

**WYROK**  
**z dnia 4 sierpnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **R..... J....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „AMIN” R..... J....., ul. Kolejowa 17/6, 59-300 Lubin OMAC di Consonni G.&C. s.n.c., Chiuduno, Włochy** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Energetyka S.A., ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **R..... J....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „AMIN” R..... J....., ul. Kolejowa 17/6, 59-300 Lubin OMAC di Consonni G.&C. s.n.c., Chiuduno, Włochy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **R..... J....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „AMIN” R..... J....., ul. Kolejowa 17/6, 59-300 Lubin OMAC di Consonni G.&C. s.n.c., Chiuduno, Włochy** 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 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. PKP Energetyka S.A. w Warszawie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa maszyn i urządzeń przeznaczonych do budowy napowietrznych linii energetycznych WN”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 maja 2014 r. pod numerem 2014/S 086-151641.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego 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 24 lipca 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: R..... J....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „AMIN” R..... J..... w Lubinie i OMAC di Consonni G.&C. s.n.c., Chiuduno, Włochy (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość odrzucenia ich oferty i zarzucili Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ,
2. naruszenie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
3. naruszenie art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, alternatywnie
4. naruszenie art. 87 ust 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez nieuznanie, że rozbieżność pomiędzy treścią SIWZ a treścią oferty Odwołującego nie ma charakteru istotnego i może być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W pkt. 3.2. SIWZ Zamawiający wskazał, że parametry techniczne dostarczanych maszyn i urządzeń powinny być zgodne z wymaganiami zawartymi w Specyfikacji technicznej „Dostawa maszyn i urządzeń przeznaczonych do budowy napowietrznych linii energetycznych WN”, określonymi w załączniku 1 do SIWZ «Zestawienie parametrów technicznych». W treści załącznika 1 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych” zarówno w odniesieniu do hamownika hydraulicznego pojedynczego jak i hamownika hydraulicznego podwójnego w kolumnie „PARAMETR/WARUNEK” Zamawiający określił swój wymóg następująco: „max średnica przewodu 34 mm”, natomiast w kolumnie 4 Zamawiający wymagał potwierdzenia, podania zakresów lub opisanie parametru/warunku.

W ocenie Odwołującego takie brzmienie warunku określonego w SIWZ wskazuje, iż

Zamawiający zamierza wykorzystać dostarczone urządzenia do działań z przewodami o maksymalnej średnicy 34 mm. Z tego względu w treści złożonej oferty, w odniesieniu do ww. parametru/warunku Odwołujący potwierdził, iż oferowane przez Odwołującego urządzenia spełniają warunek określony w SIWZ pracy z przewodami do średnicy 34 mm, a ponadto oferują większy, niż wymagany zakres i mogą obsługiwać przewody o średnicy do 42 mm, zatem Odwołujący zaoferował urządzenia o parametrach lepszych niż określone w SIWZ i oferujące większą funkcjonalność dzięki większemu zakresowi użytkowania. Przyjęcie sposobu rozumowania Zamawiającego prowadziło do konkluzji, że wykonawca mógłby zaoferować sprzęt nawet ze średnicą 10 mm, gdyż mieściłby się poniżej granicznego warunku 34 mm, chociaż byłby on dla Zamawiającego bezużyteczny, ale stosując ten sposób rozumowania spełniałby warunek określony w SIWZ, chociaż z logicznego i praktycznego punktu widzenia, przy uwzględnieniu profesjonalnej wiedzy i doświadczenia z zakresu przedmiotu zamówienia uniemożliwiałby Zamawiającemu osiągnięcia celu postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie, argumentując, iż w załączniku nr 1 do SIWZ na str. 15 precyzyjnie określił wymóg dotyczący maksymalnej średnicy przewodu, nie było w związku z tym żadnych pytań do SIWZ. W jego ocenie szerokość rowków na kabestanie powinna być dostosowana do średnicy obsługiwanych przewodów (Zamawiający stosuje przewody najczęściej o średnicy 34 mm), w przeciwnym wypadku przewód może wypadać, bądź przesuwać się, jeżeli rowek będzie za szeroki. Wskazywał również inne konsekwencje, mogące wynikać ze zbyt szerokich rowków na kabestanie, związane z bezpieczeństwem pracy urządzenia i podnosił, że już dwukrotna awaria i koszty związane z jej usunięciem mogą zniwelować różnice cenowe pomiędzy ofertami.

**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 nie może zostać uwzględnione.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Przedmiotem zamówienia są urządzenia do budowy napowietrznych linii energetycznych – hamowniki hydrauliczne, umożliwiające montaż przewodów. Urządzenia te wyposażone są w bębny z rowkami z tworzywa sztucznego zabezpieczające ślizganie się przewodów po bębnie („rowki na kabestanie”). Sposób pracy urządzenia opisywały strony na rozprawie i istota zasady jego działania nie była sporna. W załączniku nr 1 do SIWZ „Specyfikacja techniczna” w kolumnie „PARAMETR/WARUNEK” Zamawiający określił oczekiwany przez siebie parametr, mający znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, następująco: „max średnica przewodu 34 mm”.

2. Odwołujący w swojej ofercie wskazał dla przedmiotowej wartości parametr 42 mm (co nie było sporne).

3. Zestawiający porównał wymagany parametr, określony w SIWZ, z parametrem zaoferowanym przez Odwołującego i w konsekwencji uznał, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, w związku z czym ofertę tę odrzucił.

4. Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie twierdził, że jego oferta jest zgodna z SIWZ, bo może obsługiwać przewody o średnicy do 42 mm, a więc i takie, jakich oczekuje Zamawiający – do 34 mm. Zamawiający z kolei wskazywał, że zbyt obszerne rowki na kabestanie urządzenia zaoferowanego przez Odwołującego (Zamawiający wskazywał, że szerokość rowka na kabestanie powinna być skorelowana ze średnicą obsługiwanych przewodów) będą stanowić zagrożenie dla pracy urządzenia – zarówno dla jakości tej pracy, jak i dla bezpieczeństwa pracowników. Stwierdzał także, że przy mniejszych rowkach na kabestanie (dostosowanych do średnicy przewodów 34 mm) można wykonać większą ilość takich rowków na tej samej szerokości kabestanów przy zachowaniu wymiarów maszyny, a tym samym możliwe jest nawinięcie większej ilości przewodów na kabestanach, co poprawia zarówno bezpieczeństwo pracy, jak i stabilność samej maszyny. Odwołujący polemizując z twierdzeniami Zamawiającego podnosił, że szerokość rowka na kabestanie nie ma znaczenia dla bezpieczeństwa pracy urządzenia i nie są mu znane awarie, pociągające za sobą zwiększenie kosztów, w związku z pracą urządzeń będących przedmiotem zamówienia.

5. Ani Zamawiający, ani Odwołujący nie przedstawili na poparcie swoich twierdzeń,

opisanych w pkt 4 powyżej, żadnych dowodów. Obaj przedłożyli jedynie specyfikacje techniczne urządzeń, choć parametry tych urządzeń nie były sporne. Odwołujący przedłożył kartę katalogową urządzenia zaoferowanego w ofercie wybranej, a Zamawiający przedłożył kartę urządzenia zaoferowanego przez Odwołującego. Z kart tych nie wynika, czy oferowane parametry są zgodne z SIWZ, a jedynie można stwierdzić na ich podstawie, że przedmiotową właściwość urządzenia opisuje się podając „maksymalną średnicę przewodu” (w taki sam sposób określił Zamawiający pożądany parametr w SIWZ), a nie „maksymalną szerokość rowka na kabestanie” (jak postulował Odwołujący).

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, w pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że na obecnym etapie postępowania jakiegokolwiek zarzuty związane z postanowieniami SIWZ, w tym opisem wymaganych parametrów, są spóźnione (Odwołujący na rozprawie podnosił, że Zamawiający mógł w SIWZ wskazać parametr odnoszący się do szerokości rowków na kabestanie, a nie do średnicy przewodów), ponieważ termin na ich wniesienie biegł od dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu/specyfikacji. Izba nie badała również, czy druga oferta (innego wykonawcy), złożona w postępowaniu (droższa), spełnia wymogi SIWZ, ponieważ zarzut w tym zakresie nie był objęty odwołaniem (pomijając wątpliwość, czy Odwołujący miałby interes w uzyskaniu zamówienia możliwy do realizacji na drodze kwestionowania oferty droższej).

Jedyną kwestią, pozostającą do rozstrzygnięcia, było, czy oferta Odwołującego odpowiada SIWZ w zakresie wymaganego parametru, określonego jako „maksymalna średnica przewodów”.

Po analizie wymogów SIWZ, oferty Odwołującego, oświadczeń stron i złożonych na rozprawie kart katalogowych, Izba przyznała rację Zamawiającemu. Ewentualne niejasności w opisie przedmiotu zamówienia należałoby rozstrzygnąć na korzyść Odwołującego – jednak Izba stwierdziła, że opis przedmiotu zamówienia – w zakresie spornego parametru – jest jasny i jednoznaczny. Jasność i jednoznaczność wymogów ocenia się każdorazowo w odniesieniu do konkretnej sytuacji, konkretnego urządzenia – opis ma być zrozumiały dla specjalistów w danej branży. W niniejszym postępowaniu nie mogło być kwestionowane (wynikało to wprost z kart katalogowych, złożonych przez strony), że sporny parametr jest podawany przez producentów urządzeń, będących przedmiotem zamówienia, za pomocą określenia „maksymalna średnica przewodu” (przy czym oznacza to, że przez urządzenia obsługiwane są przewody o średnicy do podanej wartości granicznej, maksymalnej) - czyli w taki sam sposób, jak uczynił to Zamawiający w SIWZ. W tym kontekście nie można uznać, że urządzenie o większej maksymalnej średnicy przewodu spełnia oczekiwania Zamawiającego; tak samo, jak nie można byłoby uznać, wbrew postulatowi Odwołującego, że wobec takich postanowień SIWZ można zaakceptować urządzenie obsługujące przewody

o znacznie mniejszej maksymalnej średnicy, np. do 10 mm. Oczekiwanie Zamawiającego, aby urządzenie było dopasowane do przewodów będących w posiadaniu Zamawiającego, które mają być obsługiwane przez zamawiane urządzenia, jest zrozumiałe; twierdzenie, że rowki na kabestanie powinny być skorelowane ze średnicą przewodów dla zapewnienia bezpieczeństwa pracy jest spójne, zrozumiałe i logiczne, a Odwołujący nie przedstawił na potwierdzenie poglądu przeciwnego żadnych dowodów. W konsekwencji Izba uznała, że prawidłowo Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, jako niezgodną z treścią SIWZ.

Dalszą kwestią jest, czy powyższą niezgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ można byłoby poprawić bądź uznać za nieistotną: na tak postawione pytanie trzeba odpowiedzieć przecząco. Odwołujący zaoferował urządzenie niezgodne z SIWZ, co nie może podlegać poprawie – nie można po złożeniu oferty zmienić parametrów oferowanego urządzenia. Niezgodności tej również nie można uznać za nieistotną, bowiem dotyczy parametru, określonego w SIWZ jako wymagany i graniczny; niespełnienie wymogu Zamawiającego w takim wypadku musi skutkować odrzuceniem oferty.

Na marginesie należy zauważyć, że różnica w oferowanych cenach nie może wpływać na ocenę, czy oferta tańsza podlega odrzuceniu (Odwołujący powoływał się na rozprawie na znaczną różnicę cenową pomiędzy jego ofertą, odrzuconą, a ofertą wybraną jako najkorzystniejsza). Podstawy odrzucenia oferty są przesłankami bezwzględными o podjęcia decyzji w tym zakresie przez Zamawiającego i nie mogą być złagodzone przez fakt, że oferta jest tańsza.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów przywoływanych przez Odwołującego w odwołaniu, wobec czego 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:**

.....