

**WYROK**

**z dnia 29 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2013 r. przez **Odwołującego – Intrac Polska Sp. z o.o., Wolica, al. Katowicka 3, 05-830 Nadarzyn**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Zakład Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o., ul. Gać 90, 55-200 Oława**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Zakładowi Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. z Oławy powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego Intrac Polska Sp. z o.o. z Nadarzyna, i zastosowanie wobec niej procedur przewidzianych w art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Zakład Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. z Oławy i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Intrac Polska Sp. z o.o. z Wolicy tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego – Zakład Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. z Oławy na rzecz Odwołującego – Intrac Polska Sp. z o.o. z Wolicy, kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 we Wrocławiu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Zakład Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. w Oławie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „ Dostawa ładowarki kołowej wraz z usługami serwisowymi”

W dniu 16 lipca 2013 r. Intrac Polska Sp. z o.o. w Nadarzynie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez niesłuszne odrzucenie oferty Odwołującego, z powodu podania parametrów ładowarki „powyżej 12,5t” zamiast „12,5-15t”,
- art. 7 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zakresie naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu zawierającego błędy.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. dokonania powtórzenia czynności Zamawiającego polegających na badaniu oferty Odwołującego w zakresie wskazania w treści oferty masy ładowarki oraz dokonanie poprawienia innej omyłki,
3. z ostrożności procesowej: wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Prawo zamówień publicznych dokumentu zawierającego błędy w zakresie potwierdzenia spełniania warunku technicznego dotyczącego masy ładowarki,
4. dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie jest uzasadnione.

W zakresie podnoszonych zarzutów Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający oczekiwał dostawy ładowarki o masie 12,5-15 t (pkt 2 tabeli zawartej w załączonym do SIWZ Opisie przedmiotu zamówienia; kopia dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy).
2. Odwołujący w ofercie zaoferował ładowarkę producenta CASE, model 621F (na wzorze „załącznik nr 1 do OPZ”, strona 26 oferty). Na stronach 29-30 oferty załączono specyfikację techniczną. W obu tych dokumentach podano masę ładowarki „powyżej 12,5 tony”.
3. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, co do którego Strony były zgodne, jednak przypisywały mu odmienne skutki prawne, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, które to naruszenie było następstwem naruszenia art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ewentualnie 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Stanowisko Zamawiającego sprowadzało się do stwierdzenia, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie można było jednak skorzystać z artykułu 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie zaistniały żadne wątpliwości: skoro oferta Odwołującego jest niedookreślona, to nie podlega uzupełnieniu, a jej ewentualne poprawienie, mogłoby nastąpić w drodze niedopuszczalnych negocjacji, co nie jest w ocenie zamawiającego w tym postępowaniu możliwe.

Izba oceniła stanowisko Zamawiającego jako nieprawidłowe w okolicznościach niniejszej sprawy. Ze względu na wagę i charakter dokumentów składanych w postępowaniu wraz z ofertą, należy przyjąć, że „załącznik nr 1 do OPZ” do oferty Odwołującego obejmuje treść oferty w sensie ścisłym – precyzuje zakres świadczenia, przez podanie skonkretyzowanego modelu sprzętu określonego producenta. Równocześnie w tymże dokumencie podano masę ładowarki podając jedynie jej dolną granicę – 12,5 tony. Ponieważ

masa ładowarki jest konkretną wielkością, nie może obejmować całego zakresu od 12,5 t do nieskończoności. Wśród ładowarek o wadze powyżej 12,5 tony są ładowarki o masie np. 13 ton, a więc mieszczące się w przedziale masy 12,5-15 t, jak i ładowarki o masie np. 16 ton – a więc nie spełniające wymagań Zamawiającego. Zatem Zamawiający równie dobrze, na podstawie tak opisanej oferty Odwołującego (tj. „powyżej 12,5t”), mógł uznać, że oferowana ładowarka spełnia jego wymagania, jak i nie spełnia. Ponieważ Zamawiający musi mieć pewność zarówno co do podstaw uznania oferty za niepodlegającą odrzuceniu, jak i co do podstaw faktycznych odrzucenia oferty, to powinien wątpliwość tą wyjaśnić. Zobowiązany był do wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści „załącznika nr 1 do OPZ” (a dokładnie: na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający powinien wyjaśnić pkt 2 ze strony 26 oferty Odwołującego). W razie oświadczenia przez Odwołującego, że oferuje ładowarkę o masie 12,5-15 t, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających oferowane parametry – w tej sytuacji prawdopodobne jest, że Odwołujący będzie mógł udowodnić Zamawiającemu, że zaoferował ładowarkę zgodną z jego wymogami.

Sprzęt będący przedmiotem zamówienia bowiem jest produkowany seryjnie, ma powtarzalne parametry, które mogą się różnić w zależności od wyposażenia (oświadczenie Odwołującego w tym zakresie nie było przez Zamawiającego kwestionowane) – w niniejszym postępowaniu, Zamawiający oczekiwał łyżki ładowarki 3,0 t (taką łyżkę Odwołujący zaoferował, co nie było również przez Zamawiającego kwestionowane). Zatem bez trudu, znając parametry techniczne (o ile Odwołujący okaże na wezwanie Zamawiającego odpowiednią dokumentację techniczną) modelu urządzenia zaoferowanego przez Odwołującego, biorąc pod uwagę, że obejmuje łyżkę o pojemności 3,0 t, będzie można obliczyć masę tego urządzenia. Dlatego w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie będzie mógł podać dowolnych parametrów ładowarki, w oderwaniu od jej rzeczywistych cech technicznych – dlatego nie dojdzie do niedopuszczalnych negocjacji, których obawiał się Zamawiający. Odwołujący jedynie może sprecyzować parametry urządzenia, którego model podał w ofercie, nie może zmienić modelu na inny, ani go modyfikować. Zatem odrzucenie oferty było przedwczesne i uzasadnione jest powtórzenie badania i oceny ofert.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 [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:**

.....