

**Sygn. akt: KIO 2012/17**

**WYROK**  
**z dnia 9 października 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września br. przez wykonawcę Fabryka Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych FASER spółka akcyjna w Tarnowskich Górach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową spółkę akcyjną w Jastrzębiu Zdroju

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Fabryka Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych FASER spółka akcyjna w Tarnowskich Górach i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Fabryka Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych FASER spółka akcyjna w Tarnowskich Górach tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy Fabryka Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych FASER spółka akcyjna w Tarnowskich Górach na rzecz zamawiającego - Jastrzębskiej Spółki Węglowej spółki akcyjnej w Jastrzębiu Zdroju kwotę 3 739 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset trzydzieści dziewięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach.**

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Jastrzębska Spółka Węglowa spółka akcyjna w Jastrzębiu Zdroju (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa do kopalń JSW S.A. 3 300 aparatów tlenowych ucieczkowych, 109 aparatów tlenowych ucieczkowych treningowych wraz z 7 szkoleniami z zakresu obsługi i użytkowania aparatów tlenowych ucieczkowych (pakiet 3 pozycje) z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do dnia 31.12.2017r.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 19 lipca 2017 r., poz. 2017/S 136-279722 Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 25 września 2017 r. wykonawca Fabryka Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych FASER spółka akcyjna w Tarnowskich Górach (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na nieuprawnione uznanie, że oferta nie odpowiada treści SIWZ (art. 82 ust.3 Prawa zamówień publicznych ) oraz, że została sporządzona niezgodnie ze SIWZ, w szczególności Specyfikacja techniczną (pkt. 2.10.3) pomimo, że specyfikacja ta nie zawierała postanowień co do zakresu szkolenia, rodzaju szkolenia (bezpośredniego, czy interaktywnego), ilości osób do przeszkolenia, czasu przeznaczzonego na szkolenie, itp., a w żadnym razie nie było mowy w treści specyfikacji o „specjalistycznym szkoleniu”, który to wymóg postawił Zamawiający w odrzuceniu;
- 2) art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty FASER S.A. co do zakresu zaoferowanej usługi szkolenia i nieuprawnione przyjęcie, że zaoferowane czynności obejmują jedynie przekazanie płyty instruktażowej DVD;
- 3) art. 92 ust. 1 pkt. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez unieważnienie niniejszego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego poprzez błędne przyjęcie, że nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu, nadto nie podjęcie tej czynności razem z czynnością odrzucenia, a dopiero po upływie 7 dni od daty otrzymania decyzji

o czynności odrzucenia, naruszając tym samym zasadę zachowania uczciwej konkurencji i zasadę proporcjonalności i przejrzystości postępowania (art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych).

W ocenie Odwołującego, Zamawiający rozszerzył wymagania SIWZ na etapie oceny oferty oczekując osobistego szkolenia, mimo braku takiego wymogu w SIWZ. Zamawiający rozróżnia rodzaje szkoleń, na dowód czego Odwołujący składał zapytanie oraz odpowiedź Zamawiającego na pytanie dotyczące zapytania ofertowego (korespondencja mailowa z pierwszym mailem z datą 15 wrzesień 2017 r.). O sposobie podejścia do szkoleń Zamawiającego świadczy dotychczasowa praktyka. Odwołujący wygrał poprzednie postępowanie na dostawę tych samych aparatów, wycena szkolenia była identyczna i nie było żadnych uwag ze strony Zamawiającego. Zgłaszane teraz zastrzeżenia wobec treści oferty poddają w wątpliwość rzetelność określenia i wyceny przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego.

Odwołujący podnosił, że praktyką jest, że w zakładach górniczych szkolenia są przeprowadzane systematycznie, na dowód czego przedłożył zestawienie szkoleń zewnętrznych zawierające listę pracowników Zamawiającego z uprawnieniami do dalszych szkoleń. W zakres szkoleń wchodziło również szkolenie z aparatu SR60, będącego przedmiotem zamówienia. Praktyką jest, że te szkolenia prowadzone są bezpłatnie i w każdym roku Odwołujący szkoli około 30 osób.

Na dowód tego, że Zamawiający oczekuje nieodpłatnych szkoleń przedkładał w oryginale 2 pisma – do akt zrobiono kopię, w których Zamawiający zwraca się z prośbą o nieodpłatne przeszkolenie swoich pracowników. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający powołuje się na przepisy, do których w tej chwili Odwołujący nie ma dostępu, ale skoro taki obowiązek wynika z przepisów, to szkolenia mogą się odbyć, zdaniem Odwołującego, nawet w formach poza zamówieniami publicznymi.

Podnosił, że do pliku dowodów załączył płytę zawierającą instruktaż użytkownika aparatu tlenowego ucieczkowego – instrukcja jest bardzo prosta, odtworzenie płyty trwa 20 minut, obsługa aparatu jest tak mało skomplikowana, jak użycie masek tlenowych w samolocie bądź defibrylatora.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności unieważnienia postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego, i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Wskazywał na znaczenie językowe pojęcia szkolenia. Z dotychczasowej praktyki wynikały szkolenia bezpośrednie. Za cenę zaoferowaną przez Odwołującego, tj. 1 zł za 1 szkolenie, realizacja szkolenia bezpośredniego jest niemożliwa i w tej części przedmiotu zamówienia zaoferowano rażąco niską cenę. Wskazywał na czynności i stanowisko podejmowane przez Odwołującego jako Przystępującego po stronie Zamawiającego w postępowaniu KIO 1706/17. Zauważał, że korespondencja mailowa złożona do akt przez Odwołującego potwierdza zakres szkolenia zbieżny z podstawami odrzucenia oferty Odwołującego. Zestawienie szkoleń zewnętrznych świadczy o tym, że Odwołujący wie, o jakie szkolenia chodzi. Przekazanie nośnika elektronicznego nie jest takim rodzajem szkolenia.

Zamawiający wyjaśniał, że wymóg z pkt 2.10.3 wcześniej się znajdował w SIWZ, natomiast nowością w tym postępowaniu było wyodrębnienie ceny za szkolenie. Wyjaśniał, że poprzednio szkolenia nie były nieodpłatne, ale ich cena była ujęta w cenie za całość przedmiotu zamówienia. Z powodów podatkowych i rachunkowych zdecydował się na wyodrębnienie tego elementu w osobnej pozycji wyceny. Odwołujący dopiero na etapie odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił propozycję szkolenia odbiegającego od zasad dotychczasowej współpracy. Zastosował pojęcie „jedna sztuka” w odniesieniu do szkolenia, ponieważ jest to jednostka miary dla całego przedmiotu zamówienia. Rzeczywiście w kontekście usługi może być niezręczna językowo, niemniej jednak nie wpływa to na inną interpretację samego pojęcia szkolenia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca DEZEGA Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach, którego oferta została uprzednio odrzucona, a prawidłowość tej czynności została potwierdzona przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem sygn. akt KIO 1706/17 z dnia 29 sierpnia 2017 r. Izba postanowiła dopuścić z urzędu, jako dowód w sprawie, dokumentację postępowania sygn. akt KIO 1706/17.

Skuteczność odrzucenia nie budziła wątpliwości Stron ani zgłaszającego przystąpienie.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego. W konsekwencji Izba stwierdziła, że zgłaszający przystąpienie nie przystąpił do postępowania odwoławczego, ponieważ w chwili zgłoszenia przystąpienia nie był wykonawcą biorącym udział w postępowaniu.

**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.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest „Dostawa do kopalń JSW S.A. 3.300 aparatów tlenowych uciezkowych, 109 aparatów tlenowych uciezkowych treningowych wraz z 7 szkoleniami z zakresu obsługi i użytkowania aparatów tlenowych uciezkowych” (odpis ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ i inne dokumenty przywołane w uzasadnieniu – w aktach sprawy).

Zgodnie z pkt 14.1 SIWZ, wykonawca zobowiązany był wypełnić formularz ofertowy podając całkowitą cenę netto za pakiet, całkowitą cenę brutto za pakiet oraz procentową stawkę podatku od towarów i usług. Wykonawca zobowiązany był dodatkowo wypełnić pakiet stanowiący zał. 2 do formularza ofertowego podając jednostkową cenę netto każdej pozycji pakietu, cenę netto każdej pozycji pakietu oraz całkowitą cenę netto za pakiet.

Zgodnie z pkt 2.10.3 specyfikacji technicznej, będącej załącznikiem nr 1 do SIWZ, wykonawca „przeprowadzi szkolenia pracowników punktu wydawczego i mechaników sprzętu ratowniczego w zakresie obsługi przedmiotu zamówienia nadając im uprawnienia do dalszego szkolenia przez nich załogi”.

W poz. 3 załącznika nr 2 do formularza ofertowego należało podać wycenę szkolenia z zakresu obsługi i użytkowania aparatów tlenowych uciezkowych – 7 sztuk. Odwołujący podał cenę 7 zł w tej pozycji.

Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do wyjaśnienia ceny 1 zł za jedno szkolenie. Odwołujący odpowiedział, że Zamawiający nie przewidział w SIWZ ani czasu trwania szkoleń, ani formy szkolenia. Wyjaśnił, że cenę skalkulował z uwzględnieniem oszczędności metody wykonania zamówienia w ten sposób, że „szkolenie zostanie przeprowadzone w formie elektronicznej przez przekazanie płyt DVD z filmem instruktażowym”.

Oferta Odwołującego została odrzucona jako niezgodna z SIWZ.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że wszystkie zarzuty podnoszone przez Odwołującego w odwołaniu są niezasadne.

Zasadniczym zarzutem odwołania było naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych – dalsze zarzuty były konsekwencją nieuprawnionego, zdaniem Odwołującego,

odrzućenia jego oferty. Jednak Izba na podstawie wyżej ustalonego stanu faktycznego stwierdziła, że odrzucenie oferty Odwołującego było prawidłowe – treść oferty Odwołującego była niezgodna z treścią SIWZ w odniesieniu do zakresu zaoferowanego szkolenia.

W ramach przedmiotu zamówienia wykonawca był zobowiązany przeprowadzić szkolenie, które nada uprawnienia przeprowadzania dalszych szkoleń - Odwołujący nie wyjaśnił, w jaki sposób przekazanie płyty DVD miałyby powodować umożliwienie osobie, której została przekazana, nadanie uprawnień do dalszego szkolenia. Generalnie stanowisko Odwołującego sprowadzało się do twierdzeń, że w ramach szkolenia, wycenionego w poz. 3 załącznika do formularza ofertowego, przekazuje płytę DVD o wartości 1 zł, a w ramach pozostałych pozycji – dokonuje „nieodpłatnego szkolenia”. Jest to niezgodne z pkt 14. 1 SIWZ, gdzie Zamawiający wyraził oczekiwanie, aby wycenę zawrzeć w danych pozycjach.

Odwołujący twierdził, że mylące było przypisanie do szkolenia jednostki miary określonej „1 sztuka”, ale nie wskazał, jaka inna jednostka miary byłaby właściwa. Rzeczywiście Zamawiający nie opisał w SIWZ szczegółowo zakresu szkolenia, jednak wskazał, że ma prowadzić do przeniesienia uprawnień. Definicje szkoleń (nie wynikające z SIWZ) przytaczane przez Odwołującego nie są skorelowane z powyższym zakresem. Przekazanie płyty DVD nie wyczerpuje zakresu szkolenia oczekiwanego przez Zamawiającego, ponieważ nie prowadzi do przeniesienia uprawnień.

Odwołujący argumentował, że użycie przedmiotu zamówienia jest tak „mało skomplikowane”, jak użycie masek tlenowych w samolocie – jednak sposób użycia masek tlenowych jest zwykle demonstrowany przez obsługę samolotu, a nie jedynie zawarty w instrukcji obsługi.

Reasumując, w pozycji nr 3 należało ująć rzeczywisty koszt szkolenia, a nie jedynie przekazanie płyty DVD. Z odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Zamawiający mógł wywieść, że w ramach szkolenia Odwołujący oferuje jedynie przekazanie płyty DVD. Nawet gdyby przyjąć, w związku z późniejszą argumentacją Odwołującego, że oferuje on „nieodpłatnie” szkolenie zgodnie z dotychczasową praktyką (a więc prowadzące do przeniesienia uprawnień), to taki sposób wyceny jest niezgodny z pkt. 14.1 SIWZ. Konkludując, odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych było prawidłowe.

Zamawiający nie naruszył także art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty FASER S.A. co do zakresu zaoferowanej usługi szkolenia i nieuprawnione przyjęcie, że zaoferowane czynności obejmują jedynie przekazanie płyty instruktażowej DVD. Sam Odwołujący złożył takie oświadczenia w piśmie wyjaśniającym co oferuje w ramach ceny 1 zł za szkolenie.

Rzeczywiście wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych a wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych to dwie różne instytucje, jednak zakres tych wezwań – w konsekwencji treść odpowiedzi na wezwania - może się pokrywać. Z wyjaśnienia, w jaki sposób wykonawca dokonał wyceny, może wynikać, że wycena nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia. Tak było w tym przypadku – Odwołujący w ramach wyceny szkolenia podał cenę za płytę DVD w wysokości 1 zł. W odwołaniu i na rozprawie twierdził, że rzeczywiste szkolenie, zgodne z dotychczasową praktyką i „nieodpłatne” wycenił w ramach głównego przedmiotu zamówienia. Taka wycena jest niezgodna z punktem 14.1 SIWZ. Dlatego Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ i nie miał obowiązku dalszego wyjaśniania treści oferty (nie było żadnych wątpliwości że oferta jest niezgodna z SIWZ).

Odwołujący podnosił także zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 7 Prawa zamówień publicznych przez unieważnienie „poprzez błędne przyjęcie, że nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu, nadto nie podjęcie tej czynności razem z czynnością odrzucenia, a dopiero po upływie 7 dni od daty otrzymania decyzji o czynności odrzucenia, naruszając tym samym zasadę zachowania uczciwej konkurencji i zasadę proporcjonalności i przejrzystości postępowania (art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych)”. Izba nie dopatrzyła się zarzuczonego naruszenia – skoro potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, i oferta Odwołującego została prawidłowo odrzucona, to w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, a więc unieważnienie postępowania na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych było prawidłowe. Odwołujący nie wykazał, że unieważnienie postępowania w odstępie siedmiu dni od odrzucenia oferty Odwołującego naruszało jakkolwiek zasady Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, 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:**

.....