

WYROK
z dnia 25 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2012 r. przez wykonawcę

Grupa Kapitałowa WONAM S.A. ul. Dworcowa 13, 43-200 Pszczyna

w postępowaniu prowadzonym przez

Kompanię Węglową S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

przy udziale:

A. wykonawcy **Mostostal Kraków S.A. ul. Mrozowa 5, 31-752 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Komplektacji i Montażu Systemów Automatyki „Carboautomatyka” S.A. ul. Budowlanych 168, 43-100 Tychy i Mifama S.A. ul. Żwirki i Wigury 4, 43-190 Mikołów** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Grupę Kapitałową WONAM S.A. ul. Dworcowa 13, 43-200 Pszczyna i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Grupę Kapitałową WONAM S.A. ul. Dworcowa 13, 43-200 Pszczyna tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę budynku płuczki miałowej w zakresie wzbogacania miałów węglowych w Kompanii Węglowej S.A. Oddział ZPMW KWK Jankowice” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 7 grudnia 2011 r. w Dz. Urz. UE, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

11 maja 2012 r. odwołujący – Grupa Kapitałowa WONAM S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 46 ust. 4a, art. 91b ust. 1, art. 26 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wnosząc o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: powtórzenia czynności badania i oceny ofert, powtórzenia czynności oceny złożonych przez odwołującego uzupełnień i wyjaśnień, odstąpienia od czynności odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty, powtórzenia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, powtórzenia aukcji elektronicznej i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty odwołującego tym, że w stosunku maszyn i urządzeń wskazanych jako równoważne w dostarczonym uzupełnieniu oferty w załączniku nr 10 nie dostarczył wymaganych w punkcie XVIII ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia DTR/Instrukcji dla następujących urządzeń i maszyn: osadzarka, dmuchawa, waga taśmowa (technologiczna) i waga taśmowa (do celów handlowych). Jednak przyjęcie, że wzmiankowane dokumenty nie zostały złożone, nie uzasadnia w wystarczającym stopniu odrzucenia oferty, gdyż nie sposób stwierdzić, że zachodzi sprzeczność pomiędzy istotą i zakresem zaoferowanego świadczenia a treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – z oferty *sensu stricto*, czyli z oświadczenia woli zawarcia umowy, jednoznacznie wynika, że przedmiotem oferty są roboty budowlane zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Poza tym nie każdy dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania w rozumieniu art. 25 ust. 1 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Zamawiający zaś, odrzucając ofertę, nie przedstawił żadnych argumentów na poparcie tezy, iż akurat instrukcje stanowią dokumenty niezbędne do oceny spełniania tych wymagań. Dokumentem zastępczym

(równoważnym) dla instrukcji jest DTR, na którą składają się instrukcje: użytkowania, obsługi, konserwacji i smarowania lub BHP wraz z szeregiem innych elementów, które wobec dopuszczenia przez zamawiającego złożenia nie tylko DTR, lecz także samej „Instrukcji”, nie mogą być traktowane jako niezbędne dla oceny spełniania przez oferowane roboty budowlane postawionych wymogów. Sposób korzystania z urządzeń wynika z ich parametrów czy charakterystyk technicznych przez co można dokonać weryfikacji zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po stronie wykonawcy nie ma jednoznacznego obowiązku udowodnienia spełniania wymogów w sposób i w formie wymaganej przez zamawiającego, wystarczy samo udowodnienie. Jednocześnie w razie wątpliwości zamawiający mógł zwrócić się o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W reakcji na wezwanie do uzupełnienia odwołujący wyjaśnił, że urządzenia wskazane pod poz. 12. i 13. w załączniku nr 10, tj. waga taśmowa (technologiczna) oraz waga taśmowa (do celów handlowych) nie są zamiennikami, a urządzeniami przewidzianymi przez zamawiającego w projekcie wykonawczym. Wskazana w ofercie inna nazwa producenta lub dostawcy nie przesądza o tym, że wykonawca zaoferował inne nieprzewidziane przez zamawiającego w projekcie urządzenie i/lub maszynę. Wykonawca nie może być obciążany negatywnymi konsekwencjami, nieścisłościami czy błędami w dokumentacji projektowej, która przy wykazie urządzeń zawiera wzmiankę bądź o producencie, bądź o dostawcy.

Zamawiający zatrzymał też wniesione przez odwołującego wadium, pomimo że nie umożliwił odwołującemu ani nie wezwał go do wskazania przyczyn niezłożenia instrukcji, poza tym niezłożenie instrukcji wynika z przyczyn nie leżących po stronie odwołującego – przedmiotowe instrukcje opracował producent urządzeń, który zarazem dysponuje ich tekstem, jednak pomimo odpowiednio wczesnego zwrócenia się o dostarczenie instrukcji, odwołujący ich nie otrzymał. Wykonawca nie dysponuje wiedzą i informacjami umożliwiającymi przewidzenie, iż producent danego urządzenia nie prześle w odpowiednim terminie stosownej instrukcji.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy wniósł o jego oddalenie. Stwierdził, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia była znana od 7 grudnia 2011 r., podczas gdy termin składania ofert upłynął 6 marca, zatem wykonawcy mieli wystarczający czas na zadawanie pytań odnośnie wskazanych w dokumentacji nazw producentów urządzeń, obecnie zarzuty dotyczące nieprecyzyjnego sporządzenia specyfikacji są spóźnione. Również działanie odwołującego polegające na oparciu się na oświadczeniach podmiotów, które twierdziły, że są producentami, zamiast pytania do zamawiającego, jest działaniem na własne ryzyko. Także kontaktowanie się z tymi podmiotami dopiero po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów było spóźnione. Zamawiający określił w specyfikacji, jak równoważność urządzeń chce zbadać.

Stwierdza, iż z informacji otrzymanej od WAMAG S.A., którego to producenta wskazał odwołujący dla osadzarki, wynika, iż wykonawca ten przesłał odwołującemu mailem DTR osadzarki miałowej wraz z wykazem części zamiennych już 23 stycznia 2012 r. Również PROREM Sp. z o.o. przesłała informację, że odwołujący zwrócił się do nich z zapytaniem ofertowym, zatem potrafił ustalić producenta. W odniesieniu do nazwy producenta „Kaeser” przywołał „Wykaz dokumentacji – instalacja powietrza roboczego urządzenia nr 04.450;04.451;04.452 nr rys. BPP/M – 26-32”, którym w poz. 1 „dmuchawa HB 1600 PI” wskazano nazwy Kaeser/Mexpol, a która znajduje się w załączniku nr 1 do specyfikacji zamieszczonym na str. internetowej. Również na charakterystyce technicznej osadzarki miałowej typ OM – 2,5 x 7,5 zawarto duże logo PROREM Sp. z o.o. i jest to producent owej osadzarki – nie jest to Biuro Projektów PROREM Sp. z o.o. Rysunek ten również znajduje się w załączniku nr 1 do specyfikacji dostępnym na stronie internetowej pod nazwą „Rysunek zabudowy osadzarek miałowych nr BPP/M – 26-63”. W związku z tym, zdaniem zamawiającego wykonawca mógł przedstawić dokumentację techniczną. Natomiast jeżeli chciał zaoferować urządzenie zaprojektowane wystarczyło, aby oświadczył, że oferuje produkt Kaeser, wtedy nie musiałby załączyć DTR.

Zamawiający posiada DTR osadzarki OM 2,5x7,5 produkcji WAMAG, z której wynika, że osadzarka ta nie spełnia wymogów w klasach ziarnowych wymaganych przez zamawiającego, zatem, zdaniem zamawiającego, jest to powód, dla którego odwołujący jej nie przedstawił.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komplektacji i Montażu Systemów Automatyki CARBOAUTOMATYKA S.A. i MIFAMA S.A. popierając stanowisko zamawiającego i wnosząc o oddalenie odwołania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła również, że stan faktyczny postępowania (przedstawione dokumenty) nie jest sporny.

Co do zarzutu nieprawidłowej oceny złożonych przez odwołującego uzupełnień i wyjaśnień oraz nieprawidłowego odrzucenia jego oferty Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się. Niesporne jest, że odwołujący nie przedstawił dokumentacji techniczno – ruchowej (DTR) ani instrukcji zaproponowanych urządzeń równoważnych, których przedstawienia zamawiający wymagał w punkcie XVIII.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla osadzarki, dmuchawy, wagi taśmowej technologicznej i wagi taśmowej dla celów handlowych – a przynajmniej odwołujący nie dowiódł, że takową dokumentację przedstawił.

Odwołujący nie wykazał też, że przedstawił jakąkolwiek dokumentację „równoważną” do wymaganej przez zamawiającego, z której zamawiający mógłby uzyskać informacje o parametrach, charakterystykach technicznych czy sposobie korzystania z urządzeń, na podstawie których mógłby dokonać weryfikacji zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami (nawet pomijając fakt, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie 40. zamawiający nie dopuścił w tym celu innych dokumentów niż wskazane w punkcie XVIII.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Odwołujący nie dowiódł także, że zaoferował urządzenia „zaprojektowane”, czyli wskazane według nazw producenta w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W trakcie rozprawy wręcz przyznał, że błędne mniemanie co do tego faktu wynikało z błędnego zidentyfikowania producentów urządzeń.

Co do stwierdzenia, że nieprzedstawienie zamawiającemu spornych dokumentów nie uzasadnia w wystarczającym stopniu odrzucenia oferty, gdyż nie sposób stwierdzić, że zachodzi sprzeczność pomiędzy istotą i zakresem zaoferowanego świadczenia a treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy stwierdzić, że stanowisko to jest błędne. Nawet jeśli bowiem zaoferowane przez odwołującego urządzenia są rzeczywiście urządzeniami równoważnymi, odwołujący powinien był to wykazać w ofercie w sposób wymagany przez zamawiającego – czyli w tym wypadku przedstawiając dokumentację techniczno – ruchową lub instrukcje zaproponowanych urządzeń, w przeciwnym wypadku treść oferty nie odpowiada wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferta ta podlega odrzuceniu. Dokumenty wskazujące na równoważność oferowanych produktów jak najbardziej można uznać za dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (do oceny spełnienia wymagań dla urządzeń), a także za dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu są nie tylko same roboty budowlane, ale także dostawa urządzeń – więc nie tylko roboty, ale oba te elementy muszą być zgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do stwierdzenia, że po stronie wykonawcy nie ma jednoznacznego obowiązku udowodnienia spełniania wymogów w sposób i w formie wymaganej przez zamawiającego, a wystarczy samo udowodnienie, to pomimo że istnieją w tym zakresie wyjątki, co do zasady jest ono błędne – obowiązkowi zamawiającego wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wszystkich żądanych dokumentów, również tzw. „przedmiotowych”, po stronie wykonawców towarzyszy obowiązek przedstawienia zamawiającemu owych dokumentów. W tym wypadku żądanie i obowiązek przedstawienia dokumentów na potwierdzenie równoważności oferowanych urządzeń należy uznać za uzasadniony. Jednak, jak już stwierdzono powyżej, odwołujący nie przedstawił nawet innych dokumentów niż wymagane.

Odwołujący nie dowiódł także, że niezłożenie przedmiotowych dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie, co, w świetle art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, uzasadniałoby zwrot wniesionego wadium. Argumentacja o trudnościach w ustaleniu, czy dane urządzenie jest urządzeniem zaprojektowanym, wynikających ze sposobu przygotowania w projekcie wykonawczym branży technologiczno – maszynowej tabeli zestawienia urządzeń, mogłaby być dopiero początkiem takiego dowodu, jednak niewystarczającym. Podobnie informacja o telefonicznych rozmowach w producentami urządzeń, którzy dysponują dokumentacją tych urządzeń, jest daleko niewystarczająca dla celów dowodowych.

Biorąc jednak pod uwagę fakt, że nawet w przypadku dowiedzenia naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba, ze względu na treść art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie mogłaby uwzględnić odwołania i nakazać zamawiającemu zwrotu wadium, gdyż zatrzymanie wadium nie ma wpływu na wynik postępowania, zwrotu wadium odwołujący może dochodzić (udowadniając, że niezuzupełnienie wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie) w drodze porozumienia z zamawiającym lub na ogólnych zasadach przed sądem powszechnym.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: