

WYROK
z dnia 15 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2014 r. przez Odwołującego – Bowim S.A. z siedzibą w Sosnowcu (41-200), przy ul. Niweckiej 1E, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Lotos Petrobaltic S.A. z siedzibą w Gdańsku (80-758), przy ul. Stary Dwór 9,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Bowim S.A. z siedzibą w Sosnowcu (41-200), przy ul. Niweckiej 1E i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Bowim S.A. z siedzibą w Sosnowcu (41-200), przy ul. Niweckiej 1E tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego – Bowim S.A. z siedzibą w Sosnowcu (41-200), przy ul. Niweckiej 1E na rzecz Zamawiającego – Lotos Petrobaltic S.A. z siedzibą w Gdańsku (80-758), przy ul. Stary Dwór 9 kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Lotos Petrobaltic S.A. z siedzibą w Gdańsku (80-758), przy ul. Stary Dwór 9 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na sukcesywną dostawę nowych (tj. wyprodukowanych w latach 2012-2016) bezzwowych rur okładzinowych i wydobywczych (znak sprawy: FH/ZP-6/2014), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 maja 2014 r., pod nr 2014/S 102-179548.

W dniu 22 sierpnia 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o odrzuceniu oferty wykonawcy Bowim S.A. z siedzibą w Sosnowcu (41-200), przy ul. Niweckiej 1E, złożonej na część 5 Postępowania oraz o wyborze w tym zakresie oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Proma S.A z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (41-100), przy ul. Olimpijskiej 12 (dalej: „Wykonawca Proma”).

Powyższe czynności zaskarżone zostały odwołaniem wniesionym przez Bowim S.A. (dalej: „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne uznanie, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”),
2. art. 7 oraz art. 29 ust. 2 i 3 Pzp przez prowadzenie Postępowania i uznanie oferty Odwołującego jako podlegającej odrzuceniu w sposób naruszający uczciwą konkurencję, to jest pomimo iż oferowane przez niego rury spełniają wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego, natomiast w zakresie gwintu w jakie mają być wyposażone, rozwiązanie oferowane przez Odwołującego jest równoważne, tak więc łącznie, oferowany przez niego produkt (rury z gwintem) jest równoważny w rozumieniu przepisów Pzp,
3. art. 30 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych z pominięciem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy, tj. w niniejszej sprawie z odniesieniem do normy PN-EN ISO 13679 w zakresie połączenia gwintowanego dla rur wydobywczych i okładzinowych.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia jego oferty w części 5 Postępowania, a także o nakazanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w tej części.

Odwołujący stwierdził, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, ponieważ w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Dodał, że jego oferta była najkorzystniejsza w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert (cena – 100%) i gdyby nie jej odrzucenie zostałaaby wybrana.

Na uzasadnienie sformułowanych zarzutów Odwołujący wskazał, że z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej ofert dowiedział się, że przyczyną odrzucenia jego oferty była okoliczność, że oferowane rury posiadają inne typy gwintów niż żądane przez Zamawiającego. Oferowany przez Odwołującego gwint oznaczony jest symbolem TSHBlue, a gwint żądany posiada oznaczenie TPG (TDS).

Odwołujący podkreślił, że jak wynika z art. 29 ust. 2 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję. Dyspozycja ta wpisuje się w naczelną zasadę każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wymagającą od zamawiającego prowadzenia postępowania właśnie w taki sposób, aby zachować uczciwą konkurencję. Z art. 29 ust. 3 Pzp wynika z kolei, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych i patentów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Tymczasem, jak wynika z SIWZ, Zamawiający oznaczył przedmiot zamówienia w sposób naruszający dyspozycję przepisu art. 29 ust. 3 Pzp, określając właściwość gwintu symbolem przypisanym do zastrzeżonego patentem, a jednocześnie będącym oznaczeniem handlowym, symbolu TPG. Dalej, w nawiasie, wpisano symbol TDS nie wskazując przy tym funkcji jaką to oznaczenie pełni. Odwołującemu kojarzy się ono z nazwą handlową dla innego opatrzzonego patentem rozwiązania zachodniemieckiej firmy Rather Kreuzweg z 1982 r., jednak w świetle posiadanych przez niego informacji rozwiązanie to nie jest stosowane we współcześnie wykonywanych instalacjach. Takie oznaczenie wskazuje, że Zamawiający nie odnosi się w opisie przedmiotu zamówienia do oznaczenia o charakterze ogólnym, opartym na nomenklaturze stosowanej dla gazoszczelnych połączeń gwintowych przyjętej w treści normy PN-EN ISO 13679, lecz w istocie wskazuje specyficzne oznaczenie rozwiązania technicznego objętego zgłoszeniem patentowym nr PL 215749 B1 jednego producenta, tj. Wykonawcy Proma. Na czwartej stronie opisu patentu wskazano, iż jego przedmiotem jest „[...]rurowe połączenie gwintowe rur wiertniczych wydobywczych (TPG)[...]”. Okoliczności tej dowodzi także załącznik do oferty złożonej przez Wykonawcę Proma, w związku z innym,

proszonym przez Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (PGNiG), postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w którym – w rubryce zawierającej dane producenta i nazwę połączenia gwintowego według producenta – wykonawca ów wskazał „[...]Proma sp. z.o.o. TPG[...]”. Wykonawca Proma jest zatem jedynym producentem oferującym ten typ połączenia. Jednocześnie, wbrew ustawowemu obowiązkowi, Zamawiający nie wskazał na możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego. Brak taki nie oznacza jednak, zdaniem Odwołującego, że z obowiązku uwzględniania ofert spełniających w inny sposób wymagania SIWZ, Zamawiający jest zwolniony.

Odwołujący podkreślił, że pomimo niedopuszczenia przez Zamawiającego oferowania rozwiązań równoważnych złożył ofertę, która spełnia wszystkie wymogi formalne i merytoryczne, proponując w zakresie rodzaju gwintu rozwiązanie równoważne. Zatem pomimo tego, że pozostałe cechy oferowanych rury odpowiadały wprost wymaganiom określonym w SIWZ, równoważność rozwiązania technicznego w zakresie gwintu, należy uznać za czyniącą z całej oferty równoważną. Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Istotne jest, że produkt równoważny nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry (tak: KIO w wyroku z dnia 17 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2621/12, LEX nr 1254810). Odwołujący podkreślił, że zaoferował rury wyposażone w gwint TenarisHydrill Blue, który spełnia najwyższe standardy wymagane dla gazoszczelnych połączeń gwintowych stawiane przez normę PN-EN ISO 13679. Wedle klasyfikacji stosowanej przez nią połączenie TenarisHydrill Blue mieści się w najwyższej kategorii oznaczonej jako CAL IV. Tym samym, nie analizując do jakiej kategorii należy połączenie gwintowe TPG (TDS) można jednoznacznie stwierdzić, iż połączenie TenarisHydrill Blue nie jest na pewno połączeniem o niższej jakości. Odwołujący podał, że zgodnie z art. 30 ust. 1 Pzp to Polskie Normy przenoszące normy europejskie stosowane na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego, stanowią podstawowy punkt odniesienia dla definiowania przedmiotu zamówienia publicznego. Na poparcie powyższych twierdzeń Odwołujący dostarczył Zamawiającemu wydane przez producenta, tj. Tenaris Silcotub (spółkę z siedzibą w Rumunii należącą do włoskiego producenta Tenaris) szczegółowe informacje o jego cechach oraz wykaz przedsięwzięć dla jakich rury wyposażone w te połączenia gwintowe były dostarczane. Udzielił następnie Zamawiającemu wyczerpujących wyjaśnień znajdujących się w dokumentacji Postępowania. Złożone przez Odwołującego załączniki do oferty obejmowały m.in. opis techniczny gazoszczelnego połączenia gwintowego TenarisHydrill Blue, wskazujący w szczególności na jego zgodność

z normą PN-EN ISO 13679, a także wykaz przedsięwzięć w jakich wykorzystano rozwiązanie gwintowe TenarisHydrill Blue, z którego wynika, iż jest ono używane na inwestycjach najpoważniejszych firm wydobywczych (np. Shell Quatar, AGIP, Shell USA, ExxonMobil, ConocoPhilips i innych). Odwołujący kategorycznie stwierdził, iż oferowane przez niego połączenie gwintowe spełnia wymóg Zamawiającego, tyle że w odmienny sposób.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że pismem z dnia 16 lipca 2014 r. Zamawiający wezwał go do podania, czy oferowane połączenie TenarisHydrill Blue jest kompatybilne z połączeniem TPG (TDS), tj. czy połączenia ofertowanych rur można połączyć ze stosowanym u Zamawiającego wyposażeniem wglębnym. W odpowiedzi na to pytanie Odwołujący wskazał, że z SIWZ nie wynika, aby kompatybilność względem jakiegoś konkretnego połączenia była cechą, jaka powinna charakteryzować oferowany gwint. Podkreślił, że w SIWZ Zamawiający w żaden sposób nie wskazał na kompatybilność, tym bardziej na kompatybilność względem czegokolwiek. Przesłanka istnienia lub braku kompatybilności nie może zatem stanowić przesłanki oceny ofert. Z tego wynika, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego nie dlatego, że połączenie gwintowe nie spełnia określonych wymogów technicznych, ale z uwagi na niekompatybilność z obecnie stosowanymi połączeniami, a zatem w oparciu o kryterium niewskazane w SIWZ. Odwołujący podkreślił, że w piśmie z dnia 22 lipca 2014 r. wyjaśnił, iż powszechnie stosowanym w takich przypadkach rozwiązaniem technicznym jest łącznik.

Odwołujący podniósł dodatkowo, iż spełnianie przez oferowane przez niego rury z połączeniem TenarisHydrill Blue wymagań normy PN-EN ISO 13679, wobec braku przesłanki oceny ofert pod kątem kompatybilności, w sposób wystarczający uzasadnia brak przesłanki do odrzucenia jego oferty. Zamawiający nie zarzucił mu, że jego oferta nie spełnia w zakresie typu połączenia wymogów stawianych przez tą normę, lecz to, że jej przedmiotem jest inny niż gwint TPG typ gwintu. Zaznaczył również, że poza połączeniami TPG i TenarisHydrill Blue istnieją jeszcze inne połączenia spełniające surowe wymagania normy PN-EN ISO 13679, a zatem także inni potencjalni oferenci mogli złożyć w Postępowaniu swoje oferty. W świetle tak ukształtowanych zapisów SIWZ dotyczących rodzaju połączenia gwintowego oferty, poza Odwołującym, złożył właściciel praw do gwintu TPG – Wykonawca Proma oraz Wykonawca Impexrur oferujący rury z gwintem TPG, ale tylko dlatego, że zostaną one dla niego wykonane przez Wykonawcę Proma. Powyższe dowodzi, że w rzeczywistości Wykonawca PROMA, jako jedyny producent gwintu TPG, mógł spełnić kryterium dotyczące tego elementu rury.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie, a z ostrożności procesowej – o oddalenie w całości.

Na uzasadnienie pierwszego z wniosków zawartych w odpowiedzi na odwołanie (odrzućenie środka ochrony prawnej) Zamawiający oświadczył, że Odwołujący pod pozorem zaskarżenia czynności odrzucenia jego oferty stara się zakwestionować postanowienia SIWZ, co jest działaniem niedopuszczalnym, albowiem spóźnionym. W odwołaniu od czynności odrzucenia oferty powołano się na argumenty odnoszące się do rzekomej nieprawidłowości treści postanowień SIWZ, a ściślej do nieprawidłowego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, tj. z naruszeniem art. 29 ust. 2 i 3 i art. 30 Pzp. Takie zarzuty są zdecydowanie spóźnione i niedopuszczalne, a odwołanie winno zostać odrzućone, z uwagi na upływ terminu do jego wniesienia, wynikający z przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący załączył do odwołania m.in. ofertę złożoną w Postępowaniu, obejmującą pismo z dnia 1 lipca 2014 r., w którym przedstawił swoje stanowisko odnośnie treści oferty. Posłużył się w nim identyczną argumentacją dotyczącą postanowień SIWZ w zakresie rzekomego naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 30 Pzp, jak w późniejszej korespondencji do Zamawiającego z dnia 22 lipca 2014 r., stanowiącej wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Na tej podstawie stwierdził, że z zakwestionowanymi odwołaniem postanowieniami SIWZ Odwołujący nie zgadzał się już wcześniej i powinien był dać temu wyraz wnosząc odwołanie od nich, a ewentualnie – od czynności wezwania do udzielenia wyjaśnień, których nie musiał składać.

Zamawiający – odnosząc się *stricto* do zarzutów odwołania – stwierdził, że są one nietrafne, wobec czego odwołanie powinno zostać oddalone.

Na wstępie podkreślił, że jego prawem i obowiązkiem jest racjonalna ocena własnych potrzeb tak pod względem technicznym, jak i ekonomicznym i pod tym kątem opisywanie przedmiotu zamówienia publicznego. Zaznaczył, że nie chodzi tu tylko o rodzaj potrzeb, ale i konkretne wymagania co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych konkretnych parametrów technicznych. Ocena dokładnych wymagań wynika ze specyfiki prowadzonej działalności, potrzeb i możliwości ekonomicznych oraz racjonalizowania wydatkowania środków objętych nadzorem publicznym, ponieważ celem wprowadzenia przepisów Pzp jest m.in. efektywne i gospodarne dysponowanie środkami publicznymi. Dodał, że obowiązki zamawiającego wynikające z art. 29 ust. 2 i 3 Pzp nie mogą być interpretowane w taki sposób, aby prowadziły do ingerencji w jego decyzje odnośnie przedmiotu zamówienia, który jest mu potrzebny do prowadzenia działalności. Zamawiający podsumował, że przedstawione powyżej okoliczności uprawniały go do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia ze wskazaniem rodzaju gwintowania jako TPG (TDS), charakteryzującego się określonym kształtem i zarysem.

Zamawiający wyjaśnił, że rury będące przedmiotem dostawy to jedynie element osprzętu całej instalacji wglębnej odwiertu służącej do eksploatacji kopalni ze złóż. Rury połączone są ze sobą i z pozostałymi elementami wyposażenia wglębnego w takich odwiertach. Wskazanie określonego typu gwintowania było wynikiem potrzeby uzupełnienia stanów magazynowych rur w zakładzie Zamawiającego w celu wymiany zużytych rur w odwiertach. Pozostałe elementy wyposażenia wglębnego używane obecnie, w tym w połączeniu z rurami (np. buty, łączniki posadowe, pup-jointy, zawory wglębne, elektryczne pompy wglębne, wieszaki i pakery) posiadają gwinty identyczne w stosunku do zamawianych w części 5 rur o gwincie typu TPG/TDS. Gwinty TPG i TDS wobec oferowanego przez Odwołującego gwintu TSH Blue nie są kompatybilne, tzn. nie skręcają się ze sobą bezpośrednio w sposób zapewniający gazoszczelność. To z kolei wymuszałoby na Zamawiającym (w przypadku zakupu rur z gwintem TSH Blue) konieczność stosowania łączników przejściowych pomiędzy rurami, a każdym elementem wyposażenia wglębnego. Natomiast łączenie rur z gwintem TPG/TDS z posiadaniem przez Zamawiającego wyposażeniem wglębnym może nastąpić bez konieczności stosowania łączników przejściowych lub dodatkowych usług i prac (bez ich zakupu, czy też względnie przerobienia samego gwintu TSH Blue na gwint TPG/TDS, z uprzednim demontażem i przestojem). Zamawiający zaznaczył, że jako otworowy zakład górniczy wykonuje, posiada i eksploatuje wiele odwiertów w ramach złoża B3 i B8. Ujednolicenie typu gwintowania w zakresie osprzętu cementacyjnego odwiertów, jak i wyposażenia wglębnego do eksploatacji we wszystkich instalacjach zakładu górniczego pozwala na zamienne używanie tych samych elementów wyposażenia wglębnego z użyciem rur w odwiertach na złożu B3 i B8 (także po ich regeneracji). Służby techniczne Zamawiającego zwracają uwagę na zapewnienie gwarancji skręcenia ze sobą dwóch różnych gwintów bez ujemnego wpływu na parametry użytkowe takiego połączenia, np. poprzez konieczność zastosowania przejściówki. Zatem określony dla przedmiotu zamówienia (rur) parametr techniczny w postaci rodzaju gwintowania znajdował uzasadnienie nie tylko w bieżących potrzebach Zamawiającego (uzupełnieniu stanów magazynowych), ale również był istotny ze względu na jego funkcję, jako elementu pomocniczego instalacji w ciągłym ruchu zakładu górniczego otworowego. Dookreślenie wymagań technicznych co do sposobu gwintowania wynikał z konieczności zapewnienia ciągłości pracy, szybkości ewentualnych remontów lub wymiany rur, wielofunkcyjności zastosowania przedmiotu dostawy oraz racjonalizowania wydatków przez zapobieganie ponoszeniu dodatkowych wydatków rzędu miliona złotych na przejściowe łączniki albo koszty modyfikacji gwintów po to, aby móc zastosować „od ręki” zamówione towary.

Zamawiający stwierdził, że dokonał opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie konkretnej normy technicznej dotyczącej wyłącznie rur. Przekonanie Odwołującego,

że Zamawiający powinien opisać sposób połączenia rur wyłącznie przez wskazanie normy PN-EN ISO 13679:2009 jest całkowicie błędne, ponieważ norma ta w ogóle nie dotyczy sposobu wykonywania gazoszczelnych połączeń gwintowych, a jedynie procedury badania takich połączeń w warunkach laboratoryjnych. Wobec tego takie wskazanie żadną miarą nie byłoby wystarczające z punktu widzenia celu zamówienia. Obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia przy przestrzeganiu norm nie stoi w sprzeczności z możliwością ustalenia przez Zamawiającego takich wymagań, co do przedmiotu zamówienia, które nie są przez normę przewidziane, dlatego że są wyższe niż przewiduje norma lub doprecyzowują elementy przedmiotu zamówienia określone odpowiednią normą. Na tej podstawie zarzut naruszenia przepisu art. 30 Pzp Zamawiający uznał za nieuzasadniony.

Wobec powyższego, przy takim określeniu przedmiotu zamówienia nie można było uznać rozwiązania oferowanego przez Odwołującego za zgodne z SIWZ. Zamawiający kierując się ww. celami i założeniami wskazał w SIWZ oczekiwania istotne i szczegółowe odnośnie parametru gwintowania rur będących przedmiotem zamówienia, bez którego spełnienia spowodowałoby, iż zamówienie wyrządziłoby znaczną szkodę Zamawiającemu i wprowadziło nieporządek organizacyjny (magazynowy, inwentaryzacyjny) zagrażający ciągłości pracy i bezpieczeństwu eksploatacji instalacji górniczych. W sytuacji, jeśli istnieje rozwiązanie techniczne lepsze, efektywniejsze i co ważniejsze – bezpieczniejsze – tj. bez użycia przejściówek (łączników przejściowych), to oczekiwanie przez wykonawcę (oferenta), w imię poczucia uczciwej konkurencji, swoistego pogarszania przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, nie jest ochroną, ale zaprzeczeniem idei konkurencyjności, z którą nieodzownie połączony jest postęp techniczno-technologiczny.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 i 3 Pzp Zamawiający zaprzeczył, jakoby określił rodzaj gwintowania rur za pomocą konkretnego patentu lub poprzez wskazanie konkretnego wykonawcy. Zamawiający nie użył w SIWZ ani nazwy Proma sp. z o.o., ani nazwy patentu „Proma sp. z o.o. TPG”, czy numeru zgłoszenia patentowego. Zauważył, że Odwołujący pominął, iż połączenia TPG i TDS to dwa odmienne, choć kompatybilne rozwiązania. Według wiedzy Zamawiającego gazoszczelne połączenie TDS jest stosowane przez szereg firm o zasięgu światowym, na dowód czego do odwołania załączył listę podmiotów posługujących się takim rozwiązaniem. Co zaś dotyczy połączenia TPG, to istotnie jest ono rozwiązaniem autorskim Wykonawcy Proma, jednakże w żaden sposób nie narusza to zasad uczciwej konkurencji. Niepodważalnym zaprzeczeniem zasadności prezentowanego przez Odwołującego stanowiska jest okoliczność udziału w Postępowaniu i złożenia nieodrzuconej oferty w części 5 przez niepowiązanego z ww. Wykonawcę Impoxrur. Zamawiający podał, że opis przedmiotu zamówienia nie narusza zasady uczciwej konkurencji, gdy co najmniej dwóch wykonawców może zaoferować produkt spełniający wymogi

Zamawiającego. Nie było żadnych przeszkód wynikających ze sposobu opisu przedmiotu zamówienia, aby złożenie oferty na dostawę rur z gwintami TPG lub TDS nastąpiło ze strony kilku lub więcej podmiotów. W pełni prawdopodobna jest, w ocenie Zamawiającego, sytuacja, iż oferta innych wykonawców (nie tylko bezpośrednich producentów rur, ale i sprzedawców), mogłaby być równie atrakcyjna. Byłoby to uzależnione od tego, w jakiej ilości, za ile, z jakim rabatem itp. odbiorca uprzednio zakupił ofertowane w przetargu rury i jaką marżę w ramach złożonej oferty chce uzyskać. W każdym przypadku opis przedmiotu zamówienia nie ograniczał żadnego z wykonawców, którzy dostarczają rury z ogwintowaniem TPG lub TDS.

Zamawiający zwrócił również uwagę na rozkład ciężaru dowodu w odniesieniu do zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że ogólnej zasady rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym (art. 190 ust. 1 Pzp) nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Sformułowanie hipotezy przepisu nie ma charakteru tworzącego domniemanie faktyczne lub prawne, jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający wspomniany przepis, dopóki Zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale „automatyczne” przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie sprostał obowiązkowi dowodzenia faktów, a zarzuty odwołania są nie tylko spóźnione, ale przede wszystkim nietrafne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Rozstrzygając o wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, jako wniesionego po upływie ustawowego terminu Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 maja 2014 r., pod nr 2014/S 102-179548. W tej dacie Zamawiający zamieścił również na stronie internetowej treść SIWZ (*vide* protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – ust. 5 pkt 1 i ust. 6). To zaś, biorąc pod uwagę wartość zamówienia, powodowało, że zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, termin na wniesienie

odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ wynosił 10 dni i upływał w dacie 7 czerwca 2014 r.

Odwołujący w treści odwołania wniesionego w dniu 1 września 2014 r. zaskarżył czynność odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i wyboru oferty najkorzystniejszej, ale jednocześnie sformułował zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia podnosząc w *petitum* odwołania naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 Pzp. Ustalono również, że Odwołujący nie wniósł odwołania wobec treści Ogłoszenia i postanowień SIWZ, ani nie składał w zaskarżonym później zakresie wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ.

W tak ustalonych okolicznościach Izba uznała, że jakkolwiek wniosek Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie, tym niemniej część zarzutów odwołania jest spóźniona, wobec czego nie może podlegać merytorycznemu rozstrzygnięciu.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione po upływie terminów określonych w przepisach Pzp. Terminy te określone zostały w art. 182 ust. 1-4 Pzp, przy czym dla odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp lub 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Podkreślenia wymaga, że wzmiankowane powyżej terminy mają charakter zawity (prekluzyjny), co oznacza, że niepodjęcie określonej czynności przez uprawniony podmiot w okresie zakreślonym takim terminem powoduje wygaśnięcie przysługującego mu prawa do tej czynności.

Wobec powyższego nie może budzić wątpliwości, że zarzuty związane z opisem przedmiotu zamówienia, jako dotyczące czynności mogących stanowić samodzielną podstawę do wniesienia odwołania we wcześniejszym terminie, zostały zgłoszone po jego upływie, a skoro nie podlega on przywróceniu, nie mogły zostać merytorycznie rozstrzygnięte. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do wykładni *contra legem* przepisu art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1-4 i art. 189 ust. 3 Pzp, bowiem pozwalałoby w istocie na obejście prawa, czyniąc również zbędnymi terminy na zaskarżanie czynności poprzedzających wybór najkorzystniejszej oferty.

Na marginesie Izba zwraca uwagę, że Odwołujący – zarówno w załączonej do złożonej oferty korespondencji z dnia 1 lipca 2014 r., jak i w późniejszej odpowiedzi na żądanie złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty (pismo z dnia 22 lipca 2014 r.) w istocie podważał zasadność postanowień SIWZ odnoszących się do wymaganych w części 5 Postępowania typów gwintowania, ale nie uczynił tego w formie przewidzianej przepisami prawa (art. 180 ust. 1 Pzp).

Wobec powyższego ocenie Izby podlegała zatem wyłącznie czynność odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z niezakwestionowanymi w przepisanej prawem formie postanowieniami SIWZ.

We wspomnianym zakresie Izba ustaliła, że Zamawiający zamieścił opis przedmiotu zamówienia w sekcji II.1.5) Ogłoszenia (odpowiednio – części II ust. 1 SIWZ). W części 5 Postępowania (zwanej przez Zamawiającego „zadaniem”) Zamawiający wymagał dostarczenia rur wydobywczych, manipulaków i łączników wyposażonych w gwint rodzaju TPG (TDS). Zamawiający zawarł również szczegółowe wymagania dotyczące rur, w tym w odniesieniu do konkretnych norm i wymagań (patrz sekcja II.1.5) Ogłoszenia i część II ust. 2 SIWZ).

Odwołujący złożył ofertę na część 5 Postępowania oferując Zamawiającemu dostawę rur, manipulaków i łączników wyposażonych w gwint TSH Blue. Do oferty – jak wskazano powyżej – Odwołujący załączył pismo datowane na 1 lipca 2014 r. wyjaśniające przyczyny zaoferowania innego rodzaju gwintowania, których upatrywał w niewłaściwym opisie przedmiotu zamówienia. Wobec tego Zamawiający, działając w trybie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego m.in. do potwierdzenia kompatybilności zaoferowanego połączenia gwintowego z wymaganymi postanowieniami SIWZ. W odpowiedzi, pismem z dnia 22 lipca 2014 r., Odwołujący podał, że połączenie TSH Blue spełnia wszystkie wymogi techniczne wynikające z jego przeznaczenia, jest zgodne z normą PN-EN ISO 13679 w zakresie najwyższego standardu gazoszczelności, tj. CAL IV. Zwrócił także uwagę, że SIWZ nie operuje pojęciem kompatybilności oraz że praktyką jest stosowanie różnego typu łączników przejściowych w celu umożliwienia połączenia rur wyposażonych w różne typy gwintów.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający – podając przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego – wskazał, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie rodzaju gwintowania.

Na rozprawie Zamawiający podtrzymał stanowisko w przedmiocie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego. Z kolei Odwołujący argumentował, że brak dopuszczalności oferowania rozwiązań równoważnych do oczekiwanych przez Zamawiającego, nie powoduje konieczności

odrzućenia takiej oferty i nie stoi na przeszkodzie możliwości uznania jej za najkorzystniejszą, zwłaszcza w sytuacji, w której zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania są w istocie lepsze od przewidzianych przez Zamawiającego. Odwołujący ocenił, że z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w Postępowaniu, wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści wydruku elektronicznego opisującego proces oceny najlepszych połączeń według normy ISO 13679 oraz z treści formularza ofertowego złożonego przez Wykonawcę Proma w postępowaniu prowadzonym przez PGNiG pn.: „Dostawa rur okładzinowych oraz wydobywczych wraz z osprzętem dla potrzeb otworów wiertniczych realizowanych przez PGNiG S.A. (znak sprawy: ZP/2013/272/GE/D), na okoliczność, że oferta odwołującego zawiera rozwiązania równoważne względem przewidzianych w SIWZ, które dodatkowo charakteryzują się wyższym poziomem gazoszczelności niż rozwiązanie zaoferowane przez Wykonawcę Proma.

W świetle przedstawionych okoliczności Izba stwierdziła, że zarzut nie mógł zostać uwzględniony. Wymaganie Zamawiającego w zakresie rodzaju gwintowania zostało postawione jako alternatywa w postaci gwintów TPG i TDS. Nie mogła być wzięta w tym zakresie pod uwagę okoliczność, że – jak na to wskazywał Odwołujący w treści odwołania – nie mógł zidentyfikować gwintu typu TDS z żadnym z oferowanych na rynku rozwiązań (stwierdził ponadto, że dopiero z odpowiedzi na odwołanie dowiedział się o tym czym jest ww. rozwiązanie i przez kogo jest oferowane), bowiem jest on profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, od którego można (a wręcz należy) wymagać należytego rozeznania w opisie przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o którego udzielenie się ubiega. Dodać również wypada, że jeżeli Odwołujący miał jakiegokolwiek wątpliwości w powyższym zakresie mógł zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, czego jednak nie uczynił. Wykonawca, który z takiego uprawnienia nie korzystał, co do zasady, istotny argument umożliwiający mu zwalczanie zarzutu niezgodnego z prawem odrzućenia złożonej przez niego oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ.

Skład orzekający Izby doszedł do wniosku, że opis przedmiotu zamówienia zawierał precyzyjne wskazania dotyczące oczekiwanych przez Zamawiającego rodzajów gwintu, przy czym ocena dopuszczalności ich wprowadzenia do SIWZ pod kątem uregulowań Pzp powinna – jak wskazano – ewentualnie mieć miejsce znacznie wcześniej, w drodze zaskarżenia treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ. Zwraca przy tym uwagę, że równie precyzyjny opis przedmiotu zamówienia w zakresie rodzajów gwintowania w pozostałych częściach zamówienia (również ze wskazaniem na konkretne rozwiązania) nie stał na przeszkodzie złożeniu przez Odwołującego oferty na nie. Okoliczność ta może powodować wątpliwość co do intencji Odwołującego, ponieważ sugeruje, że w części 5 zamówienia nie był on po prostu w stanie sprostać oczekiwaniom Zamawiającego. Jedynie na

marginesie można w tym miejscu dodać, że brak możliwości realizacji zamówienia przez wszystkich wykonawców na rynku nie świadczy *per se* o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Należy również zauważyć, że dopuszczenie na obecnym etapie Postępowania (tj. po otwarciu ofert) możliwości dokonania oceny rozwiązań równoważnych w stosunku do oczekiwanych przez Zamawiającego mogłoby w istocie stawiać w uprzywilejowanej pozycji Odwołującego, jako że – gdyby dopuścić takie rozwiązanie *ab initio* – to pozostali wykonawcy również mogliby z niego skorzystać, co z kolei mogłoby przełożyć się na ostateczny ranking złożonych ofert.

Nie mogły również odnieść skutku argumenty o lepszym standardzie zaoferowanego przez Odwołującego rozwiązania technologicznego, na potwierdzenie czego Odwołujący przedstawił na rozprawie wzmiankowane wcześniej dowody. Jakkolwiek generalnie trafne są argumenty odwołujące się do pełniejszego zaspokojenia potrzeb Zamawiającego, czy bardziej racjonalnego wydatkowania środków publicznych, to jednak kwestie takie powinny być rozstrzygane na wcześniejszym etapie Postępowania w drodze składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, bądź środków ochrony prawnej, o czym była mowa powyżej.

W zakresie argumentacji związanej z wezwaniem Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, w której to Zamawiający powołał się na potrzebę kompatybilności oferowanego mu rozwiązania z funkcjonującą u Zamawiającego infrastrukturą Izba stwierdziła, że przy omówionym ukształtowaniu postanowień SIWZ nie było ono w ogóle uzasadnione, jako że sprawdzenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ powinno odbyć się przez porównanie oczekiwanego rozwiązania z rozwiązaniem zaoferowanym. Należy jednak zauważyć, że czynność ta nie wpłynęła na prawidłową, w ocenie Izby, kwalifikację oferty Odwołującego, jako podlegającej odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co znalazło odzwierciedlenie w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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.2010.41.238).

Przewodniczący: