Sygn. akt KIO 1062/20

WYROK

z dnia 3 lipca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2020 roku przez Odwołującego: Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie-Dziekanówku, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Lubelski Węgiel „Bogdanka" S.A. z siedzibą w Bogdance

przy udziale wykonawcy TechMad Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 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 kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 Lublinie.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Dnia 14 maja 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (Dz.U.2019.1843, dalej: „Pzp") odwołanie złożył Wykonawca Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie-Dziekanówku, dalej jako „Odwołujący".

Postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego prowadzi Zamawiający: Lubelski Węgiel „Bogdanka" S.A. z siedzibą w Bogdance, w przedmiocie zamówienia na Wykonywanie remontów podzespołów kompleksów strugowych produkcji Caterpillar (5 zadań). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 23 marca 2020 r., pod numerem 2020/S 058-140057.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w ramach zadania nr 2, 4 i 5 polegających na:

- nieuprawnionym dopuszczeniu i zaproszeniu TechMad Sp. z o.o. (dalej: Techmad lub Przystępujący) do aukcji elektronicznej;

- zaniechaniu odrzucenia oferty Techmad pomimo tego, że jej treść nie odpowiada

treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ");

- zaniechaniu odrzucenia oferty Techmad pomimo tego, iż jest ona niezgodna z ustawą;

- zaniechaniu odrzucenia oferty Techmad pomimo tego, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny;

- ewentualnie zaniechaniu wezwania Techmad do wyjaśnienia treści oferty.

Odwołujący wskazywał na naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Techmad pomimo jej niezgodności z ustawą;

- art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 30 ust. 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Techmad pomimo jej niezgodności z ustawą;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty Techmad, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;

- art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Techmad pomimo, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny;

- art. 91b. ust. 1 Pzp poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej Techmad, pomimo tego, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu;

- ewentualnie art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zażądania od Techmad wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności zaproszenia Techmad do udziału w aukcji elektronicznej,
- w przypadku, gdyby w okresie od dnia złożenia odwołania do terminu rozprawy

przeprowadzona została aukcja elektroniczna z udziałem Techmad - unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji,

- odrzucenia oferty Techmad;

- ewentualnie - wezwania Techmad do złożenia stosownych wyjaśnień.

W uzasadnieniu podniesiono, że dniu 13.05.2020r. roku Odwołujący otrzymał zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej w postępowaniu, a jednocześnie powziął informację o tym, iż zaproszenie takie otrzymał także Techmad. W ocenie Odwołującego, oferta Techmad w ramach zadania nr 2, 4 i 5 nie kwalifikuje się do zaproszenia do aukcji ze względu na nieprawidłowości jakie w niej wystąpiły.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp:

Stosownie do art. 82 ust. 1 Pzp, każdy wykonawca może złożyć w postępowaniu jedną ofertę, poza przypadkiem składania oferty wariantowej. Zgodnie natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jest ona niezgodna z ustawą.

Zgodnie z postanowieniem Rozdziału VI ust. 3 SIWZ (cz. I), na ofertę składały się m.in.: formularz oferty (zał. nr 1 do SIWZ), wykaz prac i czynności remontowych (zał. nr 5 do SIWZ), wykaz części zamiennych i podzespołów - zakres podstawowy (zał. nr 6 do SIWZ),

wykaz części zamiennych i podzespołów - zakres dodatkowy (zał. nr 7 do SIWZ). Nadto wykonawcy zobowiązani byli do złożenia kalkulacji w formie elektronicznej, w formacie MS Excel w układzie (kolejność pozycji) i podziale na zadania zgodnym z załącznikami nr 5, 6 i 7 do SIWZ.

Analiza dokumentów złożonych przez Techmad wykazała następujące nieprawidłowości.

Zadanie nr 2:

W załączniku nr 6 do SIWZ, w części poświęconej zadaniu nr 2 (wykonywanie remontów elektrozaworów 3/2 drogowych), w poz. 7.11 (popychacz), Techmad zaoferował produkt oznaczony numerem TM-EZ-20-005 w cenie jednostkowej netto 4,68 zł, natomiast w poz. 7.19 (popychacz) Techmad zaoferował produkt oznaczony numerem TM-EZ-20-013 w cenie jednostkowej netto 6,76 zł.

Odwołujący podkreślił, że Techmad w powyższych pozycjach (jak i we wszystkich pozostałych) zaoferował Zamawiającemu zamiennik, albowiem produktem nominalnym wymaganym przez Zamawiającego był produkt Caterpillar oznaczony numerem katalogowym 345101. Zarówno dla pozycji 7.11 jak i dla poz. 7.19 Zamawiający wymagał dokładnie tego samego produktu tj. części oznaczonej numerem katalogowym 345101. W konsekwencji Techmad winien był zarówno dla poz. 7.11 jak i dla poz. 7.19 zaoferować identyczny produkt w tej samej cenie.

Zadanie nr 4:

W zał. nr 6 do SIWZ, w części poświęconej zadaniu nr 4 (wykonywanie remontów przekładni P45 CST i P45 CST-VM), w poz. 9-10.335 (wał zębaty II, Z=26-W170), Techmad zaoferował produkt oznaczony numerem TM-CT-20-325 w cenie jednostkowej netto 13.006,78 zł, natomiast w zał. nr 7 do SIWZ, w części poświęconej zadaniu nr 4 (wykonywanie remontów przekładni P45 CST i P45 CST-VM), w poz. 9-10.349 (zębnik osiowy Z=26-W170), Techmad zaoferował produkt oznaczony numerem TM-CT-20-341 w cenie jednostkowej netto 10.918,10 zł. Pomimo zastosowania przez Zamawiającego innych nazw (wał zębaty - zębnik osiowy) chodzi o tę samą część oznaczoną w katalogu Caterpillar numerem 1568464. Wobec tego Techmad winien był również zaoferować Zamawiającemu jedną część po tej samej cenie.

W zał. nr 6 do SIWZ, w części poświęconej zadaniu nr 4 (wykonywanie remontów przekładni P45 CST i P45 CST-VM), w poz. 9-10.336 (wał zębaty II, Z=17-W170), Techmad zaoferował produkt oznaczony numerem TM-CT-20-326 w cenie jednostkowej netto 8.743,60 zł, natomiast w zał. nr 7 do SIWZ, w części poświęconej zadaniu nr 4 (wykonywanie remontów przekładni P45 CST i P45 CST-VM), w poz. 9-10.348 (zębnik osiowy Z=17-W170), Techmad zaoferował produkt oznaczony numerem TM-CT-20-340 w cenie jednostkowej netto 7.339,51 zł. Podkreślić w tym przypadku należy, że pomimo zastosowania przez Zamawiającego innych nazw (wał zębaty - zębnik osiowy) chodzi o tę samą część oznaczoną w katalogu Caterpillar numerem 4161497. Wobec tego Techmad winien był również zaoferować Zamawiającemu jedną część po tej samej cenie.

Zadanie nr 5:

W zał. nr 7 do SIWZ, w części poświęconej zadaniu nr 5 (wykonywanie remontów podzespołów struga GH 1600/kół napędowych/kół łańcuchowych), w poz. 11.17 (nakrętka M20-8), Techmad zaoferował produkt oznaczony numerem TM-GS-20-039 w cenie jednostkowej netto 4,98 zł, w poz. 11.32 (nakrętka M20-8) Techmad zaoferował produkt oznaczony numerem TM-GS-20-054 w cenie jednostkowej netto 4,98 zł, natomiast w poz. 13.15 Techmad zaoferował produkt oznaczony numerem TM-GS-20-068 w cenie jednostkowej netto 4,78 zł. Techmad zaoferował Zamawiającemu zamienniki, albowiem produktem nominalnym była część Caterpillar oznaczona numerem katalogowym 127060 i dla powyższych trzech pozycji (11.17, 11.32, 13.15) Zamawiający wymagał identycznej części oznaczonej w katalogu Caterpillar numerem 127060, tymczasem Techmad dla każdej z tych pozycji zaoferował inną część, a ponadto jedna z nich ma inną cenę niż dwie pozostałe.

W zał. nr 7 do SIWZ, w części poświęconej zadaniu nr 5 (wykonywanie remontów podzespołów struga GH 1600/kół napędowych/kół łańcuchowych), w poz. 11.19 (wkręt dociskowy M24x30 kl. 12.9), Techmad zaoferował produkt oznaczony numerem TM-GS-20-041 w cenie jednostkowej netto 17,79 zł, w poz. 11.34 (wkręt dociskowy M24x30 kl. 12.9) Techmad zaoferował produkt oznaczony numerem TM-GS-056 w cenie jednostkowej netto 17,79 zł, natomiast w poz. 13.18 (wkręt dociskowy M24x30 kl. 12.9) Techmad zaoferował produkt oznaczony numerem TM-GS-20-071 w cenie jednostkowej netto 17,08 zł. Produktem nominalnym dla wszystkich tych pozycji jest część oznaczona w katalogu

Caterpillar numerem 127086. Techmad winien był zaoferować w wyszczególnionych pozycjach jedną część (oznaczoną tym samym numerem katalogowym), tymczasem zaoferował trzy różne części, z których jedna ma inną cenę niż dwie pozostałe.

W zał. nr 6 do SIWZ, w części poświęconej zadaniu nr 5 (wykonywanie remontów podzespołów struga GH 1600/kół napędowych/kół łańcuchowych), w poz. 11.9 (uchwyt nożowy ociosowy - krótki), Techmad zaoferował produkt oznaczony numerem TM-GS-20-003 w cenie jednostkowej netto 1.750,00 zł. Z kolei w zał. nr 7 do SIWZ, w części poświęconej zadaniu nr 5, w poz. 11.23 (uchwyt nożowy ociosowy) Techmad zaoferował produkt oznaczony numerem TM-GS-20-045 w cenie jednostkowej netto 1.500,00 zł, a w poz. 11.24 (uchwyt nożowy ociosowy) zaoferował produkt oznaczony numerem TM-GS-20-046 w takiej samej cenie. We wszystkich tych pozycjach Zamawiający wymagał zaoferowania tego samego produktu oznaczonego w katalogu Caterpillar numerem 340480. Techmad zaoferował trzy różne części w miejsce jednej, wymaganej przez SIWZ, a nadto na jedną z nich zaoferował inną cenę niż na dwie pozostałe.

W zał. nr 7 do SIWZ, w części poświęconej zadaniu nr 5 (wykonywanie remontów podzespołów struga GH 1600/kół napędowych/kół łańcuchowych), w poz. 11.11 (sworzeń dystansowy), Techmad zaoferował produkt oznaczony numerem TM-GS-20-033 w cenie jednostkowej netto 972,61 zł, a w poz. 11.26 produkt oznaczony numerem TM-GS-20-048 w cenie jednostkowej netto 1.028,59 zł. Dla obu tych pozycji Zamawiający wymagał zaoferowania jednej części oznaczonej w katalogu Caterpillar numerem 702020. Techmad złożył ofertę na dwa różne produkty w miejsce jednego, a dodatkowo na każdą z oferowanych części dał inną cenę. Techmad winien był zaoferować Zamawiającemu w tych pozycjach taką samą część po takiej samej cenie.

W zał. nr 7 do SIWZ, w części poświęconej zadaniu nr 5 (wykonywanie remontów podzespołów struga GH 1600/kół napędowych/kół łańcuchowych), w poz. 11.12 (zabezpieczenie górnej części GH), Techmad zaoferował produkt oznaczony numerem TM-GS-20-034 w cenie jednostkowej netto 5.658,69 zł, a w poz. 11.27 zaoferował produkt oznaczony numerem TM-GS-20-049 w cenie jednostkowej netto 5.674,86 zł. Dla obu tych pozycji Zamawiający wymagał zaoferowania jednej części oznaczonej w katalogu Caterpillar numerem 702214. Techmad złożył ofertę na dwa różne produkty w miejsce jednego, a dodatkowo na każdą z oferowanych części dał inną cenę. Techmad winien był zaoferować Zamawiającemu w tych pozycjach taką samą część po takiej samej cenie.

Pozostałe nieprawidłowości w ofercie Techmad wystąpiły w zał. nr 7 do SIWZ w części poświęconej zadaniu nr 5 (wykonywanie remontów podzespołów struga GH 1600/kół napędowych/kół łańcuchowych) i polegały na podaniu różnych numerów katalogowych dla tej samej części wymaganej przez Zamawiającego przy zaoferowaniu takiej samej ceny. Nieprawidłowości te wystąpiły w następujących pozycjach:

- 11.14 oraz 11.29 dla których Techmad zaoferował części nr TM-GS-20-036 oraz TM-GS-20-051 pomimo, że Zamawiający wskazał dla nich jedną część o numerze 126324;

- 11.16 oraz 11.31 dla których Techmad zaoferował części nr TM-GS-20-038 oraz TM-GS-20-053 pomimo, że Zamawiający wskazał dla tych pozycji jedną część o numerze 126356;

- 11.18 oraz 11.33 dla których Techmad zaoferował części nr TM-GS-20-040 oraz TM-GS-20-055 pomimo, że Zamawiający wskazał dla tych pozycji jedną część o numerze 127019;

- 11.15 oraz 11.30 dla których Techmad zaoferował części nr TM-GS-20-037 oraz TM-GS-20-052 pomimo, że Zamawiający wskazał dla tych pozycji jedną część o numerze 133581;

- 11.20 oraz 11.35 dla których Techmad zaoferował części nr TM-GS-20-042 oraz TM-GS-20-057 pomimo, że Zamawiający wskazał dla tych pozycji jedną część o numerze 764963.

Nieprawidłowości występujące w ofercie Techmad zdaniem Odwołującego zakwalifikować należy stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp jako jej niezgodność z ustawą. Skoro wykonawca może złożyć wyłącznie jedną ofertę, to zaproponowanie dwóch różnych produktów w miejsce wymaganego przez Zamawiającego jednego produktu oznacza złożenie w istocie dwóch ofert. Zamawiający realizując umowę opartą o taką ofertę nie będzie wiedział jaki produkt otrzyma, a także po jakiej cenie, jako że występują różnice w cenach części zaoferowanych przez Techmad w odniesieniu do tej samej pozycji. Nie może być dopuszczalne przyjęcie na etapie wykonywania umowy swobodnego wyboru, czy to po stronie Zamawiającego, czy też Techmad, która z zaoferowanych części znajdzie zastosowanie. Taka konstrukcja oferty stoi w sprzeczności

z wymogiem precyzyjnego określenia przedmiotu zobowiązania wykonawcy. Zamawiający nie dopuścił formułowania oferty w sposób alternatywny (wariantowy), lecz wymagał konkretnej identyfikacji części oferowanych w poszczególnych pozycjach. W celu umożliwienia weryfikacji zgodności oferowanego elementu z wymaganym pod kątem jego równoważności, Zamawiający dla każdej kupowanej części przyjął oznaczenie z katalogu części oryginalnych Caterpillar.

Z uwagi na powyższe, oferta Techmad podlega odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 30 ust. 5 Pzp:

Zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp, wykonawca, który oferuje w postępowaniu rozwiązania równoważne (określone w postępowaniu jako zamienniki) winien wykazać, że oferowane produkty spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Nie wystarczy złożenie przez wykonawcę dokumentów (oświadczeń) wskazanych w punkcie V SIWZ (cz. III - opis przedmiotu zamówienia) na etapie realizacji zamówienia. Zarówno sama treść przepisu ustawy, jak i orzecznictwo zapadłe na jego tle nie pozostawia w tym względzie żadnych wątpliwości - obowiązek wykazania równoważności musi być spełniony już na etapie złożenia oferty (tak wyrok KIO z dnia 30 marca 2018 roku, KIO 524/18).

Techmad poprzez poniechanie wykazania równoważności naruszył art. 30 ust. 5 Pzp, a tym samym złożył ofertę niezgodną z ustawą. W konsekwencji oferta Techmad podlega

odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp:

W ocenie Odwołującego, okoliczności faktyczne przytoczone powyżej w odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty Techmad z Pzp przesądzają również o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W Rozdziale II SIWZ (cz. I) ust. 3 Zamawiający zdecydował jednoznacznie, iż każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Zatem niezależnie od tego, iż oferta Techmad jest niezgodna z Pzp, jest także niezgodna z treścią SIWZ w oparciu o dokładnie ten sam faktyczny.

Ponadto, w Rozdziale IV SIWZ (cz. I) Zamawiający wyraźnie zakazał składania oferty wariantowej, zatem Techmad zobowiązany był do złożenia jednej oferty, co należy rozumieć jako zaoferowanie jednego produktu dla każdej wskazanej przez Zamawiającego i oznaczonej numerem katalogowym Caterpillar części będącej przedmiotem zamówienia. Dla niektórych pozycji wchodzących w skład zamówienia Techmad zaoferował dwie lub trzy różne części, przy czym niektóre z nich po różnych cenach. W konsekwencji oferta Techmad podlega odrzuceniu w zadaniu nr 2, 4 i 5.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp:

W ocenie Odwołującego okoliczności przedstawione na poparcie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp, w części uzasadniają także zarzut naruszenia

art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ (Rozdział IX), Zamawiający jako kryterium oceny ofert przyjął całkowitą cenę brutto stanowiącą sumę wartości brutto pozycji wykazanych w zał. nr 5, 6 i 7 do SIWZ. Podstawą ustalenia prawidłowej, całkowitej ceny brutto oferty na poszczególne zadania powinny być zatem prawidłowo określone przez każdego wykonawcę ceny jednostkowe na poszczególne pozycje. W sytuacji, gdy dla niektórych, takich samych części, w różnych miejscach oferty (w ramach tego samego zadania) zaoferowane zostały różne ceny jednostkowe, to wynik sumowania takich cen musi zawierać błąd przyjęcia niewłaściwych danych (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.12.2018r. w sprawie KIO 1287/18).

Błąd taki ma szczególnie istotne znaczenie przy rozliczeniu kosztorysowym, jak w przypadku tej umowy. Zamawiający ani wykonawca bowiem nie będą uprawnieni do arbitralnego wyboru ceny jednostkowej, która zostanie przyjęta do rozliczenia zużycia określonych części wykorzystanych przy danym remoncie. Niedopuszczalne byłoby przyjęcie, że określona ilość części zostanie zakupiona po jednej cenie, a pozostała część według drugiej ceny. Może się zdarzyć, że Zamawiający nie wyczerpie całego zakresu

zamówienia dla danej pozycji, a wówczas nie da się ustalić, która z cen miałaby być zastosowana jako pierwsza, a która jako druga.

Zarzut naruszenia art. 91b ust. 1 Pzp:

Zamawiający uprawniony jest do zaproszenia do aukcji elektronicznej jedynie tych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Mając na uwadze zarzuty sformułowane w odwołaniu, naruszenie art. 91b ust. 1 Pzp jest konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w o9dwołaniu przepisów Pzp.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp:

Odwołujący postawił ten zarzut jedynie jako ewentualny, z zachowaniem zasady ostrożności procesowej. W ocenie Odwołującego przytoczone w odwołaniu okoliczności faktyczne przesądzają o konieczności odrzucenia oferty Techmad w zadaniach nr 2, 4 i 5 ze względu na występujące w niej wady. Nie jest zasadne wzywanie Techmad do wyjaśnień w sytuacji, gdy treść oferty nie budzi wątpliwości i jednoznacznie wskazuje na naruszenie przepisów ustawowych i postanowień SIWZ, zatem złożenie przez Techmad ewentualnych wyjaśnień nie doprowadzi do rozwiania jakichkolwiek wątpliwości i nie może doprowadzić do uratowania tej oferty.

Jednakże, mając na uwadze, że kwestia ta może być inaczej oceniona przez Izbę, na wypadek stanowiska, iż odrzucenie oferty Techmad na tym etapie byłoby przedwczesne,

Odwołujący wskazuje również na naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp. O ile bowiem Izba stwierdzi,

iż na tym etapie odrzucenie oferty stanowiłoby zbyt daleko idący środek, bez możliwości wyjaśnienia błędów zaistniałych w ofercie Techmad, o tyle zastosowanie art. 87 ust. 1 Pzp i podjęcie próby wyjaśnienia błędów oferty Techmad stanowi minimum, do którego Zamawiający powinien być zobowiązany.

Z tych powodów Odwołujący wnosił jak na wstępie odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 lipca 2020r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości oraz o przeprowadzenie dowodów z dokumentów zawartych w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego oraz załączonych do niniejszej odpowiedzi na odwołanie - na okoliczności opisane szczegółowo w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 91 b ust. 1 Pzp wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego oferta Przystępującego jest ofertą w całości zgodną z Pzp, a tym samym niepodlegającą odrzuceniu przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp. W opinii Zamawiającego nie ulega bowiem wątpliwości, że w zakresie zadań: 2, 4 i 5 Przystępujący złożył prawidłowo jedną ofertę zgodną z Pzp oraz SIWZ, na każde z zadań: 2, 4 i 5. Oferta Przystępującego została przygotowana zgodnie z opracowanym przez Zamawiającego formularzem oferty wraz z załącznikami do tego formularza. Każda z pozycji zawartych w załącznikach nr 6 i 7 do SIWZ oferty została przez Przystępującego uzupełniona w sposób prawidłowy, bez dublowania jakichkolwiek wartości w ramach poszczególnych pozycji. W przedmiotowym postępowaniu - wbrew ww. twierdzeniu Odwołującego - w tych wszystkich przypadkach, w których w odniesieniu do jednego rodzaju części zamiennej o konkretnym numerze katalogowym producenta urządzenia - opracowane przez Zamawiającego załączniki nr 6 oraz nr 7 do SIWZ, przewidywały więcej niż jedną pozycję tego formularza do wypełnienia przez wykonawcę poprzez wskazanie numeru katalogowego zamiennika dla tej części - Zamawiający podkreślił, że nie wymagał wskazania przez wykonawców we wszystkich ww. pozycjach - zamienników o tych samych numerach katalogowych oraz w tej samej cenie. Zaznaczył, że w ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że pozostawił wykonawcom całkowitą swobodę co do pochodzenia oferowanych przez nich części zamiennych, to jest części, które mają zostać zastosowane (jeżeli zajdzie taka potrzeba) w ramach wykonywanych remontów poszczególnych podzespołów - w miejsce, wyeksploatowanych, uszkodzonych bądź wadliwych części tych podzespołów (czyli wykonawcy mogli zaoferować części zamienne wyprodukowane przez różnych producentów i mieli w tym zakresie pełną swobodę). Ponadto w SIWZ Zamawiający nie wymagał od wykonawców, aby oferowane przez nich części zamienne były wykonane w konkretny sposób. Natomiast zgodnie z częścią III SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia), Zamawiający

- w odniesieniu do części zamiennych, oferowanych przez wykonawców, sformułował jedynie wymagania, żeby były fabrycznie nowe, o parametrach nie gorszych niż części oryginalne, spełniały wymogi obowiązujących aktualnych przepisów prawa [w tym w szczególności przepisów określonych w części III pkt III SIWZ] oraz wykonane były zgodnie z dokumentacją techniczno - ruchową urządzenia podlegającego remontowi (część III pkt III SIWZ).

Zamawiający podkreślił, że w treści SIWZ wymagał od wykonawców zapewnienia, aby remonty wykonywane na podstawie umowy zawartej w wyniku przedmiotowego postępowania (niezależnie od pochodzenia i wersji wykonania zastosowanych przez wykonawcę części zamiennych) wykonane zostały w sposób gwarantujący bezpieczną eksploatację wyremontowanych urządzeń i nie doprowadziły do wytworzenia nowego urządzenia, w stosunku do którego wymagane będzie jego ponowne wprowadzenie do obrotu (część III pkt IV-V SIWZ). Zatem Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób dopuszczający co do zasady każdy zaoferowany przez wykonawcę zamiennik - bez względu na to, przez jakiego producenta został wyprodukowany oraz niezależnie od wersji jego wykonania - pod warunkiem jedynie, aby zamiennik ten spełniał ww. wymagania, określone w części III SIWZ. Zamawiający podkreślił także, że w tych wszystkich przypadkach, w których w odniesieniu do jednego rodzaju części zamiennej o konkretnym numerze katalogowym producenta urządzenia - opracowany przez Zamawiającego załącznik nr 6 lub 7 do formularza oferty przewidywał więcej niż jedną pozycję tego formularza do wypełnienia przez wykonawcę poprzez wskazanie numeru katalogowego zamiennika - Zamawiający absolutnie nie wymagał wskazania przez wykonawcę we wszystkich ww. pozycjach identycznych zamienników tj. zamienników o tych samych numerach katalogowych oraz w tej samej cenie. Wymaganie takie nie wynika z jakiegokolwiek postanowienia SIWZ ani z przepisu ustawy. We wszystkich bowiem przypadkach, w których załączniki nr 6 i 7 do SIWZ oferty wskazywały - w większej liczbie pozycji niż jedna - te same części zamienne o takich samych numerach katalogowych producenta urządzenia - wykonawca miał pełne prawo zaoferować Zamawiającemu zamienniki o różnych numerach katalogowych [czyli np. części wyprodukowane przez różnych producentów i/lub w różnych wersjach wykonania] i w różnych cenach, o ile oczywiście zamienniki te spełniały wymagania, określone przez Zamawiającego w części III SIWZ. Ponadto Zamawiający zauważył, że tego, że zamienniki zaoferowane przez Przystępującego w zadaniach nr: 2, 4 oraz 5 - spełniają ww. wymagania, Odwołujący w żaden sposób nie kwestionuje w treści Odwołania.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że na rynku obecnych jest wiele części zamiennych (zamienników) stosowanych w podzespołach urządzeń wchodzących w skład kompleksów strugowych, których dotyczyło przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Często zdarza się, że dane części zamienne (zamienniki), które spełniają te same funkcje, z uwagi na to, że pochodzą od różnych producentów, albo też te pochodzące od jednego producenta, z uwagi na to, że występują w różnych wersjach wykonania (różnice w metodzie wykonania lub w zaawansowaniu technicznym) - posiadają odmienne numery katalogowe i mogą też mieć różne ceny. Zróżnicowanie części w przedmiotowym zakresie oferowanych przez Przystępującego Zamawiającemu w ramach historycznych, poprzednich postępowań - trafnie obrazuje Przystępujący w treści Przystąpienia z 21 maja 2020 r. Co istotne i jak słusznie wskazuje Przystępujący w treści ww. Przystąpienia: „(...) Przystępujący w żadnym miejscu swojej oferty nie wskazuje w ramach jednej poszczególnej pozycji [rubryki w tabeli] dwóch różnych numerów katalogowych - innymi słowy, w każdej rubryce dedykowanej do wpisu numeru katalogowego zamiennika został wpisany jeden numer (...)." Co ważne, prawidłowość ww. sposobu sformułowania oferty przez Przystępującego nie budzi także jakichkolwiek wątpliwości w kontekście oceny oferty przez Zamawiającego wedle kryterium ceny. Ocena ta bowiem opiera się na sumowaniu wartości brutto wszystkich pozycji w ramach poszczególnych zadań. W sytuacji zatem, kiedy w każdej pozycji ww. załączników 5-7 do SIWZ znajduje się prawidłowo jedna wartość, nie ma jakiegokolwiek problemu z dokonaniem całościowej oceny oferty w postępowaniu przetargowym. Zatem w przedmiotowym stanie faktycznym w żadnym wypadku nie można mówić o złożeniu przez Przystępującego dwóch różnych ofert w zakresie zadań nr 2, 4 i 5.

Zamawiający stwierdził również, że oferta Przystępującego nie może być również traktowana jako oferta wariantowa, bowiem nie stanowi ona oferty przewidującej odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego.

Mając na względzie powyższe należy wskazać, że opisany powyżej zarzut Odwołującego nie znajduje żadnego oparcia ani w przepisach Pzp, a ni też w postanowieniach SIWZ.

Zamawiający zauważył ponadto, że bezpośrednio w związku z zarzutem naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp pozostaje sformułowany przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt Pzp. Zamawiający stwierdził, że Przystępujący złożył prawidłowo jedną ofertę zgodną z Pzp oraz SIWZ, na każde z zadań nr: 2, 4 i 5.

Odnośnie zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz art. 91 b ust. 1 Pzp Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego oferta Przystępującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, który uzasadniałby odrzucenie przez Zamawiającego oferty Przystępującego - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Mianowicie, podzielając twierdzenie Odwołującego, że „Zamawiający jako kryterium oceny ofert przyjął całkowitą cenę brutto stanowiącą sumę wartości brutto pozycji wskazanych w zał. nr 5, 6 i 7 do SIWZ", nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że Przystępujący zaoferował w różnych miejscach oferty (w ramach tego samego zadania) różne ceny jednostkowe w odniesieniu do takich samych części, co w konsekwencji prowadzić miało do błędu w obliczeniu ceny w ofercie Przystępującego, uzasadniającego w przedmiotowej sprawie w ocenie Odwołującego odrzucenie oferty Przystępującego.

Przystępujący w swojej ofercie w żadnym miejscu nie zaoferował dwóch różnych cen w odniesieniu do takiej samej [identycznej] części zamiennej zaoferowanej przez niego Zamawiającemu. Natomiast przypadki, w których w stosunku do jednego rodzaju części zamiennej o konkretnym numerze katalogowym producenta urządzenia, Przystępujący oferuje [w kilku pozycjach formularza oferty dotyczących tejże części zamiennej] części zamienne o różnych cenach jednostkowych to sytuacje, gdzie ww. różnice w cenach jednostkowych poszczególnych części oferowanych przez Przystępującego wynikają z różnych wersji wykonania tych części zamiennych, czyli zaoferowania różnych zamienników tej samej części. Różne zamienniki części zamiennej charakteryzują się tym, że spełniają tę samą funkcję co dana część zamienna oraz mogą być bezpiecznie zastosowane w remontowanych podzespołach urządzeń Zamawiającego. Jednak pomiędzy tymi poszczególnymi zamiennikami występują pewne różnice, uzasadniające różną cenę jednostkową. Zatem Przystępujący w swojej ofercie - wbrew uzasadnieniu przedmiotowego zarzutu - nie zaoferował Zamawiającemu niektórych takich samych części zamiennych w różnych cenach jednostkowych, w konsekwencji oferta Przystępującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, zaś Zamawiający nie naruszył w przedmiotowym postępowaniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz art. 91 b ust. 1 Pzp.

Odnośnie zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 30 ust. 5 Pzp, art. 91 b ust. 1 Pzp Zamawiający wskazał że również one są bezzasadne. W opinii Zamawiającego Odwołujący bezpodstawnie opiera zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 30 ust. 5 Pzp na twierdzeniu, że Przystępujący w ramach przedmiotowego postępowania - nie wykazał równoważności oferowanych przez niego części zamiennych, w stosunku do części zamiennych opisanych przez Zamawiającego, a zatem jego oferta - jako niezgodna z przepisem art. 30 ust. 5 Pzp - powinna zostać prawidłowo odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający wskazał, że przewidziany w art. 30 ust. 5 Pzp obowiązek wykonawcy, aktualizuje się w przypadku, gdy zamawiający - z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia i brak możliwości opisania przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń - dokona opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnego produktu lub usługi wraz z towarzyszącym takiemu wskazaniu sformułowaniem „lub równoważny" i - co istotne - wraz z precyzyjnym określeniem przez zamawiającego minimalnych parametrów równoważności produktów lub usług, w oparciu o które dokonana zostanie ocena spełnienia wymagań opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast w niniejszym postępowaniu nie ulega wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w wyżej określony sposób, co oznacza, że po stronie Przystępującego nie istniał - wynikający z art. 30 ust. 5 Pzp - obowiązek wykazywania na etapie składania oferty równoważności oferowanych przez Przystępującego części zamiennych. Mianowicie, przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie jest wykonywanie remontów podzespołów kompleksów strugowych produkcji Caterpillar. Zgodnie z Częścią III SIWZ pkt II ppkt 1, remont ma na celu przywrócenie pełnej sprawności urządzenia oraz możliwości jego eksploatacji w podziemnych zakładach górniczych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Jak stanowi zaś Część III SIWZ pkt III ppkt 1, Wykonawca jest zobowiązany zastosować - w przypadku konieczności wymiany - fabrycznie nowe części zamienne, o parametrach nie gorszych niż części oryginalne, spełniające wymogi obowiązujących aktualnych przepisów (w tym w szczególności przepisów określonych w części III pkt III SIWZ). Zastosowane części zamienne wykonane mają być zgodnie z dokumentacją techniczno - ruchową danego urządzenia. Treść powyższych postanowień SIWZ oznacza, że Zamawiający nie wymagał wykazywania przez wykonawców, że oferowane przez nich części zamienne są równoważne w zakresie jakichkolwiek parametrów w stosunku do części zamiennych opisanych przez Zamawiającego. Zamawiający w treści SIWZ ani nie wskazywał na równoważność, ani też nie określił jakichkolwiek parametrów równoważności, tj. minimalnych parametrów w oparciu, o które dokona oceny, czy oferowane części zamienne spełniają wymagania określone w SIWZ. Zamawiający wymagał jedynie, aby oferowane przez wykonawców części zamienne były wykonane zgodnie z dokumentacją techniczno - ruchową urządzenia podlegającego remontowi, były nie gorsze niż części oryginalne, jak również aby spełniały wymagania aktualnie obowiązujących przepisów prawa. W opinii Zamawiającego nie ulega również żadnych wątpliwości, że dopuścił on zastosowanie przez wykonawców w ramach

wykonywanych remontów podzespołów części zamiennych, wyprodukowanych przez różnych producentów, tzw. zamienników. Ponadto Zamawiający na etapie składania ofert wymagał od wykonawców złożenia oświadczeń o następującej treści:

- „remonty będące przedmiotem niniejszego postępowania, wykonane zostaną w sposób gwarantujący bezpieczną eksploatację wyremontowanych urządzeń/podzespołów/elementów/części zamiennych i w żadnym wypadku nie spowodują wytworzenia nowej maszyny/urządzenia - w związku z tym nie będzie wymagane dokonanie ponownego wprowadzenia wyrobów do obrotu, zgodnie z aktualnym stanem prawnym";

- „remonty urządzeń/podzespołów/elementów/części zamiennych będące przedmiotem niniejszego postępowania, wykonane zostaną zgodnie z dobrą praktyką inżynierską, w celu przywrócenia parametrów określonych w DTR/instrukcji użytkowania. Maszyna lub urządzenie, w których zastosowany zostanie wyremontowany element/podzespołów/część zamienna będą posiadały poziom bezpieczeństwa, co najmniej równy poziomowi bezpieczeństwa wymaganego przez pierwotne regulacje będące podstawą wprowadzenia maszyny/urządzenia do obrotu".

Wskazał, że tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego nie był kwestionowany przez żadnego z wykonawców, w tym również przez Odwołującego. Mając na uwadze powyższe, w tym w szczególności brak wskazania przez Zamawiającego na równoważność, jak również brak określenia przez Zamawiającego jakichkolwiek minimalnych parametrów równoważności oferowanych części, na podstawie których miałaby być dokonywana ocena spełnienia wymagań określonych w treści SIWZ - brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania oferty złożonej przez Przystępującego w zakresie zadań

nr 2, 4 i 5 jako niezgodnej z art. 30 ust. 5 Pzp i w konsekwencji z tego powodu jako podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 30 ust. 5 Pzp. Tym samym bezzasadne są zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 30 ust. 5 Pzp, a w dalszej kolejności przepisu art. 91 b ust. 1 Pzp.

Według Zamawiającego na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut dotyczący naruszenia przez niego art. 87 ust. 1 Pzp, ponieważ - w świetle całokształtu okoliczności faktycznych sprawy oraz przedstawionej wyżej argumentacji - treść oferty Przystępującego nie budziła i nie budzi żadnych wątpliwości Zamawiającego. Oferta ta jest sformułowana w sposób jasny i precyzyjny. Dlatego też, nie było żadnych podstaw do występowania przez Zamawiającego do Przystępującego - na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp - z żądaniem wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty.

Przystępujący w piśmie procesowym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Brak wykazania równoważności zaoferowanych części zamiennych:

Zarzut ten jest bezpodstawny i zdaniem Przystępującego jest przejawem niedostatecznego zrozumienia przez Odwołującego opisu przedmiotu zamówienia jaki został określony przez Zamawiającego w ramach postępowania.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, że „(...) produktem nominalnym wymaganym przez Zamawiającego był produkt Caterpillar oznaczony (...)", Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wymaga od wykonawców zaoferowania czy też zastosowania w ramach wykonywania przedmiotu zamówienia części, których producentem jest Caterpillar. W żadnym miejscu dokumentacji przetargowej nie został określony wprost obowiązek zaoferowania takowych części. Zamawiający wskazuje jedynie, że części te są obecnie zastosowane w ramach istniejącej infrastruktury. Przedmiot zamówienia został określony m.in. za pomocą wskazanego odniesienia do części obecnie istniejących w ramach infrastruktury za pomocą precyzyjnie opisanych wymogów celowościowych, funkcjonalnych i jakościowych, o których mowa w części III SIWZ. Przedmiot zamówienia został opisany na tyle szczegółowo i jednoznacznie, że zbędne było żądanie od wykonawców przedstawienia oferty na części, których producentem jest Caterpillar lub równoważnych. Konsekwencją takiego podejścia był brak obowiązku po stronie Zamawiającego stosowania oznaczeń „lub równoważne".

Wynika z tego, że w ramach postępowania częścią „oryginalną" jest nazwana część, która obecnie istnieje w ramach infrastruktury Zamawiającego (nadająca się do naprawy lub wymiany). Z kolei „zamiennikiem" będzie każda część, która wejdzie w miejsce części dotychczasowej. Nie ma zatem znaczenia (z punktu widzenia brzmienia SIWZ) czy producentem nowej części, która zostanie wstawiona w miejsce dotychczasowej będzie Caterpillar czy inny producent. W części III SIWZ napisano: Wykonawca zobowiązany jest zastosować - w przypadku konieczności wymiany - fabrycznie nowe części zamienne,

o parametrach nie gorszych niż części oryginalne, spełniające wymogi obowiązujących aktualnych przepisów w tym między innymi wymogi: (...)". Nie można zatem posługiwać się ww. pojęciami w odniesieniu do najczęściej spotykanego kontekstu tj. gdy Zamawiający wymaga zastosowania produktu producenta X (oryginalnego) lub zamiennika (każdy inny producent), który spełni zakres równoważności określony przez Zamawiającego. Zamiennikiem w rozumieniu SIWZ będzie zarówno nowa część, której producentem jest Caterpillar, jaki i każdy inny podmiot. Odwołujący nie wykazuje się zrozumieniem tego zagadnienia, posługuje się bowiem bliżej nie sprecyzowanym pojęciem „produktu nominalnego". Pojęcie to nie jest stosowane na gruncie Pzp. Skoro zatem każda zaoferowana przez danego wykonawcę część podlegająca wbudowaniu w miejsce części dotychczasowej, będzie częścią zamienną („zamiennikiem"), to używając sformułowania część „oryginalna" możemy mieć na uwadze wyłącznie kontekst, w którym chodzi o odwołanie się do części aktualnie istniejącej u Zamawiającego, pierwotnie zastosowanej.

Odwołujący dokonuje istotnego nadużycia co najmniej co do trzech kwestii - po pierwsze co do kwestii istnienia rzekomego wymogu postawionego przez Zamawiającego zaoferowania części, których producentem jest Caterpillar, po drugie co do rzekomego istnienia zakresu równoważności określonego w SIWZ, po trzecie rzekomego istnienia po stronie wykonawców obowiązku, o którym mowa w art. 30 ust. 5 Pzp. Tym samym nie można mówić w postępowaniu o naruszeniu przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 30 ust. 5 Pzp.

Potwierdzeniem braku istnienia obowiązku, o którym mowa w art. 30 ust. 5 Pzp, jest również okoliczność, że celem dokonania wstępnej oceny czy zaoferowany przedmiot zamówienia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu spełnia wymagania Zamawiającego, Zamawiający obligatoryjnie wymagał oświadczeń o następującej treści:

„- oświadczenie Wykonawcy, że remonty będące przedmiotem niniejszego postępowania, wykonane zostaną w sposób gwarantujący bezpieczną eksploatację wyremontowanych urządzeń/podzespołów/elementów/części zamiennych i w żadnym wypadku nie spowodują wytworzenia nowej maszyny/urządzenia - w związku z tym nie będzie wymagane dokonanie ponownego wprowadzenia wyrobów do obrotu, zgodnie z aktualnie obowiązującym stanem prawnym,

- oświadczenie Wykonawcy, że remonty urządzeń/podzespołów/elementów/części zamiennych będące przedmiotem niniejszego postępowania, wykonane zostaną zgodnie z dobrą praktyką inżynierską, w celu przywrócenia parametrów określonych w DTR/instrukcji użytkowania. Maszyna lub urządzenie, w których zastosowany zostanie wyremontowany element/podzespół/część zamienna będą posiadały poziom bezpieczeństwa, co najmniej równy poziomowi bezpieczeństwa wymaganego przez pierwotne regulacje będące podstawą wprowadzenia maszyny/urządzenia do obrotu."

Różnice pomiędzy pozycjami oferowanych części „zamiennych", dwie oferty, oferta wariantowa:

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby dopuścić każde zaoferowane przez wykonawców produkty, bez względu na ich pochodzenie, byleby były one zgodne z wymogami postawionymi w części III SIWZ. Oznacza to możliwość oferowania przez wykonawców biorących udział w postępowaniu produktów różnych producentów (Caterpillar lub innych). Zatem nic nie stoi na przeszkodzie, aby w ramach różnych pozycji wskazanych w załącznikach nr 6 i 7 do oferty Przystępującego znalazły się numery katalogowe różnych producentów - kluczowe jest jedynie to, czy produkty te będą spełniać wymagania, o których mowa w części III SIWZ. Skoro pozycje te zostały przez Zamawiającego opisane bardzo precyzyjnie (jedna po drugiej z odniesieniem do numerów katalogowych części obecnie zastosowanych, z każdorazowym podaniem ilości wymaganych sztuk), to nie ma żadnej wątpliwości, które części zaoferowane przez Przystępującego zostaną zastosowane w ramach danego etapu realizacji przedmiotu zamówienia, nawet jeżeli w innym miejscu wskazane zostały części innego producenta. Podnoszone przez Odwołującego zarzuty i obawy, że: „Zamawiający realizując umowę opartą o taką ofertę nie będzie wiedział jaki produkt otrzyma, a także po jakiej cenie (...)", są iluzoryczne i sprzeczne z obiektywną, rozsądną oceną tych okoliczności.

Dla przykładu Przystępujący w ramach pozycji 7.11 (popychacz) w zał. nr 6 do SIWZ w części dot. zadania nr 2 wskazał: produkt oznaczony numerem TM-EZ-20-005 w cenie jednostkowej 4,68 zł netto, natomiast w pozycji 7.19. (popychacz) Przystępujący zaoferował produkt oznaczony numerem TM-EZ-20-013 w cenie jednostkowej 6,76 zł netto, to z tego faktu wynika jedynie tyle, że Wykonawca wykonując zadanie nr 2 będzie dysponował 1148 sztukami części o numerze katalogowym TM-EZ-20-005 i 1170 sztukami części o numerze katalogowym TM-EZ-20013. Oferta została wskazana precyzyjnie poprzez dokładne

odniesienie do ilości wymaganych sztuk. Przystępujący w żadnym miejscu swojej oferty nie wskazuje w ramach jednej poszczególnej pozycji (rubryki w tabeli) dwóch różnych numerów katalogowych, w każdej rubryce dedykowanej do wpisu numeru katalogowego zamiennika został wpisany jeden numer. Zróżnicowanie oferowanych części zamiennych pojawia się zatem wyłącznie z powodu powtórzenia rubryk przez Zamawiającego w ramach formularza, co ma swoje uzasadnienie w technicznej ocenie zakresu przewidywanych prac na danym etapie realizacji zamówienia. Co więcej, na etapie realizacji zamówienia wykonawca jest zobowiązany do protokolarnego wskazania jakie części zostały wymienione a jakie zostały zastosowane w ich miejsce, a ponadto do obowiązkowego rozliczenia (zwrotu) części wymontowanych w stosunku 1:1 wobec części zastosowanych - a skoro tak, to oczywistym będzie na każdym etapie realizacji zamówienia, ile pozostało sztuk niewykorzystanych popychacza o nr katalogowym TM-EZ-20-005 a ile popychacza o numerze katalogowym TM-EZ-20-013.

Wyżej opisana okoliczność może wynikać choćby z braku dostępności dokładnie tych samych części w podanych ilościach. Istotne przez pryzmat ewentualnej konieczności odrzucenia oferty jest wyłącznie fakt, czy każda zaoferowana przez danego Wykonawcę część spełnia wymogi postawione przez Zamawiającego w części III SIWZ.

Dla oceny poprawności oferty Przystępującego w tym zakresie, ma również znaczenie to w jaki sposób Zamawiający określił warunki współpracy z wykonawcą na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. W części III SIWZ Zamawiający wskazał że „3. Niezbędny do wymiany pakiet części zamiennych zostanie szczegółowo określony przez Wykonawcę po demontażu i weryfikacji urządzenia i musi zapewniać przywrócenie parametrów technicznych urządzenia i wymiarów jego elementów do zgodności z dokumentacją techniczno-ruchową. 4. Zakres remontu i niezbędny do wymiany pakiet części zamiennych, wraz z wynikającą z nich kalkulacją wynagrodzenia sporządzoną na zasadach określonych w Umowie, każdorazowo wymagać będzie akceptacji przez Zamawiającego. 5. Wykaz części zamiennych, które wedle wiedzy Zamawiającego mogą się okazać niezbędne do wykonywania remontów w ramach poszczególnych Zadań, zawierają załączniki nr 6 i 7 do SIWZ."

Zatem części montowane w urządzeniach strugowych są modernizowane w celu poprawy ich parametrów oraz w celu uniknięcia lub zminimalizowania awaryjności urządzenia. Dotyczy to w szczególności elementów złącznych tj. śrub, nakrętek, podkładek, uszczelnień ale również kół zębatych, wałów napędowych oraz innych części zamiennych. Dostępna jest cała gama produktów możliwych do zastosowania w urządzeniach strugowych, co w konsekwencji daje możliwości wyboru przez wykonawców kilku różnych produktów, które jednak spełniają dokładnie te same funkcje gwarantując zachowanie wymaganej funkcjonalności i jakości pracy urządzenia. Stąd w ofercie Przystępującego w odniesieniu do powtarzających się numerów katalogowych wskazanych przez Zamawiającego zostały niekiedy przypisane inne, różne numery katalogowe oferowanych części, a w konsekwencji inne ceny.

Przystępujący przedstawił przykładowe zestawienie dostarczonych na rzecz Zamawiającego (w ramach innych, poprzednich postępowań) części zamiennych (nr katalogowy 127060 - Nakrętka M20-8, produkowanych w trzech różnych wersjach ale o tożsamej wytrzymałości), spełniających wymagane parametry techniczne - jednak będących częściami o zróżnicowanych cenach. Jeżeli zatem Zamawiający wymagał zaoferowania w danej części w co najmniej 2 pozycjach kosztorysu, to oczywistym jest, że w każdej z tych pozycji zaoferowana może być tylko część A, tylko część B, tylko część C lub dla jednej pozycji część A, a dla drugiej B lub C (nazwy „A,B,C" zostały nadane wyłącznie roboczo na potrzeby przykładu).

Przystępujący przedstawił również tabelę obrazującą zasadność stosowanej numeracji zamienników Przystępującego - części o analogicznych numerach Zamawiającego, posiadają odpowiedniki, które noszą identyczne cechy funkcjonalne, jednak z uwagi na inną metodę wykonania posiadają inną cenę.

Tym bardziej zatem wskazywane przez Odwołującego obawy, iż: „Zamawiający (.) nie będzie wiedział jaki produkt otrzyma (.)" lub „Niedopuszczalne byłoby przyjęcie, że określona ilość części zostanie zakupiona po jednej cenie, a pozostała część według drugiej ceny" są całkowicie oderwane od okoliczności sprawy i nie znajdują żadnego racjonalnego wytłumaczenia. Dlaczego miało być niedopuszczalnym dostarczenie części mających spełniać te same funkcje od różnych producentów po różnych cenach? Wręcz przeciwnie, przyjęcie toku rozumowania Odwołującego prowadziłoby do naruszenia podstawowych zasad proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i zapewnienia dostępu do realizacji przedmiotu zamówienia przedsiębiorcom z sektora MŚP - bowiem w każdym postępowaniu, w którym Zamawiający z uwagi na złożoność czy rozmiar zamówienia wymagałby dostawy dużej ilości produktów/części etc. należałoby wykluczyć każdego wykonawcę, który bez względu na merytoryczną ocenę zaoferowanego przedmiotu,

wskazałby produkty częściowo różnego pochodzenia.

Wnioski Odwołującego jakoby w konsekwencji oferta Przystępującego musiała zawierać błędy w obliczeniu ceny są gołosłowne, nie poparte żadnym szerszym wyjaśnieniem skąd miałaby wynikać ta pewność rzekomego „błędu". Przystępujący oświadczył, że jego oferta w tym zakresie błędów nie zawiera. Ewentualne wątpliwości mogłyby się pojawić w innym przypadku - np. w sytuacji gdyby oferta Przystępującego w poszczególnych powtarzających się pozycjach (np. popychacza) odnosiła się do tego samego numeru katalogowego zamiennika z podaniem różnych jego cen - jednak z takową sytuacją w ofercie Przystępującego nie mamy do czynienia. Takowy błąd z kolei pojawił się jednak w ofercie Odwołującego dot. zadania nr 3: załącznik nr 7 pozycja 8.45 - Krętlik łańcuchowy (nr katalogowy Zamawiającego 127810) - w ofercie Odwołującego - numer katalogowy 5028891 i cena 629,13 zł podczas gdy równocześnie: załącznik nr 7 pozycja 13.14 - Krętlik łańcuchowy (nr katalogowy Zamawiającego 127810) - w ofercie Odwołującego - numer katalogowy 5028891 i cena 407,14 zł.

Przez pryzmat powyższych okoliczności, w ocenie Przystępującego, niedorzeczne jest twierdzenie, że Przystępujący złożył dwie oferty lub może jedną ofertę ale wariantową. Abstrahując od faktu, że regulacja zawarta w art. 82 ust. 1 Pzp odnosi się problematyki związanej przede wszystkim z powieleniem przez tego samego wykonawcę oświadczeń woli stanowiących ofertę - zwłaszcza gdy chodzi o złożenie oferty przez tę samą osobę fizyczną lub prawną indywidualnie lub w ramach konsorcjum - to w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjęło się, że nie można traktować wskazania kilku producentów poszczególnych towarów, jako złożenia kilku ofert przez danego Wykonawcę (tak KIO

w wyroku z dnia 22 lipca 2019 r. KIO 1313/19).

Z kolei w odniesieniu do zarzutu złożenia oferty wariantowej wypadałoby zwrócić uwagę na definicję oferty wariantowej zawartą w Pzp: „Ilekroć w ustawie jest mowa o: (.) 7) ofercie wariantowej - należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego;". Pobieżna analiza definicji prowadzi do wniosku, że Przystępujący nie złożył oferty, która wskazywałaby odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia, ponieważ Zamawiający dopuszczał każde rozwiązanie (każdą część zamienną) która spełnia postawione w części III SIWZ wymogi (tak wyrok KIO z dnia 17 września 2012 r. KIO 1866/12; wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2013 r. KIO 2674/13).

W postępowaniu o zamówienie publiczne, służącym do wyłonienia wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa nie zostały wyłączone, charakterystyczne dla prawa cywilnego mechanizmy, służące ustaleniu treści składanego oświadczenia woli (oferty). W myśl art. 14 Pzp, przepisy ustawy - Kodeks cywilny znajdują swoje zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z brzmieniem art. 65 kodeksu cywilnego, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje; w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się jej dosłownym brzmieniu. Pzp zawiera instrumenty, mające służyć ustaleniu treści oświadczenia woli, w tym ocenie, czy oferta jest zgodna

z SIWZ. Przez pryzmat tych przepisów zbędne było również korzystanie przez

Zamawiającego z uprawniania przewidzianego w art. 87 ust. 1 Pzp. Najpewniej Zamawiający podziela stanowisko Przystępującego o braku jakichkolwiek istotnych, wymagających wyjaśnienia kwestii, na które zwraca uwagę Odwołujący. Przystępujący złożył ważną, korzystną dla Zamawiającego ofertę, zawierającą konkretne produkty i ceny jednostkowe.

Zaznaczono, że Zamawiający w poprzednich latach organizował już postępowanie przetargowe dotyczącego tożsamego przedmiotu zamówienia, które wygrywał Przystępujący. Zamawiający ma wiedzę („z urzędu") o produktach oferowanych przez Przystępującego. Wszystkie oferowane przez Przystępującego części oraz wykonywane remonty opierają się na posiadanej wiedzy inżynierskiej, wieloletnim doświadczeniu zawodowym, obowiązujących przepisach (normach) oraz dokumentacji technicznej wykonanej na bazie przekazanych do remontu części i podzespołów. Przystępujący posiada również szereg stosownych certyfikatów dotyczących Oceny Zdolności Remontowej wydanych na podstawie przeprowadzanych audytów jednostek akredytowanych przez UE takich jak m.in. Ośrodek Badań Atestacji i Certyfikacji, Jednostka Certyfikująca „TEST" czy też Jednostka Certyfikująca „Hamilton". Przeprowadzone oceny zdolności oraz audyty gwarantują wykonywanie wszelkich prac remontowych zgodnie z wymaganymi przez Zamawiającego przepisami, normami oraz rozporządzeniami. Wszystkie te okoliczności, choć dla sprawy poboczne, mają istotne znaczenie dla przebiegu postępowania, w tym

rękojmi należytego wykonania zamówienia jaką daje przedsiębiorstwo Przystępującego.

Z tych względów Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W piśmie procesowym z dnia 2 lipca 2020 r. Odwołujący odnosząc się do pisma Przystępującego wskazał, że jego stanowisko abstrahuje zarówno od treści SIWZ jak i jest wyrazem nieporozumienia dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia. Przystępujący pomija istotny fakt, że przedmiotem zamówienia jest, stosownie do nazwy nadanej przez Zamawiającego - „wykonywanie remontów podzespołów kompleksów strugowych produkcji Caterpillar...". Jest więc dość oczywiste, że w remontowanych urządzeniach zastosowane zostały części produkcji Caterpillar lub występujące w katalogu Caterpillar. Zwrócił uwagę na punkt V. cz. III SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) - kropka czwarta - w którym Zamawiający określił, że: „w przypadku zastosowania części zamiennych nieoryginalnych...". Nie może być zatem żadnej wątpliwości, że stanowisko Przystępującego sprowadzające się do twierdzenia, że: „... częścią „oryginalną" jest nazwana część, która obecnie istnieje w ramach infrastruktury Zamawiającego..." jest z gruntu błędne. Zamawiający wyraźnie odróżnił sytuację zastosowania części oryginalnych (Caterpillar) od części nieoryginalnych (innej produkcji). Dość specyficzne jest też stanowisko Przystępującego odnośnie rzekomego wskazywania przez Zamawiającego części, które obecnie są stosowane w ramach istniejącej u niego infrastruktury. Zamawiający w punkcie III cz. III SIWZ ust. 5 jednoznacznie określa, że w załącznikach nr 6 i 7 do SIWZ znajduje się wykaz części zamiennych, które mogą okazać się niezbędne do wykonania remontów, a zatem załączniki te zawierają wykaz części, które są przedmiotem zamówienia. Wbrew temu co sądzi Przystępujący, przedmiot zamówienia nie został opisany za pomocą wymogów celowościowych, funkcjonalnych i jakościowych, w takim bowiem przypadku niemożliwe byłoby skalkulowanie oferty, a także porównanie złożonych ofert. Przedmiot zamówienia został skonstruowany poprzez wskazanie oryginalnych części jakie Zamawiający przewiduje, że zakupi, a wykonawcy mogli w miejsce części oryginalnych wskazać zamienniki. Stanowisko Przystępującego jest także ewidentnie sprzeczne z przepisami Pzp, które nakładają na każdego Zamawiającego obowiązek opisania przedmiotu zamówienia, a zatem tego co będzie nabywane w ramach postępowania, a nie obowiązek opisania istniejącej infrastruktury.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że zamiennikiem w przedmiotowym postępowaniu jest wyłącznie część nieoryginalna, a zatem niepochodząca od Caterpillar, który jest producentem strugów mających być przedmiotem remontów. Takie stanowisko znajduje poparcie nie tylko w treści dokumentów składających się na SIWZ, ale i w fakcie, że Zamawiający wypełniając kolumnę „Nr katalogowy" załączników nr 5, 6 i 7 do SIWZ posłużył się numerami z dokumentacji techniczno-ruchowej dla strugów wyprodukowanych przez Caterpillar. Wymóg złożenia przez wykonawców oświadczeń, na które Przystępujący wskazuje w punkcie 8 swojego pisma w żaden sposób nie zwalniał wykonawców oferujących zamienniki od obowiązku ustawowego wykazania równoważności, gdy przedmiotem oferty były zamienniki.

Odwołujący stwierdził, że co do zasady zgadza się z tezami Przystępującego zawartymi w tej części jego pisma z dnia 21 maja 2020r. jednakże tezy te nie przystają do treści oferty jaką Przystępujący złożył w przedmiotowym postępowaniu. Zgodzić się zatem należy z twierdzeniem, że Zamawiający dopuścił zaoferowanie części innych niż oryginalne pod warunkiem jednak, że będą one odpowiadały wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w części III SIWZ oraz że wykonawca oferujący zamienniki wykaże, że spełniają one te wymagania, czyli wykaże, że oferowane rozwiązania zamienne stanowią odpowiedniki części oryginalnych. Odwołujący zgadza się też, że wykonawcy mogli oferować części różnych producentów, wskazujących stosowne numery katalogowe w dedykowaną do tego kolumnę arkusza ofertowego, jednakże analiza oferty złożonej przez Przystępującego uzasadnia tezę, że numery katalogowe wpisane do tego arkusza wcale nie pochodzą od różnych producentów, lecz są kolejnymi numerami porządkowymi zbudowanymi w dokładnie ten sam sposób (każdy numer w obrębie jednego zadania ma dokładnie taką samą strukturę). Odwołujący nie zgodził się natomiast z wnioskiem Przystępującego, że mimo wskazania różnych części po różnych cenach, na tę samą pozycję będącą przedmiotem zamówienia, nie będzie żadnej wątpliwości, które części zostaną użyte w ramach danego etapu realizacji zamówienia. Jak już wyżej wspomniano, Zamawiający w tym postępowaniu dokonał jedynie pewnych założeń szacunkowych odnośnie ilości części, jakie będą podlegać wymianie. Nie jest natomiast pewne, ile ostatecznie części zostanie wymienione w rzeczywistości. Mogą się zatem pojawić trzy różne sytuacje na etapie wykonywania umowy:

1) wykorzystana ilość części będzie dokładnie odpowiadać szacunkowi Zamawiającego;

2) wykorzystana ilość części będzie mniejsza od szacunków Zamawiającego;

3) wykorzystana ilość części będzie większa od szacunków Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, jedynie w przypadku numer jeden nie pojawią się wątpliwości odnośnie zastosowania części i cen określonych przez Przystępującego, natomiast przypadek ten jest najmniej prawdopodobny, a prawdopodobieństwo jego wystąpienia można ocenić jako znikome. W pozostałych dwóch przypadkach, Zamawiający stanie przed problemem oferty wariantowej, ponieważ jak sam Przystępujący wskazuje, możliwe jest zastosowanie części A lub części B, a nie są one takie same i mają różne ceny. W ocenie Odwołującego nie ma żadnych przesłanek do odnoszenia cechy wariantowości do całego sposobu wykonania zamówienia, czy też przedmiotu zamówienia. Wariantowość może się pojawić w odniesieniu do małego nawet wycinka realizacji zamówienia, jeśli oferta wykonawcy na tym odcinku nie jest skonkretyzowana, lecz musi prowadzić do wyboru i to wyboru arbitralnego, bowiem wzór umowy w postępowaniu nie przewiduje mechanizmu, wg którego takiego wyboru można by dokonać. Sugestia Przystępującego, że zaoferowanie Zamawiającemu różnych części w odniesieniu do tego samego numeru katalogowego może wynikać choćby z braku dostępności dokładnie tych samych części jest tłumaczeniem nieudanym. Po pierwsze jest kwestią drugorzędną jakie motywy przyświecały Przystępującemu w takim ukształtowaniu oferty, albowiem przedmiotem oceny może być jedynie zgodność czynności podejmowanych przez Zamawiającego z przepisami Pzp, które stały się podstawą zarzutów postawionych przez Odwołującego. Po drugie, prawdopodobieństwo, iż akurat w przypadku tych części, które zostały przez Zamawiającego powielone, wystąpił na rynku brak, a we wszystkich pozostałych przypadkach nie mamy do czynienia z takim brakiem, jest bliskie zeru. W ocenie Odwołującego stanowisko Przystępującego należy zakwalifikować jako nieudaną próbę obrony procesowej nieprawidłowości w jego ofercie. Przykłady innych postępowań podane przez Przystępującego nie mogą stanowić żadnego wytłumaczenia dla niezgodności jakie występują w ofercie będącej przedmiotem Odwołania.

Odnosząc się do stanowiska Przystępującego w kwestii charakteru oferty wariantowej lub wielości ofert Odwołujący stwierdził, że przedstawione stanowisko oraz orzeczenie KIO 1313/19 jak i KIO 1866/12 odnoszą się do innego stanu faktycznego niż występujący w przedmiotowej sprawie. Nie ma żadnych uzasadnionych podstaw prawnych twierdzenie Przystępującego, że regulacja zawarta w art. 82 ust. 1 Pzp odnosi się wyłącznie do problematyki powielenia przez tego samego wykonawcę oświadczeń woli stanowiących ofertę (w rozumieniu złożenia dwóch formularzy ofertowych). Takie rozumienie oferty obejmuje jedynie jej aspekt techniczny a nie formalno-prawny. Nie można abstrahować od rodzaju przedmiotu zamówienia, albowiem w przypadku zamówienia na np. roboty budowlane, gdzie Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia poprzez projekt budowlany, a wykonawcy jedynie podają cenę, złożenie wielu formularzy ofertowych lub podanie kilku cen będzie traktowane jako złożenie więcej, niż jednej oferty. Jednakże w przypadku dostaw lub usług, jeśli to wykonawcy określają dostarczane elementy np. poprzez wskazanie ich numerów katalogowych, przez ofertę można rozumieć zarówno łącznie całość oświadczenia woli danego wykonawcy stanowiący konglomerat jego zobowiązań i oferowanych cen jak i każdą poszczególną cenę na pojedyncze składniki oferty, ponieważ każda taka cena jest również ofertą i w takim rozumieniu techniczny formularz ofertowy (kosztorys) stanowi prezentację wielu ofert. Orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej dotyczą innego stanu faktycznego, w którym wykonawca podał różnych producentów przy utrzymaniu jednakże tej samej ceny, a przy tym w postępowaniach tych przedmiot zamówienia (ilościowo) był przez zamawiającego skonkretyzowany, a zatem nie zachodził dylemat mechanizmu wyboru, o którym Odwołujący pisał już kilkakrotnie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał

dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane

w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ponadto Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179

ust. 1 Pzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym decyzja o zaproszeniu do udziału w aukcji Wykonawcy, którego ważność i prawidłowość oferty jest kwestionowana, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę TechMad Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (Część III SIWZ) przedmiotem zamówienia jest wykonywanie remontów podzespołów kompleksów strugowych produkcji Caterpillar z podziałem na zadania. Remont ma na celu przywrócenie pełnej sprawności urządzenia oraz możliwości jego eksploatacji w podziemnych zakładach górniczych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Przez urządzenia rozumie się podzespoły kompleksów strugowych produkcji Caterpillar objęte przedmiotem zamówienia. Zakres remontu obejmować będzie następujące czynności:

- czyszczenie, demontaż, weryfikacja stanu technicznego urządzenia (w każdym urządzeniu),

- wymiana uszkodzonych części (opcjonalnie w zależności od stanu technicznego danego urządzenia),

- montaż (opcjonalnie w zależności od stanu technicznego danego urządzenia)

- próby ruchowe (opcjonalnie w zależności od stanu technicznego danego urządzenia),

- zabezpieczenie antykorozyjne (opcjonalnie w zależności od stanu technicznego danego urządzenia).

Szczegółowe zakresy czynności remontowych w poszczególnych zadaniach i w odniesieniu do poszczególnych urządzeń objętych przedmiotem zamówienia określone zostały w załączniku nr 5 do SIWZ. Niezbędny do wymiany pakiet części zamiennych zostanie szczegółowo określony przez Wykonawcę po demontażu i weryfikacji urządzenia i musi zapewniać przywrócenie parametrów technicznych urządzenia i wymiarów jego elementów do zgodności z dokumentacją techniczno-ruchową. Zakres remontu i niezbędny do wymiany pakiet części zamiennych, wraz z wynikającą z nich kalkulacją wynagrodzenia sporządzoną na zasadach określonych w Umowie, każdorazowo wymagać będzie akceptacji przez Zamawiającego. Wykaz części zamiennych, które wedle wiedzy Zamawiającego mogą się okazać niezbędne do wykonywania remontów w ramach poszczególnych Zadań, zawierają załączniki nr 6 i 7 do SIWZ.

Wykonawca zobowiązany jest zastosować - w przypadku konieczności wymiany - fabrycznie nowe części zamienne, o parametrach nie gorszych niż części oryginalne, spełniające wymogi obowiązujących aktualnych przepisów. Zastosowane części zamienne wykonane będą zgodnie z dokumentacją techniczno-ruchową danego urządzenia.

Urządzenie do remontu zostanie przetransportowane z siedziby Zamawiającego do zakładu Wykonawcy własnym staraniem i na koszt oraz ryzyko Zamawiającego.
Po wykonaniu remontu, wyremontowane urządzenie oraz zdemontowane części i podzespoły Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć do siedziby Zamawiającego własnym staraniem i na własne ryzyko. Zamawiający w każdym przypadku może jednak zdecydować, że wyremontowane urządzenie wraz ze zdemontowanymi częściami i podzespołami zostanie dostarczone z zakładu Wykonawcy do siedziby Zamawiającego transportem zorganizowanym przez Zamawiającego we własnym zakresie i na własny koszt (w takim przypadku wydanie wyremontowanego urządzenia Zamawiającemu przedstawiciele Stron kwitować będą na dokumencie dostawy). Po zakończeniu remontu Wykonawca zobowiązany jest przekazać protokołem zwrotu zużyte części wymienione w ramach remontu.

W Rozdziale IV SIWZ wskazano, że Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia oferty przewidującej odmienny niż określony w SIWZ sposób wykonania zamówienia (oferta wariantowa).

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą następującej dokumentacji

(niepodlegającej uzupełnieniu):

- oświadczenie Wykonawcy, że remonty będące przedmiotem postępowania, wykonane zostaną w sposób gwarantujący bezpieczną eksploatację wyremontowanych urządzeń/podzespołów/elementów/części zamiennych i w żadnym wypadku nie spowodują

wytworzenia nowej maszyny/urządzenia - w związku z tym nie będzie wymagane dokonanie ponownego wprowadzenia wyrobów do obrotu, zgodnie z aktualnie obowiązującym stanem prawnym;

- oświadczenie Wykonawcy, że remonty urządzeń/podzespołów/elementów/części zamiennych będące przedmiotem postępowania, wykonane zostaną zgodnie z dobrą praktyką inżynierską, w celu przywrócenia parametrów określonych w DTR/instrukcji użytkowania. Maszyna lub urządzenie, w których zastosowany zostanie wyremontowany element/podzespół/część zamienna będą posiadały poziom bezpieczeństwa, co najmniej równy poziomowi bezpieczeństwa wymaganego przez pierwotne regulacje będące podstawą wprowadzenia maszyny/urządzenia do obrotu.

Obowiązkiem Wykonawcy po wykonaniu remontu będzie złożenie dokumentacji wraz z wyremontowanym urządzeniem potwierdzającej, że w przypadku zastosowania części zamiennych nieoryginalnych, że zastosowane części zamienne posiadają te same parametry techniczne co części oryginalne i spełniają wymagania aktualnych norm i przepisów inne dokumenty, które zgodnie z aktualnym stanem prawnym, będą wymagane do stosowania wyremontowanego urządzenia w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny, w których występuje zagrożenie metanowe i zagrożenie wybuchem pyłu węglowego.

W tabelach Wykaz części zamiennych, Zamawiający podał wyszczególnienie materiałów według katalogu producenta i nr katalogowy części. Następnie zmodyfikował tabelę przez wprowadzenie rubryki zobowiązującej Wykonawcę w przypadku oferowania części zamiennych do podania nr katalogowego zamiennika /należało uzupełnić w przypadku oferowania zamienników spełniających wymagania zawarte w pkt. III OPZ/.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - Izba uznała za niezasadne.

Na wstępie przypomnieć należy, że Odwołujący formułując zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp podnosił, że Przystępujący w treści załączników nr 6 i 7 do SIWZ, w odniesieniu do jednego rodzaju części zamiennej o konkretnym numerze katalogowym producenta urządzenia, zaoferował zamienniki o dwóch różnych numerach katalogowych i w różnych cenach, bądź zamienniki o tej samej cenie ale różnym numerze katalogowym, co w opinii Odwołującego przesądzało o tym, iż wykonawca ten złożył w tym zakresie dwie oferty na tą część.

Przechodząc do rozpoznania powyższego zarzutu wskazać po pierwsze należy, że jak wskazuje się w orzecznictwie Izby dla złożenia dwóch ofert co do zasady należałoby oczekiwać złożenia dwóch formularzy cenowych i dalszych wymaganych postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów. Dopiero w takiej sytuacji można byłoby uznać, że jeden wykonawca złożył dwie oferty w jednym postępowaniu, a taka sytuacji w niniejszym postępowaniu nie miała miejsca. Przystępujący w postępowaniu złożył jedną ofertę, w której zaoferował konkretnie oznaczony zamiennik do konkretnej części oryginalnej wymienionej przez Zamawiającego w tabeli, a więc zgodnie z opracowanym przez Zamawiającego formularzem oferty. Ponadto co istotne każda z pozycji zawartych w załącznikach nr 6 i 7 do SIWZ została uzupełniona bez dublowania zamienników w jakiejkolwiek pozycji. Zauważyć należy, że z treści SIWZ nie wynikało aby Zamawiający zabraniał wykonawcom oferowania w odniesieniu do jednej, konkretnej części oryginalnej wskazanej w kilku pozycjach tabeli, dwóch różnych zamienników, o różnych numerach katalogowych bądź cenach. Odwołujący na taki zapis nie wskazał ani w odwołaniu ani w trakcie rozprawy przed Izbą. Skład orzekający uznał więc, że skoro w SIWZ brak było zakazu zaoferowania w odniesieniu do jednej części oryginalnej znajdującej się w urządzeniu i wskazanej w formularzu tylko jednego zamiennika, to sposób sformułowania przez Przystępującego jego oferty w tym zakresie był prawidłowy i nie można było uznać, że oferując dwa zamienniki na jedną część wskazaną w kilku miejscach tabeli, złożył on w tym zakresie dwie oferty. W ocenie Izby sporządzony przez Zamawiającego OPZ pozostawiał

wykonawcom całkowitą swobodę co do pochodzenia oferowanych przez nich części zamiennych, to jest części, które mają zostać zastosowane w ramach wykonywanych remontów jeżeli spełniały one wymogi SIWZ. Również stwierdzić należy, że skoro pozycje w załącznikach 6 i 7 do SIWZ zostały przez Zamawiającego opisane bardzo precyzyjnie (jedna po drugiej z odniesieniem do numerów katalogowych części obecnie zastosowanych, z każdorazowym podaniem ilości wymaganych sztuk), to nie ma żadnej wątpliwości, które części zaoferowane przez Przystępującego zostaną zastosowane w ramach danego etapu realizacji przedmiotu zamówienia, nawet jeżeli w innym miejscu wskazane zostały części innego producenta. Na marginesie wskazać należy, że skład orzekający podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie Izby, że nie można traktować wskazania kilku producentów poszczególnych towarów, jako złożenia kilku ofert przez danego Wykonawcę (tak KIO w wyroku z dnia 22 lipca 2019 r. KIO 1313/19). W konsekwencji skład orzekający za niezasadny uznał zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp.

Izba za niezasadny uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo tego, że oferta ta jako zawierająca - zdaniem Odwołującego - dwie różne oferty jest niezgodna z treścią SIWZ. Odwołujący wskazywał, że w części I rozdziale II pkt III SIWZ Zamawiający postanowił, że wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, bez możliwości składania ofert wariantowych.

Odnosząc się do powyższego zarzutu wskazać należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego nie sposób uznać, że Przystępujący złożył ofertę, która wskazywałaby odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia, ponieważ Zamawiający dopuszczał każde rozwiązanie (każdą część zamienną) która spełnia postawione w części III SIWZ wymogi, w tym również zaoferowanie kilku zamienników w odniesieniu do jednej części oryginalnej wskazanej w formularzu. Ponadto jak już wyżej wskazano, również nie sposób uznać, że Przystępujący w niniejszym postępowaniu złożył dwie oferty.

Odnośnie zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny to Izba w składzie orzekającym również ten zarzut uznała za niezasadny.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera ona błąd w obliczeniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT. Zamawiający natomiast nie zawarł w SIWZ konkretnych wymagań odnośnie sposobu obliczenia ceny, z którymi oferta Przystępującego byłaby niezgodna. Za taki błąd wbrew stanowisku Odwołującego nie sposób uznać, że części zamienne o różnych modelach katalogowych posiadają inną cenę. Podkreślić należy, że Odwołujący nie wykazał ponadto, aby Przystępujący w odniesieniu do tej samej, identycznej części zamiennej wskazanej w formularzu zaoferował dwie różne ceny. Zgodzić się również należało z Zamawiającym, że różne zamienniki części zamiennej charakteryzują się tym, że mogą być wykonane w różnej technologii, posiadać pewne różnie które mają wpływ na ich cenę. W konsekwencji, skład orzekający uznał, że Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Skład orzekający za niezasadny uznał również zarzut dotyczący naruszenia art. 89

ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 30 ust. 5 Pzp.

Wskazać należy, że przewidziany w art. 30 ust. 5 Pzp obowiązek wykonawcy, aktualizuje się tylko w przypadku, gdy Zamawiający - z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia i brak możliwości opisania przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń - dokona opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnego produktu lub usługi wraz z towarzyszącym takiemu wskazaniu sformułowaniem „lub równoważny" i - co istotne - wraz z precyzyjnym określeniem przez zamawiającego minimalnych parametrów równoważności produktów lub usług, w oparciu o które dokonana zostanie ocena spełnienia wymagań opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast w niniejszym postępowaniu nie ulega wątpliwości, że Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w wyżej określony sposób, co oznacza, że po stronie Przystępującego nie istniał - wynikający z art. 30 ust. 5 Pzp - obowiązek wykazywania na etapie składania oferty równoważności oferowanych przez Przystępującego części zamiennych. Ponadto jedynym wymogiem tak naprawdę dla oferowanych przez wykonawców zamienników części było zgodnie z postanowieniem III części SIWZ pkt III ppkt 1, aby były one fabrycznie nowe, o parametrach nie gorszych niż części oryginalne, spełniające wymogi obowiązujących aktualnie przepisów. Ponadto Zamawiający wymagał, aby zastosowane części zamienne były wykonane zgodnie z dokumentacją techniczno-rozruchową urządzenia.

Reasumując, Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że w dokumentacji postępowania brak było wymogu wykazania przez wykonawców, że oferowane przez nich części zamienne są równoważne w zakresie jakichkolwiek parametrów w stosunku do części zamiennych opisanych przez Zamawiającego, a ponadto ustalono, że Zamawiający w treści SIWZ nie określił jakichkolwiek parametrów równoważności.

Skład orzekający uznał ponadto, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w niniejszym postępowaniu dopuścił zastosowanie przez wykonawców w ramach wykonywanych remontów podzespołów części zamiennych, wyprodukowanych przez różnych producentów, a okoliczności tej nie zmienia - wbrew stanowisku

Odwołującego - nazwa niniejszego postępowania. Nie sposób również uznać za zasadne stanowisko Odwołującego, że załącznikach nr 6 i 7 do SIWZ znajduje się wykaz części zamiennych, które mogą okazać się niezbędne do wykonania remontów, a zatem załączniki te zawierają wykaz części, które są przedmiotem zamówienia. Wskazać bowiem należy, że w kolumnie 6 np. załącznika nr 7 do SIWZ Zamawiający wprost wskazał, że istnieje możliwość zaoferowania zamiennika części wskazanej w kolumnie nr 4 o numerze katalogowym wskazanym w kolumnie nr 5 ww. załącznika.

W konsekwencji stwierdzenia, że zarzuty odwołania dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego okazały się niezasadne, skład orzekający uznał, że Zamawiający nie naruszył również art. 91b ust. 1 Pzp, poprzez zaproszenie Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

2018, poz. 972).

Przewodniczący:.....