

Sygn. akt: KIO 1329/23

WYROK
z dnia 29 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Adriana Urbanik

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - **Konsorcjum: MINOSTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Chełmie Śląskim, PROMET Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Tauron Wydobywanie S.A. z siedzibą w Jaworznie**

przy udziale **wykonawcy SANDVIK POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1329/23
po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MINOSTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Chełmie Śląskim; PROMET Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MINOSTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Chełmie Śląskim; PROMET Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MINOSTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Chełmie Śląskim; PROMET Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (Lider Konsorcjum: ul. Podłuże 1a 41-403 Chełm Śląski)** na rzecz zamawiającego - **Tauron Wydobywanie S.A. z siedzibą w Jaworznie (ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno)** kwotę **3 651 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt jeden złotych 00 groszy) obejmującą kwotę wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej.
- Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. 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 1329/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa remontu wraz z modernizacją kombajnu chodnikowego AM 75Ex nr fabr. 171 dla TAURON Wydobywanie S.A. - ZG Janina”, nr referencyjny: PZP/TWD/06990/2022/254/P/RP, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.12.2022 r. pod nr Dz.U./S245 709619-2022-PL przez: Tauron Wydobywanie S.A. z siedzibą w Jaworznie, zwaną dalej: „Zamawiającym”. Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” albo „ustawą Pzp”.

Dnia 12.05.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **MINOSTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Chełmie Śląskim i PROMET Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku**, zwani dalej także „Odwołującym”, od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, polegających na: 1) błędnej ocenie, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy „Sandvik Polska” Sp. z o.o., ul. Józefa Pukowca 7, 40-847 Katowice (zwanego dalej także „Wykonawcą”) i wyborze jej jako najkorzystniejszej, pomimo, że podlegała odrzuceniu z uwagi na to, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji; 2) błędnej ocenie, a w konsekwencji wyborze oferty Wykonawcy pomimo, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań przedmiotowych, a ewentualne zastosowanie w tym przypadku odpowiednio art.

128 ust. 1 ustawy Pzp i art. 107 ust. 2 ustawy Pzp byłoby wyłączone z uwagi na to, że pomimo ich złożenia, poprawienia, uzupełnienia oferta wykonawcy i tak podlega odrzuceniu tj. jako złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji oraz niezgodna z warunkami zamówienia; 3) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego pomimo faktu, iż była zgodna z treścią SWZ oraz przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Odwołujący zarzucił naruszenie:

1)art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sandvik Polska Sp. z o.o. jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk ze względu na dopuszczenie się sprzecznego z dobrymi obyczajami i naruszającej interesy innych wykonawców podania nieprawdziwych informacji w zakresie przedstawionym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania (tj. w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz wymagań przedmiotowych), a w konsekwencji naruszenie art. 239 ustawy Pzp przez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza w postępowaniu;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sandvik Polska Sp. z o.o. jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału

w postępowaniu z uwagi na niewykazanie ich za pomocą podmiotowych środków dowodowych;

3)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sandvik Polska Sp. z o.o. jako niezgodnej z warunkami zamówienia z uwagi na niewykazanie spełnienia tzw. warunków przedmiotowych za pomocą przedmiotowych środków dowodowych.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) odrzucenie oferty Wykonawcy: Sandvik Polska Sp. z o.o.; ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia żądania odrzucenia oferty - nakazanie Zamawiającemu wezwanie tego wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub przedmiotowych środków dowodowych

na potwierdzenie spełniania wymagań opisanym w SWZ i przedstawionych w odwołaniu;

3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

4) na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 ustawy Pzp o dopuszczenie dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

5) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał:

Zamawiający w dniu 04.05.2023 r. na Platformie Zakupowej Grupy TAURON (<https://swoz.tauron.pl>) załączył pismo o sygnaturze: EZ/EZZ/2023/431, w którym poinformował Wykonawców na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, złożonej przez wykonawcę Sandvik Polska Sp. z o.o., ul. Józefa Pukowca 7, 40-847 Katowice. Jako uzasadnienie wyboru oferty Zamawiający podał, że oferta złożona przez tego wykonawcę uzyskała najwyższą ocenę punktową, na podstawie kryterium oceny ofert 100% - cena brutto, wybrany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w SWZ, a złożona oferta nie podlega odrzuceniu, z czym Odwołujący się nie zgadza.

Odnosnie do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: Zamawiający wymagał w SWZ pkt. 3.1. Podmiotowe środki dowodowe, pkt. 3.4 w celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 57 pkt. 2 ustawy Pzp, Zamawiający wymaga następujących podmiotowych środków dowodowych:

3.4.4.2. Jeżeli Wykonawca jest producentem lub upoważnionym przedstawicielem Producenta urządzeń wymienionych w ofercie, Oświadczenie, o treści zgodnej z Załącznikiem nr 8A

do SWZ; 3.4.4.5. W przypadku gdy Wykonawca jest Producentem urządzeń wyszczególnionych w opisie przedmiotu zamówienia, upoważnionym przedstawicielem Producenta lub posiadającym autoryzację Producenta na remont i modernizację przedmiotowych urządzeń Oświadczenie o treści zgodnej z Załącznikiem nr 8D do SWZ.

Z kolei w SWZ: Przedmiotowe środki dowodowe. 3.7. Zamawiający żądał, by Wykonawca złożył wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe: 3.7.1. Wymaga się, aby oferowany przedmiot zamówienia spełniał wymagania prawne i techniczne: a) ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. - Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2020 r. poz. 1064) wraz z aktami wykonawczymi do ustawy, b) rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r.

w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz.U. 2017 poz.1118), c) rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie zagrożeń naturalnych w zakładach górniczych (Dz. U. 2019, poz. 1883, 2015, poz. 2204 oraz 2016, poz.949); d) ustawy z dnia 30 sierpnia 2002r. o systemie oceny zgodności tekst jednolity (Dz.U.2019 poz.155); e) rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz.U. 2008 nr 199 poz. 1228); f) ustawy z dnia 13

kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz.U. 2019 poz. 542 i 2016, poz. 1228) wraz z aktami wykonawczymi, g) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 6 czerwca 2016 r. w sprawie wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w atmosferze potencjalnie wybuchowej (Dz.U. z 2016 r. poz. 817), h) rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 12 czerwca 2018 r. w sprawie najwyższych dopuszczalnych stężeń i natężeń czynników szkodliwych dla zdrowia w środowisku pracy (Dz. U. 2018 poz. 1286), i) rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz. U. 2004 nr 99, poz.1003), j) norm: PN-EN 12111:2014 – 07: Maszyny do drążenia tuneli – Kombajny chodnikowe i maszyny do urabiania ciągłego – Wymagania bezpieczeństwa, PN-G-5000:61997: Ochrona pracy w górnictwie. Urządzenia automatyki i telekomunikacji górniczej. Wymagania i badania. Na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania Wykonawca załączył do oferty: Oświadczenie o treści zgodnej z treścią Załącznika nr 8 do Specyfikacji. Odwołujący po analizie oferty Wykonawcy Sandvik Polska Sp. z o. o. wraz z załącznikami m.in. dokumentów takich jak: Załącznik nr 8-sig-sig.pdf; Załącznik nr 8a-sig-sig.pdf; Załącznik nr 8d-sig-sig.pdf, stwierdził, że w tych załącznikach wykonawca Sandvik Polska Sp. z o. o. oświadczył, że: w Załączniku nr 8 - że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymogi obowiązujących przepisów zgodnie z punktem 1. a – j, skreślając natomiast oświadczenie z punktu 2 dotyczącego przypadku remontu i modernizacji kombajnu przez innego wykonawcę niż producent (oświadczył tym samym, że jest producentem kombajnu będącym przedmiotem niniejszego postępowania); w Załączniku nr 8a - że jest producentem/upoważnionym przedstawicielem Producenta¹) maszyn/urządzeń będących przedmiotem niniejszego postępowania; w Załączniku nr 8d – że jest uprawniony do reprezentowania Wykonawcy będącego producentem/upoważnionym przedstawicielem producenta/podmiotem autoryzowanym przez producenta¹) oraz że: 1. Remont i modernizacja będący przedmiotem niniejszego zamówienia, wykonany będzie w sposób gwarantujący bezpieczną eksploatację wyremontowanego oraz zmodernizowanego wyrobu, 2. Po dokonaniu remontu i modernizacji będących przedmiotem niniejszego zamówienia wystawiona zostanie nowa deklaracja zgodności, świadectwo jakości, które zostaną dołączone do protokołu odbioru maszyny/urządzenia. We wszystkich opisanych powyżej Załącznikach (tj. podmiotowych środkach dowodowych i przedmiotowym środkiem dowodowym) wykonawca Sandvik Polska Sp. z o. o. świadomie wprowadził w błąd Zamawiającego co do informacji, iż jest producentem maszyny/urządzenia (w tym przypadku kombajnu chodnikowego AM75 Ex nr fabr. 171), będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Wybór przez Zamawiającego oferty tego Wykonawcy wskazał na niezachowanie należytej staranności przez Zamawiającego, ponieważ przywołane informacje były łatwe do zweryfikowania przez Zamawiającego chociażby w Instrukcji obsługi przedmiotowego kombajnu, w której jest w posiadaniu. W tym miejscu zwrócił uwagę, iż przedstawiciele Odwołującego w dniu 01.02.2023 r. odbyli wizję lokalną, podczas której dokonali oględzin przedmiotowego kombajnu chodnikowego AM75 Ex nr fabr. 171 wraz z przynależną dokumentacją (DTR/Instrukcja obsługi), na dowód czego w Załączniku nr 2 do odwołania załączył oświadczenie o odbyciu wizji lokalnej. Podczas oględzin Odwołujący wykonał dokumentację fotograficzną kombajnu przeznaczonego do remontu i modernizacji oraz części przynależnej dokumentacji. Wskazał, iż w podręczniku eksploatacji urządzenia będącego przedmiotem niniejszego postępowania w punkcie 1.2.2 wskazano rzeczywistego producenta kombajnu chodnikowego oraz jego przedstawiciela: 1.2.2. Producent kombajnu Adres i numer telefonu producenta: Sandvik Mining and Construction G.m.b.H., Alpinestrasse 1, 8740 Zeltweg/AUSTRIA, Tel: +43 3577 755 0*, Fax: +43 3577 755 9551, Adres i numer telefonu naszego przedstawicielstwa w Polsce: Sandvik Mining and Construction Sp. z o.o., ul. Strefowa 10, 43-100 Tychy/POLSKA, Tel: (0048 32) 7887400, Fax: (0048 32) 7887401. Na dowód powyższego załączył jako Załącznik nr 3 do odwołania - zdjęcie z podręcznika eksploatacji, w którym wskazano producenta przedmiotu niniejszego postępowania oraz Deklarację Zgodności przedmiotowego kombajnu. Poinformował również, iż wyżej wymieniona nazwa przedstawicielstwa w Polsce dwukrotnie już została zmieniona z Sandvik Mining and Construction Sp. z o.o. na Sandvik Polska Sp. z o.o. Oddział Mining and Rock Technology do obecnego Sandvik Polska Sp. z o.o., Oddział Mining and Rock Solutions w Tychach, natomiast adres oddziału pozostał ten sam: ul. Strefowa 10, 43-100 Tychy. Informacje o tym, że Wykonawca Sandvik Polska Sp. z o. o. nie jest producentem omawianego urządzenia widnieją również w dokumentach pierwotnie bezpodstawnie zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa” (odtajnionych ostatecznie przez Zamawiającego w wyniku uwzględnienia uprzedniego odwołania w sprawie sygn. akt: KIO 445/23): Wzór deklaracji zgodności, certyfikatów, wykaz oprogramowania-sig-sig.pdf; gdzie na stronach od 37-42 przedstawiona jest Umowa zgodna z IEC OD 203, której przedmiotem jest: Instalator Lokalny zajmujący się montażem końcowym i wysyłką produktu wykonanego z jednoznacznie określonych części dostarczanych przez producenta. Wskazany producent (OEM) to: Sandvik Mining and Construction G.m.b.H., Alpinestrasse 1, 8740 Zeltweg/AUSTRIA. Natomiast Instalator Lokalny (LA) to: Sandvik Polska Sp. z o.o., Oddział Mining and Rock Technology w Tychach, ul. Strefowa 10, 43-100 Tychy, Polska. Na ostatniej stronie tej

umowy w części o nazwie Zakres i definicja również widnieje informacja

o producencie: „Sandvik Mining and Construction G.m.b.H. firma będąca Oryginalnym producentem (OEM) kombajnów chodnikowych, kombajnów z urządzeniem do kotwienia stropu, kombajnów bębnowych typu Continuous Miners oraz innych produktów nie wymienionych powyżej niniejszym upoważnia do Sandvik Polska Sp. z o.o. (LA)

do prowadzenia w naszym imieniu sprzedaży oryginalnych części zamiennych producenta, Serwisu, Napraw i Remontów kompletnych maszyn oraz ich podzespołów w ramach Gwarancji i poza nią.”. Na potwierdzenie powyższego w Załączniku nr 4 do odwołania przedstawił załączone przez wyżej wymienionego Wykonawcę plik dokumentów w którym widnieje „Wzór Deklaracji Zgodności” (strony 1-3) oraz „Umowa zgodna z IEC OD 203” (strony 37-42). Zamawiający zatem powinien był bezwzględnie odrzucić ofertę Wykonawcy: Sandvik Polska Sp. z o.o. z postępowania, ponieważ nie spełniał on warunków udziału w postępowaniu oraz jego oferta była niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych

w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie. Tym samym wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest możliwe tylko w sytuacji, gdy oferta z innych przyczyn nie podlegałaby odrzuceniu. Wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – jak wynika także z orzecznictwa KIO - nie dotyczy natomiast dokumentów i oświadczeń, które zawierają informacje nieprawdziwe

lub wprowadzające w błąd. W takim wypadku Zamawiającemu pozostają konsekwencje wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp ze względu na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zob. np. wyrok KIO z 19 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 10/22). Podobnie w świetle art. 107 ust. 3 ustawy Pzp przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp

(to jest wezwania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych)

nie stosuje się, jeżeli pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego oferta podlega odrzuceniu. Przyjmuje się, że wykonawca, który nie potwierdził spełniania tzw. warunków przedmiotowych, badanych na podstawie wymaganych w postępowaniu przedmiotowych środków dowodowych, to jest spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań lub cech określonych przez zamawiającego, złożył ofertę niezgodną

z warunkami zamówienia, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (zob. np. wyrok KIO z 25 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 858/22, KIO 863/22, Legalis). Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zakresem dyspozycji normy art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp prawnej objęta jest również sytuacja, w której zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty nie znajdzie potwierdzenia

w zażądanych przez zamawiającego dokumentach zamówienia na zasadzie art. 106 ust. 1 ustawy Pzp i złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 ustawy Pzp) przedmiotowych środków dowodowych. Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia

z wymaganiem przez zamawiającego. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności

z postanowieniem SWZ formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych rzeczy z wymaganiami zamawiającego. Podkreślił, że ugruntowane jest stanowisko, że złożenie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę wyłącza zastosowanie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (w odniesieniu do podmiotowych środków dowodowych) oraz art. 107 ust. 2 ustawy Pzp (w odniesieniu

do przedmiotowych środków dowodowych). Oferta Wykonawcy Sandvik Sp. z o.o. bez względu odpowiednio na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie, podlega i tak odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji. W sytuacji zatem uwzględnienia zarzutu odwołania dotyczącego złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Sandvik Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w praktyce wzywanie wyżej wymienionego wykonawcy do składania jakichkolwiek uzupełnień (popraw) podmiotowych lub przedmiotowych środków dowodowych lub nawet wyjaśnień, byłoby

w konsekwencji niezasadne prawnie (niedopuszczalne). Przepisy ustawy Pzp nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w postępowaniu. W

uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r., sygn. akt: II CKN 1095/99, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „Pojęcie „prawda” powinno być rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź

o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Odnosnie do zarzutu naruszenia art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk

w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp: Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sandvik Polska Sp. z o. o. jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w pierwszej kolejności zauważył, że przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do której odsyła art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie zawierają zamkniętego katalogu czynów nieuczciwej konkurencji. W szczególności potwierdza to treść art. 3 ust. 1 uznk, który w sposób ogólny definiuje czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Regulacja ta, poza spełnianiem funkcji korygującej oraz uzupełniającej na gruncie przepisów uznk, stanowi również definicję uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji, umożliwiającą na jej podstawie uznawanie zachowań nienazwanych (niestypizowanych) w dalszych przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 5 i n. u.z.n.k.) za nieuczciwie naruszające konkurencję. Ustawodawca dostrzegając bowiem niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 uznk czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r., sygn. akt: II CSK 44/09,

Sąd Najwyższy wskazał, iż art. 3 ust. 1 uznk może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. W doktrynie jako przykład złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji wymienia się m.in. podawanie

w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na jej kolejność (zob. np. „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021, s. 723). Stanowi zatem działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, a jego skutkiem jest zagrożenie

dla interesów zarówno innego przedsiębiorcy – poprzez stworzenie sytuacji naruszającej zasady uczciwej konkurencji, jak i klienta, czyli zamawiającego – który został narażony

na wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie powinna zostać za taką uznana i wybrana. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku oferty wykonawcy Sandvik Polska Sp. z o.o.

Co istotne, dobre obyczaje, na które się powołuje w art. 3 ust. 1 uznk, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych

w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu (tu: interesu Odwołującego). Podkreślenia wymaga, że czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania

o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, które podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Jest to podobnie jak dawna uczciwość kupiecka czy cywilistyczne zasady współżycia społecznego zbiory norm niepisanych wyznaczające reguły egzystencji w danej społeczności. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd (zob. np. wyrok KIO z 17 września 2020 r.,

sygn. akt: KIO 2048/20, zachowujący co do istoty aktualność). W zakresie wyżej wymienionego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Odwołujący podkreślił, że nieprawdziwe informacje przedstawione przez wykonawcę odnoszą się – oprócz wyżej wymienionych w zakresie podmiotowych środków dowodowych

i przedmiotowego środka dowodowego - także do kwestii weryfikacji autentyczności Deklaracji Zgodności (kolejnego przedmiotowego środka dowodowego), załączonej przez Wykonawcę Sandvik Polska Sp. z o. o. Zamawiający bowiem w SWZ wymagał: Przedmiotowe środki dowodowe, 3.7 Zamawiający żąda, by Wykonawca złożył wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe: 3.7.2 Wymaga się, aby oferowany przedmiot zamówienia spełniał parametry techniczno-użytkowe określone w Załączniku nr 6 do Specyfikacji – Opis przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie spełnienia powyższego wymagania Wykonawca załączy do oferty: a) Wzór deklaracji zgodności WE/UE zgodną z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (dyrektywa 2006/42/WE) oraz zgodną z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 6 czerwca 2016 r. w sprawie wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w atmosferze potencjalnie wybuchowej (dyrektywa 2014/34/UEATEX). Wykonawca Sandvik Polska Sp. z o.o., w załączonym pliku dokumentów – „Wzór deklaracji zgodności, certyfikatów, wykaz oprogramowania-sig-sig.pdf (przerobiona deklaracja znajduje się na stronach

1-3)

oraz który zastrzegł w złożonej ofercie jako niejawny, a w konsekwencji poprzez wniesione przez Odwołującego odwołanie w sprawie sygn. akt: KIO 445/23 został odtajniony, budzi zastrzeżenia, albowiem dokument opisany jako „WZÓR”, w rzeczywistości wzorem nie jest. Odwołujący porównał ten dokument: Deklarację Zgodności z oryginalną Deklaracją Zgodności przynależną do kombajnu chodnikowego, którą posiada ze względu na fakt wygranego postępowania publicznego o identycznym przedmiocie zamówienia. Jako dowód opisywany dokument zamieścił jako Załącznik nr 5 do odwołania (Deklaracja pochodzi z postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego pn. Remont kombajnu chodnikowego MR 340X Ex-S

dla potrzeb Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK ROW Ruch Marcel nr sprawy 492101381). W ocenie Odwołującego złożony przez Sandvik Polska Sp. z o.o. „Wzór Deklaracji Zgodności” powinien być opisany co najmniej jako „ZA ZGODNOŚĆ

Z ORYGINAŁEM” lub też „KOPIA”. Za wzór można uznać dokument odzwierciedlający rzeczywisty wygląd tego dokumentu, nie budząc przy tym żadnych wątpliwości co do jego treści. Kwestiami przemawiającymi za ingerencją w ten dokument bez wątpienia są następujące miejsca: Strona 1: Numer seryjny: brak (ingerencja w dokument), Przeznaczenie: Kombajn chodnikowy „MR340X-Ex-S/brak” (brak numeru fabrycznego – ingerencja w dokument) do stosowania do podziemnych w podziemnych zakładach górniczych zagrożonych występowaniem gazów kopalnianych i/lub pyłów palnych, Producent: (lewy dolny róg) – brak wskazania producenta (ingerencja w dokument); Strona 2: Dokumentacja techniczna - brak wskazania osoby posiadającej uprawnienia do udostępnienia dokumentacji technicznej na żądanie właściwych władz Państw Członkowskich UE zgodnie z wymogami dyrektywy 2006/42/WE (ingerencja w dokument), Producent: (lewy dolny róg) – brak wskazania producenta (ingerencja w dokument); Strona 3: Podpisy osób upoważnionych

do wystawienia niniejszej deklaracji w imieniu producenta: brak (ingerencja w dokument), Producent: (lewy dolny róg) – brak wskazania producenta (ingerencja w dokument). Również drugi plik dokumentów (zastrzeżony początkowo jako niejawny) o nazwie – „Wykaz rysunków podzespołów po modernizacji oraz schematów-sig-sig.pdf;” (strony 2-3, 7-8, 9 – Załącznik

nr 4a) nosi ślady ingerencji w podłoże przedstawionych przez Wykonawcę: Sandvik Polska Sp. z o.o. dokumentów, co niewątpliwie świadczy o posługiwaniu się dokumentem podrobionym lub przerobionym. Odwołujący dokonując analizy załączonego przez Wykonawcę „Wykazu rysunków podzespołów pod modernizacji” z oryginalnymi rysunkami podzespołów ujętych w wykazie części kombajnu chodnikowego typu MR340X-Ex-S

dla przykładu jako dowód załączył w Załączniku nr 6 do odwołania kilka wybranych rysunków podzespołów (Odwołujący dokonał porównania z Wykazem części kombajnu chodnikowego typu MR340X-Ex-S, który wyremontował w oparciu o zawartą umowę w ramach postępowania publicznego pn. Remont kombajnu chodnikowego MR 340X Ex-S dla potrzeb Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK ROW Ruch Marcel nr sprawy 492101381), stwierdzając przy tym ingerencję w postaci: Strony 2 – 3 (głowica tnąca): Producent: (środkowa dolna część) – brak wskazania producenta/prawnego autora dokumentu (ingerencja w dokument); Strony 7 – 8 (SIŁOWNIK): Producent: (środkowa dolna część) – brak wskazania producenta/prawnego autora dokumentu (ingerencja w dokument); Strona 9 (OBROTNIKA HYDRAULICZNA) Producent: (środkowa dolna część) – brak wskazania producenta/prawnego autora dokumentu (ingerencja w dokument). Przedstawione przez Wykonawcę dokumenty zawierające nieprawdziwe informacje przekazane przez Wykonawcę Sandvik Polska

Sp. z o.o. w ocenie Odwołującego zostały w takiej treści złożone w celu zyskania nieuczciwej przewagi nad konkurencją i uzyskania zamówienia. Z powyższych względów, uwzględniając szczególny charakter przedmiotu zamówienia, było to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i co najmniej zagrażające interesom innych, rzetelnych wykonawców

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sprzeczne z dobrymi obyczajami jest również wprowadzenie w błąd Zamawiającego w celu uzyskania zamówienia. Wykonawca przy przedstawianiu informacji nie dochował należytej staranności. Wielokrotnie zostało potwierdzone w orzecznictwie KIO, że brak dochowania przez wykonawcę należytej staranności, do której jest on zobowiązany przy złożeniu oferty, nie zwalnia go

od odpowiedzialności za wprowadzenie zamawiającego w błąd. Wykonawca Sandvik Polska Sp. z o.o., który celowo lub niedbale przekazał Zamawiającemu informacje niezgodne

z rzeczywistością, dążąc do uzyskania zamówienia dopuścił się działania sprzecznego

z dobrymi obyczajami. Celem jego zachowania jest uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie - w sposób nieuczciwy - konkurencji, która przekazując informacje zgodne z prawdą, może utracić szanse na uzyskanie zamówienia. Zauważył, że sam fakt, że Zamawiający

nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd

(art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp), nie oznacza, że nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia. W tym zakresie bowiem właściwym

instrumentem jest przesłanka z art. 226

ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a zatem możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (zob. np. wyrok KIO z 21 stycznia

2022 r., sygn. akt: KIO 5/22). Brak wskazania przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli to te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania, bo umożliwiają potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu

lub wymagań przedmiotowych. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca jako profesjonalista prowadzący działalność gospodarczą powinien mieć świadomość,

że odrzucenie jego oferty nie jest granicą jego odpowiedzialności. Czyn zabroniony odnoszący się wprost do systemu zamówień publicznych został opisany w art. 297 par. 1 k.k. Przepis ten, kto w celu uzyskania dla siebie lub kogoś innego od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi zamówienia publicznego przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu

dla uzyskania wymienionego zamówienia. Jako że przestępstwo z art. 297 par. 1 k.k. jest przestępstwem formalnym, dla wypełnienia jego znamion nie ma znaczenia, czy został osiągnięty cel w postaci uzyskania zamówienia publicznego. W odniesieniu do zamówień publicznych znamionami przestępstwa są zatem: działanie w zamiarze uzyskania zamówienia publicznego, przedłożenie podrobionego, przerobionego, poświadczającego nieprawdę

albo nierzetelnego dokumentu albo nierzetelnego pisemnego oświadczenia dotyczącego okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego zamówienia. Podkreślił,

że przedmiotem czynności przedłożenia ma być: dokument, który jest dokumentem podrobionym, przerobionym (art. 270 k.k.), poświadczającym nieprawdę (art. 271 k.k.),

ale także: dokument, który nie jest sfalszowany, lecz jest nierzetelny (art. 297 k.k.),

oraz nierzetelne oświadczenie (złożone w formie pisemnej) dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania m.in. zamówienia publicznego. A zatem jeśli tylko dokument lub oświadczenie ma istotne znaczenie, a w przypadku zamówień publicznych niemal zawsze takie znaczenie ma, to wypełnione są znamiona strony przedmiotowej tego przepisu. Dlatego należy przypomnieć, że zgodnie z art. 115 par. 14 k.k. dokumentem jest każdy przedmiot

lub inny zapisany nośnik informacji, z którym jest związane określone prawo, albo który

ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne. Nie ma przy tym znaczenia, kto podrobi czy przerobi taki dokument. Istotne znaczenie ma jedynie jego niezgodność z rzeczywistością. Szczególnie należy zwracać uwagę na nierzetelność dokumentu, z takim dokumentem mamy bowiem

do czynienia wówczas, gdy zawarte w nim informacje, chociaż nie są wprost nieprawdziwe, jednak są niepełne lub ujęte w taki sposób, że mogą sugerować adresatowi stan rzeczy niezgodny z rzeczywistością. W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wielokrotnie składają oświadczenia np. o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, braku okoliczności skutkujących wykluczeniem czy dotyczące osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Wszystkie te oświadczenia, jako że są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, dotyczą okoliczności o istotnym znaczeniu

dla uzyskania zamówienia. Aby wykonawca ponosił odpowiedzialność karną na podstawie

art. 297 par. 1 k.k., bez znaczenia jest to, czy został poinformowany o odpowiedzialności

za składanie fałszywych oświadczeń czy dokumentów. Zresztą przestępstwo z art. 297 k.k. jest przestępstwem formalnym, czyli bezskutkowym, co już powoduje, że w przypadku jego popełnienia nie można mówić o jakiegokolwiek szkodzie, którą można naprawić. Dokonanie przestępstwa następuje już na etapie, kiedy sprawca przedłoży fałszywe lub stwierdzające nieprawdę lub nierzetelne dokumenty lub oświadczenia. Co ważne, należy w tym miejscu podkreślić, że każdego wykonawcę, skoro jest profesjonalistą, obowiązują podwyższone akty staranności, w tym i ten elementarny, aby dokument, zanim zostanie złożony w przetargu, sprawdzić co do treści, w szczególności jeśli opiera się na informacjach pochodzących od innej osoby. Chociaż opisane przestępstwo należy do przestępstw kierunkowych, gdzie jednym

z warunków ponoszenia odpowiedzialności jest działanie w zamiarze bezpośrednim, to trudno jednak byłoby ocenić, że wykonawca, który składa zamawiającemu oświadczenie o treści sprzecznej z rzeczywistością, czego ma świadomość, działa inaczej niż z zamiarem bezpośrednim. Przepis z art. 297 par. 1 k.k. jest ścigane z urzędu. Powyższe jest o tyle istotne, że na każdym urzędniku lub funkcjonariuszu zgodnie z art. 304 par. 2 k.p.k. spoczywa szczególny obowiązek zawiadomienia organów ścigania o popełnieniu przestępstw ściganych z urzędu. Tym samym, stwierdzając, że oferta wykonawcy podlega wykluczeniu odrzuceniu

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z wyżej wymienionych powodów, powinien jednocześnie zawiadomić organy ścigania o możliwości popełnienia przestępstwa z art. 297 par. 1 k.k. poprzez złożenie np.

nieprawdziwego lub nierzetelnego dokumentu, który mógłby mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przetargu. Mając powyższe na uwadze, podkreślił, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinni mieć świadomość, iż wszystkie składane w toku postępowania dokumenty i oświadczenia mogą zostać ocenione przez pryzmat art. 297 par. 1 k.k. Jeśli zatem wykonawca, zdając sobie sprawę z nierzetelności dokumentu, składa go w przetargu, oczekując, że nie zostanie to zauważone, to musi się liczyć z zagrożeniem karą pozbawienia wolności od trzech miesięcy do pięciu lat. Odwołujący stwierdza, że dokumenty złożone przez wykonawcę Sandvik Polska Sp. z o.o. takie jak: Załącznik nr 8-sig-sig.pdf; Załącznik nr 8a-sig-sig.pdf; Załącznik nr 8d-sig-sig.pdf; Wykaz rysunków podzespołów po modernizacji oraz schematów-sig-sig.pdf; Wzór deklaracji zgodności, certyfikatów, wykaz oprogramowania-sig-sig.pdf; co do których ma zastrzeżenia, nie dość, że poświadczają nieprawdę, to są również sfalszowane i sporządzone w takiej treści jak przedłożona, z całą pewnością pod potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Celem ingerencji w te dokumenty było stworzenie mylącego wrażenia dla Zamawiającego, iż Wykonawca jest producentem maszyny, urządzenia będącego przedmiotem niniejszego postępowania w związku

z przedstawionymi Oświadczeniami, stanowiącymi Załącznik nr 8, 8a i 8d. Okoliczności wskazujące natomiast, iż było to działanie zamierzone, wskazuje niewątpliwie fakt pierwotnego oznaczenia tych dokumentów jako niejawnie, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, przede wszystkim po to, aby inni konkurencyjni wykonawcy byli pozbawieni braku możliwości weryfikacji złożonych dokumentów. Okoliczności te mają zatem nie tylko potencjalny, ale również bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Poświadczanie nieprawdy

oraz podrobienie, przerobienie dokumentów, których złożenia Zamawiający wymagał w SWZ, przesądza o niespełnianiu warunków udziału w postępowaniu wykonawcy oraz wymagań przedmiotowych, a w konsekwencji o uznaniu, że oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji. Odwołujący stwierdza, że Wykonawca w sposób umyślny przekazał nieprawdziwe informacje, w trakcie postępowania w ramach składanych dokumentów, zgodnie z którymi wywołał łudzące wrażenie, iż jest producentem przedmiotowego kombajnu chodnikowego. W związku z powyższym, wobec dokonania wyboru oferty Wykonawcy, niewątpliwie doszło do naruszenia dyspozycji przepisów przywołanych w odwołaniu, zwłaszcza art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Posługiwanie się w postępowaniu przetargowym sfalszowanym dokumentem w celu uzyskania zamówienia niewątpliwie wskazuje

– jak wspomniano wyżej – na złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Fałszerstwo dokumentu nastąpiło, w celu uzyskania korzyści majątkowej, ponieważ zostało ono przekazane Zamawiającemu w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i miało dowodzić przyjętego przez wybranego wykonawcę sposobu realizacji zobowiązania w sposób zgodny ze stanem faktycznym. Taki czyn jest wprost sprzeczny

z przepisami prawa, w szczególności prawa karnego - przepisami art. 297 § 1 k.k., art. 270 k.k. oraz niewątpliwie dobrymi obyczajami. Wykonawca złożył oświadczenie stosownie

do wymagania postawionego przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SWZ. Pkt. C. 10. O będąc świadomym iż „... wszystkie informacje podane w niniejszej ofercie są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji”. W ocenie Odwołującego zachodzi podstawa do odrzucenia oferty Sandvik Polska Sp. z o.o., czego Zamawiający zaniechał i tym samym naruszył przywołane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. Nie może być bowiem nagradzany uzyskaniem wielomilionowego zamówienia podmiot, który dopuszcza się poświadczania nieprawdy oraz co najmniej umyślnym posługiwanym sfalszowanym dokumentem. W przeciwnym wypadku zapewnienie zasad uczciwej konkurencji na gruncie ustawy Pzp byłoby fikcją. Do odwołania załączył w szczególności: Załącznik nr 1 – oświadczenie Zamawiającego o uznaniu w całości odwołania w sprawie sygn. akt: KIO 445/23; Załącznik nr 2 – oświadczenie o odbyciu wizji lokalnej; Załącznik nr 3 - zdjęcie

z podręcznika eksploatacji w którym wskazany jest producent przedmiotu niniejszego postępowania oraz Deklaracji Zgodności przedmiotowego kombajnu; Załącznik nr 4 – „Wzór deklaracji zgodności, certyfikatów, wykaz oprogramowania-sig-sig-1, załączone przez wykonawcę Sandvik Polska Sp. z o.o.; Załącznik nr 4a - „Wykaz rysunków podzespołów

po modernizacji oraz schematów-sig-sig.pdf;” (strony 2-3,7-8, 9); Załącznik nr 5 – Kopię oryginalnej Deklaracji Zgodności kombajnu chodnikowego typu MR340X-Ex-S (pochodzącej z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Remont kombajnu chodnikowego MR 340X Ex-S dla potrzeb Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK ROW Ruc Marcel

nr sprawy 492101381); Załącznik nr 6 - wybrane rysunki podzespołów kombajnu chodnikowego typu MR340X-Ex-S (pochodzące z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Remont kombajnu chodnikowego MR 340X Ex-S dla potrzeb Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK ROW Ruch Marcel nr sprawy 492101381).

Zamawiający w dniu 16.05.2023 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej – za pośrednictwem platformy

zakupowej Zamawiającego) wezwał wraz kopia odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18.05.2023 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wykonawca: Sandvik Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, zwany dalej również „Przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: wykonawcy Sandvik Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach.

W dniu 24.05.2023 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający. W związku z podniesionymi zarzutami, Zamawiający po zapoznaniu się z treścią uzasadnienia odwołania wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą przez radcę prawnego zgodnie z normami prawem przepisany i w oparciu o Spis Kosztów, który będzie złożony na rozprawie.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie wskazał odnosząc się do zarzutu nr 1 – naruszenia art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 PZP: W granicach tego zarzutu Odwołujący podejmuje próbę kwalifikacji rzekomych nieścisłości w wybranej przez Zamawiającego ofercie Sandvik Polska Sp. z o.o. jako czynów z art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co miałoby prowadzić z kolei do zastosowania przez Zamawiającego obligatoryjnych przesłanek odrzucenia oferty. Obszerne wywody Odwołującego jednak nie wskazują w wybranej ofercie elementów, które rzeczywiście można by potraktować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wybierając ofertę kierował się ustawą Pzp i warunkami opublikowanych SWZ, i w ocenie Zamawiającego wybrana ostatecznie oferta spełniała określone w SWZ kryteria. Informacje, które kwestionuje lub interpretuje Odwołujący nie wpłynęły na wybór oferty, co sprawia, iż zarzuty o nieuczciwej konkurencji są całkowicie chybione, a co za tym idzie, nie było przesłanek do odrzucenia ww. oferty. Dalej odnosząc się do zarzutu nr 2 – naruszenia 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp wskazał, iż argumentacja Odwołującego w tym zarzucie ponownie sprowadza się jedynie do wyknięcia rzekomych nieścisłości w treści dokumentów lub sposobie ich wypełnienia przez Sandvik Polska sp. z o.o. W ocenie Zamawiającego obie złożone w postępowaniu oferty (w tym oferta Odwołującego) spełniały warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu i nie podlegały odrzuceniu. Dalej odnosząc się do zarzutu nr 3 – naruszenia 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazał: Analogicznie,

jak w przypadku pozostałych zarzutów, argumentacja Odwołującego sprowadza się jedynie do wyknięcia rzekomych nieścisłości w treści dokumentów lub sposobie ich wypełnienia przez Sandvik Polska sp. z o.o. W ocenie Zamawiającego obie złożone w postępowaniu oferty

(w tym oferta Odwołującego) spełniały warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu i nie podlegały odrzuceniu. Z uwagi na fakt, iż zarzuty Odwołującego kierowane są co do treści oferty Sandvik Polska sp. z o.o., Zamawiający nie odniósł się do zawartości treści tej oferty poza potwierdzeniem, iż zawierała niezbędne elementy określone w SWZ, których wymagał Zamawiający. Wskazał w szczególności brak rzetelnych zarzutów opartych na przepisach, które mogłyby wpływać na wynik postępowania przetargowego, które to można w niniejszym stanie faktycznym i prawnym podsumować jako nadużycie prawa, które nie zasługuje

na ochronę. Uprawnienie do wykorzystania wszystkich dostępnych środków prawnych

nie oznacza przyzwolenia na dowolną interpretację przepisów prawa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (uzyskania zamówienia). M.in. odwołanie zawiera wprost stwierdzenie,

że „dokumenty złożone przez Wykonawcę „SANDWIK POLSKA” takie jak: [...] są również sfalszowane” (podkreślenie pełnomocnika Zamawiającego) (str. 13 odwołania), co jak można się spodziewać będzie podstawą odpowiednich działań autora tak nazwanych dokumentów

ze strony SANDWIK POLSKA sp. z o.o. na drodze karnej. Stwierdzenia mające cechy pomówienia zawarte zostały w piśmie, które zawiera obszerne pouczenia innych podmiotów

o konsekwencjach karnych czynów określonych w art. 297 k.k. (str.12 odwołania). Zauważył, iż przychylenie się do wniosków Odwołującego w omawianym stanie faktycznym i prawnym stanowiłoby zarazem groźny dla stosujących zamówienia publiczne precedens. Podobny wyrok, jako część publicznie dostępnej bazy orzeczeń, stałby się niewątpliwie podstawą

do kwestionowania w przyszłości każdej oferty, która zawierać będzie jakiegokolwiek nieścisłości, czy nawet błędy pisarskie, które pomimo zgodności z warunkami SWZ danego postępowania, będą mogły być określane przez odwołujących się jako „sfalszowane”

i odrzucane jako czyny nieuczciwej konkurencji.

W dniu 25.05.2023 r. Przystępujący złożył pismo, w którym przedstawił stanowisko, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp dotyczących czynności lub zaniechań Zamawiającego w stosunku do oferty Przystępującego. Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów: oświadczenia/Letter of confirmation z dnia 22.05.2023 r. wraz z odpisem z rejestru – na okoliczność wykazania posiadania przez Sandvik Polska sp. z o.o. statusu producenta maszyn górniczych; sprawozdania z audytu zgodności z IEC OD 203 z dnia 20.04.2020 r. – na okoliczność wykazania spełnienia przez Sandvik Polska sp. z o.o. norm i wymagań przewidzianych w operacie IECEx OD 203 dla Lokalnej Montowni; umowy zgodnej z IEC OD 203 wraz odpisem pełnym z KRS Sandvik Polska Sp. z o.o. – na okoliczność wykazania współpracy pomiędzy Sandvik Mining and Construction G.m.b.H. a Sandvik Polska Sp. z o.o., zgodnej z operatem IECEx OD 203; opinii sporządzonej przez prof. dr hab. inż. A. K. oraz dr inż. P. G. z Akademii Górniczo Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie z maja 2023 r. – na okoliczność wykazania posiadania przez Sandvik Polska sp. z o.o. statusu producenta maszyn górniczych; operatu IECEx OD 203 (wydanie 1.0 2014-04) - na okoliczność wykazania zasad współpracy podmiotów będących „Producentem” i „Lokalną Montownią” maszyn; Deklaracji zgodności WE z dnia 17.12.2019 r. oraz Deklaracji zgodności WE z dnia 11.02.2020 r. – na okoliczność wykazania że Sandvik Polska sp. z o.o. jest traktowany jako producent kombajnów chodnikowych i jako taki wystawia Deklarację zgodności WE. W uzasadnieniu wskazał, iż jakkolwiek Odwołujący wskazał dość rozbudowany stan prawny zarzutów, to u ich podstaw stoją tak naprawdę dwie okoliczności faktyczne: Sandvik Polska sp. z o. o. nie jest producentem kombajnu chodnikowego AM75 Ex nr fabr. 171, którego remont i modernizacja jest przedmiotem zamówienia; brak określonych informacji i przerobienie dokumentów, których Zamawiający żądał jako przedmiotowe środki dowodowe. Odwołujący wywiódł konieczność odrzucenia oferty Przystępującego ze wskazania w dokumentach złożonych wraz z ofertą, iż Przystępującemu przysługuje status producenta kombajnu chodnikowego AM 75Ex nr fabr. 171 (dalej jako: „kombajn chodnikowy”). Przy czym zgodnie z SWZ nie tylko producent kombajnu górniczego mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia (vide 3.1.1.4.2 SWZ). Odwołujący nie wskazał co rozumiał pod pojęciem „producenta”, ani konkretnego postanowienia SWZ, czy też aktu prawnego, który definiował to pojęcie. Zarzut Odwołania w tym zakresie opierał się na wybiórczym przytoczeniu fragmentów dwóch dokumentów, to jest Podręcznika eksploatacji kombajnu chodnikowego, posiadanego przez Zamawiającego oraz Umowy zgodnej z IEC OD 203, złożonej wraz z ofertą przez Przystępującego. Uzasadnienie Odwołania pomija rzeczywisty charakter działalności Przystępującego i status prawny jego relacji ze spółką Sandvik Mining and Construction G.m.b.H. z siedzibą w Zeltweg (Austria), a także to, że nawet w sytuacji uznania, iż Przystępujący nie jest producentem (czemu przeczy), to nie pozbawia go możliwości zrealizowania zamówienia w sposób należyty i zgodny z SWZ, ani nie uniemożliwia wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Innymi słowy okoliczność ta nie ma znaczenia dla wyniku postępowania. Zasadność kwalifikacji Sandvik Polska sp. z o.o. jako producenta kombajnu chodnikowego potwierdzają: oświadczenie/Letter of confirmation z dnia 22.05.2023 r. wraz z odpisem z rejestru; sprawozdanie z audytu zgodności z IEC OD 203 z dnia 20.04.2020 r.; umowa zgodna z IEC OD 203 wraz odpisem pełnym z KRS Sandvik Polska sp. z o.o.; opinia sporządzona przez prof. dr hab. inż. Antoniego Kalukiewicza oraz dr inż. Piotra Gospodarczyka z Akademii Górniczo Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie z maja 2023 r.; operat IECEx OD 203 (wydanie 1.0 2014-04); Deklaracja zgodności WE z dnia 17.12.2019 r. oraz Deklaracja zgodności WE z dnia 11.02.2020 r. W Oświadczeniu / Letter of confirmation z dnia 22.05.2023 r. wskazano m. in., iż: „Sandvik Mining and Construction G.m.b.H., Zeltweg Austria – jako wytwórca (zakład produkcyjny) kombajnów chodnikowych, maszyn typu „bolter miners” oraz „continuous miners”, jak również innych nie wymienionych tutaj produktów stanowiących wyposażenie dla górnictwa, oświadcza, iż Sandvik Polska Sp. z o.o., Tychy/Polska, która jako spółka zależna/spółka córka została powołana do wykonywania czynności, o których mowa w niniejszym oświadczeniu, w szczególności: sprzedaży i wprowadzania do obrotu produktów, serwisu gwarancyjnego, serwisu pogwarancyjnego, sprzedaży oryginalnych części zamiennych i oprogramowania, wykonywania remontów, w tym także modernizacji podzespołów oraz całych maszyn produkcji Sandvik Mining and Construction G.m.b.H., Zeltweg Austria. Sandvik Mining and Construction G.m.b.H. Zeltweg/Austria stwierdza, że Sandvik Polska Sp. z o.o., Tychy/Polska prowadzi w/w usługi w oparciu o wieloletnie doświadczenie zdobyte w całej grupie Sandvik Mining and Construction, jak również w oparciu o dokumentację techniczną, technologiczną i konstrukcyjną Sandvik Mining and Construction G.m.b.H., Zeltweg/Austria, zgodnie z instrukcją obsługi, użytkowania i katalogiem części zamiennych oraz oryginalne części zamienne i podzespoły, co gwarantuje właściwą jakość i dotrzymanie warunków określonych w dyrektywach WE oraz obowiązujących przepisach,

w tym także Deklaracjach Zgodności CE. W tym zakresie Sandvik Mining and Construction G.m.b.H., Zeltweg/Austria oświadcza,

iż Sandvik Polska Sp. z o.o. wykonuje wszelkie czynności do przeprowadzenia odbioru maszyn zgodnie z dokumentacją techniczną i technologiczną wymaganą przez obowiązujące przepisy i normy. Sandvik Mining and Construction G.m.b.H. Zeltweg/Austria oświadcza,

iż Sandvik Polska Sp. z o.o. Tychy/Polska jest producentem w rozumieniu obowiązującego prawa, w szczególności w rozumieniu następujących przepisów: art. 5 ust. 20 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności; art. 3 ust. 2 a ustawy z dnia 12 grudnia

2003 r. ogólnym bezpieczeństwie produktów; art. 3 ust. 1 Dyrektywy Rady z dnia 25 lipca

1985 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących odpowiedzialności za produkty wadliwe 85/374/EWG;

Normy IECEx 203 – wytycznych do stosowania pojęcia „producent” w powiązaniu z „agentem handlowym” i „lokalną montownią”. Powyższe oświadczenie zostało podpisane przez właściwie umocowane osoby uprawnione do reprezentacji Sandvik Mining and Construction G.m.b.H. Z powyższego wynika, że wolą głównej spółki grupy kapitałowej Sandvik było potwierdzenie statusu polskiej spółki jako zakładu produkcyjnego uprawnionego

do wprowadzania do obrotu wyprodukowanych urządzeń, jak również do serwisu gwarancyjnego — w tym uznawania roszczeń gwarancyjnych, serwisu pogwarancyjnego, sprzedaży oryginalnych części zamiennych i oprogramowania, wykonywania remontów. Oświadczenie to przeczy twierdzeniom Odwołującego, iż Przystępujący bezpodstawnie przypisał sobie status producenta urządzeń na potrzeby postępowania prowadzonego przez Tauron Wydobycie S.A. Określenie Przystępującego jako producenta w złożonej ofercie

było oparte na wydanych oświadczeniach nadrzędnej spółki austriackiej, wyraźnie przyznających taki status spółce polskiej. Nadanie tego statusu, jak opisany wyżej, było efektem przyjęcia na siebie przez Sandvik Polska sp. z o. o. obowiązku przestrzegania norm jakości i narzucenia odpowiedzialności za dochowanie należytej staranności w procesie produkcji urządzeń Sandvik. Sandvik jest globalną grupą inżynierską dostarczającą rozwiązania dla przemysłu wytwórczego, wydobywczego i infrastrukturalnego. W 2021 roku grupa zatrudniała około 39 000 pracowników i prowadziła sprzedaż w ponad 150 krajach.

W ramach działalności produkcyjnej w branży górniczej i budowlanej Sandvik produkuje sprzęt i urządzenia pozwalające na wiercenie w skale, urabianie skał, kruszenie, przesiew, załadunek i transport, kopanie tuneli, wydobycie skał, rozbijanie i wyburzanie. Międzynarodowa działalność i znaczna skala produkcji powoduje, że Sandvik posiada wiele zakładów produkcyjnych tworzących jedną strukturę organizacyjną. Działalność Grupy Sandvik

na terytorium Polski prowadzona jest za pośrednictwem Sandvik Polska sp. z o.o. Spółka ta posiada dwa oddziały: Sandvik Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział Produkcyjny Coromant w Katowicach oraz Sandvik Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sandvik Mining And Rock Solutions Oddział w Tychach. Działalność

w branży inżynierskiej o profilu przyjętym przez spółki z grupy Sandvik obliuguje je do spełniania szeregu różnorodnych norm odnoszących się do jakości produkcji. Do tego rodzaju norm należą normy wydawane przez IEC (Międzynarodową Komisję Elektrotechniczną - ang. International Electrotechnical Commission - skrót: IEC) do których odnosi się Odwołujący przywołując Umowę zgodną z IEC OD 203. IEC jest wiodącą światową organizacją zajmującą się opracowywaniem i publikacją międzynarodowych norm w zakresie wszystkich technologii elektrycznych, elektronicznych i pokrewnych. Spełnienie przez wyrób ogólnosiwiatowych wymagań norm IEC opracowanych przez Międzynarodową Komisję Elektrotechniczną zapewnia jego akceptację w globalnym obrocie handlowym. IEC wprowadziło m. in. ogólnosiwiatowy system IECEx powstały w celu ułatwienia międzynarodowego handlu sprzętem i usługami do użytku w atmosferach wybuchowych (urządzenia/wyroby Ex),

przy zachowaniu wymaganego poziomu bezpieczeństwa. Urządzenia Ex są przeznaczone

do pracy w atmosferach wybuchowych, czyli w obszarach/strefach, w których mogą występować łatwopalne ciecze, pary, gazy lub pyły w ilościach wystarczających

do spowodowania pożaru lub wybuchu. Wymagania tych norm wiążą również produkowany przez Sandvik sprzęt stosowany w górnictwie. Szczegółową regulacją przyjętą przez IEC jest Operat OD 203 – jako część składowa IECEx przedstawia wytyczne dotyczące stosowania przyjętej definicji pojęcia „producent” w powiązaniu z „lokalnym agentem” i „lokalną montownią”. W rozdz. II Operat określa korzystanie z usług Lokalnych Montowni przy końcowym montażu i wysyłce produktów wykonanych z jednoznacznie określonych podzespołów dostarczanych przez producenta. Jak wskazano w pkt 2.1. Celem tego Operatu jest zapewnienie spójnego mechanizmu, za pomocą którego można zastosować normalną praktykę przemysłową do końcowego montażu niektórych urządzeń w wersji przeciwybuchowej. Z kolei zgodnie z pkt 2.2 „W prostych przypadkach, gdy producent pozostaje wyłącznie odpowiedzialny za projekt różnych urządzeń wykonywanych

z komponentów i podzespołów będących całkowicie pod jego kontrolą, fizyczny końcowy montaż produktów finalnych

jest często wykonywany w zamiejscowych zakładach producenta lub przez jego agenta". W pkt 2.3 Operatu OD 203 zawiera opis procedury służącej zapewnieniu stosowania przez Lokalną Montownię tych samych standardów jakościowych, które odnoszą się do Producenta. Zakład produkcyjny uzyskujący status Lokalnej Montowni (Local Assembler) zobowiązany jest do spełnienia wymagań gwarantujących właściwą jakość wytwarzanych urządzeń. Celem jest zapewnienie jakości produkcji tożsamej względem zakładu głównego Producenta (Producenta Oryginalnego Wyposażenia, ang. Original Equipment Manufacturer - skrót: OEM). Lokalna Montownia ponosi odpowiedzialność za jakość produkcji i poddawana jest kontroli w zakresie zgodności produktu końcowego z właściwymi wymaganiami. Do Lokalnej Montowni odnoszą się te same normy jakości w porównaniu do zakładu Producenta. Lokalna Montownia ma zatem charakter zamiejscowego zakładu produkcyjnego, o którym wspomina pkt 2.2. Operatu OD 203. Prawne zobowiązanie Lokalnej Montowni do prowadzenia działalności zgodnie z właściwymi przepisami, w tym do zachowania odpowiednich standardów jakościowych procesu produkcji znalazło wyraz w umowie zawartej między Sandvik Mining and Construction G.m.b.H., jako Producentem (OEM) a Sandvik Polska sp. z o.o. Oddział Mining and Rock Technology, jako Local Assembler, co przetłumaczono z języka angielskiego jako Lokalny Instalator. Niewątpliwie jest to pojęcie tożsame względem Lokalnej Montowni z Operatu OD 203.

W kontekście treści Operatu OD 203, zawierana umowa świadczy o tym, że zakład produkcyjny położony w innej miejscowości niż główny zakład przyjmuje na siebie zobowiązania służące zagwarantowaniu prowadzenia produkcji na warunkach wiążących zakład główny. Wyżej wymieniona Umowa została zawarta pomiędzy Producentem (OEM) i Instalatorem (LA) i ma na celu zapewnienie, że Instalator Lokalny akceptuje wszystkie wymienione obowiązki dotyczące produktu końcowego w ramach procedury. W zawartej umowie w brzmieniu w języku angielskim jest również postanowienie o treści: LA (workshop / assembly / employees) are part of the original manufacturer's (OEM) reference to EU / EC regulations. Fragment ten przetłumaczono jako: Zgodnie z przepisami UE/WE zakres LA (warsztatowy/montażowy/pracowniczy) dotyczy kodów referencyjnych producenta części oryginalnych (OEM). Wskazuje to na jednolite stosowanie przepisów unijnych do Producenta, jak i Montowni Lokalnych. Należy w tym miejscu wyjaśnić, że nazwa Oddziału Sandvik Polska sp. z o.o. - Mining and Rock Technology, który jest stroną powyższej umowy, została zmieniona na Sandvik Mining and Rock Solutions Oddział w Tychach w drodze zmiany wpisu w KRS z dnia 22.01.2021 r. Realizacja obowiązków nałożonych w operacie IEC OD 203

na Lokalną Montownię podlega audytowi niezależnej jednostki. Audyt obejmuje weryfikację zasad współpracy między Producentem Oryginalnego Wyposażenia (OEM) a Lokalną Montownią (LA). W odniesieniu do spółek Sandvik Mining and Construction G.m.b.H. i Sandvik Polska sp. z o.o. Oddział Mining and Rock Technology w Tychach (obecnie: Sandvik Mining and Rock Solutions Oddział w Tychach) stosowny audyt przeprowadzony został w roku 2020, a sprawozdanie z niego zostało sporządzone 20.04.2020 r. Audytorem była jednostka certyfikująca IECEx akredytowana przez Komitet Zarządzający IECEx - Dekra/Exam GmbH, Notified Body no. 0158. W rozdziale 2 ww. Sprawozdania z audytu ocenione została realizacja wszelkich zasad proceduralnych odnoszących się do współpracy pomiędzy Sandvik Mining and Construction G.m.b.H. i Sandvik Polska sp. z o.o. Jak wynika z treści Sprawozdania

z audytu, wszystkie podlegające kontroli wymagania zostały zrealizowane. Nie ulega zatem wątpliwości, że wymagania przewidziane w Operacie IEC OD 203 względem Lokalnej Montowni zostały w pełni spełnione przez Przystępującego. Z powyższego wynika, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że nomenklatura przyjęta w Operacie IEC OD 203 i w zawartej na jego podstawie Umowie, nie świadczy o intencji przeciwstawienia sobie ról Producenta

i Lokalnej Montowni, ale o nadaniu Lokalnej Montowni uprawnień i odpowiedzialności Producenta w zakresie działalności produkcyjnej. Przyjęte regulacje służą zapewnieniu zachowania przez zakłady odrębne od zakładu głównego Producenta jednolitych norm jakościowych gwarantujących zachowanie należytego poziomu procesu produkcji. Kwestia identyfikacji podmiotu będącego producentem maszyn górniczych Sandvik była przedmiotem opinii biegłych: prof. dr hab. inż. A. K., dr inż. Piotra Gospodarczyka

- Katedra Inżynierii Maszyn i Transportu Akademii Górniczo Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie z maja 2023 r. Podstawą opracowania opinii było zlecenie firmy Sandvik Polska Sp. z o.o. Autorzy opinii odpowiadali na następującą kwestię: „Firma Sandvik Polska Sp. z o.o. w procesie produkcyjnym / remontowym uczestniczy w myśl systemu IECEx OD 203 jako „lokalna montownia” producenta kombajnu OEM tj. Sandvik Mining and Construction G.m.b.H., z siedzibą w Zeltweg w Austrii. W związku z taką sytuacją pojawiają się wątpliwości, kto jest faktycznie producentem maszyny i kto powinien taką deklarację zgodności wystawić oraz jakie dane powinna zawierać prawidłowo wystawiona deklaracja WE?” Do przeprowadzenia analizy będącej przedmiotem opinii przedstawiono przykładowe deklaracje wystawione po przeprowadzonych remontach kapitalnych wraz z modernizacją kombajnów chodnikowych MR340X-Ex-S/178, oraz MR 340X-Ex-S/150. W sporządzonej opinii biegli przeanalizowali wymagania prawne stawiane Deklaracji zgodności WE i porównali je z treścią deklaracji

dla kombajnów chodnikowych MR340X-Ex-S/178, oraz MR340X-Ex-S/150. W pkt „Ad. 1” opinii autorzy stwierdzili w

powyższej kwestii: „Każda z Deklaracji została przekazana na druku firmowym z Logo Producenta, a na tym druku w stopce podane zostały wymagane dane, takie jak, pełna nazwa i pełny adres Producenta maszyny, a mianowicie Sandvik Mining and Construction G.m.b.H. z siedzibą w Zeltweg, Austria. Dodatkowo podane zostały analogiczne dane dotyczące firmy będącej lokalnym — na terenie Polski, monterem lub wytwórcą, tj. firmy Sandvik Polska Sp z o. o., Sandvik Mining and Rock Technology z siedzibą w Tychach [aktualnie: Sandvik Polska Sp. z o.o., Sandvik Mining and Rock Solutions Oddział w Tychach]. Następnie stwierdzono w opinii: „Identyfikacja producenta, odpowiedzialnego za wyrób ponownie wprowadzany do obrotu, nie stanowi problemu. Jest nim producent oryginalnego wyrobu (OEM), tj. Sandvik Mining and Construction G.m.b.H., z siedzibą w Zeltweg w Austrii oraz lokalny monter (LA) Sandvik Polska Sp z o. o., Sandvik Mining and Rock Technology

w Tychach - w myśl Systemu IECEx OD 203 (pełna nazwa: „System ISC certyfikacji wyposażenia zgodnie z normą dopuszczającą jego użycie w atmosferze wybuchowej (System IECEx), Wytyczne do stosowania pojęcia „producent” w powiązaniu z „agentem handlowym”

i „lokalną montownią”). Zgodnie z przedstawionym oświadczeniem Sandvik Mining

and Construction G.m.b.H. (OEM), Sandvik Polska sp. z o.o., Oddział Mining and Rock Technology w Tychach (LA) ma prawo wykonywania m.in. usług remontowych

i modernizacyjnych, zaś przedstawiciele tej firmy potwierdzają, że prace jakie wykonują spełniają wszelkie standardy w zakresie wykonawstwa, wymiany elementów na elementy oryginalne i dopuszczone do stosowania w maszynie zgodnie z dokumentacją OEM. Tym samym nowo wprowadzony wyrób spełnia wymagania wynikające z przywołanych w deklaracji zgodności, przepisów i norm. Oprócz oświadczenia producenta, pomiędzy OEM a LA zawarta jest stosowna umowa — zgodnie z wymogiem normy IECEx OD 203. W umowie tej wyraźnie wskazano, iż „LA (warsztat / montownia / pracownicy) są częścią producenta (OEM) zgodnie z regulacjami UE/WE.”, W powyższej opinii biegli nie mieli wątpliwości, że status producenta kombajnu chodnikowego należy przypisać nie tylko zakładowi głównemu prowadzonemu przez Producenta Oryginalnego Wyposażenia - OEM, tj. Sandvik Mining and Construction G.m.b.H., ale również spółce - Lokalnej Montowni w rozumieniu Operatu IEC OD 203,

tj. Sandvik Polska sp. z o.o. Sandvik Mining and Rock Solutions Oddział w Tychach. Powyższa opinia zaprzecza twierdzeniom Odwołującego utrzymującego, że Przystępujący jako podmiot o statusie Lokalnej Montowni nie stanowi części zakładu produkcyjnego Sandvik. Odwołujący bezpodstawnie umniejsza rolę Przystępującego w procesie produkcji i próbuje określić jego status jako podmiotu pełniącego rolę poboczną względem procesu produkcji. Tymczasem, jak wykazano wyżej, regulacje technicznych norm branżowych, jak i wola nadrzędnej spółki, ustalają status Sandvik Polska sp. z o.o. jako producenta urządzeń górniczych, w tym kombajnów chodnikowych. Nawiązując do wniosków wynikających z powyższej opinii należy zauważyć, że kombajn chodnikowy AM 75Ex nr fabr. 171, którego remont i modernizacja jest przedmiotem niniejszego zamówienia, był poddany remontowi w 2012 r. (na co wskazuje sam Odwołujący w odwołaniu). Remont ten był przeprowadzony w zakładzie w Tychach należącym do Sandvik Polska sp. z o.o. Przeprowadzone prace uwzględniały procedury zgodności i standardy wykonawstwa wynikające m. in. z norm IEC OD 203. Z jednoznacznych stwierdzeń zawartych w opinii wynika, że w takiej sytuacji podmiot remontujący maszynę uzyskuje przymiot jej producenta niezależnie od faktu, czy był producentem oryginalnego wyrobu.

W tych okolicznościach Sandvik Polska sp. z o.o. dysponuje uprawnieniem do twierdzenia,

że jest producentem kombajnu chodnikowego AM 75Ex nr fabr. 171. Odwołujący pominął również istotny fakt, iż Przystępujący złożył wraz z ofertą dowody posiadanego statusu producenta zawarte w dokumencie wymaganym w SWZ w pkt 3.7.2. Zamawiający wymagał

w tym punkcie, aby oferowany przedmiot zamówienia spełniał parametry techniczno-użytkowe określone w Załączniku nr 6 do Specyfikacji – Opis przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie spełnienia powyższego wymagania Wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty m. in.: (h) Zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania norm zapewnienia jakości (ISO 9001) potwierdzające, że wykonawca posiada wdrożony

i stosowany system zapewnienia jakości produkcji kombajnów chodnikowych lub wykonywania remontów i modernizacji kombajnów chodnikowych. Przystępujący złożył stosowne certyfikaty ISO, w tym certyfikat wydany przez jednostkę certyfikującą TUV SUD Management Service GmbH, która zaświadcza, że przedsiębiorstwo Sandvik Polska Sp. z o.o. Sandvik Mining and Rock Solutions Oddział w Tychach wdrożyło i stosuje system zarządzania jakością i system zarządzania środowiskowego w zakresie: Produkcja, remont, serwisowanie oraz sprzedaż maszyn do wykonywania robót górniczych pod ziemią i na powierzchni oraz załadunku

i transportu urobku. Sprzedaż części zamiennych i podzespołów. Na podstawie audytu, numer zlecenia: 73436440, potwierdza się spełnienie wymagań: DIN EN ISO 9001:2015, DIN EN ISO 14001:2015. Ponadto, Przystępujący złożył certyfikat ISO potwierdzający, że wdrożył i stosuje system zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy w zakresie: Produkcja, remont, serwisowanie oraz sprzedaż maszyn do wykonywania robót górniczych pod ziemią

i na powierzchni oraz załadunku i transportu urobku. Sprzedaż części zamiennych

i podzespołów. Na podstawie audytu, numer zlecenia: 73436437, potwierdza się spełnienie wymagań: DIN ISO 45001:2018. Jak wynika z powyższego, Przystępujący uzyskał certyfikat ISO potwierdzający wdrożenie i stosowanie systemu zarządzania jakością, systemu zarządzania środowiskowego oraz systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy

w zakresie Produkcji maszyn do wykonywania robót górniczych pod ziemią i na powierzchni oraz załadunku i transportu urobku. Nie sposób zatem podważać statusu Przystępującego jako producenta ww. maszyn i urządzeń w sytuacji, gdy jego działalność w tym zakresie potwierdzana jest certyfikatami wydanymi przez niezależny podmiot certyfikujący. Przystępujący wskazał, że w toku prowadzonej w ostatnich latach działalności dokumenty wystawiane dla produkowanych maszyn – Deklaracje zgodności WE - zawierają w swej treści pełne wskazanie zaangażowania Przystępującego jako producenta urządzeń. Dla przykładu Przystępujący przedkłada Deklarację zgodności WE z dnia 17.12.2019 r. oraz Deklarację zgodności WE z dnia 11.02.2020 r. W obydwu wskazanych Deklaracjach na dole strony wskazani są jako producenci: Sandvik Mining and Construction G.m.b.H. Zeltweg/Austria oraz Sandvik Polska Sp. z o.o. Sandvik Mining and Rock Technology, Tychy. Na końcu dokumentu widnieje sekcja podpisów podzielona na podpisy umocowanych przedstawicieli jednej i drugiej spółki. W odniesieniu do spółki polskiej zatytułowano tę sekcję: „Podpisy osób potwierdzających, że maszyna została wyprodukowana przez Sandvik Polska Sp. z o.o. zgodnie z określonymi specyfikacjami i standardami:”. Następnie widnieje sekcja podpisów umocowanych przedstawicieli Sandvik Mining and Construction G.m.b.H. Z treści tych dokumentów wynika, że Sandvik Polska Sp. z o.o., Sandvik Mining and Rock Solutions Oddział w Tychach funkcjonuje w obrocie gospodarczym jako podmiot odpowiedzialny za produkcję maszyn. Status ten został przyznany przez spółkę nadrzędną - Sandvik Mining and Construction G.m.b.H. i opiera się na zdolności technicznej i organizacyjnej Sandvik Polska Sp. z o.o. do prowadzenia działalności wytwórczej w branży maszyn górniczych.

W powyższych okolicznościach nie ma żadnych podstaw do przypisywania Przystępującemu wprowadzania Zamawiającego w błąd poprzez wskazanie, że Sandvik Polska sp. z o.o. posiada status producenta kombajnu chodnikowego AM 75Ex nr fabr. 171. Status ten został bezpośrednio przypisany Przystępującemu przez nadrzędną w strukturze grupy spółkę Sandvik Mining and Construction G.m.b.H., Zeltweg/Austria. Ponadto, taki charakter statusu Przystępującego znajduje potwierdzenie w przepisach wiążących norm branżowych IEC OD 203, jak również jest odzwierciedlony w uzyskanych normach ISO. Podane przez Przystępującego wraz z ofertą informacje były zgodne z prawdą i jednocześnie potwierdzały spełnienie warunków zamówienia. Wobec tego zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest bezzasadny i podlega oddaleniu w całości. Z daleko posuniętej ostrożności wskazał, iż postanowienia SWZ nie wprowadzają wymagania, aby wykonawca składający ofertę posiadał status producenta kombajnu chodnikowego AM 75Ex nr fabr. 171. W ramach opisu warunku zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający wskazał w pkt 3.1.1.4.2 SWZ, że uznawał ten warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca posiada uprawnienia

do wykonywania remontu i modernizacji kombajnu chodnikowego AM 75EX. Nie żądano zatem legitymowania się statusem producenta tego kombajnu. Możliwym było także bycie upoważnionym przedstawicielem producenta, czy też podmiotem autoryzowanym przez producenta. Każda z opcji umożliwiała złożenie oferty. Wobec tego, nawet w sytuacji uznania, iż Przystępujący nie jest producentem (czemu przeczymy) to nie pozbawia go to możliwości zrealizowania zamówienia w sposób należyty i zgodny z SWZ, ani nie uniemożliwia wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Innymi słowy okoliczność ta nie ma znaczenia dla wyniku postępowania bowiem nawet w sytuacji uznania, iż ww. dokumenty nie potwierdzają, iż Przystępujący jest producentem kombajnu chodnikowego to należałoby uznać że wykazują spełnianie pozostałej przesłanki z pkt 3.1.1.4.2 SWZ czyli Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Prawdliwość przedmiotowych środków dowodowych:

Zgodnie z pkt 3.7.2.a) Wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą „Wzór deklaracji zgodności WE/UE zgodny z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (dyrektywa 2006/42/WE) oraz zgodny z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 6 czerwca 2016 r. w sprawie wymagań

dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w atmosferze potencjalnie wybuchowej (dyrektywa 2014/34/UE-ATEX)”. Na etapie składania ofert, ww. Deklaracja zgodności składana była w formie wzoru, nie zaś w wersji ostatecznej, i jej rolą na tym etapie było potwierdzenie, że wykonawca sporządzi Deklarację zgodności po zakończeniu realizacji zamówienia i przygotowaniu kombajnu chodnikowego do odbioru. Właściwa Deklaracja zgodności wystawiana jest przez wykonawcę po wykonaniu usługi wyremontowania

i zmodernizowania kombajnu. Podstawą prawną do wystawienia Deklaracji, określającą również moment jej wystawienia, jest w niniejszej sprawie rozporządzenie Ministra Gospodarki w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz.U. 2008 Nr 199, poz. 1228). Zgodnie z § 6 [Obowiązki producenta] ust. 1 pkt 5 ww. rozporządzenia, przed wprowadzeniem

maszyny

do obrotu lub oddaniem do użytku producent lub jego upoważniony przedstawiciel sporządza deklarację zgodności WE, o której mowa w pkt 1 załącznika nr 3 do rozporządzenia,

i zapewnia, że została dołączona do maszyny. Wymieniony załącznik nr 3 w pkt 1.3 wymienia konieczne elementy Deklaracji zgodności. Ponadto, zakres przedmiotowy Deklaracji określa w niniejszej sprawie rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie wymagań dla urządzeń

i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w atmosferze potencjalnie wybuchowej (Dz.U. z 2016 r. poz. 817). W załączniku nr 10 do tego rozporządzenia określone są elementy treści deklaracji. Również dokumentacja przedmiotowego postępowania potwierdza,

że Deklaracja zgodności w wersji ostatecznej składana jest po wykonaniu zamówienia. Zgodnie z §2 ust. 2 pkt 17) wzoru umowy, do podstawowych obowiązków wykonawcy należy dostarczenie zamawiającemu wraz z wyremontowanym i zmodernizowanym Urządzeniem stanowiącym przedmiot Umowy następujących dokumentów, których koszt jest wliczony

w wynagrodzenie określone w § 4 ust. 1 Umowy: Dowodu dostawy, Deklarację zgodności WE/UE zgodną z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r.

w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (dyrektywa 2006/42/WE) oraz zgodną

z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 6 czerwca 2016 r. w sprawie wymagań

dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w atmosferze potencjalnie wybuchowej (dyrektywa 2014/34/UE-ATEX). Ponadto, w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu stanowiącym załącznik nr 8D do SWZ, Wykonawca oświadczył m. in., że „po dokonaniu remontu i modernizacji, będących przedmiotem niniejszego zamówienia wystawiona zostanie nowa deklaracja zgodności, świadectwo jakości, które zostaną dołączone do protokołu odbioru maszyny/ urządzenia”. Postanowienia powyższych dokumentów potwierdzają, że Deklaracja zgodności pełni odmienną rolę na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz na etapie wykonania zamówienia. Po wykonaniu usługi remontu i modernizacji maszyny, sporządzenie przez producenta Deklaracji zgodności warunkuje oddanie maszyny do użytku (ewentualnie wprowadzenie jej do obrotu). Na tym etapie producent zobligowany jest do takiego ukształtowania treści Deklaracji zgodności, która będzie uwzględniała wszystkie wymagania właściwych rozporządzeń. Z kolei na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, wymagane jest złożenie wzoru Deklaracji, który ma potwierdzać zdolność wykonawcy do wystawienia takiej Deklaracji po ewentualnym uzyskaniu zamówienia

i zakończeniu realizacji usługi. Przystępujący złożył wraz z ofertą w pliku „16. Wzór deklaracji zgodności, certyfikatów, wykaz oprogramowania” na str. 1 – 3 wzór Deklaracji zgodności WE. Odwołujący opiera zarzut na twierdzeniu, że złożony wzór nie jest identyczny ze złożoną innemu Zamawiającemu ostateczną Deklaracją zgodności dla tej samej maszyny – Sandvik Roadheader MR340X-Ex-S. Należy podkreślić, że dokument ten składany w formie wzoru nie musiał zawierać wszystkich merytorycznych informacji. Dla wykazania, że wykonawca jest zdolny do należytego sporządzenia Deklaracji zgodności wystarczyło wskazanie jakiego rodzaju informacje mają znaleźć się w jej treści, np. miejsce na wskazanie producenta maszyny, miejsce na podpis osób upoważnionych do wystawienia deklaracji w imieniu producenta. Bez znaczenia jest dokonane przez Odwołującego porównanie treści wzoru Deklaracji z rzeczywistą Deklaracją dla tej samej maszyny. Maszyna wskazana we wzorze Deklaracji nie jest przedmiotem niniejszego postępowania i służy wyłącznie za przykład/wzór. Zamawiający nie bada w toku oceny ofert złożonego wzoru Deklaracji poprzez jego porównanie z inną Deklaracją i sprawdzenie, czy dane techniczne są zgodne. Ocena wzoru Deklaracji polega niewątpliwie na sprawdzeniu, czy przewiduje on zawarcie na późniejszym etapie wszystkich elementów wymaganych przepisami rozporządzeń wskazanych przez Zamawiającego. W złożonym wzorze Deklaracji Przystępującego przewidziane jest miejsce do zamieszczenia wszystkich wymaganych prawem informacji, w tym tych danych, które kwestionuje Odwołujący. Przewidziana została konieczność wskazania numeru seryjnego maszyny, producenta (miejsce w lewym dolnym rogu), osoby posiadającej uprawnienia

do udostępnienia dokumentacji technicznej na żądanie właściwych władz oraz konieczność podpisu osób upoważnionych do wystawienia deklaracji w imieniu producenta. W odwołaniu wymieniono braki konkretnych danych technicznych dotyczących przykładowej maszyny Sandvik Roadheader MR340X-Ex-S. Jednakże, we wzorze zaznaczona została konieczność wskazania każdej z tych informacji i przewidziane zostało miejsce na jej wpisanie. Tym samym Przystępujący dowiódł, że Deklaracja w wersji ostatecznej będzie zawierała wszystkie konieczne elementy, w tym te dostrzeżone przez Odwołującego, w odniesieniu do będącego przedmiotem zamówienia kombajnu chodnikowego AM 75Ex nr fabr. 171. Wobec powyższego bezzasadny był zarzut nieuprawnionej ingerencji w treść oryginalnej Deklaracji zgodności

dla maszyny Sandvik Roadheader MR340X-Ex-S. Nie miało uzasadnienia również twierdzenie o podrobieniu czy też przerobieniu tego dokumentu. Składany wzór Deklaracji zgodności

nie miał stanowić dokładnego odwzorowania oryginalnej Deklaracji dla tej maszyny, dlatego nie jest to kryterium oceny

wzoru. Składany wzór miał charakter poglądowy i nie miały znaczenia szczegółowe dane techniczne, które zostały zamieszczone w treści wzoru jedynie w celu ukazania sposobu uzupełniania wzoru Deklaracji. Tym samym nie można mówić

o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd w jakimkolwiek zakresie. Dane techniczne zawarte we wzorze Deklaracji nie odnosiły się do maszyny będącej przedmiotem zamówienia, wobec czego nie mogły w jakikolwiek sposób wpłynąć na ocenę oferty Przystępującego. Nie sposób przypisać Przystępującemu sporządzenia w tym zakresie oferty w warunkach nieuczciwej konkurencji. Zarzucany czyn nieuczciwej konkurencji ma mieć według Odwołującego podstawę w art. 3 ust. 1 uznk, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący konkretyzuje czyn nieuczciwej konkurencji w niniejszej sprawie jako podanie przez Przystępującego nieprawdziwych informacji. W oparciu

o przytoczoną wyżej argumentację stwierdził, że nie doszło do podania przez Przystępującego w treści wzoru Deklaracji zgodności jakichkolwiek nieprawdziwych informacji. Tym bardziej Odwołujący nie wykazał, że treść tego dokumentu pozwoliła Przystępującemu na uzyskanie nieuczciwej przewagi nad konkurencją i zwiększenie szans na uzyskanie zamówienia.

W rzeczywistości, jak opisano wyżej, wzór Deklaracji zgodności nie był dotknięty żadnymi wadami i jego złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. Zarzut Odwołującego dotyczył również dokumentu „Wykaz rysunków podzespołów po modernizacji

oraz schematów” (w zakresie stron 2-3, 7-8, 9). Odwołujący wskazał, że treść tego dokumentu na podanych stronach została zmodyfikowana przez Przystępującego poprzez rzekome usunięcie części informacji. Odwołujący opierał swoje zarzuty na porównaniu dokumentów Przystępującego z Wykazem części kombajnu chodnikowego typu MR340X-Ex-S, który Odwołujący wyremontował w oparciu o zawartą umowę w ramach postępowania publicznego pn. Remont kombajnu chodnikowego MR 340X Ex-S dla potrzeb Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK ROW Ruch Marcel i sprawy 492101381. Zdaniem Odwołującego zarzut podania nieprawdziwych informacji uzasadniony jest w omawianym zakresie przez brak wskazania producenta/prawnego autora dokumentu na stronach 2 i 3, 7-9 w stopce tych stron. 10. Zarzut w powyższym zakresie jest bezpodstawny i nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający wymagał w pkt 3.7.2 SWZ złożenia wraz z ofertą dokumentów przedmiotowych takich jak: e) Rysunki podglądowe ukazujące proponowane wprowadzone zmiany w ramach modernizacji, f) Schematy elektryczne, hydrauliczne i wodne kombajnu proponowanych modernizacji. Rolą tych dokumentów było potwierdzenie, że proponowane zmiany w ramach modernizacji kombajnu odpowiadają wymaganiom określonym w opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ). Ocena tych dokumentów powinna zatem przebiegać przez pryzmat ustalenia, czy rysunki i schematy przedstawione przez Przystępującego obrazują zamierzony rezultat remontu i modernizacji oraz czy przewidziane części

i podzespoły pozwalają na należyte wykonanie usługi. W złożonym przez Przystępującego pliku „Wykaz rysunków podzespołów po modernizacji oraz schematów” przedstawiono

na stronie 2 i 3 elementy wrębiarki. Na stronie 2 przedstawiono rysunek techniczny głowicy tnącej ze wskazaniem oznaczenia modelu – R250WZ-TC50 i numeru tej części. Na stronie 3 opisano elementy uwidocznione na rysunku technicznym z uwzględnieniem numeru części

i opisem technicznym niektórych z nich. Obydwie strony opatrzone są logo Sandvik,

co wskazuje na to, że wymienione części wyprodukowane zostały przez spółki z grupy Sandvik. Z kolei na stronie 7 przedstawiono rysunek poglądowy siłownika wraz z rysunkiem technicznym i schematem oraz podaniem jego numeru. Na kolejnej stronie zawarto tabelę

z opisem poszczególnych elementów siłownika wraz z numerem części i opisem technicznym niektórych z nich. Na stronie 9 przedstawiono obrotnicę hydrauliczną wraz z rysunkiem poglądowym i numerem. Zawarto również tabelę z opisem poszczególnych części obrotnicy

i ich numerem oraz opisem technicznym niektórych z nich. Powyższe strony zawierają również logo Sandvik. Z powyższego wynika, że dokumenty zawarte na stronach 2, 3, 7-9 pliku „Wykaz rysunków podzespołów po modernizacji oraz schematów” pozwalają na identyfikację części, które Przystępujący zamierza wykorzystać do remontu i modernizacji kombajnu. Wobec tego Zamawiający miał możliwość identyfikacji części i weryfikacji ich parametrów. Brak wskazania szczegółowych danych konkretnej spółki będącej producentem części nie uniemożliwiał oceny specyfikacji technicznej poszczególnych części, ponieważ niezbędne parametry zostały podane przez Przystępującego. W konsekwencji, powyższe dokumenty przedmiotowe zostały sporządzone poprawnie, zgodnie z przepisami i w sposób umożliwiający ocenę zgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący przedstawił w załączniku nr 6

do odwołania schematy i opisy trzech części – głowicy, siłownika i obrotnicy hydraulicznej, zaczerpnięte z dokumentacji innego postępowania. Dokumenty te mają taką samą strukturę, jak te złożone przez Przystępującego. Mają takie same rysunki i schematy oraz podobny zakres danych podanych w opisie części. Dokumenty te mają w stopce każdej strony wskazanie nazwy spółki - Sandvik Mining and Construction G.m.b.H. wraz z adresem. Odwołujący utrzymuje, że

niepodanie nazwy spółki przez Przystępującego stanowi wadę złożonych dokumentów i świadczy o ingerencji w dokument i wprowadzeniu Zamawiającego w błąd. Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, że Przystępujący nie ma obowiązku złożenia dokumentu o treści i formie identycznej jak dokument złożony w innym postępowaniu. Przystępujący złożył „Wykaz rysunków podzespołów po modernizacji oraz schematów” o treści pozwalającej na stwierdzenie przez Zamawiającego zgodności oferty z SWZ. Treść dokumentu ustalana jest przez każdego wykonawcę samodzielnie i odrębnie w odniesieniu

do poszczególnych postępowań. Przedstawiony dokument zawiera wszystkie informacje merytoryczne w celu oceny oferty w świetle postanowień załącznika nr 6 do SWZ – Opisu przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny dokumentów przedmiotowych

są postanowienia SWZ w danym postępowaniu, nie zaś nieznane Przystępującemu dokumenty składane przez innych wykonawców w odrębnych przetargach. Jedyną wadą „Wykazu rysunków podzespołów po modernizacji oraz schematów” na którą wskazuje Odwołujący jest brak podania w stopce dokumentu nazwy spółki będącej producentem części. Okoliczność ta nie wpływa jednak w żaden sposób na merytoryczną wartość dokumentu i jego ocenę w świetle postanowień SWZ. Odwołujący nie zakwestionował przy tym w żadnym miejscu merytorycznej zawartości rysunków, schematów i opisów podanych przez Przystępującego. Dokument ten jest zatem poprawny i może stanowić podstawę oceny zgodności oferty Przystępującego z SWZ. Złożenie tego dokumentu w przyjętym kształcie nie stanowi zatem czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 uznk. Przesłanki zastosowania tego przepisu w kontekście odrzucenia oferty wyjaśniono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2022 r., o sygn. akt: KIO 1350/22, w którym Izba wyjaśniła,

że „ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając w tym zakresie

do u.z.n.k. W art. 3 ust. 1 tej u.z.n.k. zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustęp 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 roku, sygn. akt: I CKN 904/97). W takiej sytuacji, aby określone działanie mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. tj., że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami

oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (Zamawiającego

– przyp. autor). Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 u.z.n.k. albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 u.z.n.k.". W odniesieniu do oferty Przystępującego nie sposób przyjąć, by ukształtowanie treści Wykazu rysunków podzespołów po modernizacji oraz schematów stanowiło działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i zagrażało lub naruszało interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący nie wskazał również, aby jakkolwiek informacja zawarta w tym dokumencie stanowiła informację nieprawdziwą. Odwołujący ograniczył się do formułowania zarzutu o „ingerencji w treść dokumentu”,

co jak wskazano wyżej nie miało miejsca. Niezależnie od powyższego Przystępujący wskazuje, że w niniejszym postępowaniu zarzut posługiwania się nieprawdziwymi informacjami był niedopuszczalny z uwagi na odstąpienie przez Zamawiającego od ustalenia w postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Zgodnie z pierwszym z tych przepisów, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych; zgodnie z pkt 10,

z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który

w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd,

co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2021 r., sygn. akt: KIO 1804/21 „(...) przesłanki wykluczenia wykonawcy wynikające z art. 109 ust. 1 PrZamPubl są fakultatywnymi przesłankami wykluczenia. Na powyższe wskazuje użyty przez ustawodawcę zwrot „może”. Obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia pojawia się wyłącznie wtedy, gdy zamawiający

w danym postępowaniu zdecyduje się na ich wprowadzenie.(...) W treści dokumentów zamówienia próżno szukać

wzmianki o przesłance wykluczenia z postępowania z art. 109

ust. 1 pkt 8 PrZamPubl.(...) Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że Zamawiający

nie miał prawa w tym postępowaniu badać spełniania przez Przystępującego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl. W tej sytuacji okoliczność, czy Przystępujący złożył prawdziwe czy fałszywe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu okazało się być pozbawione jakiejkolwiek doniosłości prawnej. Zatem, oświadczenie Przystępującego o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie mogło mieć jakiegokolwiek wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego, gdyż dotyczyło niezastrzeżonej w tym postępowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia, której Zamawiający nie miał prawa badać". W przytoczonym wyroku Izba wyraźnie podkreśliła, że niewprowadzenie w postępowaniu fakultatywnej przesłanki wykluczenia z powodu nieprawdziwych informacji powoduje niedopuszczalność oceny wykonawcy w tej kwestii. Nawet w razie podejrzenia złożenia fałszywego dokumentu, ocena tego dokumentu w tym aspekcie nie może zostać przeprowadzona i nie może wpływać na decyzje zamawiającego. Wynika to z bezwzględneho ustawowego zakazu badania niezastrzeżonych w postępowaniu fakultatywnych podstaw wykluczenia. Wobec tego, w ocenie Przystępującego, niezależnie od wykazania braku merytorycznych podstaw zarzutu nieprawdziwych informacji, zarzut ten nie podlega rozpoznaniu przez Izbę ze względu na brak podstawy do oceny przesłanki wykluczenia. W ocenie Przystępującego w sytuacji braku zastrzeżenia przesłanek

z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, zamawiający nie może zastępować tych przesłanek posiłkując się podstawą do odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przesłanki dotyczące nieprawdziwych informacji zostały w sposób autonomiczny i zupełny opisane

w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Decyzja zamawiającego o odstąpieniu od zastrzeżenia tych przesłanek powoduje brak prawnej możliwości badania oferty i dokumentów wykonawcy przez przyzmat nieprawdziwych informacji na jakiejkolwiek podstawie. Na marginesie Przystępujący zauważył, że Konsorcjum Minostar S.A formułując zarzuty względem treści wzoru Deklaracji zgodności oraz rysunków poglądowych Przystępującego nie dostrzega, że w swojej ofercie przedstawiło dokumenty zawierające te same braki, które zarzuca Przystępującemu, co implikuje brak interesu w podnoszeniu tych zarzutów. Odwołujący złożył wraz z ofertą plik „7 - Wzór Deklaracji WE UE”, w której wskazał maszynę - Kombajn chodnikowy AM 75Ex. Odwołujący nie wskazał konkretnych danych w postaci: numeru fabrycznego, numeru seryjnego maszyny, roku produkcji, nie podał producenta maszyny, co wyraźnie zarzucał Przystępującemu. Ponadto, nie podano nazwiska osoby upoważnionej do przygotowania dokumentacji technicznej, jednostki notyfikacyjnej, nazwisk osób upoważnionych do sporządzenia deklaracji. Ponadto, Odwołujący złożył plik „13 - Rysunki poglądowe proponowanych zmian w ramach modernizacji”. W dokumencie tym Odwołujący prezentuje na 13 stronach rysunki poglądowe, bądź zdjęcia i opisy części objętych przedmiotem zamówienia. Przystępujący zauważył, że tylko w odniesieniu do dwóch części wskazany został producent. W pozostałych przypadkach Odwołujący nie podał producenta, mimo że zarzucał taki brak Przystępującemu. Tego rodzaju postępowanie Odwołującego wskazuje, że zarzuty stawiane Przystępującemu są merytorycznie nieuzasadnione i stanowią jedynie próbę podważenia jego oferty w celu unieważnienia postępowania. Co również jest istotne, Przystępujący zauważył, że część rysunków poglądowych zawartych w ww. pliku stanowiła kopię rysunków należących do Przystępującego i uzyskanych przez Odwołującego drogą nieodpowiadającą przepisom prawa. Kwestia ta dotyczy szerszego problemu relacji między spółką Minostar sp. z o.o. a Sandvik Polska sp. z o.o. Spółka Minostar Sp. z o.o. została założona przez osoby zatrudnione wcześniej w Sandvik Polska sp. z o.o., które zdecydowały o podjęciu własnej działalności o charakterze konkurencyjnym wobec Przystępującego. W przeszłości Sandvik Polska sp. z o.o. wszczęła postępowanie sądowe przeciwko Minostar sp. z o.o. związane z ochroną praw własności intelektualnej Sandvik Polska sp. z o.o. naruszanych – w ocenie spółki – przez Minostar Sp. z o.o. poprzez bezprawne korzystanie z dokumentacji technicznej autorstwa Sandvik Polska Sp. z o.o.

bez jej zgody. W odróżnieniu od Minostar Sp. z o.o., Sandvik Polska Sp. z o.o. jest podmiotem o wieloletniej historii i bogatym doświadczeniu, uwzględniającym również współpracę

z zamawiającym Tauron Wydobyć S.A. Sandvik Polska Sp. z o.o. uczestniczyła

w dostarczeniu kombajnu chodnikowego AM 75Ex nr fabr. 171 dla TAURON Wydobyć S.A. - ZG Janina w roku 2006. W roku 2012 to w zakładzie w Tychach nastąpił remont

i modernizacja maszyny. Wniesione w niniejszej sprawie odwołanie stanowi wyraz prowadzenia działalności konkurencyjnej w oparciu o działania wątpliwe z punktu widzenia zasad współzycia społecznego i dobrych obyczajów. Zatem czynu nieuczciwej konkurencji należałoby się raczej doszukiwać w działaniu Odwołującego i treści wniesionego odwołania. Podsumowując, zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk

w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie zarówno

w zakresie treści wzoru Deklaracji zgodności WE, jak i Wykazu rysunków podzespołów

po modernizacji oraz schematów (w zakresie stron 2-3, 7-8, 9). W treści odwołania Odwołujący

w sposób zupełnie nieuzasadniony zarzuca również dopuszczenie się przez osoby działające w imieniu Sandvik Polska sp. z o.o. przestępstw określonych w Kodeksie karnym, dotyczących rzekomego podrobienia dokumentów, poświadczenia nieprawdy w celu uzyskania zamówienia. Jak wykazano wyżej wszelkie zarzuty dotyczące nieprawdziwych informacji okazały się bezzasadne, zatem tym bardziej bezpodstawne jest sugerowanie dopuszczenia się przestępstw przez pracowników Sandvik Polska sp. z o.o. Przystępujący zakwestionował wszelkie zarzuty w tej kwestii niezależnie od faktu, że poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej jest ocena popełnienia przestępstw przez jakiegokolwiek osoby. Zamieszczenie w odwołaniu do Izby tego rodzaju zarzutów świadczy o zupełnym braku argumentów merytorycznych opierających się na przepisach ustawy Pzp i podjęciu próby jakiegokolwiek podważenia oferty Przystępującego.

W dniu 25.05.2023 r. podczas rozprawy Odwołujący złożył dowody na potwierdzenie twierdzeń zawartych w odwołaniu: pismo Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 24.04.2020 r., znak: GEM.021.12.2020, Wzór Deklaracji zgodności WE złożony przez Sandvik Polska Sp. z o.o. Oddział Mining and Rock Technology w postępowaniu pn. „Modernizacja kombajnów chodnikowych dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Ruda Ruch Halemba z podziałem na zadania: 1) zadanie nr 1 – Modernizacja wysokowydajnego kombajnu chodnikowego typu AM-75-EX-S” nr ref. 441902254/01, Przewodnik dotyczący stosowania dyrektywy 2006/42/WE w sprawie maszyn, wydruk z treścią art. 5, 6 i 7 Dz. Urz. UE 9.6.2006, L. 157/29, Opinię 1/05/23 pozaprocesową z zakresu kryminalistycznej ekspertyzy dokumentów.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron i Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, jak również dowody złożone jako załączniki do odwołania, pisma uczestnika postępowania – Przystępującego, jak również pozostałe dokumenty złożone w dniu 25.05.2023 r. na rozprawie przez Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, tj. odwołania, odpowiedzi na odwołanie i pisma uczestnika postępowania - Przystępującego oraz stanowiska i oświadczenia stron, Przystępującego, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1)art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: uznk) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sandvik Polska Sp. z o.o. jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk ze względu na dopuszczenie się sprzecznego z dobrymi obyczajami i naruszającej interesy innych wykonawców podania nieprawdziwych informacji w zakresie przedstawionym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania (tj. w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz wymagań przedmiotowych), a w konsekwencji naruszenie art. 239 ustawy Pzp przez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza w postępowaniu;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sandvik Polska Sp. z o.o. jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie ich za pomocą podmiotowych środków dowodowych;
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sandvik Polska Sp. z o.o. jako niezgodnej z warunkami zamówienia z uwagi na niewykazanie spełnienia tzw. warunków przedmiotowych za pomocą przedmiotowych środków dowodowych.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Spór dotyczył tego, czy oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona z powodu złożenia jej w warunkach

czynu nieuczciwej konkurencji, a także z tego powodu,

że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i warunków zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Sandvik Polska Sp. z o.o. w ofercie poświadczyła nieprawdę

i wprowadziła w błąd Zamawiającego oświadczając, że jest producentem kombajnu chodnikowego AM 75 Ex nr fabr. 171, którego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy (w załącznikach nr 8, 8A i 8D do oferty), dalej „kombajnu chodnikowego”, gdy tymczasem producentem tego kombajnu jest jak wynika z podręcznika eksploatacji kombajnu chodnikowego, Umowy zgodnej z IEC OD 203 - Sandvik Mining and Construction G.m.b.H, z siedzibą w Zeltweg (Austria), a przedstawicielem producenta – obecnie po zmianie nazwy przedstawicielstwa w Polsce Sandvik Polska Sp. z o.o.

Zdaniem Zamawiającego i Przystępującego producentem kombajnu chodnikowego

jest Odwołujący chociażby jako Lokalna Montownia, posiadająca uprawnienia

i odpowiedzialność producenta w zakresie działalności produkcyjnej i stanowiąca część zakładu produkcyjnego Sandvik, a w 2012 r. kombajn chodnikowy był poddany remontowi wykonanemu przez Przystępującego, na co wskazał w odwołaniu sam Odwołujący.

Ponadto sporne było, czy Przystępujący złożył w ofercie wymagane dokumenty

na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu i warunków zamówienia, to jest Załącznik nr 8-sig-sig.pdf; Załącznik nr 8a-sig-sig.pdf; Załącznik nr 8d-sig-sig.pdf, Wykaz rysunków podzespołów po modernizacji oraz schematów-sig-sig.pdf; Wzór deklaracji zgodności, certyfikatów, wykaz oprogramowania-sig-sig.pdf. Sporne było, czy wzór deklaracji zgodności w ofercie Przystępującego to wymagany w SWZ wzór deklaracji zgodności, czy też jest to oryginał deklaracji zgodności nieuprawnienie przerobiony, podrobiony, sfałszowany,

a także czy zawiera wszystkie wymagane elementy na podstawie odpowiednich przepisów prawa obowiązującego.

Zdaniem Odwołującego do oferty Przystępującego nie załączono wzoru deklaracji zgodności spełniającego wymagania określone w SWZ, a dokument nieuprawnienie przerobiony, podrobiony, sfałszowany. Dokument złożony do oferty Przystępujący winien w opinii Odwołującego opisać co najmniej jako „ZA ZGODNOŚĆ Z ORYGINALEM”, lub też „KOPI. Podobnie nie załączono wymaganego, bowiem bez podpisu autora, Wykazu rysunków podzespołów po modernizacji oraz schematów.

Zdaniem Zamawiającego i Przystępującego załączono wzór deklaracji zgodności i Wykaz rysunków podzespołów po modernizacji oraz schematów spełniające wymagania określone w SWZ.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do powyższych twierdzeń Odwołującego, wskazania wymaga, że Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego w zakresie braku podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego wobec prawidłowej oceny oferty Sandvik Polska

Sp. z o.o. co do spełniania warunków udziału w postępowaniu i warunków zamówienia, zgodnej z SWZ.

Odnosnie zarzutu pierwszego, drugiego i trzeciego, tiret pierwsze, drugie i trzecie odwołania Izba uznała wyżej wymienione zarzuty za niezasadne.

Izba szczegółowo zanalizowała okoliczności faktyczne i prawne w zakresie zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Sandvik Polska Sp. z o.o. w związku

z zarzucanym przez Odwołującego złożeniem oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, niespełnianiem warunków udziału w postępowaniu oraz warunków zamówienia, określonych w SWZ, i w szczególności podnosi jak niżej.

Izba ustaliła z urzędu, iż na stronie internetowej prowadzonego postępowania Zamawiający

w SWZ opublikowanej w dniu 20.12.2022 r. postawił warunki udziału w postępowaniu w pkt 3.1.1: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 z zastrzeżeniem

art. 393 ust. 4 ustawy Pzp, oraz spełniają warunki, określone na podstawie art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, które zgodnie z art. 112 ust. 2 ustawy Pzp dotyczą w szczególności: 3.1.1.4 Zdolności technicznej lub zawodowej: zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykonawca: 3.1.1.4.2 posiada uprawnienia do wykonywania remontu i modernizacji kombajnu chodnikowego AM 75EX. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału Wykonawca złoży: 3.1.1.4.2.1. oświadczenie wykonawcy będącego producentem

lub upoważnionym przedstawicielem producenta urządzeń wymienionych w ofercie zgodne

z wzorem przedstawionym w Załączniku nr 8A do Specyfikacji; 3.1.1.4.3 potwierdzi,

że przeprowadzony remont i modernizacja będą wykonane w sposób gwarantujący bezpieczną eksploatację wyremontowanego i zmodernizowanego urządzenia, nie spowoduje wytworzenia nowego urządzenia. Na potwierdzenie

spełnienia powyższego warunku udziału wykonawcy złoży: 3.1.1.4.3.1. oświadczenie o treści zgodnej z Załącznikiem nr 8D

do Specyfikacji (dla wykonawcy będącego producentem urządzeń wyszczególnionych w opisie przedmiotu zamówienia, upoważnionym przedstawicielem producenta lub posiadającym autoryzację producenta na remont i modernizację przedmiotowych urządzeń).

Dalej w SWZ Zamawiający wskazał w szczególności:

1)podmiotowe środki dowodowe: 3.4 W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 57 pkt. 2 ustawy Pzp, Zamawiający wymaga następujących podmiotowych środków dowodowych: 3.4.1 W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 3.4.4.2 Jeżeli wykonawca jest producentem lub upoważnionym przedstawicielem producenta urządzeń wymienionych w ofercie, oświadczenie, o treści zgodnej z Załącznikiem nr 8A do SWZ; 3.4.4.5

W przypadku gdy wykonawca jest producentem urządzeń wyszczególnionych w opisie przedmiotu zamówienia, upoważnionym przedstawicielem producenta lub posiadającym autoryzację producenta na remont i modernizację przedmiotowych urządzeń Oświadczenie o treści zgodnej z Załącznikiem nr 8D do SWZ;

2)przedmiotowe środki dowodowe: 3.7 zamawiający żąda, by wykonawca złożył wraz

z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe: 3.7.1 Wymaga się, aby oferowany przedmiot zamówienia spełniał wymagania prawne i techniczne tj.: a) ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. - Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2020 r. poz. 1064) wraz z aktami wykonawczymi do ustawy, b) rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz.U. 2017 poz.1118), c) rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 stycznia 2013r. w sprawie zagrożeń naturalnych w zakładach górniczych (Dz. U. 2019, poz. 1883, 2015, poz. 2204 oraz 2016, poz.949), d) ustawy z dnia 30 sierpnia 2002r. o systemie oceny zgodności tekst jednolity(Dz.U.2019 poz.155), e) rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz.U. 2008 nr 199 poz. 1228), f) ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz.U. 2019 poz. 542 i 2016, poz. 1228) wraz z aktami wykonawczymi, g) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 6 czerwca 2016 r. w sprawie wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w atmosferze potencjalnie wybuchowej (Dz.U. 2016 poz. 817), h) rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 12 czerwca 2018 r. w sprawie najwyższych dopuszczalnych stężeń i natężeń czynników szkodliwych dla zdrowia w środowisku pracy (Dz. U. 2018 poz. 1286), i) rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz. U. 2004 nr 99, poz.1003), j) Norm: PN-EN 12111:2014 - 07 Maszyny do drażenia tuneli. Kombajny chodnikowe i maszyny do urabiania ciągłego. Wymagania bezpieczeństwa, PN-G-5000:61997 Ochrona pracy w górnictwie. Urządzenia automatyki i telekomunikacji górniczej. Wymagania i badania, PN-EN 60068:2008 Badania środowiskowe. Na potwierdzenie spełnienia powyższego wymagania Wykonawca załączy do oferty: oświadczenie o treści zgodnej z treścią Załącznika nr 8 do Specyfikacji.

3.7.2Wymaga się, aby oferowany przedmiot zamówienia spełniał parametry

techniczno-użytkowe określone w Załączniku nr 6 do Specyfikacji – Opis przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie spełnienia powyższego wymagania Wykonawca załączy do oferty: a) wzór deklaracji zgodności WE/UE zgodną z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (dyrektywa 2006/42/WE) oraz zgodną z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia

6 czerwca 2016 r. w sprawie wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w atmosferze potencjalnie wybuchowej (dyrektywa 2014/34/UE-ATEX), b) certyfikat potwierdzający że zastosowany system bezpieczeństwa układu zraszania jest wykonany zgodnie z SIL2 oraz zgodnie z normą DIN EN, c) wykaz zastosowanego oprogramowania, służących do sterowania maszyn/urządzeń

wraz z informacjami dotyczącymi spełnienia wymagań bezpieczeństwa funkcjonalnego zgodnie z rozporządzeniem Ministra Energi z dnia 23 listopada 2016- §740 oraz zał.

nr 1, pkt 13.7.8, d) licencje na zastosowane oprogramowanie zainstalowane w systemach elektrycznych kombajnu oraz systemu wizualizacji podstawowych parametrów pracy kombajnu na powierzchni, e) rysunki podglądowe ukazujące proponowane wprowadzone zmiany w ramach modernizacji, f) schematy elektryczne, hydrauliczne i wodne kombajnu proponowanych modernizacji, g) potwierdzenia zapewnienia systemu jakości

produkcji zgodnie z 2014/34/UE, h) zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania norm zapewnienia jakości (ISO 9001) potwierdzające,

że wykonawca posiada wdrożony i stosowany system zapewnienia jakości produkcji kombajnów chodnikowych lub wykonywania remontów i modernizacji kombajnów chodnikowych. 3.7.3 Zamawiający przewiduje uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych. Jeżeli Wykonawca nie złoży tych środków wraz z ofertą lub są one niekompletne lub zawierają błędy Zamawiający wezwie do ich uzupełnienia. Złożone

na wezwanie Zamawiającego przedmiotowe środki dowodowe muszą być aktualne na dzień ich złożenia.

Zamawiający następnie modyfikował SWZ, a w szczególności w dniu 27.01.2023 r. Zamawiający opublikował aktualny załącznik nr 8 do SWZ.

W załącznikach nr 8, 8A i 8D złożonych przez Sandvik Polska Sp. z o.o. w ofercie, Wykonawca konsekwentnie, co nie jest sporne, wskazał, iż jest producentem kombajnu chodnikowego, którego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy.

Warunki udziału w postępowaniu i warunki zamówienia określa SWZ. Z literalnego brzmienia poniżej przywołanych postanowień SWZ, opisujących te warunki wynika,

że dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu i warunków zamówienia nie ma znaczenia, jakim spośród odpowiednio wymienionych podmiotów jest wykonawca - czy wykonawca jest producentem kombajnu chodnikowego, czy też jest przedstawicielem producenta, czy też jest podmiotem autoryzowanym przez producenta. I tak, w ocenie Izby powyższe nie ma znaczenia dla oceny spełnienia:

- 1)warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na treść tego warunku, sformułowaną w pkt 3.1.1.4. SWZ – warunek zdolności technicznej lub zawodowej i w pkt 3.1.1.4.2. SWZ – zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania remontu i modernizacji kombajnu chodnikowego AM 75EX. Zarówno i producent tego urządzenia, i jego przedstawiciel spełniają warunek udziału w postępowaniu z uwagi na zapewnienie, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymogi obowiązujących przepisów (jak w Załączniku nr 8 do SWZ i następnie do oferty Sandvik Polska Sp. z o.o.), jak i posiada uprawnienia do wykonywania remontu i modernizacji kombajnu chodnikowego AM 75EX (jak w Załączniku nr 8A do SWZ i następnie do oferty Sandvik Polska Sp. z o.o.), jak i potwierdzi, że przeprowadzony remont i modernizacja będą wykonane w sposób gwarantujący bezpieczną eksploatację wyremontowanego i zmodernizowanego urządzenia, nie spowoduje wytworzenia nowego urządzenia (jak w Załączniku nr 8D do SWZ i następnie do oferty Sandvik Polska Sp. z o.o.).

Odwolujący w odwołaniu wskazał, że Sandvik Polska Sp. z o.o. w jego ocenie jest przedstawicielem producenta urządzenia, natomiast nie wykazał niespełnienia przez Sandvik Polska Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu, to jest, że Sandvik Polska Sp. z o.o. nie posiada uprawnień do wykonywania remontu i modernizacji kombajnu chodnikowego AM 75EX, a także, że przeprowadzony remont i modernizacja nie będą wykonane w sposób gwarantujący bezpieczną eksploatację wyremontowanego i zmodernizowanego urządzenia, spowodują wytworzenie nowego urządzenia;

- 2)warunków zamówienia przez oferowany przedmiot zamówienia z uwagi na treść tych warunków, sformułowaną w pkt 3.7.1 lit a-j SWZ – spełnianie parametrów techniczno-użytkowych określonych w Załączniku nr 6 do SWZ – Opisie przedmiotu zamówienia.

Odwolujący w odwołaniu nie wykazał niespełnienia warunków zamówienia przez oferowany przedmiot zamówienia, to jest, że oferowany przedmiot zamówienia nie spełniania parametrów techniczno-użytkowych, określonych w Załączniku nr 6 do SWZ – Opisie przedmiotu zamówienia.

Zatem jak wynika z dowodów złożonych przez strony i Przystępującego w toku postępowania odwoławczego oraz stanowisk stron i Przystępującego (także na rozprawie w dniu 25.05.2023 r.), Sandvik Polska Sp. z o.o. jest co najmniej przedstawicielem producenta. Zamawiający na rozprawie w dniu 25.05.2023 r. podniósł, iż oświadczeń w zakresie bycia przez wykonawcę producentem, przedstawicielem producenta bądź autoryzowanym przedstawicielem producenta wymagał jedynie informacyjnie i nie miało to znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To stanowisko Zamawiającego w ocenie Izby

jest spójne z postanowieniami SWZ – sformułowaniem warunku zdolności technicznej lub zawodowej, a także warunków zamówienia, bez uwzględnienia konieczności wykazania, że wykonawca jest producentem kombajnu chodnikowego, czy też jest przedstawicielem producenta, czy też jest podmiotem autoryzowanym przez producenta. Treść oświadczeń w załącznikach nr 8, 8A i 8D różniła się w zależności od podmiotu, który je składał (odpowiednio producenta, przedstawiciela producenta bądź autoryzowanego wykonawcy). To zróżnicowanie treści miało w ocenie Izby na celu odpowiednie potwierdzenie zdolności do należytej realizacji zamówienia publicznego, nie służyło zaś do oceny (preferencji) danego z wymienionych podmiotów. Nie miało zatem istotnego znaczenia gdy wykonawca składający ofertę był jednym z wymienionych w SWZ podmiotów.

Nietrafiona w ocenie Izby była argumentacja Odwołującego niespełniania przez Sandvik Polska Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu z tego faktu, iż producentem urządzenia był wskazany w przynależnej dokumentacji (DTR/Instrukcja obsługi) Sandvik Mining and Construction G.m.b.H., Alpinestrasse 1, 8740 Zeltweg/AUSTRIA : przedstawicielstwem

w Polsce: Sandvik Mining and Construction Sp. z o.o. ul. Strefowa 10, 43-100 Tychy/POLSKA (ww. nazwa przedstawicielstwa w Polsce dwukrotnie już została zmieniona z Sandvik Mining and Construction Sp. z o.o. na Sandvik Polska Sp. z o.o. Oddział Mining and Rock Technology do obecnego Sandvik Polska Sp. z o.o., Oddział Mining and Rock Solutions w Tychach, natomiast adres oddziału pozostał ten sam tj.: ul. Strefowa 10, 43-100 Tychy).

W szczególności bowiem sam Odwołujący powołał dowód – pismo Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 24 kwietnia 2020 r., znak: GEM.021.12.2020, l.dz. 11310/04/2020/WO,

z którego wynika, iż może być inny producent maszyny niż ten, który ją wyprodukował pierwotnie - na stronie drugiej w pkt 3 tego pisma wskazano, że wykonanie modernizacji maszyny uznaje się za równoznaczne ze zbudowaniem nowej maszyny i wówczas modernizacja wykonana jest przez producenta nowej maszyny. Stąd w sytuacji, w której producentem maszyny był dany podmiot, to po jej modernizacji producentem maszyny staje się podmiot ją modernizujący.

W zakresie przywołanego w odwołaniu niezłożenia w ofercie przez Sandvik Polska Sp. z o.o. wymaganego przez Zamawiającego wzoru Deklaracji zgodności WE, Izba wskazuje, że argumentacja Odwołującego, polegająca na wskazaniu braków (brak numeru seryjnego, brak numeru fabrycznego, brak wskazania producenta, brak wskazania osoby posiadającej uprawnienia do udostępnienia dokumentacji technicznej, brak podpisów osób upoważnionych do wystawienia deklaracji w imieniu producenta) w tym wzorze nie może się ostać wobec tego, że wymagany przez Zamawiającego dokument to wzór Deklaracji zgodności, a nie Deklaracja zgodności. Wzór Deklaracji zgodności wymaga odpowiedniego uzupełnienia jej treści, w innym przypadku nie byłoby mowy o wzorze Deklaracji zgodności, a o dokumencie – Deklaracji zgodności. Również należy tu zauważyć, że właściwa deklaracja zgodności zostanie wystawiona po usłudze remontu urządzenia, co nie było sporne. Zatem argumentacja Odwołującego w szczególności, że wzór powinien uwzględniać chociażby podpisy osób upoważnionych do wystawienia deklaracji w imieniu producenta, powoduje niezasadność zarzucanego Zamawiającemu zaniechania odrzucenia oferty Sandvik Sp. z o.o. z powodu niespełniania warunków zamówienia. Obie strony i uczestnik postępowania odwoławczego zgodnie wskazywali, że dopiero po remoncie kombajnu chodnikowego wystawiona będzie Deklaracja zgodności. W ocenie Izby nie można wzoru dokumentu potwierdzić za zgodność z oryginałem bądź oznaczyć jako kopia, gdyż wzór dokumentu nie jest dokumentem.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Sandvik Polska Sp. z o.o. z powodu niezłożenia wymaganego przez Zamawiającego wykazu rysunków podzespołów po modernizacji oraz schematów-sig-sig.pdf, bowiem bez wskazania producenta/prawnego autora dokumentu, nie może się ostać biorąc pod uwagę postanowienia SWZ, w której Zamawiający nie żądał takich wskazań.

Ustalenie nieuprawnionego przerobienia tak wzoru deklaracji zgodności, jak pliku dokumentów o nazwie „Wykaz rysunków podzespołów po modernizacji oraz schematów -sig-sig.pdf”, a także orzekanie w zakresie postępowania karnego, w związku z przywołanymi naruszeniami przepisów kodeksu karnego (art. 297 § 1 k.k., art. 270 k.k., art. 271 k.k.) w odwołaniu, nie leży w kompetencjach Izby, a leży odpowiednio w kompetencji organów ścigania i sądów powszechnych. Izba zatem nie odniesie się w niniejszym wyroku do tych kwestii odwołania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu

nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Mając na uwadze art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył powyżej przywołanych przepisów prawa jak mu zarzuca Odwołujący w odwołaniu. Zamawiający nie dokonał błędnej oceny oferty Przystępującego i w wyniku tego nie zaniechał jej odrzucenia i nie dokonał wyboru oferty nienajkorzystniejszej. Odwołujący nie odparł skutecznie w ocenie Izby, argumentacji tak Zamawiającego, jak i Przystępującego

w zakresie prawidłowości oświadczeń o statusie producenta urządzenia w załącznikach nr 8, 8A i 8D do oferty Sandvik Polska Sp. z o.o., zarówno w odpowiedzi na odwołanie, piśmie uczestnika postępowania z dnia 24.05.2023 r., oraz zaprezentowanej przez Zamawiającego

i Przystępującego na rozprawie w dniu 25.05.2023 r. W szczególności Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom, że Przystępujący jest Lokalną Montownią o uprawnieniach

i odpowiedzialności producenta w zakresie działalności produkcyjnej, remontował kombajn chodnikowy, wystawia Deklarację zgodności WE po remoncie urządzenia. Zatem nie można wywieść, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd oświadczając, że jest producentem urządzenia.

Ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji, odsyłając w tym zakresie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej „u.z.n.k.”.

W tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, zaś ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w u.z.n.k. (podobnie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r.,). W takiej sytuacji, aby określone działanie mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z u.z.n.k., to jest że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Niewątpliwie zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę. Niemniej należy mieć na uwadze fakt, że okoliczność dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinna zostać wykazana. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego

w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie tejże ustawy. Odwołujący jako dowód na wykazanie że działanie Przystępującego jest sprzeczne z prawem przedłożył na rozprawie w dniu 25.05.2023 r. opinię biegłych, jednak jak słusznie podniósł Przystępujący na rozprawie w dniu 25.05.2023 r., z czym Izba się zgadza, opinia ta nie przesądza, że Przystępujący dopuścił się zarzucanego mu czynu przez Odwołującego. Na stronie 7 opinii wskazano,

iż „Fakt, braku ww. elementów w ww. dokumencie z punktu widzenia kryminalistycznego – technicznego badania dokumentu – nie może być podstawą jednoznacznego wskazania przerobienia dokumentu w tym zakresie...”. Do Izby, jak już wyżej wskazano, nie należy ustalanie i orzekanie w zakresie objętym postępowaniem karnym. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zatem, że fakt złożenia przez Odwołującego oferty stanowił czyn nieuczciwej konkurencji, tj. podawanie w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na kolejność ofert (wybór oferty najkorzystniejszej) albo że działanie to wypełnia znamiona konkretnego czynu stypizowanego w u.z.n.k., albo, że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami

oraz zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a zatem wypełnia przesłanki wskazane w u.z.n.k., pozwalające takie działanie uznać za czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący w ocenie Izby nie udowodnił, że Zamawiający niezgodnie z obowiązującymi przepisami zaniechał odrzucenia oferty Sandvik Polska Sp. z o.o., bowiem ten wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, warunków zamówienia, a ofertę złożył w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także, że Zamawiający w

konsekwencji dokonał wyboru oferty która nie była najkorzystniejsza.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U.). Wobec oddalenia odwołania w całości koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza zatem od Odwołującego na rzecz Zamawiającego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, w tym koszty wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej we wnioskowanych wysokościach.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....