

Sygn. akt: KIO/574/11

WYROK

z dnia 31 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Sack & Kiesselbach Maschinenfabrik GmbH, 40 – 472 Dusseldorf Niemcy, Westfalenstrasse 68** od czynności zamawiającego **Akademia Górniczo-Hutnicza im S. Staszica, 30 – 059 Kraków, Al. Mickiewicza 30.**

przy udziale wykonawcy **Zamet-Budowa Maszyn S.A., 42 – 680 Tarnowskie Góry, ul. Zagórska 83** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Sack & Kiesselbach Maschinenfabrik GmbH, 40 – 472 Dusseldorf Niemcy, Westfalenstrasse 68i nakazuje

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Sack & Kiesselbach Maschinenfabrik GmbH, 40 – 472 Dusseldorf Niemcy, Westfalenstrasse 68;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **346 zł 50 gr** (słownie: trzysta czterdzieści sześć złotych pięćdziesiąt groszy) przez **Sack & Kiesselbach Maschinenfabrik GmbH, 40 – 472 Dusseldorf Niemcy, Westfalenstrasse 68;** na rzecz **Akademia Górniczo-Hutnicza im. S. Staszica, 30 – 059 Kraków, Al. Mickiewicza 30** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu dojazdu na rozprawę.

Pouczenie:

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 574/11

Uzasadnienie

Odwołujący Sack & Kiesselbach Maschinenfabrik GmbH z/s w Dusseldorf, Niemcy - uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę prasy hydraulicznej w projekcie pt. „Opracowanie nowych zaawansowanych technologii kucia materiałów wysokotopliwych” zarzucił zamawiającemu. Którym jest Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej ustawy lub pzp) poprzez jego błędne zastosowanie oraz art. 26 ust. 3 ustawy poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania do złożenia brakującego dokumentu potwierdzającego, że względem wykonawcy nie toczy się postępowanie likwidacyjne,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy poprzez ich błędne zastosowanie polegające na odrzuceniu oferty odwołującego jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu oraz niezgodnej z siwz,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec ofert wykonawców Zamet – Budowa Maszyn S.A. (wykonawca wybrany) oraz Hydrapress Engineering,

- art. 91 oraz art. 7 ust. 1 i 4 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu i niespełniającej warunków udziału w postępowaniu.

Z ostrożności, w razie nieuwzględnienia zarzutów w tiret 1 i 2, zarzucił naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez jego niezastosowanie, tj. nie unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie złożono oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty, nakazanie dopuszczenia go do postępowania, nakazanie wezwania odwołującego do złożenia dokumentu potwierdzającego, że wobec niego nie toczy się postępowanie likwidacyjne, nakazanie odrzucenia ofert wykonawców Zamet – Budowa Maszyn S.A. oraz Hydrapress Engineering, powtórzenie czynności wyboru oferty z pominięciem ofert odrzuconych, a z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Z ostrożności wnosi o nakazanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał, że nie został wezwany w obowiązkowym trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że nie toczy się wobec niego postępowanie likwidacyjne wobec odrzucenia oferty odwołującego.

Stwierdził, że jego oferta została odrzucona z uwagi na niezgodność 3 z 27 parametrów wskazanych w ofercie tj. całkowitego skoku suwaka (nr 3), skoku suwaka dolnego (wyrzutnika) (nr 5), wymiarów przestrzeni roboczej, wymiarów stołu (nr 10). Odwołujący zauważył, że w postępowaniu dopuszczono składanie ofert równoważnych. Wskazał, że oferta równoważna, to taka, która przedstawia opis przedmiotu zamówienia o takich samych parametrach lub zbliżonych do określonych w siwz, a równoważne są produkty lub rozwiązania, które w ocenie specjalistów w danej branży odpowiadają pod względem jakości produktom lub rozwiązaniom wskazanym w siwz. Odwołujący stwierdził, że oferowana przez niego prasa hydrauliczna jest w pełni zgodna z wymaganiami technicznymi zamawiającego. Przedstawione w niej parametry dotyczące całkowitego skoku suwaka, skoku suwaka dolnego, wymiarów przestrzeni roboczej i wymiarów stołu roboczego są optymalne w odniesieniu do maksymalnej wysokości zabudowy, dlatego oferowana prasa jest optymalna z technicznego punktu widzenia oraz wypełnia wszystkie funkcje techniczne potrzebne do wykorzystywania prasy w celach testowych. Stwierdził, że równoważność 3 parametrów jest związana wyłącznie z rozkładem konstrukcyjnym prasy, a nie jej funkcjonalnością i zaproponowane parametry skoku suwaka są optymalne. Stwierdził, że wymiary przestrzeni roboczej są zdefiniowane przez sztywność prasy, a wysokość zabudowy wynosząca 800 mm czy też 750 mm nie ma wpływu na zdecydowanie ważniejsze parametry tj. zakres prędkości roboczych suwaka głównego min. 0,01 – maks. 50 mm/s, czy też precyzyjne kierowanie suwakiem głównym +/- 0,05 mm pomiędzy kolumnami, które dla planowanej funkcji prasy (kucie materiałów wysokotopliwych) są najważniejsze. Wskazał, że zaproponowane rozwiązanie przy wysokości 750 mm, tj. rolkowe listwy prowadzące w dolnej płycie stołu prasy oraz ramiona podtrzymujące przed stołem prasy pozwalają na postawienie przez suwnicę lub podnośnik narzędzia na ramiona podtrzymujące, a następnie ręczne wsunięcie na rolkach w przestrzeń roboczą prasy. Zauważył, że takie konstrukcje pomocnicze nie zostały zaprojektowane w ofertach konkurencyjnych. Stwierdził, że oferta jako równoważna nie podlega odrzuceniu, a w konsekwencji wykonawca powinien być wezwany do uzupełnienia brakującego dokumentu podmiotowego.

Uzasadniając zarzutu podniesione wobec ofert konkurencyjnych odwołujący wskazał, co następuje:

1/ oferta Zamet – Budowa Maszyn S.A. nie spełnia parametrów o następujących numerach (zgodnie z ofertą): 12 – 16, 18, 20 -23, 25 – 27. Wskazane powyżej pola pozostały w ofercie puste, a wykonawca nie wskazał ani wartości parametrów, ani akceptacji wymogów

zamawiającego przez zaznaczenie TAK/NIE. Wykonawca ten nie zaakceptował także wymogu realizacji dostawy na 30.09.2011 r., nie wskazał, czy oferowane urządzenie spełnia wymogi BHP, ani też, iż prasa będzie wypełniona olejem hydraulicznym (którego cena podlega wliczeniu do ceny prasy) dostarczonym przez wykonawcę. Brak jest wskazania, że do oferowanej ceny wykonawca dolicza koszty dostawy oraz montaż i instalację.

2/ oferta Hydrapress Engineering nie spełnia parametrów o numerach (w ofercie): 12-16,18,20-23,25,26 – wykonawca udzielił odpowiedzi w niewłaściwej kolumnie oferty. Wykonawca ten nie zadeklarował również dostarczenia prasy wypełnionej olejem wliczonym w cenę urządzenia, czy też doliczenia do ceny kosztów transportu i montażu urządzenia.

Zdaniem odwołującego oferty te jako nie uwzględniające w cenie wskazanych kosztów, były nieporównywalne i winny zostać odrzucone.

Odwołujący wskazał ponadto, że jako jedyny przedstawił dokładny opis techniczny z rysunkami urządzenia i tylko on spośród uczestników, jako znany producent o międzynarodowej renomie, jest w stanie zagwarantować terminową realizację zamówienia. Podał w wątpliwość faktyczną możliwość wykonania przez konkurentów urządzenia w szczególności w odniesieniu do najtrudniejszego do spełnienia parametru tj. zakresu prędkości suwaka roboczego min. 0,01÷maks.50.

Stwierdził, że uchybienia ofert konkurencyjnych są istotniejsze niż te, które były podstawą odrzucenia oferty odwołującego.

Z ostrożności podniósł, w razie uznania, że jego oferta podlega odrzuceniu, postępowanie o udzielenie zamówienia powinno być unieważnione z powodu nie złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zamawiający wniósł oddalenie odwołania uznając dokonane czynności za zgodne z przepisami prawa.

W prowadzonym postępowaniu wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Zamet-Budowa Maszyn z/s w Tarnowskich Górach, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wykluczył z postępowania odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 pzp z powodu nie załączenia dokumentu potwierdzającego, że względem wykonawcy nie toczy się postępowanie likwidacyjne; nie wzywał do uzupełnienia tego braku wobec odrzucenia oferty odwołującego. Oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 pzp. Zamawiający wskazał na niezgodność oferty z pkt 3.1 siwz – Opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymagał następujących parametrów:

całkowity skok suwaka 350-400, skok suwaka dolnego (wyrzutnika) (mm) min. 150, wymiary przestrzeni roboczej (mm) 800x800x800, wymiaru stołu 800x800,

podczas gdy, jak wskazał zamawiający, wykonawca zaoferował następujące wartości parametrów:

całkowity skok suwaka 300, skok suwaka dolnego (wyrzutnika) (mm) min. 100, wymiary przestrzeni roboczej (mm) 750x930x750, wymiary stołu 750x930.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że spełnił wszystkie wymagania wynikające z warunków przetargu.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, biorąc pod uwagę przedstawione stanowiska na piśmie oraz do protokołu oraz uwzględniając dokumentację postępowania w wraz ze złożonymi ofertami wykonawców ustaliła i zważyła, co następuje.

W postępowaniu złożono trzy oferty, w tym oferta wybrana z ceną 1 985 138,82 zł, oferta odwołującego z ceną 2 038 282 zł i oferta firmy Hydrapress sp. z o.o. – 2 022 105,24. Biorąc pod uwagę, że cena była jedynym kryterium oceny ofert, należy stwierdzić, że odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż w razie jego uwzględnienia w zakresie żądania odrzucenia ofert konkurencyjnych, miałby możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W zakresie parametrów, których niespełnienie stwierdził zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego należy zauważyć, że w opisie przedmiotu zamówienia w pkt 3.1 oraz formularzu ofertowym wskazano wymagane parametry: całkowity skok suwaka głównego, (mm): 350-400 (zalecane 400), skok suwaka dolnego (wyrzutnika), (mm): min. 150, wymiary przestrzeni roboczej, (mm): 800x800x800, wysokość, (mm): min. 800, wymiary stołu, (mm): maks. 800x800. Odwołujący się wykonawca zaoferował następujące wartości parametrów: całkowity skok suwaka 300, skok suwaka dolnego (wyrzutnika) (mm) min. 100, wymiary przestrzeni roboczej (mm) 750x930x750, wymiary stołu 750x930. Wskazane zaoferowane parametry, co jest okolicznością faktyczną niesporną, są odmienne od wymaganych. Kwestią sporną jest ocena, czy urządzenie z takimi parametrami może być uznane za równoważne z urządzeniem opisanym jako przedmiot zamówienia. W tym zakresie Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia złożone przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i w toku rozprawy, że oferowana prasa hydrauliczna powinna mieć parametry mieszczące się w wielkościach wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. W szczególności uzasadnione jest spostrzeżenie, że przyjęcie urządzenia opisanego przez odwołującego wymagałoby dla uzyskania wymaganej funkcjonalności dodatkowego oprzyrządowania generując dodatkowe koszty nie uwzględnione w cenie oferty, a zatem

dodatkowo obciążające zamawiającego. Faktyczny koszt urządzenia spełniającego cele zamawiającego, o funkcjach laboratoryjnych czyli przeznaczeniu nieprzemysłowym, wymagałby zatem zmiany treści oferty lub przeprowadzenia procedury zmierzającej do pozyskania dodatkowych elementów urządzenia, które nie zostały ujęte w ofercie. Ustalenie powyższe prowadzi do wniosku, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią siwz, była uzasadniona. Ponadto, wobec jednoznacznego wskazania w ofercie wielkości omawianych parametrów należy stwierdzić, że zamawiający nie miał podstaw do żądania od tego wykonawcy wyjaśnień co do podanych wartości. Można przy tym zauważyć, że w odniesieniu do parametru nr 10 w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający w odpowiedzi z dnia 4.02.2011 na zadane pytanie jednoznacznie potwierdził, że wymiary stołu muszą wynosić max 800x800 mm uzasadniając to wymogiem zapewnienia odpowiedniej przestrzeni zapewniającej stabilność temperatury w procesach kucia przewidywanych w badaniach.

Odnosząc się do zarzutów odwołania podniesionych wobec dwóch ofert konkurencyjnych Izba stwierdza, po analizie treści formularza ofertowego stanowiącego załącznik do siwz, że pozycje wskazane przez odwołującego jako niewypełnione w ofercie przystępującego są pozycjami w kolumnie „Wartość parametru...” zaciemnionymi, co może sugerować, że nie muszą one być w ofercie wypełnione. Na takie rozumienie sposobu wypełnienia wskazuje w szczególności fakt, że dwóch wykonawców, za wyjątkiem odwołującego wskazanych pól nie wypełniało, w tym jeden z nich deklarację o potwierdzeniu spełniania wymogów słowem „TAK” wpisał w innym miejscu formularza. Z opisu tych parametrów wynika, że zamawiający wymaga bezwzględnego ich spełnienia nie przewidując odstępstw od nich. Wśród tych parametrów/wymogów znajdują się m. in. deklaracje o napełnieniu prasy olejem, którego cena musi być wliczona do ceny prasy oraz uwzględnieniu w cenie kosztów dostawy, montażu, instalacji i zapewnienia serwisu pogwarancyjnego. Brak tych informacji zarzuca ofercie wybranej odwołujący. Jak wynika z treści oferty wybranej, składający ją wykonawca wypełnił wszystkie pola niezaciemnione, ponadto, zgodnie z treścią formularza, potwierdził realizację przedmiotu zamówienia, „zgodnie z zasadami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby przystępujący złożył ofertę nie naruszającą postanowień siwz wypełniając wszystkie te pola opisujące spełnienie wymogów, które pozostały nie zaciemnione w formularzu. Złożona oferta jako oświadczenie woli wykonawcy w ocenie Izby podlega bowiem odczytaniu z zastosowaniem reguły wykładni na podstawie art. 65 kodeksu cywilnego mającego zastosowanie na podstawie art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, że wykonawca zadeklarował dostarczenie przedmiotu zamówienia spełniającego wszystkie wymagane parametry, mimo iż, co do niektórych, co do których miał prawo przypuszczać, że

nie ma obowiązku ich opisania, poprzestał na oświadczeniu o zgodności z siwz. Taką treść oferty potwierdził w wyjaśnieniu złożonym zamawiającemu w piśmie z dnia 28.02.2011 r. Biorąc powyższe pod uwagę i uznając, że niejasności siwz nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców, Izba uznała, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza oraz oferta wykonawcy nie uczestniczącego w postępowaniu odwoławczym, nie podlegają odrzuceniu. W konsekwencji należy stwierdzić, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 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. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....