

Sygn. akt: KIO 1923/14

WYROK

z dnia 2 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2014 r. przez wykonawcę: **Mifama sp. z o.o. w Mikołowie (43-190), ul. Żwirki i Wigury 4** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Tauron Wydobycie S.A. w Jaworznie (43-600), ul. Grunwaldzka 37**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Mifama sp. z o.o. w Mikołowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Mifama sp. z o.o. w Mikołowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Mifama sp. z o.o. w Mikołowie** na rzecz zamawiającego: **Tauron Wydobycie S.A. w Jaworznie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa czterech przenośników taśmowych o szerokości taśmy 1400 mm z automatyką i wyposażeniem elektrycznym, z których trzy przystosowane są do jazdy ludzi wraz z usługą montażu trzech z nich dla TAURON Wydobyć S. A. - Zakładu Górniczego Janina” zostało wszczęte przez Tauron Wydobyć S.A. w Jaworznie, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 115-203601) w dniu 18 czerwca 2014 r.

W dniu 19 września 2014 r. odwołanie wniósł wykonawca: Mifama sp. z o.o. w Mikołowie, zwany dalej Odwołującym. Odwołanie zostało wniesione wobec czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego, co stanowiło naruszenie art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a także wobec zaniechania przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, jak również katalog przedstawiony przez Odwołującego Izbie w toku postępowania odwoławczego. Tabełacyjne zestawienia przedstawione przez Odwołującego zostały potraktowane, zgodnie z jego oświadczeniem, jako oświadczenia wiedzy złożone w jego imieniu.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że w pkt 2.1.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający zawarł Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) W pkt 7.6 OPZ Zamawiający wskazał, w odniesieniu do dostarczanych mu w ramach przedmiotu zamówienia krążników $\varnothing 133 \times 1600$ mm prowadzących taśmę dolną, że wymaga, aby były one „wykonane w wersji wzmocnionej jako tarczowe, o przedłużonym okresie trwałości, o parametrach takich jakie gwarantuje firma Küpper dla swoich produktów lub równoważne” tzn. spełniające szereg określonych tam wymagań, w tym m.in.: „a) wyposażone w min. 4 przylegające do siebie pierścienie o łącznej szerokości nie mniejszej niż 160 mm umiejscowione na obu końcach dla krążnika, b) wyposażone w min. 8 środkowych pierścieni o szerokości nie mniejszej niż 30 mm oddzielonych tulejami dystansowymi zabezpieczonymi antykorozyjnie”.

Zgodnie z pkt 3.3.2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby oferowany mu przedmiot zamówienia spełniał wymagania określone w OPZ. Na potwierdzenie spełniania tych wymagań oczekiwał on przedstawienia m.in. zgodnie z pkt 3.3.2.2 SIWZ „uzupełnionego wykazu spełniania istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 11 do SIWZ”

W pkt 3.3.3 SIWZ zawarto następującą informację: „Wymaga się, aby w przypadku oferowania dostawy elementów równoważnych do opisanych w pkt 2.1.1 SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, Wykonawca dostarczył komplet dokumentów w postaci dokumentacji technicznej lub instrukcji użytkowania lub rysunków (szkiców) technicznych lub opisów lub badań technicznych itp., które pozwolą Zamawiającemu jednoznacznie ocenić ich równoważność w zakresie parametrów technicznych opisanych w pkt 2.1.1 SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia.”

Termin składania ofert, zgodnie z pisemnym protokołem postępowania, upłynął w dniu 8 sierpnia 2014 r. Przed jego upływem swoją ofertę Zamawiającemu złożył m.in. Odwołujący.

Odwołujący przedstawił wraz ze swoją ofertą m.in. uzupełniony załącznik nr 11 do SIWZ, w którym na stronie 80 oferty, zawarł następujące informacje odnoszące się do krążników

opisanych w pkt 7.6 OPZ: „*Producent Mifama sp. z o.o., 4 przylegające pierścienie o łącznej szerokości 160 mm umiejscowione na obu końcach krążnika, 8 środkowych pierścieni o szerokości 30 mm, średnica rury krążnika 89 mm, średnica osi krążnika 30 mm, łożysko 6305/2Z/C4 firmy SKF lub FAG lub NSK lub KIS*”. Z uwagi na tak zredagowaną przez Odwołującego treść, o którą został uzupełniony powołany załącznik nr 11 do SIWZ, nie było sporne między Stronami, że Odwołujący zaoferował Zamawiającemu rozwiązanie równorzędne, tym samym ciążył na nim obowiązek wypełnienia wymagań określonych w pkt 3.3.3 SIWZ, a zatem wykazania Zamawiającemu, że oferowane przez niego rozwiązanie charakteryzuje się wszystkimi cechami, które zgodnie z treścią pkt 7.6 OPZ świadczyć miały o równoważności rozwiązania innego niż produkty, wskazanej przez Zamawiającego, firmy Küpper.

Jak ustalił Zamawiający i czego dał wyraz w piśmie z dnia 27 sierpnia 2014 r., Odwołujący nie zamieścił w ofercie żadnych dokumentów, które pozwoliłyby Zamawiającemu jednoznacznie stwierdzić równoważność oferowanych krążników. Kierując się tym przekonaniem wezwał on Odwołującego powołanym pismem „*do uzupełnienia oferty o komplet dokumentów, w postaci dokumentacji technicznej lub instrukcji użytkowania lub rysunków (szkiców) technicznych lub opisów lub badań technicznych itp., które pozwolą Zamawiającemu jednoznacznie ocenić równoważność oferowanych krążników produkcji Mifama sp. z o.o. (...) w zakresie wszystkich parametrów technicznych określonych w SIWZ w punkcie 2.1.1 ppkt (...) 7.6*”.

Odwołujący w odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie przedstawił Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 1 września 2014 r.: „*Komplet dokumentów w postaci DTR (instrukcji użytkowania) krążników stalowo, gładkich – DTR-01/2014.MIF oraz ogumowanych (gładkich, pierścieniowych lub tarczowych) – DTR-03/2012/MIF [dokument ten zawarty został na stronach 21-30 uzupełnienia] produkcji Mifama sp. z o.o., które pozwolą Zamawiającemu jednoznacznie ocenić równoważność oferowanych krążników z wymaganymi w SIWZ krążnikami wzmocnionymi (strony 12-30 uzupełnienia oferty)*”.

Zamawiający uznał przedstawione mu dokumenty za niewystarczające. Kierując się tym przekonaniem odrzucił złożoną przez Odwołującego ofertę, przyjmując, że wykonawca ten nie wykazał, aby oferowane przez niego rozwiązanie było równoważne rozwiązaniu opisanemu SIWZ, a tym samym, nie wykazał on, iż treść złożonej przez niego oferty odpowiada treści SIWZ w zakresie pkt 7.6.a) i b) OPZ.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie. Zarzucał Zamawiającemu, iż ten bezpodstawnie odrzucił złożoną przez niego ofertę. Podnosił, iż w na stronie 6 oferty

zadeklarował wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z OPZ, zaś na stronie 80 „poświadczył, że oferowane przez niego krążniki spełniają wymogi równoważności”. Wskazał również, że w odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie, złożył „dodatkowy dokument w postaci dokumentacji DTR (nr DTR-03/2012/MIF)”. Zastrzegł przy tym, iż „faktem jest, że w uzupełnieniu oferty nie zostało wprost wskazane, że krążniki są wyposażone w 4 przylegające pierścienie o łącznej szerokości nie mniejszej niż 160 mm umiejscowione na obu końcach dla krążnika i 8 środkowych pierścieni o szerokości nie mniejszej niż 30 mm”. Twierdził jednak, iż nie oznacza to automatycznie niezgodności oferty z SIWZ. Z jednej strony podnosił, iż zawarty na 179 stronie oferty przedstawia sposób rozmieszczenia pierścieni na płaszczu krążnika, z drugiej zaś strony twierdził, iż rysunek ten miał „wyłącznie charakter poglądowy”. Podkreślał przy tym, iż istnieje „bardzo wiele możliwości kombinacji ilości i sposobów rozkładu pierścieni na płaszczu krążników tarczowych”, przez co przedstawiony Zamawiającemu dokument DTR nie zawierał „ich szczegółowego wykazu”. Zauważał też, że „ilość i rozkład pierścieni jest każdorazowo ustalana z odbiorcami”. Mając to na uwadze, stał na stanowisku, iż „brak części informacji na DTR o treści wymagań z punktu 7.6 a i b SIWZ [de facto pkt 7.6.a) i b) OPZ] nie może być interpretowanym jako niewykazanie przez odwołującego faktu równoważności krążników zaoferowanych”.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący twierdził, iż Zamawiający zobowiązany był do wezwania go w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości co do treści złożonej przez niego oferty.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Poza sporem między Stronami było to, że Zamawiający w pkt 7.6 OPZ wskazał na konkretne rozwiązanie techniczne dopuszczając przy tym możliwość zaoferowania równoważnego pod względem odpowiednio zakreślonych i opisanych parametrów. Poza sporem było również to, iż Odwołujący zaoferował Zamawiającemu takie właśnie rozwiązanie równoważne (krążniki Ø133 x 1600 mm prowadzące taśmę dolną produkcji

Mifama sp. z o.o.). Wreszcie poza sporem było również to, że na rynku dostępne są różnego rodzaju konfiguracje krążników. Zauważyć w tym miejscu należy, że nawet w katalogu przedstawionym przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izłą pod każdą z tabel zawierającą opis poszczególnych rodzajów krążników wpisana została informacja: „na życzenie klienta wymiary inne niż od katalogowych ustalane są indywidualnie”.

W miejscu tym należy jednak poczynić zastrzeżenie, iż przedstawiony przez Odwołującego katalog świadczyć może jedynie o różnorodności rozwiązań oferowanych przez Odwołującego. Nie może być on jednak traktowany, jako dokument potwierdzający równoważność w rozumieniu zapisów SIWZ – na przedstawienie odpowiednich dokumentów upłynął już termin określony w wezwaniu z dnia 27 sierpnia 2014 r., a tym samym podejmowanie prób uzupełnienia takich dokumentów w toku postępowania odwoławczego ocenione musiałoby zostać jako działanie spóźnione, a tym samym nieskuteczne.

Mając na uwadze bogactwo możliwych konfiguracji krążników, zasadnym w ocenie Izby, było egzekwowanie przez Zamawiającego (niezależnie, co oczywista, co do wymogu weryfikowania ofert pod kątem wiążących zapisów SIWZ z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców) wyraźne wyartykułowanego w pkt 3.3.3 SIWZ oczekiwania, aby wykonawcy przedstawili mu dokumenty potwierdzające w sposób jednoznaczny, że oferowane przez nich rozwiązania równoważne charakteryzują się wszystkimi parametrami opisanymi w OPZ. W rozpoznawanym przypadku Zamawiający zasadnie stwierdził, że Odwołujący nie przedstawił mu „dokumentacji technicznej lub instrukcji użytkowania lub rysunków (szkiców) technicznych lub opisów lub badań technicznych itp.” potwierdzającej spełnianie przez oferowane przez niego krążniki wymogów opisanych w pkt 7.6 a) i b) OPZ. W ocenie Izby w toku postępowania odwoławczego nie został przez Odwołującego przedstawiony dowód przeciwny, a pamiętać należy o tym, iż to na nim, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, ciążył obowiązek przedstawienia Izbie odpowiednich dowodów. We wniesionym odwołaniu Odwołujący sam przyznał wprost, iż przedstawiona Zamawiającemu dokumentacja DTR (zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego złożonymi w toku rozprawy przed Izłą DTR przedstawiona Zamawiającemu była niekompletna – nie przedstawiono bowiem Zamawiającemu rysunków, do których zawarto w treści DTR wiele odniesień i które to rysunki przedstawiać miały sposób wykonania poszczególnych rodzajów krążników) nie potwierdza równoważności, co do której istnienia zapewniał on Zamawiającemu w piśmie z dnia 1 września 2014 r. Zauważyć przy tym należy, iż Odwołujący nie kwestionował zasadności w omawianym tu aspekcie skierowanego do niego wezwania z dnia 27 sierpnia 2014 r. Już samo to – jednoznaczne potwierdzenie w odwołaniu o niewystarczającej dla stwierdzenia równoważności treści dokumentacji DTR,

a także brak zarzutów wobec treści wezwania do uzupełnienia odpowiednich dokumentów – pozwalało Izbie uznać, że Odwołujący *de facto* przyznał, że nie przedstawił odpowiednich dokumentów, których przedstawienia, zgodnie z pkt 3.3.3 SIWZ, oczekiwał Zamawiający.

Niezależnie od oceny doniosłości treści dokumentacji DTR odniesienia wymaga twierdzenie Odwołującego o zawarciu oświadczeń o odpowiedniej treści na stronach 6 i 80 oferty. Co do pierwszego z oświadczeń, zawartego na stronie 6 oferty, stwierdzić należy, że nie sposób z ogólnego oświadczenia o zamiarze zaoferowania Zamawiającemu przedmiotu zamówienia zgodnego z OPZ (wobec sformułowania w treści SIWZ odpowiednich wymogów, co do szczegółowych dokumentów lub oświadczeń mających potwierdzać spełnienie poszczególnych wymogów szczegółowo opisujących przedmiot zamówienia) wywodzić, iż z tego właśnie ogólnego oświadczenia wynikać może wystarczające potwierdzenie spełnienia wszystkich warunków uznania oferowanego rozwiązania za równoważne i to w przypadku braku jakichkolwiek innych dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie tych warunków. Co do oświadczenia zawartego na stronie 80 oferty, to zauważyć należy, że niezależnie od ostatecznej oceny możliwości uznania treści tam zawartej za wystarczający opis rozwiązania równoważnego w rozumieniu pkt 3.3.3 SIWZ, treść ta nie zawiera odniesień do wszystkich elementów wskazanych w opisie w pkt 7.6.a) i b) OPZ. Na stronie 80 oferty Odwołującego wskazano, że krążniki produkcji Mifama sp. z o.o. posiadają: „4 przylegające [brak wskazania do czego przylegające – Zamawiający wymagał, aby przylegały one do siebie] *pierścienie o łącznej szerokości 160 mm umiejscowione na obu końcach krążnika i 8 środkowych pierścieni o szerokości 30 mm*” – tu brak wskazania na to, że są one oddzielone tulejami dystansowymi zabezpieczonymi antykorozyjnie. Odwołujący nie wskazał, aby potwierdzenie tych parametrów znalazło odzwierciedlenie w innych dokumentach przedstawionych Zamawiającemu. Co do rysunku ze strony 179 oferty, sam stwierdził on, iż miał on jedynie poglądowy charakter, stąd nie sposób wywodzić, iż potwierdzał on równoważność w jakimkolwiek jej aspekcie.

Co do zaniechania przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do przedstawienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odpowiednich wyjaśnień, słusznie podnosił Zamawiający, iż treść oferty Odwołującego nie wymagała wyjaśnień, zaś stwierdzone przez niego braki w dokumentach mających potwierdzać równoważność oferowanych mu rozwiązań mogłyby zostać uzupełnione nie w trybie wyjaśnień (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp), a jedynie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. poprzez uzupełnienie ich o odpowiednie treści, pierwotnie w nich nie zawarte. Jednakże z uwagi na fakt, iż Odwołujący już raz był wzywany w trybie powołanego przepisu do uzupełnienia tych dokumentów i oświadczeń (właśnie w zakresie

potwierdzenia równoważności), nie było możliwości nakazania Zamawiającemu ponownego wzywania Odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów lub oświadczeń.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: