

WYROK

z dnia 18 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zakład Techniczno-Budowlany Polbau Sp. z o. o. w Opolu, Qumak S. A. w Połańcu** w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zakład Techniczno-Budowlany Polbau Sp. z o. o. w Opolu, Qumak S. A. w Połańcu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Techniczno-Budowlany Polbau Sp. z o. o. w Opolu, Qumak S. A. w Połańcu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Techniczno-Budowlany Polbau Sp. z o. o. w Opolu, Qumak S. A. w Połańcu** kwotę 3 075 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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:

Uzasadnienie

I. Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku dla symulatora lotniczego samolotu CASA C-295M w kompleksie wojskowym Kraków-Balice”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 maja 2014 r., poz. 110189 . Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 2 grudnia 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Zakład Techniczno-Budowlany Polbau Sp. z o. o. w Opolu, Qumak S. A. w Połańcu (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali zasadność odrzucenia swojej oferty i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Prawa zamówień publicznych - poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejawiające się w bezpodstawnym odrzuceniu z przetargu oferty Odwołującego, co naruszyło zasadę uczciwej konkurencji.
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego w zakresie oferowanego przez niego agregatu prądotwórczego.
- 3) art. 87 ust 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do specyfikacji oferowanego agregatu prądotwórczego i ewentualnego istnienia przesłanki odrzucenia jego oferty,
- 4) art. 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności, bowiem treść oferty Wykonawcy odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia i agregat prądotwórczy spełnia wymagania Zamawiającego.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący w odwołaniu, a następnie szerzej, na rozprawie wywodził (na rozprawie argumentacja odnosiła się również do naruszenia art. 26 ust. 3 bądź 4 Prawa zamówień publicznych) , że czynność Zamawiającego, polegająca na odrzuceniu jego oferty jako nieodpowiadającej treści specyfikacji jest co najmniej przedwczesna, ponieważ Zamawiający był zobowiązany wezwać go do złożenia wyjaśnień

odnośnie parametrów agregatu. Wskazywał, że nie może być wątpliwości, że dokumenty potwierdzające, że urządzenie równoważne spełnia wymagania zamawiającego i złożona wraz z ofertą karta katalogowa jest dokumentem przedmiotowym, który nie tylko może ale musi być uzupełniony - niezależnie od tego, czy nie zostałby załączony do oferty czy zawiera błędy. Na str. 100 oferty wskazano zamiennik do urządzenia opisanego w SIWZ jako referencyjne i załączono na str. 102 indywidualną kartę katalogową, której podano pojemność zbiornika paliwa agregatu, a z tej pojemności wynika czas pracy agregatu. Przy czym Odwołujący podnosił, że przedmiotowa karta katalogowa została błędnie załączona przez pracownika przygotowującego ofertę. Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że dokument jest prawidłowy, a powinien potraktować go tak jakby nie został złożony. Wyjaśniał, że odnośnie czasu pracy w SIWZ są pewne niekonsekwencje, można wywodzić, że Zamawiający oczekuje minimum 4-godzinnego czasu pracy, ale Odwołujący zgodnie z normą obronną wymagającą 72 godziny dla niektórych kategorii obiektów przyjął, że taki czas jest wymagany jako minimalny (zatem agregat w ofercie Przystępującego byłby niezgodny z SIWZ). Wskazywał, że błąd w karcie polega na podaniu niewłaściwego parametru odnoszącego się do pojemności zbiornika paliwa. Jest to parametr zmienny, każdorazowo dostosowany do oczekiwań Zamawiającego. Potwierdza to oświadczenie producenta, które składa do akt. Wyjaśnia, że przed złożeniem oferty prowadził rozmowy z dostawcą agregatów i otrzymał ofertę podstawową, stąd dysponował standardową kartą katalogową, a po ustaleniach co do minimalnego 72 godzinnego czasu pracy ustalił z dostawcą ostateczne parametry urządzenia, na dowód czego złożył kartę katalogową agregatu GPW27LZ (podkreślał, że kartę tą otrzymał przed złożeniem oferty, a jedynie omyłkowo nie została do niej załączona). Wyjaśniał, że karta katalogowa opisuje to samo urządzenie, które zostało wskazane w SIWZ. Na dowód tego, że praktyka dotycząca wydawania kart katalogowych agregatów pozwala na ustalenie, że pojemność zbiornika nie jest niezmiennym parametrem, a przeciwnie zależy od wymogów inwestora, składa 5 kart katalogowych urządzenia Iveco Motors GI22. Wskazywał, że dodatkowe oznaczenia literowe nie mają wpływu na ocenę tych kart, ponieważ dookreślają inne parametry, niebędące przedmiotem sporu. Zauważał, że z 5 kart wynikają różne pojemności zbiornika paliwa i to czasami w jednej karcie podano 2 pojemności, w zależności od budowy agregatu. Wobec powyższej praktyki Zamawiający powinien podjąć wątpliwości, których konsekwencją powinno być wezwanie do wyjaśnień, co zasadniczo jest powinnością (obowiązkiem) zamawiającego.

W konsekwencji, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3. skorzystanie przez z Zamawiającego z przepisu art. 87 ust 1 Ustawy Pzp wobec oferty Odwołującego;
4. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie wnosi o jego oddalenie.

Zauważał, że Odwołujący sam przyznał, że popełnił błąd w ofercie, załączając nieprawidłową kartę katalogową. Według Zamawiającego nie jest to błąd w karcie katalogowej, ale karta katalogowa innego urządzenia, niż wymagane w SIWZ, dlatego nie miał wątpliwości co do podstaw odrzucenia oferty. Dopiero na rozprawie Odwołujący złożył kartę katalogową urządzenia, które jest prawidłowe. Zamawiający nie miał podstaw i prawa do prowadzenia procedury wyjaśniającej, ponieważ byłaby ona równoważna z negocjacjami i prowadziłyby do zastąpienia błędnego urządzenia wskazanego w ofercie nowym prawidłowym urządzeniem. Naruszałoby to podstawowe zasady udzielania zamówień. Wyjaśniał, że przyjął 12 godzin jako minimum, 72 godziny dotyczy obiektów bez ciągłego dozoru ludzkiego Urządzenie zaoferowane w ofercie odwołującego tymczasem pracuje 6 godzin (8,5 przy 75% obciążeniu). Odnośnie 5 kart katalogowych złożonych przez Odwołującego na rozprawie zauważa, że w rzeczywistości są to karty dla dwóch urządzeń IVECO Motors GI22 i IVECO Motors GI22L, tylko w różnych językach. Wskazywał, że specyfikacja nie określała pojemności zbiornika agregatu i minimalnego czasu pracy, ale agregat miał być zgodny z normą obronną, która jest znana Odwołującemu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Skanska S.A. w Warszawie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego. Wskazał, że błąd nie tkwi w samej karcie katalogowej załączonej do oferty Odwołującego, ale w doborze urządzenia. Odwołujący miał prawo wyboru dokumentów, jakie załączy na wykazanie równoważności oferowanego urządzenia. Załączenie karty katalogowej nie było wymagane, a załączona do oferty karta katalogowa de facto stanowi oświadczenie co do oferowanego rozwiązania równoważnego. Nie można wezwać Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1, ponieważ odpowiedź na wezwanie musiałaby konwalidować ofertę wykonawcy, co prowadziłyby do niedopuszczalnych negocjacji. Karta katalogowa złożona na rozprawie potwierdza jedynie, że Odwołujący mógł w ofercie zaoferować urządzenie zgodne z SIWZ, natomiast nawet do odwołania nie załączono tejże prawidłowej karty katalogowej. Odnośnie rzekomej praktyki

wydawania kart katalogowych i złożonych przez odwołującego kart katalogowych urządzenia referencyjnego potwierdza stanowisko Zamawiającego, że to karty dotyczące dwóch urządzeń i stanowią potwierdzenie, że przy podaniu nazwy urządzenia także w przedstawionych kartach katalogowych ważna jest pojemność. Podkreśla, że wybór sposobu potwierdzenia równoważności należał do Odwołującego i Odwołujący mógł złożyć taką kartę katalogową, jak w ofercie ale z zaznaczeniem, że urządzenie będzie modyfikowane. Podkreślał, że parametr opisujący pojemność zbiornika paliwa jest podstawowym parametrem decydującym o właściwościach urządzenia, a urządzenie zaoferowane przez odwołującego w ofercie nie należy do kategorii agregatów oferowanych dla wojska.

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, i jego oferta nie zostałaby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa budynku dla symulatora lotniczego samolotu CASA C-295M w kompleksie wojskowym Kraków-Balice. W ramach prac budowlanych należało dostarczyć i zamontować agregat prądotwórczy. Zamawiający wskazał model agregatu w SIWZ, równocześnie dopuścił rozwiązania równoważne. W SIWZ nie określono szczegółowych parametrów równoważności dla agregatu prądotwórczego, jednak w tym zakresie Odwołujący nie wniósł odwołania (w terminie przewidzianym dla kwestionowania postanowień SIWZ). Odwołujący zaoferował agregat GPW27LZ, wskazując w sposób niebudzący wątpliwości model agregatu w ofercie. Do oferty załączono również kartę katalogową tego urządzenia, z której wynikało, że pojemność zbiornika paliwa wynosi 54 l, a czas pracy na pełnym zbiorniku paliwa przy 75% mocy wynosi 8.85 godziny.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, uznając, że jest niezgodna z SIWZ, ponieważ agregat prądotwórczy zaoferowany przez Odwołującego ma zbyt mały zbiornik paliwa, co powoduje zbyt krótki czas pracy agregatu – 8.85 godziny, zamiast min. 12 godzin. Oczekiwanej liczby godzin Zamawiający nie podał w SIWZ, ale strony wywodziły ją z dokumentacji technicznej i obowiązujących przepisów. Zamawiający wskazywał na 12 godzin jako wymagane minimum, Odwołujący wskazywał na minimum 72 godziny. Ponieważ agregat wskazany w ofercie Odwołującego nie spełniał nawet minimum oczekiwanego przez Zamawiającego (co nie było sporne), a Odwołujący postulował zdecydowanie wyższą ilość godzin jako wymaganą, Izba uznała, że ustalenie pożądanej liczby godzin pracy agregatu nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania. Przyjęcie, że agregat powinien pracować nie mniej, niż 12 godzin, jest wystarczające dla dalszych rozważań.

Zasadniczą kwestią, istotną dla rozstrzygnięcia, było ustalenie, czy Zamawiający miał prawo (i obowiązek) wezwać do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, względnie do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Izba na tak postawione pytanie odpowiedziała negatywnie, całkowicie podzielając stanowisko Zamawiającego i Przystępującego. Oferta Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie parametrów agregatu prądotwórczego, co zasadniczo nie było sporne. Odwołujący podnosił jedynie, że pomyłkowo do oferty załączał standardową kartę katalogową, gdy tymczasem zamierzał załączyć kartę katalogową urządzenia spersonalizowanego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W ofercie Odwołującego nie znajdowała się żadna sprzeczność, oferta nie budziła żadnych wątpliwości, a jedynie była niezgodna z SIWZ. W takich okolicznościach Izba uznała, że nie jest możliwa konwalidacja oferty Odwołującego przez wymianę karty katalogowej na inną – urządzenia zgodnego z SIWZ. Prowadziłoby to bowiem do wymiany urządzenia niezgodnego z SIWZ, wskazanego w ofercie, na urządzenie zgodne z SIWZ. Oczywiście można założyć, że zaoferowanie urządzenia zgodnego z SIWZ było intencją Odwołującego, jednak ta intencja nie została w żaden sposób wyrażona w ofercie. Nie można uznać za wystarczającą podstawę do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych niezgodność tejże oferty z SIWZ.

Jeżeli nawet przyjąć, że karta katalogowa w niniejszym postępowaniu należała do kategorii dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, tj. była dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, nie można automatycznie zakładać, że jest to dokument podlegający uzupełnieniu czy wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 bądź 4 Prawa zamówień publicznych. Jeżeli w dokumencie tego rodzaju jest bowiem jednoznacznie, wyraźnie, bez żadnych wątpliwości określony przedmiot zamówienia, przy

czym nie ma sprzeczności między tym dokumentem a innymi dokumentami załączonymi do oferty, to w takim wypadku wymiana tego dokumentu oznaczałaby zmianę treści oferty. Dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego mogą określać równocześnie treść oferty (tj. zakres, rodzaj świadczenia – w tym przypadku: typ, model oferowanego agregatu). Dodatkowo, w niniejszym postępowaniu nie można było uznać, że pojemność zbiornika paliwa i co za tym idzie, czas pracy urządzenia, mają charakter nieistotny dla przedmiotu zamówienia – przeciwnie, mają one kluczowe znaczenie: zmiana pojemności zbiornika powoduje zmianę gabarytów urządzenia i czas jego pracy, mający decydujące znaczenie dla bezpieczeństwa i skuteczności działania systemu.

Izba nie odnosiła się do zarzutów odnoszących się do oferty Przystępującego, o których mowa była w uzasadnieniu odwołania, ponieważ wartość zamówienia oszacowano poniżej kwoty, a zatem zakres środków zaskarżenia ograniczał przepis art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów wskazywanych w odwołaniu, dlatego 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:

.....