

WYROK

Warszawa, dnia 16 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Grupa POWEN WAFAPOMP S.A. z siedzibą w Zabrze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Zakład Elektromechaniczny BAST Sp. J. Z. Bartas S. Stęchły z siedzibą w Radostowicach

orzeka:

oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawcę Grupa POWEN WAFAPOMP S.A. z siedzibą w Zabrzu i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Grupa POWEN WAFAPOMP S.A. z siedzibą w Zabrzu tytułem wpisu o odwołania,

zasądza od wykonawcy Grupa POWEN WAFAPOMP S.A. z siedzibą w Zabrzu na rzecz zamawiającego Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 1455/24

UZASADNIENIE

Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawy pomp zatapialnych dla TAURON Wydobywcze S.A.” (znak postępowania: PZP/TWD/08402/2023). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 grudnia 2023 r. pod numerem 00763124-2023.

W dniu 26 kwietnia 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu w zakresie Części nr 2 („Część nr 2 Pompy zatapialnej typu P2 lub równoważne”) i Części nr 3 („Część nr 3 Pompy zatapialne typu P3 lub równoważne”) złożył wykonawca Grupa POWEN WAFAPOMP S.A. z siedzibą w Zabrzu (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec:

1. zaniechania przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Elektromechaniczny BAST Sp. J. Z. Bartas S. Stęchły z siedzibą w Radostowicach (dalej: „BAST”) dotyczącej Części nr 2 oraz Części nr 3, jako niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oraz warunkami postępowania określonymi w pkt 10 SWZ oraz warunkami umowy określonymi w §7 ust. 16 pkt 2 Załącznika nr 6 do SWZ tj. zakazu realizacji zamówienia wyłącznie przez podwykonawców oraz pełnienia roli pośrednika, w sytuacji gdy z oferty BAST objętej przedmiotem zarzutów wynika jednoznacznie, iż całości dostaw objętych ofertą BAST realizowana będzie przy udziale podwykonawcy tj. firmy XYLEM WATER SOLUTION GLOBAL SERVICES AB z siedzibą w Szwecji, a tym samym BAST pełnić będzie wyłącznie rolę pośrednikiem w dystrybucji towarów firmy XYLEM WATER SOLUTION GLOBAL SERVICES AB z siedzibą w Szwecji;

co czym Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 3) oraz pkt 5) ustawy Pzp, w zw. z art. 462 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 pkt 27) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp;

2. zaniechania przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia czynności odrzucenia oferty BAST dotyczącej:

a. Części nr 2, w sytuacji, gdy oferta BAST jest niezgodna z warunkami zamówienia:

i. określonymi w pkt IV ust. 4 Załącznika nr 5 do SWZ, tj. poprzez zaoferowanie pompy Flygt BS 2075.690 HT/233 której korpus wykonany jest ze stopu żeliwnego, w sytuacji gdy Zamawiający oczekiwał wykonania materiałowego

w postaci stopu aluminium AK 9 lub równoważnego,

ii. określonymi w pkt IV ust. 6 lit. a Załącznika nr 5 do SWZ, tj. poprzez zaoferowanie pompy Flygt BS 2075.690 HT/233, której wydajność maksymalna wynosi 61,2 m³/h, a wymagana przez Zamawiającego miała wynosić 65m³/h,

b. Części nr 3, w sytuacji, gdy oferta BAST jest niezgodna z warunkami zamówienia:

i. określonymi w pkt V ust. 7 Załącznika nr 5 do SWZ, tj. poprzez zaoferowanie pompy Flygt 2125.691, której korpus silnika wykonany jest ze stopu żeliwnego, w sytuacji gdy Zamawiający oczekiwał wykonania materiałowego w postaci stopu aluminium AK 9 lub równoważnego,

ii. określonymi w pkt V ust. 4 Załącznika nr 5 do SWZ, tj. poprzez zaoferowanie pompy Flygt 2125.691, której wielkość ziaren zanieczyszczeń jakie może przepompować pompa ograniczona jest do 6mm, w sytuacji gdy Zamawiający wymaga wielkości ziaren zanieczyszczeń możliwych do przepompowania o wymiarach do 7 mm;

czym Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, w zw. art. 226 ust 1 pkt 5) ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp;

ewentualnie

zaniechania wezwania BAST do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie zgodności przedmiotu oferty dotyczącej:

a. Części nr 2 w zakresie spełniania wymagań dotyczących oczekiwanego wykonania materiałowego korpusu pompy tj. pkt IV ust. 4 Załącznika nr 5 do SWZ oraz wymagań dotyczących maksymalnej wydajności oferowanej pompy tj. pkt IV ust. 6 lit. a Załącznika nr 5 do SWZ,

b. Części nr 3 w zakresie spełniania wymagań dotyczących oczekiwanego wykonania materiałowego korpusu silnika tj. pkt V ust. 7 Załącznika nr 5 do SWZ oraz wielkość ziaren zanieczyszczeń może przepompować pompa tj. pkt V ust. 4 Załącznika nr 5 do SWZ,

czym Zamawiający naruszył art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp;

3. czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty BAST na realizację Części nr 2 oraz Części nr 3, w sytuacji, gdy z uwagi na zarzuty wskazane w ad 1 oraz ad 2 Odwołania, oferta BAST, jako niezgodna z wymaganiami postępowania określonymi w pkt IV ust. 4 oraz ust. 6 lit. a, jak również w pkt V ust. 4 i 7 Załącznika nr 5 do SWZ, winna zostać odrzucona, co w konsekwencji doprowadziło do prowadzenia postępowania i udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji, oraz równego traktowania wykonawców,

czym Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1) i 2), art. 17 ust. 2 oraz art. 226 ust. pkt 5) ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie przedmiotowego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty BAST;
- odrzucenia oferty BAST stosownie do uwzględnionych zarzutów;
- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy Pzp,
- a ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym z protokołu postępowania wraz z załącznikami, z dokumentów przywołanych w treści odwołania, z opinii biegłego z zakresu materiałoznawstwa na okoliczność ustalenia braku równoważności pomiędzy stopem aluminium AK9, a stopem żeliwa szarego, jaki oferuje BAST przy wykonaniu korpusu pompy zatapialnej typu P2 (oferowany produkt Flygt BS 2075.690 HT/233) oraz korpusu silnika pompy zatapialnej typu P3 (oferowany produkt Flygt BS 2075.690 H T/ 233) - w przypadku kwestionowania przez Zamawiającego braku równoważności ww. materiałów i o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania i jego uwzględnieniu, który polega na możliwości uzyskania przez Odwołującego zamówienia za kwotę wskazaną w ofercie. W przypadku odrzucenia oferty BAST, jedyną ofertą złożoną i nie podlegającą odrzuceniu ofertą na realizację Części nr 2 oraz Części nr 3 pozostawać będzie oferta Odwołującego. Uchybienie wskazanym w petitum odwołania przepisom ustawy Pzp i nieuwzględnienie zarzutów odwołania bezpośrednio skutkować zatem będzie pozbawieniem Odwołującego uzyskania zamówienia i wyborem oferty innego wykonawcy niż Odwołujący, co w konsekwencji narazi Odwołującego na szkodę w postaci utraty wynagrodzenia, w tym zakładanego zysku, z tytułu wykonania umowy w sprawie realizacji zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 19 kwietnia 2024 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 26 kwietnia 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego:

W zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że nie budzi żadnych wątpliwości, iż BAST nie jest producentem pomp objętych przedmiotem oferty, a tym samym składane przez niego oświadczenia stoją w rażącej sprzeczności z rzeczywistym stanem faktycznym i wprowadzają Zamawiającego w błąd, co do okoliczności realizacji Zamówienia przez BAST. Jak wynika z treści przywołanych przez Odwołującego dokumentów oraz wzoru Umowy, stanowiącej Załącznik nr 6 do SWZ (vide: §7 pkt 16 wzoru Umowy), zdaniem Odwołującego, Zamawiający oczekiwał wskazania Podwykonawców, w celu weryfikacji rzeczywistego Wykonawcy zamówienia oraz ustalenia realnego beneficjenta wypłacanego wynagrodzenia. W ocenie Odwołującego, bezspornie Zamawiający oczekiwał, aby dostawcą pomp był podmiot składający ofertę, a tym samym dysponujący odpowiednim zapleczem technicznym intelektualnym i finansowym pozwalającym na wykonanie przedmiotu Umowy, wykluczając z postępowania podmioty będące wyłącznie pośrednikami w obrocie przedmiotem dostawy, a jakim to pośrednikiem jest BAST. Odwołujący zwrócił uwagę, iż wyłącznym przedmiotem zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 5 do SWZ jest dostawa pomp zatapialnych o określonych przez Zamawiającego parametrach. Tym samym antycypując jako podejmowane przez BAST działania polegające na zarządzaniu realizacją umowy, organizacją i koordynacją dostaw podwykonawcy, dbanie o prawidłową realizację Zamówienia, udział w czynnościach odbiorowych, wystawianie faktur, obsługa administracyjna itp. nie mają bezpośredniego przełożenia na wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący podał, że na gruncie kontestowanej oferty BAST będzie jedynie pośrednikiem przy realizacji dostaw pomiędzy producentem a Zamawiającym, a tym samym rzeczywistym oferentem jest XYLEM WATER SOLUTION GLOBAL SERVICES AB z siedzibą w Szwecji, który nie złożył oferty w ramach prowadzonego postępowania. Mając powyższe na względzie, zdaniem Odwołującego oferta BAST winna zostać odrzucona jako niezgodna z przepisami ustawy wskazanymi w komparycji zarzutów odwołania.

Odnosnie zarzutu nr 2, Odwołujący w pierwszej kolejności odwołał się do specyfikacji technicznej pompy Flygt BS 2075.690 HT/233. Z treści rzeczonoego dokumentu jak również opisu przedmiotu dostawy zawartego na stronie internetowej producenta pompy wynika w sposób nie budzący wątpliwości, iż maksymalna wydajność w/w pompy wynosi 61,2 m³/h (171/s) -(vide: Karta Danych technicznych pompy Flygt 2075.690) , przy wymaganej 65m³/h (18,051/s) - (vide: pkt IV ust. 6a Załącznika nr 5 do SWZ), a korpus pompy Flygt BS 2075.690 wykonany jest ze stopu żeliwnego (Specyfikacja Techniczna pomp Flygt BS 2075 str. 3), przy wymaganych przez Zamawiającego stopie aluminium AK 9 lub innym równoważnym (vide: pkt IV ust. 4 Załącznika nr 5 do SWZ).

Dalej Odwołujący wskazał, że z Podręcznika Instalacji, eksploatacji i naprawa pompy Flygt BS 2125.691 MT/ 231 (dostępny na stronie internetowej producenta pod adresem www.xylem.com) wynika w sposób nie budzący wątpliwości, iż wielkość ziaren zanieczyszczeń jakie może przepompować pompa ograniczona jest do 6mm (vide: str. 12 pkt 3.2. Podręcznika Instalacji, eksploatacji i naprawa pompy Flygt BS 2125) przy wymaganych 7 mm (vide: pkt V ust. 4 Załącznika nr 5 do SWZ), a korpus silnika wykonany jest ze stopu żeliwnego (vide: specyfikacja techniczna wygenerowana ze strony www.xylem.com dnia 19 kwietnia 2024 r.) przy wymaganych przez Zamawiającego stopie aluminium AK 9 lub innym równoważnym (vide: pkt 5 ust. 7 Załącznika nr 5 do SWZ). Odwołujący zwrócił też przy tym uwagę, że zgodnie z § 8 ust. 14 pkt 2 wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ, Wykonawca zwolniony będzie od odpowiedzialności z tytułu Gwarancji w przypadku wady spowodowanej niezgodnym z przeznaczeniem korzystaniem z dostarczonej pompy. Tym samym konsekwencją wyboru oferty BAST przy jednoczesnym dopuszczeniu jej do pracy z medium zanieczyszczonym ziarnami o wielkości 7mm na co wskazuje opis przedmiotu zamówienia, skutkować będzie faktyczną utratą przez BAST uprawnień z tytułu gwarancji jakości.

Następnie Odwołujący, odnosząc się do oczekiwań Zamawiającego dotyczących wykonania materiałowego korpusu pompy oraz korpusu silnika, stwierdził, iż oferowany przez BAST stop żeliwa szarego, w żadnym wypadku nie jest materiałem równoważnym z wymaganych przez Zamawiającego stopem aluminium AK9. W składzie chemicznym żeliwa szarego znajduje się żelazo Fe oraz pierwiastki w ilościach (wg polskiej normy PN-EN 1561-2012) C - węgiel 3,0 - 3,2% , Si - krzem 1,8 - 2,1%, Mn - mangan 0,4-0,7%, natomiast w składzie chemicznym stopu aluminium AK9 znajduje się glin Al oraz pierwiastki w ilościach (wg polskiej normy PN-76/H-88027) Si - krzem 8,510,5%, Cu - miedź 0,3%, Mg - magnez 0,25-0,4%, Mn - mangan 0,25-0,5%, Ti - tytan 0,15% oraz Zn - cynk 0,2%. Bezspornie zatem, zdaniem Odwołującego, żeliwo posiadania odmienne od aluminium właściwości fizyczne i chemiczne objawiające się następującymi i istotnymi z punktu widzenia przedmiotu zamówienia różnicami:

- znacznie większą masą odlewów żeliwnych,
- znaczającą korozją elementów wykonanych z żeliwa przy braku korozji elementów aluminiowych,
- większą chropowatością powierzchni skutkująca pogorszeniem właściwości przepływowych,
- gorszymi własnościami wytrzymałościowymi (żeliwo szare),
- gorszą odpornością chemiczną, ograniczającą stosowanie żeliwa w środowisku agresywnym chemicznie, co

skutkować będzie krótszą żywotnością oferowanej pompy w wykonaniu z żeliwa szarego,

–mniejszą przewodnością cieplną pogarszającą odprowadzenie ciepła z silnika, co wpływa na jego żywotność

Odwołujący stwierdził, iż rozwiązaniem równoważnym byłoby zastosowanie innego stopu aluminium niż AK9, który posiadałby równoważne właściwości fizyczne i chemiczne, a czego nie można powiedzieć o żeliwie szarym.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 9 maja 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Stanowisko Przystępującego BAST

Pismem, które wpłynęło do Izby w dniu 12 maja 2024 r. BAST odniósł się do zarzutu nr 2 odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosił BAST. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez BAST po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, dowody zawarte w piśmie procesowym BAST oraz dowody przedłożone na rozprawie przez Odwołującego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W pkt 10.1 SWZ Zamawiający określił, że żąda wskazania przez Wykonawcę w Oświadczeniu, będącym Załącznikiem nr 1 do SWZ części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania firm tych podwykonawców w JEDZ w miejscu na to przewidzianym.

W §7 ust. 16 pkt 2 Załącznika nr 6 do SWZ zawarto zapis, że Wykonawca oświadcza, iż w stosunku do otrzymywanego wynagrodzenia w zamian za realizację przedmiotu Umowy jest on rzeczywistym właścicielem należności, tj. w szczególności Wykonawca nie jest pośrednikiem, przedstawicielem, powiernikiem lub innym podmiotem zobowiązanym prawnie lub faktycznie do przekazania całości lub części należności innemu podmiotowi.

W pkt IV załącznika nr 5 do SWZ Opis przedmiot zamówienia dla Części nr 2 wskazano m. in. następujące parametry dla pomp zatapialnych typu P2 lub równoważnych:

4) *Korpus pompy materiał: stop aluminium AK 9 lub równoważny,*

6) *Zakres pracy:*

a) *wydajność $Q=21 - 65 \text{ m}^3/\text{h}$.*

W pkt V załącznika nr 5 do SWZ Opis przedmiot zamówienia dla Części nr 3 wskazano m. in. następujące parametry dla pomp zatapialnych typu P3 lub równoważnych:

4) *Wielkość ziaren zanieczyszczeń do 7 mm,*

7) *Korpus silnika – aluminium AK9 lub równoważny.*

W pkt 6.3 SWZ Zamawiający wymagał, aby oferowany produkt był zgodny z Opisem przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 5 do SWZ. Na potwierdzenie spełnienia powyższego wymagania Wykonawca załączył do oferty oświadczenie o treści zgodnej z Załącznikiem nr 7 do SWZ.

W załączonym do oferty BAST Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ), w części II, lit. D, na pytanie *Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?*, BAST udzielił odpowiedzi: *Tak*.

W Formularzu cenowym (Załącznik nr 1a do SWZ) BAST zaoferował:

–dla Części nr 2: pompę Flygt BS 2075.690 HT/233,

–dla Części nr 3: pompę Flygt BS 2125.691 MT/231.

W Załączniku nr 7 do SWZ (Oświadczenia wykonawcy dotyczące przedmiotu zamówienia) BAST oświadczył m. in., że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z Opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ.

Następnie należy zauważyć, że na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) i 5) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

3) jest niezgodna z przepisami ustawy;

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W art. 462 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, że zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

Wedle art. 7 pkt 27) ustawy Pzp, przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia.

W art. 16 pkt 1) ustawy Pzp wyrażono zasadę przygotowania i przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Natomiast zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Nadto, w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wskazano, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187 ustawy Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zarzut nr 1

W zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie przez odrzucenia oferty BAST dotyczącej Części nr 2 oraz Części nr 3, jako niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oraz warunkami postępowania określonymi w SWZ, w sytuacji gdy z oferty BAST wynika, iż całości dostaw objętych ofertą BAST realizowana będzie przy udziale podwykonawcy, a tym samym BAST pełnić będzie wyłącznie rolę pośrednikiem w dystrybucji towarów, czym Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 3) oraz pkt 5) ustawy Pzp, w zw. z art. 462 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 pkt 27) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Iżba zauważa, że kwestiami bezspornymi pomiędzy stronami oraz uczestnikiem było to, iż:

- wyłącznym przedmiotem zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 5 do SWZ jest dostawa pomp zatapialnych o określonych przez Zamawiającego parametrach,
- Zamawiający żądał wskazania podwykonawców,
- BAST nie jest producentem pomp objętych przedmiotem oferty w Części nr 2 i nr 3,
- a także, że BAST zadeklarował w JEDZ, iż nie zamierza powierzyć wykonania części zamówienia żadnemu podwykonawcy.

Odmienne zaś przedstawiało się stanowisko Odwołującego względem pozostałych, co do interpretacji tego bezspornego stanu faktycznego. Odwołujący uznał bowiem, iż złożone przez BAST oświadczenie o niepowierzeniu części zamówienia podwykonawcy wprowadziło Zamawiającego w błąd, gdyż BAST będzie jedynie pośrednikiem przy realizacji dostaw pomiędzy producentem a Zamawiającym. Odwołujący przywołał przy tym zapis §7 pkt 16 wzoru Umowy, zgodnie z którym: *Wykonawca oświadcza, iż w stosunku do otrzymywanego wynagrodzenia w zamian za realizację przedmiotu Umowy jest on rzeczywistym właścicielem należności, tj. w szczególności Wykonawca nie jest pośrednikiem, przedstawicielem, powiernikiem lub innym podmiotem zobowiązanym prawnie lub faktycznie do przekazania całości lub części należności innemu podmiotowi.*

Stwierdzić należy po pierwsze, iż na gruncie ustawy Pzp brak jest definicji pojęcia podwykonawcy. Niemniej jednak, w przytoczonym już wyżej art. 7 pkt 27) ustawy Pzp, zamieszczona została definicja umowy o podwykonawstwo, którą należy rozumieć jako umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia. Oznacza to więc, że umowa o podwykonawstwo odnosić ma się do wykonania części zamówienia, czyli do zobowiązań wykonawcy zawartych w umowie w sprawie zamówienia publicznego. A contrario, danej umowy nie należy uznawać za umowę o podwykonawstwo, gdy nie dotyczy obowiązków określonych w dokumentach zamówienia. Przykładowo, jak podaje się w literaturze (tak M. Jaworska (red.), Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Warszawa 2023) chodzić może o czynności administracyjne lub czynności, które wprawdzie sprzyjają realizacji zamówienia, ale ich wykonanie nie należy wprost do obowiązków wykonawcy.

Po drugie, należy zgodzić się z Odwołującym, iż nie można powierzyć całości zamówienia podwykonawcy. Jednakże,

Izba podkreśla, że zgodnie z jednolitym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, nie sposób zarazem wskazać, że producent oferowanych w postępowaniu urządzeń, czy towarów jest podwykonawcą. Jak wskazano przykładowo w wyroku KIO z dnia 8 stycznia 2014 r. (sygn. akt: KIO 2919/13, KIO 2925/13): *„jeśli wykonawca nie wskazał w ofercie podwykonawców zamówienia, a następnie na rzecz tego wykonawcy została zrealizowana dostawa określonego sprzętu przez inne podmioty, to wykonawca ten nie wskazując podwykonawcy postąpił prawidłowo”*. Takie stanowisko potwierdzone zostało w wyroku KIO z dnia 8 października 2018 r. sygn. akt: KIO 1905/18: *„oferowanie wyrobów innego producenta nie jest sprzeczne z oświadczeniem o samodzielnym wykonaniu zamówienia – producent nie jest, w rozumieniu przepisów p.z.p., ani podwykonawcą, ani podmiotem trzecim, z którego zasobów wykonawca korzysta”*, jak też w wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2020 r. sygn. akt: KIO 2820/20: *„podwykonawcą w rzeczywistości nie jest podmiot, producent określonych wyrobów, produkowanych przez niego nie tylko na potrzeby konkretnego zamówienia”*. BAST nie był zatem w obowiązku, aby wskazać producenta oferowanych pomp jako podwykonawcy biorącego udział w realizacji części zamówienia. Izba zgadza się też z Zamawiającym co do tego, iż nie należy łączyć zapisu §7 pkt 16 wzoru Umowy z kwestią podwykonawstwa. Cytowane wyżej postanowienie odnosi się stricte do otrzymywanego wynagrodzenia za zrealizowanie dostawy i oświadczenia, że wykonawca, z którym Zamawiający zawrze umowę, będzie rzeczywistym właścicielem należności, bez względu na to, czy zamierza wykonać zamówienie poprzez powierzenie części zamówienia podwykonawcy, czy też nie.

Tym samym zarzut nr 1 nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut nr 2

W zakresie zarzutu nr 2, Odwołujący podniósł zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty BAST jako niezgodnej z warunkami zamówienia w Części nr 2 (poprzez zaoferowanie pompy, której korpus wykonany jest ze stopu żeliwnego, w sytuacji gdy Zamawiający oczekiwał wykonania materiałowego w postaci stopu aluminium AK 9 lub równoważnego oraz której wydajność maksymalna wynosi 61,2 m³/h, a wymagana przez Zamawiającego miała wynosić 65 m³/h) i Części nr 3 (poprzez zaoferowanie pompy, której korpus silnika wykonany jest ze stopu żeliwnego, w sytuacji gdy Zamawiający oczekiwał wykonania materiałowego w postaci stopu aluminium AK 9 lub równoważnego oraz której wielkość ziaren zanieczyszczeń jakie może przepompować pompa ograniczona jest do 6 mm, w sytuacji, gdy Zamawiający wymaga wielkości ziaren zanieczyszczeń możliwych do przepompowania o wymiarach do 7 mm), czym Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, w zw. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Ewentualnie Odwołujący zarzucił zaniechanie wezwania BAST do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie zgodności przedmiotu oferty w Części nr 2 i 3 w powyżej opisanym zakresie, czym Zamawiający naruszył art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności, dostrzec należy, iż spór w zakresie tego zarzutu, odmiennie aniżeli w przypadku zarzutu nr 1, nie miał podłoża prawnego, lecz dotyczył kwestii technicznych, ściśle związanych ze specyfiką przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie zgodności ww. parametrów oferowanych przez BAST pomp z wymogami Zamawiającego.

Odwołujący, kwestionując spełnienie wymogu wydajności oferowanej przez BAST pompy w Części nr 2, powołał się przede wszystkim na *Kartę danych technicznych Flygt 2075.690 i Specyfikację techniczną BIBO 2075* Odwołujący wskazywał, że *maksymalna wydajność w/w pompy wynosi 61,2 m³/h (171/s) -(vide: Karta Danych technicznych pompy Flygt 2075.690)*. Z kolei BAST przedstawił przeciwstawną argumentację, powołując się na *Specyfikację techniczną BS 2075 HT 3~233*. Jednocześnie Odwołujący nie odniósł się w trakcie rozprawy do twierdzeń BAST, jakoby dowody przedłożone przez Odwołującego były nieaktualne. Izba stwierdza, że na *Karcie danych faktycznych Flygt 2075.690* istotnie widnieje jako wskazana data sporządzenia rok 2012. Dodatkowo Izba za głosowne uznała przyjęcie przez Odwołującego, że BAST na potrzeby postępowania odwoławczego wygenerował nową specyfikację. Powyższe nie zostało poparte żadnym dowodem. Za przekonujące i logiczne wobec tego przyjęła Izba zajęte przez BAST na rozprawie stanowisko co do tego, iż producent pomp wraz z upływem czasu dążył do udoskonalenia swojego produktu, o czym świadczy aktualna (bo pochodząca z 2024 r.) specyfikacja techniczna pompy, z której wynika, że pompa może osiągnąć wydajność w wymaganym przez Zamawiającego zakresie. Izba pominęła w tym uzasadnieniu, uznając za zbędne z punktu widzenia rozstrzygnięcia, poruszane przez Zamawiającego i Odwołującego kwestie interpretacji ujętych w OPZ wymogów. Za jakkolwiek słuszne należy uznać zdanie Zamawiającego, że wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy, tak dla potrzeb oceny tego zarzutu wystarczającym jest, iż Odwołujący nie wykazał, że oferta BAST w Części nr 2 nie spełniała wymogu wydajności pompy. Izba wskazuje też, że obliczenia własne Odwołującego nie są w żaden mierze przesądzające dla oceny zarzutu w tym zakresie, sprowadzają się jedynie do wyliczenia, że 65 m³/h to 18,055 l/s. Mając to na uwadze, w ocenie Izby twierdzenia Odwołującego nie są wystarczające dla uwzględnienia zarzutu co do kwestii spełnienia parametru wydajności przez oferowaną przez BAST pompę.

Przechodząc do zarzutu niespełnienia wymogu wielkości ziaren zanieczyszczeń do 7 mm przez oferowaną przez BAST pompę w Części nr 3, Odwołujący w tym celu złożył przede wszystkim *Podręcznik instalacji, eksploatacji i konserwacji*

Flygt 2125 oraz *Specyfikację techniczną BS 2125 MT3~231* Odwołujący podnosił, że wielkość ziaren zanieczyszczeń, jakie może przepompować pompa [zaofertowana przez BAST] ograniczona jest do 6 mm (vide: str. 12 pkt 3.2. *Podręcznika Instalacji, eksploatacji i naprawa pompy Flygt BS 2125*). Po analizie przedłożonych przez Odwołującego dowodów Izba stwierdza, że faktem jest, iż na s. 12 *Podręcznika*, w kategorii wielkość cząsteczek dla pomp 2125.051, 2125.181, 2125.320, 2125.691 podano jednolite wymiary otworu - średnica w mm 6x50. Izba zauważyła też jednak, iż model pompy Flygt BS 2125 występuje w różnych wersjach np. BS 2125.181 HT (s. 49 *Podręcznika*), BS 2125.320 HT (s. 50 *Podręcznika*), BS 2125.320 MT (s. 51 *Podręcznika*), BS 2125.051 HT (s. 52 *Podręcznika*), 2125.691 SH (s. 53 *Podręcznika*) i różnych klasach ciśnieniowych – MT, HT, SH (s. 12 *Podręcznika*). Na stronach 49-53 *Podręcznika* z zamieszczonymi szkicami poszczególnych wersji, podane są m. in. informacje o różnych wymiarach otworu w zależności od wersji. Wspólnym wymiarem dla każdej wersji rzeczywiście jest 6x50, natomiast poprzez dopisek or (z ang. lub), przy niektórych wersjach jest również wskazanie na inny wymiar, tj. średnicę 8 mm. Izba zauważyła też, że w *Podręczniku* brak jest szkicu właściwego dla konkretnej wersji oferowanej przez BAST, tj. *BS 2125.691 MT/231*. Również szkic znajdujący się w *Specyfikacji technicznej* dotyczy innej wersji pompy aniżeli tej, którą zaofertował BAST, tj. BS 2125.320 MT (notabene wskazującej na wymiary 6x50 lub 8 mm). Nie sposób tym samym dojść w ocenie Izby do jakiegokolwiek przekonania, że z dokumentów tych wynika, iż jedynym dedykowanym wymiarem otworu dla oferowanej wersji przez BAST jest taka, która nie pozwala na przepompowanie ziaren do 6 mm. Ponadto, do przeciwnych ustaleń doszedł BAST, przedstawiając w piśmie procesowym szkic właśnie dla oferowanej przez siebie wersji, z którego wynika, że wymiar otworu to 6x50 lub 7 mm, co pozwala na przepompowanie ziaren do 7 mm, czego wymagał Zamawiający. Oceniając również szkic własny przedłożony przez Odwołującego jako dowód, Izba uznała, że jest to materiał o wysokim stopniu subiektywizmu, w związku z czym nie może być w żadnym stopniu przesądzający dla rozstrzygnięcia. Tym samym dowody Odwołującego nie pozwalają w ocenie Izby na potwierdzenie zarzutu w tym zakresie.

Należy w tym miejscu poczynić, zdaniem Izby, uwagę natury ogólnej dla podnoszonych w ramach tego zarzutu kwestii, i że to na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To bowiem Odwołujący, a nie Zamawiający, a tym bardziej przystępujący BAST, wywodził z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie Odwołujący. W ocenie Izby nie ma zatem żadnego uzasadnienia dla nadania większej wagi dowodom Odwołującego niż tym, jakie złożył BAST do pisma procesowego. W związku z tym, zarówno zarzuty odnoszące się do wymogu wydajności, jak też do wielkości ziaren zanieczyszczeń nie zostały wykazane przez Odwołującego w sposób dostateczny dla uznania ich przez Izbę za zasadne.

Mając już powyższe na uwadze, a odnosząc się do części zarzutu zasadniczo wspólnej dla obu części zamówienia, w stosunku do których wniesiono odwołanie, tj. zaofertowania przez BAST korpus pompy (w przypadku Części nr 2) lub korpusu silnika pompy (w przypadku Części nr 3) ze stopu żeliwnego, co nie jest zdaniem Odwołującego materiałem równoważnym z wymaganym przez Zamawiającego stopem aluminium AK9, Izba wskazuje, że Odwołujący również w tym przypadku nie zdołał wykazać, iż te okoliczności zaistniały w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zauważyła, co jednakże należy wyraźnie podkreślić nie było przedmiotem odwołania, iż nie do końca jasnym okazało się dla wykonawców, co Zamawiający w tym przypadku rozumiał pod pojęciem równoważny dla wykonania korpusu pompy bądź korpusu silnika pompy ze stopu aluminium AK9. Potwierdzają to stanowiska przedstawione przez strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego. Odwołujący stwierdził, iż rozwiązaniem równoważnym byłoby zastosowanie innego stopu aluminium niż AK9, który posiadałby równoważne właściwości fizyczne i chemiczne, a czego nie można powiedzieć o żeliwie szarym. BAST podnosił z kolei, że Zamawiający nie wskazał konkretnego typu składu materiałowego, procentowego poszczególnych pierwiastków, ponieważ właściwości mechaniczne i odporność na korozję nie zależą wprost od samego składu procentowego, a jest to proces bardziej złożony. Zarazem BAST powoływał się na dużo lepsze parametry mechaniczne, częstsze zastosowanie w oddziałach górniczych zagrożonych wybuchem żeliwa aniżeli stopu aluminium. Natomiast zgodnie z art. 99 ust. 6 ustawy Pzp, zamawiający, poza użyciem w opisie przedmiotu zamówienia wyrazów „lub równoważny”, zobowiązany jest wskazać w opisie przedmiotu zamówienia kryteria, które zostaną zastosowane w celu oceny równoważności. Zamawiający, przy wprowadzeniu równoważności powinien wyraźnie doprecyzować, co będzie rozumiał pod pojęciem równoważności, tak aby wykonawcy wiedzieli, jakie są oczekiwania zamawiającego. Jak podnosi się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, „równoważność nie polega na zaofertowaniu przedmiotu zamówienia identycznego do produktu referencyjnego. Istota rozwiązania równoważnego sprowadza się do zaofertowania produktu spełniającego funkcjonalności określone przez zamawiającego. Z powyższego wynika więc, że obowiązkiem zamawiającego jest określenie, które elementy materiałów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia i opisane w sposób wskazany w treści art. 99 ust. 5 ustawy – Prawo zamówień

publicznych, uznaje za najistotniejsze" (tak KIO w wyroku z dnia 7 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 414/22). Powyższe wskazuje zatem zdaniem Izby, iż wobec braku jednoznacznego kryterium, pod którego kątem oceniana miał być równowaga materiału, z którego wykonany zostanie korpus (lub korpus silnika), nie jest zasadnym przyjmowanie jako jedyne słusznego stanowiska przyjętego przez Odwołującego. Idąc dalej, w ocenie Izby Odwołujący, przywołując w treści odwołania różnice pomiędzy żeliwem a stopem aluminium świadczące o braku równowagi, przedstawił wyłącznie własne, subiektywne zdanie, które kontestowane było równocześnie przez BAST w piśmie procesowym oraz przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie poprzez odniesienie się do porównania stopu aluminium do żeliwa (przedstawionego w pracy zbiorowej „Metaloznawstwo” pod red. Joanny Hucińskiej). Izba zwraca też uwagę, iż Odwołujący nie poparł swoich twierdzeń żadnym dowodem. Odwołujący wprowadził w treści odwołania zasygnalizował złożenie dowodu w postaci opinii biegłego z zakresu materiałoznawstwa na okoliczność ustalenia braku równowagi pomiędzy stopem aluminium AK9 a stopem żeliwa szarego, natomiast dowód ten nie został przez Odwołującego przedłożony w postępowaniu odwoławczym. Również zatem w tym przypadku, brak jest jakichkolwiek przesłanek dla potraktowania stanowiska Odwołującego jako nadrzędnego wobec stanowisk reprezentowanych przez Zamawiającego i BAST w trakcie postępowania odwoławczego.

W takim stanie rzeczy uznaje się, że stanowisko Odwołującego jest niewystarczające do jednoznacznego przyjęcia, iż oferta BAST objęta była niezgodnością z warunkami zamówienia, a konkretnie w zakresie Części nr 2 niezgodnością z pkt IV.4 i IV.6a) OPZ oraz w zakresie Części nr 3 z pkt V.4 i V.7 OPZ. W konsekwencji, Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, w zw. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w prawidłowo nie odrzucił oferty BAST. Wobec powyższych ustaleń, również ewentualny zarzut w postaci zaniechania przez Zamawiającego wezwania BAST do wyjaśnienia treści złożonej oferty co do zgodności przedmiotu oferty w zakresie Części nr 2 z pkt IV.4 i IV.6a) OPZ oraz w zakresie Części nr 3 z pkt V.4 i V.7 OPZ nie zasługiwał na uwzględnienie, a Zamawiający tym samym nie naruszył art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzut nr 3

Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 3, tj. nieprawidłowego wyboru oferty BAST, która powinna zostać odrzucona, czym Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1) i 2), art. 17 ust. 2 oraz art. 226 ust. pkt 5) ustawy Pzp, to należy wskazać, iż zarzut ten jest konsekwencją zarzutów nr 1 i nr 2, a wobec oddalenia tych zarzutów, również zarzut nr 3 nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....