

WYROK
z dnia 21 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Agata Mikołajczyk Aneta Młacka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2020 r. przez odwołującego: Grupa Powen - Wafapomp Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu

przy udziale wykonawcy „Zakład Mechaniki Przemysłowej Zamep” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający - Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa pomp dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK Centrum”. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 lutego 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 038-089451.

I. W dniu 1 czerwca 2020 r. wykonawca Grupa Powen - Wafapomp Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechania podjęcia czynności przez zamawiającego w ww. postępowaniu (w ramach Części I: Dostawa 5 szt. zestawów pompowych), tj.:

1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy „Zakład Mechaniki Przemysłowej Zamep” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (dalej jako „wykonawca Zamep”), w której wykonawca ten złożył oświadczenie, że oferowane przez niego pompy WE-250/9 *wyłącznie jako rzeczywiste produkty są wdrożone do produkcji przed dniem składania ofert oraz są stosowane w układach głównego odwadniania w wyrobiskach podziemnych zakładów górniczych*, w sytuacji gdy ww. pompy nie zostały wdrożone do produkcji przez ww. wykonawcę przed terminem składania ofert i przed dniem składania ofert nie były i nadal nie są stosowane w układach głównego odwadniania w wyrobiskach podziemnych zakładów górniczych, a w konsekwencji nie spełniają

wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) dla przedmiotu zamówienia wskazanego w pkt II. ppkt 10) załącznika nr 2 do SIWZ - czym zamawiający naruszył art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp; ewentualnie, w razie niepotwierdzenia się zarzutu ad 1:

2)zaniechania dokonania wezwania wykonawcy Zamep do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie spełnienia przez oferowane przez niego pompy WE-250/9 wskazanego w pkt II. ppkt 10) załącznika nr 2 do SIWZ wymagania dla przedmiotu zamówienia (*oferowane pompy jako rzeczywiste produkty są wdrożone do produkcji przed dniem składania ofert oraz są stosowane w układach głównego odwadniania w wyrobiskach podziemnych zakładów górniczych*), w sytuacji gdy z treści załączonych do oferty wykonawcy Zamep dokumentów rodzi się co najmniej wątpliwość co do spełniania przez przedmiot oferty ww. wymagania SIWZ - czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp; ponadto:

3)zaniechania wykluczenia wykonawcy Zamep z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył w ofercie (s. 185) nieprawdziwe oświadczenie, że oferowane przez niego pompy WE-250/9 *wyłącznie jako rzeczywiste produkty są wdrożone do produkcji przed dniem składania ofert oraz są stosowane w układach głównego odwadniania w wyrobiskach podziemnych zakładów górniczych*, w sytuacji gdy ww. pompy nie zostały wdrożone do produkcji przez ww. wykonawcę przed terminem składania ofert i przed dniem składania ofert nie były i nadal nie są stosowane w układach głównego odwadniania w wyrobiskach podziemnych zakładów górniczych, a w konsekwencji niespełnienia warunku określonego w pkt 6 ppkt 5.8) SIWZ (s. 5), co mogło mieć istotny wpływ na decyzję zamawiającego o uznaniu spełnienia przez oferowane przez wykonawcę Zamep dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, a w konsekwencji na ocenę oferty wykonawcy Zamep jako niepodlegającej odrzuceniu - czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i ust. 4 ustawy Pzp;

ewentualnie, w razie niepotwierdzenia się zarzutu ad 3:

4) zaniechania wezwania wykonawcy Zamep do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia zawartego na s. 185 oferty, wymaganego pkt 6 ppkt 5.8) SIWZ (s. 5), poprzez wyjaśnienie w którym układzie głównego odwadniania, jakim wyrobisku, którego podziemnego zakładu górniczego oferowana przez wykonawcę Zamep pompa WE- 250/9 pracowała i od jakiej daty, w sytuacji gdy z treści załączonych do oferty wykonawcy Zamep dokumentów rodzi się co najmniej wątpliwość co do prawdziwości i rzetelności ww. oświadczenia wykonawcy Zamep - czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;

nadto:

5) zaniechania dokonania czynności wezwania wykonawcy Zamep do przedłożenia dokumentu wymaganego treścią pkt 6 ppkt 5 tiret drugi SWIZ (s. 5) dotyczącego oferowanej pomp WE-250/9, w sytuacji gdy wykonawca Zamep na wykonanie ww. warunku do oferty na stronie 174 załączył zaświadczenie nr KOMAG/16/ZAŚW/0386 dotyczące innej pompy (WPWE) niż oferowana pompa WE - czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;

w konsekwencji wobec:

6)dokonania w dniu 27 maja 2020 r. czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w sytuacji gdy wobec zaniechań przez zamawiającego czynności określonych w zarzutach ad 1- 4, do których dokonania był zobowiązany, jej przeprowadzenie było sprzeczne z ustawą Pzp jako przedwcześnie - czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91a ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia przeprowadzonej przez zamawiającego czynności aukcji elektronicznej z dnia 27 maja 2020 r. i uzyskanego w jej toku rankingu ofert;

2)odrzućcenie oferty wykonawcy Zamep lub wykluczenie wykonawcy Zamep z postępowania i odrzucenie jego oferty, stosownie do uwzględnienia zarzutów odwołania;

względnie (w razie niepotwierdzenia się zarzutów ad 1 i 3):

3)stosownie do rozstrzygnięcia w przedmiocie zarzutów ad 2 i ad 4-5 wezwanie wykonawcy Zamep do: a) złożenia na

podstawie art 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnić co do treści oferty w zakresie spełnienia przez przedmiot oferty (pompę WE-250/9) wymagania wskazanego w pkt II. ppkt 10) załącznika nr 2 do SIWZ, w szczególności poprzez wyjaśnienie w jakim wyrobisku, którego podziemnego zakładu górniczego, w którym układzie głównego odwadniania oferowana pompa pracowała i od jakiej daty wraz ze zobowiązaniem wykonawcy Zamep do dostarczenia dowodów potwierdzających składane wyjaśnienia; b) złożenia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnień w zakresie oświadczenia wykonawcy Zamep zawartego na s. 185 oferty, wymaganego pkt 6 ppkt 5.8) SIWZ (s. 5), w szczególności poprzez wyjaśnienie w jakim wyrobisku, którego podziemnego zakładu górniczego oferowana przez wykonawcę Zamep pompa pracowała i od jakiej daty wraz ze zobowiązaniem wykonawcy Zamep do dostarczenia dowodów potwierdzających składane wyjaśnienia; c) przedłożenia dokumentu wymaganego treścią pkt 6 ppkt 5 tiret drugi SIWZ (s. 5) dotyczącego oferowanej pomp WE-250/9;

4)powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na zasadach ogólnych, tj. z pominięciem aukcji elektronicznej i oferty wykonawcy Zamep.

Ponadto, na podstawie art. 190 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

- 1)dokumentacji postępowania, w tym protokołu wraz z załącznikami, na okoliczności podane w treści zarzutów i uzasadnieniu odwołania;
- 2)zeznań świadka w osobie U.G. - prokurenta samoistnego wykonawcy Zamep sygnującego jego ofertę na okoliczność ustalenia w jakim wyrobisku, którego podziemnego zakładu górniczego, w którym układzie głównego odwadniania oferowana przez wykonawcę Zamep pompa WE-250/9 pracowała i od jakiej daty;
- 3)zeznań świadka w osobie A.F. - Kierownika Zakładu Badań Atestacyjnych Jednostki Certyfikującej Instytutu Techniki Górniczej KOMAG na okoliczność ustalenia czy wykonawca Zamep złożył w ww. Instytucie Techniki Górniczej KOMAG dokumentację pomp i zespołów pompowych WE, jeżeli tak to kiedy, czy zostało wydane zaświadczenie o przyjęciu dokumentacji pomp i zespołów pompowych WE wykonanych wg dokumentacji nr ZG.255, analogiczne do zaświadczenia ww. Instytutu jak załączone na stronie 174 oferty wykonawcy Zamep.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał w szczególności, że wykonawca Zamep na stronie 174 jako wykonanie postanowienia pkt 6 ppkt 5 tiret drugi SIWZ złożył wydane przez Instytut Techniki Górniczej KOMAG zaświadczenie nr KOMAG/16/ZAŚW/0386 z 28 grudnia 2016 r. dotyczące przyjęcia przez Instytut dokumentacji pomp i zespołów pompowych typoszeregu WPWE. Tymczasem przedmiotem oferty (s. 47-48) wykonawca Zamep uczynił m.in. pompę WE-250/9. Na potwierdzenie tego, iż są to dwie różne pompy odwołujący wskazał na fakt, iż dokumentacja pomp WE powstała, jak wynika wprost z danych zamieszczonych na załączonych do oferty rysunkach gabarytowych pompy WE (s. 177 i 180), najwcześniej w marcu 2020 r. W konsekwencji zaszła oczywista niezgodność pomiędzy wymaganiem pkt 6 ppkt 5 tiret drugi SIWZ a treścią przedłożonego przez wykonawcę Zamep zaświadczenia, skutkująca co najmniej obowiązkiem zamawiającego wezwania wykonawcy Zamep do przedłożenia właściwego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że w złożonej ofercie na stronie 185 wykonawca Zamep złożył oświadczenie, że oferowany przedmiot zamówienia, tj. dziewięciostopniowe pompy WE-250/9 *wyłącznie jako rzeczywiste produkty są wdrożone do produkcji przed dniem składania ofert oraz są stosowane w układach głównego odwadniania w wyrobiskach podziemnych zakładów górniczych*. O nieprawdziwości powyższego oświadczenia zdaniem odwołującego świadczą następujące okoliczności: 1) brak wdrożenia do produkcji oferowanych przez wykonawcę Zamep pomp WE wynika z faktu załączenia do oferty zamiast zaświadczenia wymaganego dla stanowiących przedmiot jego oferty pomp WE, zaświadczenia ITG KOMAG dotyczącego pomp WPWE; 2) jak wynika z treści załączonych do ofert wykonawcy Zamep rysunków gabarytowych pompy WE (s. 177 i 180) dokumentacja tych pomp powstała w marcu/kwietniu 2020 r.; 3) wykonawca Zamep nigdy nie uczynił przedmiotem swojej oferty pompy WE, czy już szczegółowo WE-250/9, taka pompa także nigdy nie stanowiła przedmiotu oferty innego niż wykonawca Zamep oferenta; 4)na witrynie internetowej wykonawcy Zamep do chwili sporządzenia niniejszego odwołania brak jakichkolwiek informacji o produkcji pomp oznaczonych jako WE;

5)na witrynie internetowej wykonawcy Zamep ZAMEP() w katalogu pomp zamieszczonym tamże do pobrania opatrzonym datą ver. 09.2019 r. brak jakichkolwiek informacji o produkcji pomp oznaczonych jako WE. Zdaniem odwołującego wykonawca Zamep w treści oferty dokonał zabiegu mającego na celu utożsamienie oferowanej pompy WE

z pompami z typoszeregu WPWE poprzez wydanie w marcu 2020 r. DTR nr 16, obejmującej jej treścią pompy WPWE i WE tożsame we wszystkich parametrach i wymiarach. Nie ma bowiem innego racjonalnego uzasadnienia by jedną Dokumentacją Techniczno - Ruchową („DTR”) wydaną w marcu 2020 r. obejmować pompy WPWE i WE, które wg jej treści są tożsame we wszystkich parametrach i wymiarach. Tymczasem w rzeczywistości pompa WPWE-250/9 ma inne parametry niż parametry wymagane SIWZ i tym samym inne niż w ofercie wykonawcy Zamep przedstawione dla pompy WE - 250/9. Odwołujący powołał się na informacje zawarte w tym zakresie w DTR nr 14 i DTR nr 16. Fakt, iż DTR nr 16 została zmodyfikowana jedynie pod względem treści i w celu wskazanym powyżej, znajduje zdaniem odwołującego uzasadnienie w tym, że oferta wykonawcy Zamep zawiera wewnętrzne sprzeczności co do gabarytów oferowanej pompy WE - 250/9 (co do masy oraz całkowitej długości pomiędzy dwoma końcówkami wałów). Z uwagi na to, że właściwość oferowanej pompy wymagana pkt 6 ppkt 5.8) SIWZ (s. 5) i pkt II.10) załącznika nr 2 do SIWZ (s. 46) stanowi jednocześnie treść oferty jak i warunek przedmiotowy udziału w postępowaniu, w ocenie odwołującego powyższe nieprawdziwe oświadczenie wykonawcy Zamep stanowi przesłankę tak do odrzucenia oferty jak i wykluczenia wykonawcy Zamep z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, a co najmniej podstawę wezwania wykonawcy Zamep do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do wątpliwości co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Ponadto odwołujący podniósł, że bezprawne zaniechanie przez zamawiającego dokonania czynności, do których był zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, skutkowało tym, iż dokonana w dniu 27 maja 2020 r. czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej pozostaje wadliwa.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 17 lipca 2020 r., w którym między innymi złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu oznaczonego nr 5 (naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Na rozprawie w dniu 17 lipca 2020 r. odwołujący wycofał wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka A.F. - Kierownika Zakładu Badań Atestacyjnych Jednostki Certyfikującej Instytutu Techniki Górniczej KOMAG.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 14 lipca 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wskazał w szczególności, że pismem z dnia 10 czerwca 2020 r. wezwał wykonawcę Zamep do przedłożenia certyfikatu uprawniającego do oznaczania wyrobu znakiem bezpieczeństwa dla pompy WE. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Zamep przedłożył aneks nr 1 do zaświadczenia nr KOMAG/16/ZAŚW/0386 dla dokumentacji: pompy i zespoły pompowe typoszeregu WPWE oraz jej odmiany WE. Zamawiający powołał się również na treść pisma wykonawcy Zamep z dnia 29 czerwca 2020 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 4 czerwca 2020 r. wykonawca Zamep zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 16 lipca 2020 r. wykonawca Zamep wniósł do Prezesa Izby pismo procesowe, w którym przedstawił stanowisko w sprawie. Wykonawca Zamep stwierdził, że zaoferowana w postępowaniu pompa o oznaczeniu WE-250/9 oraz pozostałe pompy typoszeregu WPWE są konstrukcjami tożsamymi, na co wielokrotnie wskazywał w dokumentach i oświadczeniach złożonych wraz z ofertą. Wyjaśnił, że praktycznie nie ma możliwości, aby uzyskać konstrukcję identyczną co do wszelkich parametrów, pracującą w innym miejscu. Przykładowo wskazał na pompy Zamep o konstrukcjach tożsamy, tego samego typu, zainstalowanych w różnych kopalniach, ale charakteryzujących się innymi parametrami (pompa WPWE-250/3 w: KGHM Polska Miedź S.A. Oddział ZG Polkowice-Sieroszowice oraz Tauro Wydobycie S.A. Oddział Zakłady Górnicze Janina i pompa WPWE-250/7 w: Spółce Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK "Boże Dary" oraz Tauron Wydobycie S.A. Oddział Zakłady Górnicze Sobieski) - dla każdej z tych pomp wydana jest odrębna DTR. Wskazał, iż powyższe okoliczności uwzględniła Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 2008/17. W ocenie wykonawcy Zamep w przedmiotowej sprawie kluczowa jest konstrukcja i parametry pompy, a nie samo jej oznaczenie. Każde urządzenie pracuje w innym środowisku - w większości przypadków środowiska pracy pomp są bardzo zróżnicowane i zależą w głównej mierze od warunków konkretnej kopalni, konkretnego wyrobiska. Zmiany w wymiarach pomp mogą wynikać z oczekiwań zamawiających, jednak takie zmiany, nieistotne z funkcjonalnego punktu widzenia, nie prowadzą do uznania, że mamy do czynienia z

innym typem pompy niż pierwotna. Również pompa oznaczona symbolem WE jest udoskonaleniem i uaktualnieniem pomp produkowanych i pracujących od 2016 r., ale nie jest urządzeniem nowym, czy innego typu. Oznaczenie ich jako „WE” jest wyłącznie wewnętrznym oznaczeniem wykonawcy Zamep, natomiast zdecydowanie nie powoduje, że należy je traktować jako inne pompy niż WPWE. Oznaczenie WPWE lub WE używane jest zależnie od konstrukcyjnego wykonania pompy oraz maksymalnego ciśnienia występującego na króćcu tłocznym. Dokumentacja Techniczno-Ruchowa nie zawiera żadnego rozdziału pomp WPWE i WE, co również potwierdza, że są to takie same konstrukcje. Zdaniem wykonawcy Zamep odwołujący instrumentalnie posługuje się nieaktualną DTR, w wersji sprzed modyfikacji, która nie była złożona w niniejszym postępowaniu i na jej podstawie wyciąga błędne wnioski co do parametrów pomp WPWE i WE. Wyjaśnił, że każda DTR jest przygotowywana dla danego klienta i dla danego konkretnego produktu. Również ogólnodostępne DTR oraz specyfikacje dostępne na stronach internetowych przedstawiają produkty standardowe, a nie przeznaczone dla konkretnych klientów. Wyjaśnił również, iż czyniąc zadość wezwaniu zamawiającego z dnia 10 czerwca 2020 r. złożył zaktualizowany dokument zaświadczenia ITG KOMAG z wyszczególnionym oznaczeniem pompy WE, jednakże poprzednie zaświadczenie dalej zachowuje swoją aktualność i w pełnym zakresie dotyczy również zaoferowanej pompy - jako należącej do typoszeregu WPWE, którego dotyczy pierwotnie złożone zaświadczenie. Podał istotne parametry (króciec ssawny, króciec tłoczny, Qnom, n, wykonania materiałowe - zależne od warunków pracy) przesądzające o tożsamości pomp WPWE-250/9 oraz WE-250/9 i przynależności do jednego typoszeregu. Jako niemające znaczenia ocenił podnoszone przez odwołującego okoliczności tj. przygotowanie dokumentacji w postaci rysunków gabarytowych oferowanej pompy w marcu i kwietniu br. oraz brak na stronie internetowej pompy z oznaczeniem „WE”. Wyjaśnił, że część dokumentacji przedstawionej w postępowaniu została zaktualizowana w marcu br. (aktualizowanie dokumentacji jest powszechną praktyką wśród wykonawców), natomiast informacji na stronie internetowej nie można traktować jako kompletnego wykazu produkowanych urządzeń. Wykonawca Zamep wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Postanowienia SIWZ, na które powoływał się odwołujący uzasadniając podniesione zarzuty, mają następujące brzmienie:

Pkt 6 ppkt 5 SIWZ: „Wykonawca zobowiązany jest do dołączenia do oferty:

Część I:

-DTR oferowanych pomp i silników,

-aktualny certyfikat uprawniający do oznaczenia wyrobów znakiem bezpieczeństwa. (...) 8) oświadczenie, że oferowane pompy i silniki wyłącznie jako rzeczywiste produkty są wdrożone do produkcji przed dniem składania ofert oraz są stosowane w układach głównego odwadniania w wyrobiskach podziemnych zakładów górniczych - Załącznik nr 8 do Formularza ofertowego.”

Ww. postanowienia zostały powtórzone w załączniku nr 2 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia.

Na formularzu stanowiącym załącznik nr 3 do formularza ofertowego wykonawca Zamep złożył oświadczenie, iż przedmiotem jego oferty w zakresie Części I jest pompa (typ): WE- 250/9.

Na formularzu stanowiącym załącznik nr 8 do formularza ofertowego wykonawca Zamep złożył oświadczenie, że oferowany przedmiot zamówienia wyłącznie jako rzeczywiste produkty są wdrożone do produkcji przed dniem składania ofert oraz są stosowane w układach odwadniania w wyrobiskach podziemnych zakładów górniczych.

W ramach oferty wykonawca Zamep złożył między innymi zaświadczenie nr KOMAG/16/ZAŚW/0386 potwierdzające

przyjęcie dokumentacji: Pompy i zespoły pompowe typoszeregu WPWE przekazanej w dniu 28 grudnia 2016 r. (okres przechowywania dokumentacji w archiwum: 10 lat) oraz Dokumentację Techniczno- Ruchową Nr 16-DTR Wirowych Pomp Wysokociśnieniowych Energooszczędnych WPWE oraz Wysokociśnieniowych Energooszczędnych WE.

Pismem z dnia 10 czerwca 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę Zamep na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia certyfikatu uprawniającego do oznaczania wyrobu znakiem bezpieczeństwa dla pompy WE.

Odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca udzielił pismem z dnia 15 czerwca 2020 r., do którego załączył Aneks Nr 1 do zaświadczenia nr KOMAG/16/ZAŚW/0386 potwierdzający przyjęcie dokumentacji: Pompy i zespoły pompowe typoszeregu WPWE oraz jej odmiany WE w dniu 15 czerwca 2020 r. Wskazano, że dokumentacja Aneksu Nr 1 będzie przechowywana w archiwum do dnia 28 grudnia 2026 r.

Pismem z dnia 29 czerwca 2020 r. wykonawca Zamep oświadczył, że pompa WE jest odmianą typoszeregu WPWE bez znaczących zmian konstrukcyjnych oraz bez zmian mających wpływ na bezpieczeństwo użytkowania w podziemnych zakładach górniczych. Oznaczenia WPWE lub WE używane jest zależnie od konstrukcyjnego wykonania pompy oraz maksymalnego ciśnienia występującego na króćcu tłocznym. Pompy te jako tożsame konstrukcyjnie, z wyjaśnionymi różnicami w złożonej dokumentacji, nie wykazują znamion urządzeń różnych typoszeregów, a jedynie odmianę przedstawioną pod inną nazwą w celach marketingowych oraz organizacyjnych. Pompy użytkowane w pompowniach głównego odwadniania są produktami wytwarzanymi jednostkowo. Konfiguracja typoszeregu pomp jest dobierana indywidualnie dla każdej pompowni, a pracujące w różnych lokalizacjach pompy mają różne nazwy. Wskazał, że kilkanaście pomp przedmiotowego typoszeregu pracuje począwszy od 2016 r. w wielu pompowniach głównego odwadniania (Tauron Wydobycie S.A. ZG JANINA, Tauron Wydobycie S.A. ZG Sobieski, SRK S.A. KWK Boże Dar, KGHM Polska Miedź S.A. Oddział Zakład Górniczy Polkowice - Sieroszowice, Polska Grupa Górnicza S.A. Oddział KW Piast - Ziemowit Ruch Piast, OKD a.s. Karvina) w różnych konfiguracjach i odmianach, a kolejne zamówienia są w trakcie realizacji.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka w osobie U.G. - prokurenta samoistnego wykonawcy Zamep sygnującego jego ofertę na okoliczność ustalenia w jakim wyrobisku, którego podziemnego zakładu górniczego, w którym układzie głównego odwadniania oferowana przez wykonawcę Zamep pompa WE-250/9 pracowała i od jakiej daty. Powyższe informacje, w zakresie mającym znaczenie dla rozpoznania sprawy, zostały już przedstawione w piśmie wykonawcy Zamep z 29 czerwca 2020 r. W związku z tym dopuszczenie ww. dowodu, co wiązałoby się z koniecznością odroczenia rozprawy, stanowiłoby niczym nieuzasadnioną zwłokę postępowania odwoławczego. Ponadto Izba uznała, że złożone przez odwołującego dowody w postaci wydruków ze strony internetowej wykonawcy Zamep (D1-D2), katalogu pomp pobranego z tejże strony internetowej (D3) oraz oferty wykonawcy Zamep złożonej w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia (D4) nie odnoszą się do okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należało dokonać wykładni zawartego w SIWZ postanowienia zobowiązującego wykonawcę do złożenia oświadczenia, iż oferowane pompy *wyłącznie jako rzeczywiste produkty są wdrożone do produkcji przed dniem składania ofert oraz są stosowane w układach głównego odwadniania w wyrobiskach podziemnych zakładów górniczych*. Izba wzięła pod uwagę, iż niemal tożsamy co do treści wymóg został już poddany analizie i wykładni Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 2008/17 (oświadczenie, że oferowany przedmiot zamówienia pracuje/pracował w wyrobiskach dołowych zakładów górniczych). Po pierwsze, Izba podziela i przyjmuje stanowisko Izby przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 października 2017 r. (KIO 2008/17) co do tego, iż zaoferowane zamawiającemu urządzenie mogło być wcześniej dostarczane w różnym wykonaniu, dostosowanym do konkretnych warunków zakładów górniczych. W związku z tym dla spełnienia powyższego wymogu wystarczające jest, żeby urządzenie danego typoszeregu było stosowane w podziemnym zakładzie górniczym. Powyższe stanowisko znajduje dodatkowe potwierdzenie w treści wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę Zamep w obecnym postępowaniu, którym odwołujący w sposób wyraźny nie zaprzeczył ani nie przedstawił odmiennego stanowiska. Wykonawca Zamep wskazał

między innymi, że każde urządzenie pracuje w innym środowisku - w większości przypadków środowiska pracy pomp są bardzo zróżnicowane i zależą w głównej mierze od warunków konkretnej kopalni, konkretnego wyrobiska. Zmiany w wymiarach pomp mogą wynikać z oczekiwań zamawiających, jednak takie zmiany, nieistotne z funkcjonalnego punktu widzenia, nie prowadzą do uznania, że mamy do czynienia z innym typem pompy niż pierwotna. Po drugie, należy podkreślić, iż orzeczenie wydane w sprawie o sygn. akt KIO 2008/17 dotyczyło postępowania o bardzo zbliżonym przedmiocie zamówienia prowadzonym przez tego samego zamawiającego, a w postępowaniu odwoławczym wzięli udział dokładnie ci sami wykonawcy co w obecnym postępowaniu (w tym samym układzie odwoływający - przystępujący po stronie zamawiającego). Odwoływający powinien zatem mieć świadomość sposobu rozumienia spornego postępowania SIWZ, wynikającego z ww. orzeczenia Izby. Jak wynika z treści stanowisk przedstawionych przez zamawiającego i wykonawcę Zamep wykładnia Izby zaprezentowana w poprzedniej sprawie została również przyjęta w obecnym postępowaniu (na rozprawie zamawiający oświadczył, że postawiony przez niego wymóg dotyczący wcześniejszego stosowania przedmiotu zamówienia w układach głównego odwadniania w wyrobiskach podziemnych zakładów górniczych odnosił do danego typoszeregu pompy). Nie zgadzając się zatem z takim sposobem rozumienia spornego postanowienia SIWZ odwoływający powinien był skorzystać z przysługujących mu instrumentów prawnych na wcześniejszym etapie postępowania, tj. w szczególności poprzez zadanie pytania do SIWZ i ewentualnie złożenie odwołania. Zaniechanie powyższego świadczy o niedochowaniu przez odwoływającego należytej staranności wymaganej od profesjonalistów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe w dalszej kolejności za kluczową należało uznać kwestię przynależności pompy WE do typoszeregu WPWE. Mając na uwadze treść zarzutów postawionych w odwołaniu, okoliczność przeciwna powinna zostać udowodniona przez odwoływającego. W tym zakresie ciężar dowodu spoczywał na odwoływającym, czemu w ocenie składu orzekającego Izby odwoływający nie sprostał. W szczególności odwoływający nie udowodnił odmienności konstrukcyjnych pompy WE w stosunku do pomp WPWE, potwierdzających brak możliwości zaliczenia pompy WE do typoszeregu WPWE. Z pewnością bowiem należy zgodzić się ze stanowiskiem przedstawionym przez wykonawcę Zamep, iż okoliczności dotyczące stosowanego przez wykonawcę nazewnictwa nie mają w tym zakresie istotnego znaczenia. Należy wskazać, iż wykonawca Zamep złożył w postępowaniu dokumentację Dokumentację Techniczno - Ruchową dotyczącą pomp WPWE i WE, a w piśmie wniesionym w dniu 16 lipca 2020 r. podał istotne parametry (króciec ssawny, króciec tłoczny, Q_{nom} , n , wykonania materiałowe - zależne od warunków pracy) przesądzające w jego ocenie o tożsamości pomp WPWE-250/9 oraz WE-250/9 i przynależności do jednego typoszeregu. Odwoływający ograniczył się w tym zakresie do wskazania różnic w zakresie parametrów masy i wymiarów, a w szczególności parametru maksymalnego ciśnienia. Po pierwsze, przedstawienie twierdzeń o istotnym znaczeniu różnic w zakresie poszczególnych parametrów jest daleko niewystarczające, tym bardziej gdy chodzi o informacje o charakterze eksperckim. Po drugie, przedstawiając powyższe stanowisko w zakresie porównania pomp WE oraz WPWE odwoływający - w odniesieniu do pompy WPWE - odwołał się do informacji zawartych w poprzedniej wersji Dokumentacji Techniczno - Ruchowej (numer 14, podczas gdy obecna oznaczona jest numerem 16) dotyczącej tej pompy zaoferowanej w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zatem uwzględniającej odmienne wymagania przewidziane wówczas przez zamawiającego. Jak natomiast przyznał sam odwoływający na rozprawie co do zasady dla danego typoszeregu sporządzana jest jedna Dokumentacja Techniczno - Ruchowa, jednakże jej treść może się różnić w zależności od konkretnej pompy. Na poparcie swojego stanowiska odwoływający powoływał się zatem na treść Dokumentacji Techniczno - Ruchowej w wersji, która straciła na aktualności w odniesieniu do obecnego postępowania o udzielenie zamówienia. Na zasadność twierdzeń wykonawcy Zamep o przynależności pompy WE do typoszeregu WPWE - poza wskazaną powyżej wspólną Dokumentacją Techniczno - Ruchową dla pomp WPWE i WE - wskazuje również treść Aneksu Nr 1 z dnia 15 czerwca 2020 r. do zaświadczenia KOMAG/16/ZAŚW/0386 z dnia 28 grudnia 2016 r. W ww. dokument potwierdza przyjęcie od producenta dokumentacji dotyczącej pomp i zespołów pompowych typoszeregu pompy WPWE oraz jej odmiany pompy WE, a ponadto jako okres przechowania dokumentacji wskazano tę samą datę (28 grudnia 2026 r.) co w przypadku dokumentacji pomp i zespołów pompowych typoszeregu WPWE objętej zaświadczeniem KOMAG/16/ZAŚW/0386. Powyższe stanowisko dodatkowo potwierdza okoliczność pierwotnego złożenia przez wykonawcę Zamep zaświadczenia odnoszącego się wyłącznie do pomp WPWE (zaświadczenie KOMAG/16/ZAŚW/0386). Jak bowiem wyjaśnił na rozprawie sam odwoływający złożenie dokumentacji celem uzyskania

certyfikatu uprawniającego do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa zależy od decyzji producenta w przypadku dokonania istotnych zmian w zakresie parametrów wyrobu (a zatem nie musi mieć miejsca w sytuacji nieistotnych zmian parametrów).

Mając zatem na uwadze, iż określony w treści SIWZ dla oferowanego przedmiotu zamówienia wymóg co do wdrożenia do produkcji przed dniem składania ofert oraz stosowania w układach odwadniania w wyrobiskach podziemnych zakładów górniczych należało odnosić do danego typoszeregu pompy, a odwołujący w żaden sposób nie udowodnił braku przynależności pompy WE do typoszeregu WPWE, odwołanie podlegało oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec niezłożenia przez pełnomocnika zamawiającego rachunku wystawionego tytułem reprezentowania go w postępowaniu odwoławczym brak było podstawy do uwzględnienia wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego kosztów poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (§ 3 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania).

Przewodniczący: