

Sygn. akt: KIO 173/14

WYROK

z dnia 20 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2014 r. przez wykonawcę **Volvo Maszyny Budowlane Polska Sp. z o.o., Al. Katowicka 215, 04-831 Młochów** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97- 400 Bełchatów,**

przy udziale wykonawcy **Interhandler Sp. z o.o., ul. Wapienna 6, 87-100 Toruń** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Volvo Maszyny Budowlane Polska Sp. z o.o., Al. Katowicka 215, 04-831 Młochów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Volvo Maszyny Budowlane Polska Sp. z o.o., Al. Katowicka 215, 04-831 Młochów** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 173/14

Uzasadnienie

Zamawiający - PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawę sprzętu pomocniczego dla PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie, Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Turów oraz spółki „Betrans”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 231017-2013. Przedmiot zamówienia został podzielony na 10 części.

W dniu 31 stycznia 2014 roku odwołujący - Volvo Maszyny Budowlane Polska sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności zamawiającego dokonane w toku postępowania o zamówienie publiczne, polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty w części 1 zamówienia tj. dostawy 9 szt. ładowarek kołowych klasy Ł-534 oferty złożonej przez Interhandler Sp. z o.o., o czym odwołujący został poinformowany pismem z dnia 23 stycznia 2014 roku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp przez nie odrzucenie oferty Interhandler Sp. z o.o., co do części 1 zamówienia, tj. dostawy 9 szt. ładowarek kołowych klasy Ł-534, pomimo tego, że złożona oferta nie była zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia;
2. art. 91 a ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru w formie aukcji elektronicznej jako najkorzystniejszej oferty Interhandler Sp. z o.o., pomimo tego, że nie złożono w zamówieniu co najmniej trzech ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. odrzucenia oferty Interhandler Sp. z o.o. złożonej w części 1 zamówienia,
2. unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze w części 1 oferty Interhandler Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem pozostałych oferentów – jednak bez dokonywania oceny ofert w formie aukcji elektronicznej,
4. zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kwoty 15 000 zł uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów, odwołujący wykazując istnienie interesu we wniesieniu odwołania, podniósł, że oferowana przez Interhandler Sp. z o.o. ładowarka kołowa JCB 457Ht nie spełnia wymagań określonych w załączniku nr 2.1.2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia punktów: 1.2 (wysokość podnoszenia łyżki wynosi 4028mm), 1.3 (wysokość wysypu 2888mm), 2.1 (silnik tej ładowarki ma 186 kW), oraz akumulatory o pojemności 110Ah.

Odwołujący wskazał, że oparł swoją wiedzę na danych zawartych w oficjalnej broszurze produktu JCB 457, dostępnej na stronie internetowej producenta oraz wykonawcy Interhandler Sp. z o.o. Zdaniem odwołującego do spełniania wskazanych w punktach 1.2 oraz 1.3 konieczne byłoby zastosowanie modelu ładowarki JCB 457HT Super High Lift Arm, która spełnia wymagane parametry unoszenia łyżki oraz wysokość wysypu. Jednak zwrócić należy uwagę na konieczność spełnienia równoczesnego wszystkich przewidzianych w Załączniku 2.1.2 wymagań technicznych. I tak, odnosząc się do wymogu opisanego w punkcie 1.1 Załącznika nr 2.1.2., dotyczącego statycznego obciążenia destabilizującego zwrócić należy uwagę, że dla ładowarki spełniającej normy z punktów 1.2 oraz 1.3 - modelu JCB 457HT Super High Lift Arm, statyczne obciążenie destabilizujące wynosi przy pełnym skręcie jedynie 8333 kg, a zatem mniej, niż wymagane w punkcie 1.1. Analizując jednocześnie zakładaną pojemność łyżki minimum 3.3m³ według zasad i norm bezpieczeństwa dotyczących maszyn budowlanych (EN 474-1:2006 & EN 474-3 :2006 & ISO 14397- 1:2007) przy doborze osprzętów, prawidłowe funkcjonowanie ładowarki kołowej zapewnia ładunek w łyżce, którego ciężar nie powinien przekraczać wielkości 50% statycznego obciążenia destabilizującego przy pełnym skręcie czyli (podany parametr w pkt 1.1) 9600 kgx 50% co daje wynik 4800 kg. W dalszej kolejności doprowadza do wyliczenia ciężaru właściwego materiału, który będzie przeładowywany (dla określonej w pkt 3.1 pojemności łyżki) czyli $4800 \text{ kg} / 3,3\text{m}^3 = 1455 \text{ kg}$ (ciężar właściwy kruszyw wykorzystywanych do produkcji betonu występuje od 1550 - (lekkie suche piaski) do 1900 kg/m³ (kruszywo granitowe i bazaltowe). Biorąc pod uwagę statyczne obciążenie destabilizujące ładowarki 457ITT Super High Lift Arm na poziomie 8333kg (według broszury produktowej) otrzymujemy wynik 1262 kg/m³. Taki jest też podany w broszurze. Taki ciężar właściwy materiału nie występuje w kruszywach mineralnych stosowanych w betoniarstwie. Wskazując na powyższe, odwołujący podniósł że istnieje przypuszczenie graniczące z pewnością, że w danej specyfikacji wyżej wymieniona ładowarka nie będzie mogła spełniać wymaganego w przetargu zadania. W ocenie odwołującego, prawdopodobnie Interhandler, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu posłużył się danymi dla ładowarki JCB 457 w wersji ZX lub HT Standard Height Arm - jednak jest to inny produkt, niż opisany w wybranej ofercie. Jednak niezależnie od konfiguracji, ładowarka JCB 457

posiada silnik o mocy (według wymaganej normy) 186 kW przy wymaganej w przetargu mocy 195 kW. Trzeba podkreślić że podawana moc silnika w parametrach technicznych danego modelu (brozury itd.) jest ściśle związana z certyfikacją maszyn pod względem bezpieczeństwa, hałasu i ochrony środowiska czyli emisji spalin, (oznakowanie CE), każde odstępstwo - tj. ingerencja w silnik, zwiększająca jego moc - powoduje konieczność przeprowadzenia ponownej certyfikacji maszyny.

Zmiana pojemności akumulatora ze 110 Ah do 160 Ah nie jest dopuszczalna w sposób dowolny. Zmiana pojemności akumulatora wiąże się bowiem z koniecznością zapewnienia odpowiedniego prądu ładowania. Jednocześnie brak możliwości odpowiedniej mocy ładowania dla zwiększonej o 45% pojemności akumulatora może spowodować zmniejszenie jego żywotności, co skutecznie utrudni prawidłową jego eksploatację. Na dowód twierdzeń odwołujący załączył do odwołania brozurę ładowarki JCB 457 ze wskazaniem parametrów nie spełniających wymogów siwz.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Odwołanie dotyczy części 1 zamówienia publicznego dotyczącej dostawy 9 szt. ładowarek kołowych klasy Ł-534, obejmującej 8 sztuk ładowarek dla KWB Turów i KWB Bełchatów oraz 1 szt. ładowarki kołowej dla spółki Betrans. Specyfikację parametrów technicznych i wyposażenia zamawiający opisał odrębnie dla 8 szt. ładowarek dla KWB turów i KWB Bełchatów (załącznik nr 2.1.1 do specyfikacji) oraz odrębnie dla ładowarki dla spółki Betrans (załącznik nr 2.1.2 do specyfikacji).

Parametry w zakresie objętym odwołaniem opisane zostały na następujących punktach:

- 1.1. statyczne obciążenie destabilizujące przy pełnym skręcie min. 9 600 kg,
- 1.2 wysokość podnoszenia łyżki - min. 4100 mm
- 1.3 wysokość wysypu (przy pełnym otwarciu łyżki) - minimum 3 050 mm,
- 2.1. wysokoprężny, chłodzony cieczą o mocy netto (ISO 9249) minimum 195 kW i emisji spalin zgodnej z normami obowiązującymi w Polsce i UE
- 3.1 łyżka ładowarkowa, standardowa z zębami o pojemności minimum 3,3m³ (wg. SAE),
- 7.3 pojemność każdego akumulatora - minimum 160Ah

W zadaniu nr 1 do upływu terminu składania ofert wpłynęły 4 oferty:

1. Interhandler Sp. z o.o. z ceną 7 928 026,50 zł,
2. Volvo Maszyny Budowlane Polska Sp. z o.o. z ceną 7 954 410 zł,
3. Tona Sp. z o.o. z ceną 8 448 870 zł.
4. Bergerat - Monnoyeur Sp. z o.o. z ceną 8 224 269,24 zł.

W dniu 23 stycznia 2014 roku zamawiający poinformował o wyborze w części 1 zamówienia oferty Interhandler Sp. z o.o. i odrzuceniu oferty Bergerat - Monnoyeur Sp. z o.o.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że odwołujący nie kwestionował w treści odwołania spełniania minimalnych parametrów technicznych przez zaoferowane w ilości 8 sztuk ładowarki JCB 457 HT T4i dla KWB Turów i KWB Bełchatów. Podnoszone w piśmie odwołującego z dnia 14 lutego 2014 roku okoliczności co do niespełnienia wymagań z pkt 4.1, 6.3, 6.4 załącznika nr 2.1.1. przez ładowarki JCB 457 Ht T4i zaoferowane dla KWB Turów i KWB Bełchatów, stanowią w istocie niedozwolone rozszerzenie zarzutów odwołania i jako takie nie mogą być przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej w tym postępowaniu odwoławczym.

Kwestią sporną między stronami jest spełnienie minimalnych parametrów technicznych przez ładowarkę zaoferowaną dla PTS Betrans Sp. z o.o., dotyczących: statycznego obciążenia destabilizującego przy pełnym skręcie, wysokości podnoszenia łyżki, wysokości wysypu (przy pełnym otwarciu łyżki), mocy wysokoprężnego, chłodzonego cieczą silnika, pojemności łyżki ładowarkowej, pojemności akumulatora.

W pierwszej kolejności rozstrzygnąć należy jaki model ładowarki kołowej zaoferował wykonawca dla PTS Betrans Sp. z o.o. W formularzu oferty Interhandler Sp. z o.o. podał ładowarkę JCB WLS 457 HT, zaś w specyfikacji parametrów technicznych i wyposażenia (załącznik 2.1.2 do siwz) podał - JCB typ 457HT T4. W świetle rozbieżności w podanym w treści oferty modelu ładowarki oraz wobec wątpliwości co do spełniania przez ładowarkę JCB 457HT T4 minimalnych parametrów technicznych należy uznać za w pełni uzasadnioną czynność zamawiającego z dnia 3.12.2013 roku, polegającą na zwróceniu się do wykonawcy

o wyjaśnienie treści oferty i potwierdzeniu spełniania wymagań określonych w załączniku nr 2.1.2 do siwz. W odpowiedzi, pismem z dnia 5 grudnia 2013 roku, wykonawca Inetrhandler Sp. z o.o. potwierdził, że oferowana ładowarka to ładowarka JCB 457HT T4, która spełnia wymagania zamawiającego określone w załączniku nr 2.1.2 do siwz. W toku rozprawy przystępujący po stronie zamawiającego - Interhandler Sp. z o.o. wyjaśnił także, że pełna nazwa ładowarki, która będzie przedmiotem dostawy to model WLS 457 HT T4 final version, z silnikiem o mocy 195 kW. Z uwagi na to, że jest to model, którego proces produkcyjny trwa, producent posługuje się jej ogólną nazwą WLS 457 HT T4. Wykonawca Interhandler Sp. z o.o. we współpracy z producentem maszyn JCB przygotował na potrzeby tego postępowania przetargowego zmodyfikowany model maszyny WLS 457 HT z nowym silnikiem o mocy 195 kW, nowym akumulatorem o mocy 160Ah oraz łyżką o pojemności 3,3 m³. Za wiarygodne Izba uznała także twierdzenia przystępującego po stronie zamawiającego Inetrhandler Sp. z o.o., że z uwagi na trwający proces produkcji nowego modelu maszyny jego broszura reklamowa i specyfikacja techniczna nie jest jeszcze dostępna. Potwierdzeniem złożonej przez Interhandler Sp. z o.o. deklaracji co do spełniania wszystkich parametrów technicznych i wyposażenia ładowarki dostarczanej dla Betrans Sp. z o.o. jest oświadczenie z dnia 14 lutego 2014 roku złożone przez producenta JCB, którego kopię wraz z uwierzytelnionym tłumaczeniem z języka angielskiego przystępujący złożył do akt sprawy. W oświadczeniu tym producent potwierdził, że wymagania dotyczące statycznego obciążenia destabilizującego przy pełnym skręcie, wysokości podnoszenia łyżki, wysokości wysypu, pojemności łyżki oraz pojemności akumulatora będą spełnione przez wszystkie zaoferowane w tym postępowaniu ładowarki, zaś ładowarka dla Betrans Sp. z o.o. będzie dodatkowo wyposażona w silnik wysokoprężny, chłodzony cieczą o mocy netto minimum 195 kW. Odwołujący, na którym spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, kwestionując spełnienie parametrów technicznych opierał się wyłącznie na „oficjalnych broszurach” produktów JCB dostępnych na stronach internetowych i w oparciu o zawarte tam dane techniczne wywiódł, że ładowarka zaoferowana dla Betrans Sp. z o.o. nie spełnia parametrów technicznych wymaganych przez zamawiającego. Po pierwsze, wskazać należy, że przedstawione przez odwołującego wydruki specyfikacji technicznych (broszur) różnych modeli ładowarek JCB nie stanowią dowodów w sprawie z uwagi na to, że wydruki ze stron internetowych nie mają żadnej mocy dowodowej. Po drugie, załączone przez odwołującego broszury odnoszą się do ładowarek kołowych, które nie są przedmiotem oferty Interhandler sp. z o.o., stąd należy uznać je za bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sporu. Żadnych innych dowodów, w tym dowodów, które mogłyby zaprzeczyć lub podważyć wiarygodność złożonych przez przystępującego Inetrhandler Sp. z o.o. oświadczeń co do spełniania wymagań technicznych, odwołujący w toku rozprawy nie przedstawił.

Dodatkowo, mając na uwadze postanowienie § 4 treści projektu umowy, zgodnie z którym dostawa przedmiotu umowy dla zadania nr 1 ma nastąpić dopiero w terminie do 9 miesięcy od daty podpisania umowy, należy uznać, że zamawiający dopuszczał zaoferowanie produktu, który zostanie dopiero wyprodukowany na jego potrzeby i zgodnie z oczekiwaniami określonymi w specyfikacji parametrów technicznych. Stąd istotnym w ofercie było złożenie oświadczenia o spełnianiu wymagań technicznych opisanych przez zamawiającego. Za nieuzasadnione Izba uznała stanowisko odwołującego, który żąda na tym etapie postępowania o zamówienie publiczne złożenia stosowanych deklaracji zgodności WE oraz certyfikatów czy dokumentacji techniczno - ruchowej nowej maszyny, będącej przedmiotem oferty Interhandler Sp. z o.o. Izba oddaliła wniosek dowodowy odwołującego o zobowiązanie zamawiającego do złożenia tych dokumentów, wskazując, że to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania zobowiązani są wskazywać dowody na potwierdzenie faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne do czasu zamknięcia rozprawy. Ponadto przepis art. 248 kodeksu postępowania cywilnego, na jaki powoływał się odwołujący składając powyższy wniosek dowodowy, nie znajduje zastosowania w postępowaniu odwoławczym, bowiem zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 7 ustawy Pzp możliwość zastosowania odpowiednio przepisów ustawy KPC zostało ograniczona wyłącznie do przepisów o sądzie polubownym i tylko w zakresie nie uregulowanym przepisami ustawy Pzp. Istotne w sprawie, jest także to, że zgodnie z treścią § 7 ust. 2 projektu umowy, dopiero wraz z podpisaniem protokołu odbioru wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia pełnej dokumentacji wymaganej do dopuszczenia sprzętu do eksploatacji. Oznacza to, że wykonawcy na tym etapie postępowania (przed obiórem maszyn) nie zostali przez zamawiającego zobligowani do złożenia dokumentacji techniczno – ruchowej czy deklaracji zgodności WE, zaś obowiązkiem zamawiającego jest sprawdzenie na etapie odbioru sprzętu spełniania wszelkich wymagań technicznych i zgodności z wymaganiami określonymi w siwz.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Przewodniczący: