występowania z ewentualnymi roszczeniami o naruszenia

praw z takich patentów. Bezsporne jest w sprawie to, że Odwołujący nie złożył żadnego dowodu na podstawie, którego Izba mogłaby jednoznacznie stwierdzić, że wykonawca TechMed narusza prawa podmiotów trzecich z uwagi na stosowane przez siebie rozwiązania w zakresie produkcji części, podzespołów i materiałów. Wykonawca TechMed złożył wymagane oświadczenie, o treści wymaganej przez Zamawiającego. Nie ma żadnego dowodu w sprawie potwierdzającego, że jego treść jest nieprawdziwa. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy TechMed na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TechMed – oferta złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Zdaniem Izby, Odwołujący formułując zarzut złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w żaden sposób nie udowodnił zasadności swojego stanowiska, poprzestając jedynie na ogólnym uzasadnieniu, przywołując po raz kolejny rzekome naruszenia praw podmiotów trzecich. Po pierwsze, jak Izba wskazał powyżej, Odwołujący nie jest uprawnionym z tytułu żadnego z trzech patentów, o których mowa w treści odwołania. Okoliczność ta jest bezsporna w sprawie. Z żadnego z trzech patentów na jakie powołuje się Odwołujący nie wynika, że przysługują mu jakiegokolwiek prawa. Tym samym, wobec braku złożenia do akt sprawy jakiegokolwiek umocowania do działania w imieniu podmiotów uprawnionych z przedstawionych patentów, Odwołujący nie może być stroną skutecznie dochodzącą ochrony praw wynikających z ww. patentów. Po drugie, w odwołaniu Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, a wręcz nie opisał jakie rozwiązanie stosuje wykonawca TechMed i w jakim zakresie są one powieleniem (kopia) rozwiązań podmiotów trzecich, a tym samym naruszają prawa podmiotów trzecich. Po trzecie, z SWZ wynika, że zamienniki mają posiadać identyczne parametry fizyczne i mechaniczne. Ani zasady logiki ani zasady doświadczenia życiowego nie wykluczają możliwości opracowania przez wykonawcę rozwiązań technologicznych, równoważnych z tymi oferowanymi przez producentów, dzięki którym zamienniki będą osiągać te same parametry fizyczne i mechaniczne, co produkty oryginalne. Zdaniem Izby nie chodzi w zapisach SWZ o zaoferowanie identycznego urządzenia, ale o urządzenia, które osiąga te same parametry i spełnia te same funkcje, co urządzenie oryginalne. Co więcej, w treści odwołania Odwołujący nie przywołał choćby jednego parametru technicznego czy mechanicznego. Odwołujący kwestionuje wyłącznie możliwość dostarczenia zamiennika osiągającego te same parametry fizyczne i techniczne, zakładając jednakże w sposób nieuprawniony, że żaden inny wykonawca działający nie rynku nie ma możliwości opracowania własnych rozwiązań, dzięki którym ma możliwość zaoferowania urządzeń osiągających parametry fizyczne i mechaniczne jakimi legitymują się urządzenia oryginalne. Po piąte, Izba wskazuje, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał (brak dowodów w aktach sprawy), że wykonawca TechMed skopiował rozwiązania stosowane w produktach oryginalnych.

Izba podkreśla, że uznanie zasadności zarzutu wymaga wykazała przez wykonawcę jego podstawy faktycznej. W zakresie omawianego zarzutu, Odwołujący winien zatem wykazać, że wykonawca TechMed złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tymczasem Odwołujący nie wykazał, że wykonawca TechMed działał niezgodnie z prawem lub dobrymi obyczajami. Odwołujący nie wskazał, jakie dobre obyczaje przyjęte pomiędzy profesjonalistami zostały naruszone i w jaki sposób działanie wykonawcy zagraża w sposób nieuprawniony interesem Odwołującego. Konkurowanie na rynku nie stanowi naruszenia dobrych obyczajów, a tym bardziej nie może być traktowane jako zagrożenie interesów Odwołującego. Jak Izba wskazała, Odwołujący nie legitymuje się prawem do występowania w interesie innych podmiotów, których prawa mogłyby być naruszane poprzez działania wykonawcy TechMed. Co więcej Odwołujący nie wykazał w tym postępowaniu, że doszło do naruszenia jakichkolwiek praw przez wykonawcę TechMed. Zdaniem Izby złożone do akt sprawy oświadczenia z dnia 15 maja 2023 r. nie ma znaczenia dla sprawy. HBT GmbH nie jest ani uczestnikiem, ani stroną postępowania przetargowego, ani też nie przedstawiło żadnej decyzji organu sądowego czy to polskiego czy jakiegokolwiek innego potwierdzającego, że wykonawca TechMed naruszył prawa przysługującego temu podmiotowi z posiadanych patentów.

Niezasadne jest również zarzut i twierdzenia Odwołującego, że oświadczenia złożone przez wykonawcę TechMed z dnia 27 kwietnia 2023 r. o oferowaniu zamienników o identycznych parametrach fizycznych i mechanicznych jak części wskazane w Załączniku nr 5 do SWZ narusza co najmniej trzy patenty przysługujące producentowi oryginalnych części. Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał okoliczności faktycznych potwierdzających naruszenie jakichkolwiek praw osób trzecich. Izba podtrzymując swoją argumentację przedstawioną powyżej. Należy raz jeszcze podkreślić, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na wykazanie zasadności swoich twierdzeń. Złożone do akt sprawy patenty nie są dowodem potwierdzającym jakiegokolwiek naruszenie praw podmiotów trzecich, a na podstawie ich treści Izba nie może stwierdzić żadnego naruszenia, że wykonawcę praw podmiotów trzecich. Po pierwsze, Odwołujący nie wykazał, że podmioty uprawnione z patentów wystąpiły do jakiegokolwiek organu z ewentualnymi roszczeniami wobec wykonawcy

TechMed z tytułu naruszenia przysługujących im praw. Po drugie, z treści odwołania nie wynika czy Odwołujący ma jakąkolwiek wiedzę jakie rozwiązania technologiczne są stosowane przez wykonawcę TechMed. Jak Izba wskazała powyżej, złożenie oświadczenia o tym, że oferowane zamienniki mają takie same parametry techniczne czy mechaniczne nie może być utożsamiane ze skopiowaniem rozwiązań oferowanych przez producentów. Zdaniem, Izba w dobie rozwoju technologicznego zasadne jest przyjęcie, że wykonawca rozwija własne rozwiązania technologiczne, które umożliwiają mu zaoferowanie urządzeń osiągających parametry mechaniczne takie jak ma producent. Po trzecie, Izba nie jest organem powołanym do stwierdzenia naruszenia prawa patentowego. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zdaniem Izby, Odwołujący w ramach odwołania *de facto* kwestionuje postanowienia SWZ dotyczące sposobu wykazania przez wykonawcę spełnienia przez oferowane zamienniki wymagań technologicznych, technicznych wynikających z Załącznika nr 5. Jest bezsporne w sprawie, że Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia własnego przez wykonawcę, wskazując w OPZ wymagany zakres informacji. Takie oświadczenie zostało złożone przez wykonawcę TechMed, o treści zgodniej z OPZ. W toku postępowania odwoławczego Odwołujący nie wykazał, że wykonawca TechMed złożył informacje nieprawdziwe czy wprowadzające w błąd. Jak Izba wskazała powyżej, złożone patenty czy oświadczenie z dnia 15 maja 2023 r. nie są dowodami potwierdzającymi naruszenie jakichkolwiek praw podmiotów trzecich.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty TechMad w zakresie Zadania nr 2 pomimo, że TechMad nie spełnił warunku udziału w Postępowaniu w postaci potwierdzenia posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej. W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Zgodnie z postanowieniami SWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w należycie zrealizowanych dostawach części zamiennych do kompleksów strugowych o łącznej wartości minimum 5.000.000 zł.

Wykonawca TechMed celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, przedłożył wykaz dostaw wraz z powołaniem się na umowy realizowane uprzednio na rzecz Zamawiającego. Jednocześnie wykonawca złożył oświadczenie własne, że wszystkie zawarte w wykazie dostawy / remonty, zostały dostarczone / wykonane dla Zamawiającego LW Bogdanka, na podstawie umów. Z każdą dostawą, dostarczane były faktury wraz z dowodami dostaw / protokołami, w posiadaniu których jest Zamawiający. W/w dostawy / remonty zostały wykonane z należytą starannością i nie pojawiły się żadne uwagi ze strony Zamawiającego”.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu braku złożenia referencji, Izba uznała zarzut za niezasadny. Bezsporne w sprawie jest to, że wszystkie dostawy wskazane przez wykonawcę TechMed w wykazie dostaw zostały zrealizowane na rzecz Zamawiającego, a więc Zamawiający ma wiedzę co do ich prawidłowości i rzetelności, bowiem zostały one zrealizowane na jego rzecz. Izba zgadza się z Zamawiającym, że w takich okolicznościach zasadne jest powołanie się na art. 127 ust. 2 PZP, zgodnie z treścią którego wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Zdaniem Izby, Zamawiający prawidłowo uznał, że bezprzedmiotowe jest składanie przez wykonawcę TechMed odrębnego dokumenty referencji i wystarczające jest oparcie się na oświadczeniu własnym wykonawcy TechMed. Skoro dostawy były zrealizowane na rzecz Zamawiającego, co nie było okolicznością sporną w sprawie, to Zamawiający posiada wiedzę co do prawidłowości i rzetelności wykonanych dostaw. Zdaniem Izby, również z uwagi na charakter środka dowodowego i posiadanie przez Zamawiającego wiedzy „z urzędu” o zrealizowanych na jego rzecz dostawach, bezprzedmiotowe jest występowanie do Wykonawcy o potwierdzenie prawidłowości i aktualności takiego dowodu. Mnożenie dokumentów w postępowaniu nie jest jego celem. Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący na podstawie złożonego przez wykonawcę TechMed wykazu posiadał wiedzę o zakresie doświadczenia na jakie powoływał się wykonawca TechMed i ma możliwość ewentualnego kwestionowania prawidłowości wykonanych dostaw, co zresztą uczynił w ramach odwołania. W konsekwencji, Izba uznała zarzut Odwołującego za niezasadnym.

Odnosząc się z kolei do zarzutu należytego wykonania umowy nr 9/ZA/PG1/2022/3658/EZP/MRU, Izba uznała zarzut za niezasadny. Jak wskazał Zamawiający pismem z dnia 17 lipca 2023 r. w ustawowym terminie poinformował Odwołującego o braku naliczenia jakichkolwiek kar umownych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem ww. umowy przez wykonawcę TechMed. Ponadto, jak wynika z postanowień SWZ Zamawiający przewidział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia wyłącznie jedną, fakultatywną przesłankę wykluczenia Wykonawcy, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP i nie jest to przesłanka związana z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia (art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP), z niewykonaniem, nienależytym wykonaniem albo długotrwałym nienależytym wykonaniem istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP), czy też z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP). Z tego względu, nawet w przypadku potwierzonego - co jednak nie zostało wykazane w omawianym stanie faktycznym - nienależytego wykonania umowy nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU, Zamawiający wobec określonego w SWZ zamkniętego katalogu przesłanek z art. 109 PZP, nie mógłby na tej podstawie wykluczyć wykonawcy TechMed z

postępowania.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że wskazane na rozprawie opóźnienie w realizacji dostawy koła łańcuchowego w ramach umowy nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU ma charakter nieistotny i z pewnością nie może stanowić podstawy do uznania nienależytego wykonania umowy. Przyjęcie takiej konkluzji byłoby działaniem nieproporcjonalnym.

Odnosząc się zaś do zarzutu dotyczącego braku możliwości powołania się przez wykonawcę TechMed na doświadczenia związane z realizacją Umowy nr 9/ZA/PG-1/2022/3658/EZP/MRU, z uwagi na to, że umowa ta nie została wykonana przez wykonawcę TechMed na co wskazuje podpisany przez strony aneks z dnia 9 listopada 2022 r. przedłużający termin realizacji umowy do dnia 1 października 2023 r., Izba uznała stanowisko i argumentację Odwołującego za niezasadną. Po pierwsze, zgodnie z postanowieniami SWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia legitymowali się doświadczeniem w realizacji dostaw części zamiennych do kompleksów strugowych. Po drugie, Izba wskazuje, że kwestionowana przez Odwołującego umowa obejmowała nie tylko wykonanie dostawy, ale również świadczenie inne niż dostawa, opisane w §3 ust. 1 umowy. Po trzecie, z dokumentów złożonych do akt sprawy wynika, że wykonawca TechMed wykonał dostawę części do kompleksów strugowych w wymaganym przez Zamawiającego okresie tj. trzech lat przed upływem składania ofert. Okoliczność tą potwierdza „Protokół kompletności dostawy zgodnie z umowa z dnia 10.01.2022”. Dokument ten wskazuje, że dostawy zostały wykonane w terminie. Zatem wykonawca TechMed wykonał dostawy wymagane przez Zamawiającego, w wymaganym przedziale czasowym. Po czwarte, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że wykonawca TechMed winien wykazać należyte wykonanie całej umowy, aby skutecznie powoływać się na doświadczenie związane z jej realizacją. Zdaniem Izby zasadnicze znacznie dla oceny sytuacji wykonawcy TechMed i jego doświadczenia mają postanowienia SWZ i postanowienia spornej umowy. Z dokumentów tych zaś wynika, że Zamawiający wymagał doświadczenia w realizacji dostaw, nie zaś należytego wykonania całej umowy. Ze spornej umowy wynika zaś, że obejmowała ona swoim zakresem również świadczenia poboczne, których realizacja została przesunięta na dostawie porozumienia stron. Okoliczność tak pozostaje jednak irrelevantna dla oceny zasadności omawianego zarzutu, bowiem w świetle postanowień SWZ znaczenia ma to czy wykonawca wykonał dostawę. Z okoliczności sprawy wynika, że taka dostawa została wykonana w terminie. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania unieważnienia Postępowania przez Zamawiającego w zakresie zadania nr 2, pomimo tego że jest ono obarczone wadą polegającą na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający w istocie złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty podmiotom innym niż autoryzowany dystrybutor producenta (podmiotom oferującym części równoważne, tj. zamienniki), Izba uznała, że nie zaistniały przesłanki do stwierdzenia zasadności podniesionego zarzutu. Izba, poza uznaniem, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił spełnienie warunku udziału w Postępowaniu przez wykonawcę TechMed w zakresie sytuacji finansowej, nie stwierdziła zasadności pozostałych zarzutów podniesionych przez Odwołującego, które *de facto* stanowiły podstawę żądania unieważnienia Postępowania. Ponadto, Izba podkreśla, że postanowienia SWZ, które obecnie kwestionuje Odwołujący były znane wykonawcy od momentu publikacji SWZ. Dążenie obecnie do unieważnienia Postępowania wskazując na rzekome wady w opisie przedmiotu zamówienia i wymagań wykonawców służy, zdaniem Izby, wyłącznie do próby unieważnienia Postępowania z powodu nieuznania przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Gdyby Odwołujący rzeczywiście tak dbał o interes innych wykonawców i opis przedmiotu zamówienia zawarty w SWZ, to skorzystałby ze środków ochrony prawnej w momencie publikacji SWZ, nie zaś na etapie zakończenia postępowania przetargowego.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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). Przedmiot sporu stanowiły cztery zarzuty. Izba uwzględniła odwołanie w zakresie jednego zarzutu oraz oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie. W konsekwencji kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego w części 1/4 i Odwołującego w części 3/4. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł 00 gr, koszty poniesione z tytułu zastępstwa Odwołującego przed Izbą w kwocie 3 600 zł 00 gr, koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł 00 gr oraz koszty dojazdu Zamawiającego na rozprawę w wysokości 402 zł 50 gr (łącznie 22 602 zł 50 gr). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 16 961 zł 88 gr. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1 648 zł 40 gr stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący:

