

Sygn. akt: KIO 323/19

WYROK
z dnia 8 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 marca 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 lutego 2019 r.** przez wykonawcę **Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o., z siedzibą w Bytomiu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Grupę Górniczą S.A., z siedzibą w Katowicach,**

przy udziale wykonawcy **Hennlich s.r.o., z siedzibą w Litoměřice,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o., z siedzibą w Bytomiu, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o., z siedzibą w Bytomiu,** 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 2018 r. poz. 1986 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 22 lutego 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o., z siedzibą w Bytomiu (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział Zakład Remontowo-Produkcyjny (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa układów sterujących hydraulicznych do obudów ścianowych KW/ZRP dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział Zakład Remontowo-Produkcyjny:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty HENNLICH pomimo tego, że oferta ta jest niezgodna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „**SIWZ**”);
- 2) naruszenie art. 91b ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie HENNLICH do udziału w aukcji elektronicznej pomimo tego, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku - odrzucenia oferty HENNLICH; unieważnienia czynności zaproszenia HENNLICH do udziału w aukcji elektronicznej; unieważnienia czynności aukcji elektronicznej oraz wyboru najkorzystniejszej oferty (o ile czynności te zostaną wykonane po złożeniu niniejszego odwołania).

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę na „Dostawę układów sterujących hydraulicznych do obudów ścianowych KW/ZRP dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział Zakład Remontowo-Produkcyjny (nr grupy 295-27-17)” Zamawiający nadał Postępowaniu oznaczenie 511802061. Opisując przedmiot zamówienia, Zamawiający wskazał w szczególności w treści pkt. B.2.7 Załącznika nr 1 do SIWZ (Wymagane parametry techniczno-użytkowe): „Podłączenie elementów hydraulicznych do stojaka wg załącznika nr 10 do SIWZ bez dodatkowych adapterów.” Odwołujący wskazał, że zgodnie z ofertą HENNLICH do płyty przyłączeniowej stojaka jest połączony pojedynczy sterowany zawór zwrotny (typowy blok stojakowy), a sterowany zawór zwrotny dla przestrzeni nadtlokowej połączony jest z blokiem stojakowym i stojakiem za pomocą dodatkowych elementów złącznych i przewodów hydraulicznych.

Odwołujący przywołał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wskazał, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W ocenie Odwołującego zgodnie ze schematami stanowiącymi Załączniki do SIWZ (Załączniki nr 10 i 13), do stojaka powinien zostać podłączony blok zaworowy składający się z sterowanego zaworu zwrotnego dla przestrzeni podłokowej stojaka oraz sterowanego zaworu zwrotnego dla przestrzeni nadłokowej stojaka (podwójny blok zaworowy) bez żadnych dodatkowych elementów pośrednich. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego oferta HENNLICH jest niezgodna z pkt. B.2.7 Załącznika nr 1 do SIWZ, albowiem podłączenie elementów hydraulicznych zgodnie z tą ofertą następować ma za pomocą dodatkowych elementów złącznych i przewodów hydraulicznych. Stosownie do Encyklopedii PWN adapter oznacza „zespół lub element łączący 2 zespoły urządzenia albo jedno urządzenie z drugim w celu umożliwienia ich właściwej współpracy lub pełnienia przez nie określonej funkcji” (<https://encyklopedia.pwn.pl/>). Opisane elementy oraz przewody bez wątplenia wypełniają definicję powyższego pojęcia. W ocenie Odwołującego ponad wszelką wątpliwość można stwierdzić, że oferowane przez HENNLICH rozwiązanie nie spełnia wymagań zawartych w SIWZ, dodatkowo jest skomplikowane w serwisowaniu, a duża liczba dodatkowych elementów złącznych i przewodów zwiększa prawdopodobieństwo awarii i uszkodzeń.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91b ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że Zamawiający już dwukrotnie zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej HENNLICH, pomimo, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu. Oznacza to, że bez wątplenia naruszono przywołany przepis ustawy Pzp.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia; (ii) ofertę Odwołującego oraz wykonawcy HENNLICH s.r.o. z siedzibą w Litomerice, Republika Czeska (dalej: „HENNLICH” lub „Przystępujący”) na okoliczność ustalenia ich treści; (iii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (iv) informację o zaproszeniu do aukcji oraz informację oraz raport o przebiegu akcji na okoliczność ustalenia przebiegu aukcji elektronicznej; (v) analizę zgodności z wymaganiami zawartymi w SIWZ przygotowaną przez Odwołującego na okoliczność wykazania, że oferta Przystępującego nie spełnia wymagań wskazanych w SIWZ.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania jest dostawa kompletnego układu hydraulicznego do sterowania górnictwem obudową zmechanizowaną typu ZRP-14/24-POz.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustalił, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa układów sterujących hydraulicznych do obudów ścianowych KW/ZRP dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział Zakład Remontowo-Produkcyjny.

Numer ogłoszenia o zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2019/S 009-017475 z dnia 14 stycznia 2019 roku.

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ określił szczegółowe zakres wymagań co do przedmiotu zamówienia. W pkt B powyższego załącznika określił wymagane parametry techniczno - użytkowe. W zakresie zakwestionowanym przez Odwołującego, Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał m.in. zgodnie ze schematami stanowiącymi Załączniki do SIWZ (Załączniki nr 10 i 13), do stojaka powinien zostać podłączony blok zaworowy składający się z sterowanego zaworu zwrotnego dla przestrzeni podtłokowej stojaka oraz sterowanego zaworu zwrotnego dla przestrzeni nadtłokowej stojaka (podwójny blok zaworowy) bez żadnych dodatkowych elementów pośrednich. W pkt 14 Zamawiający wskazał, że dopuszcza możliwość składania ofert równoważnych, którymi są certyfikowane układy hydrauliczne, równoważne w stosunku do oryginalnych. Równoważne z oryginalnymi układami hydraulicznymi - certyfikowane układy hydrauliczne równoważne z oryginalnymi układami hydraulicznymi ujętymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wykonane wg własnych schematów hydraulicznych, poddane potwierdzonej certyfikatem ocenie zgodności ich właściwości z wymaganiami obowiązujących norm i przepisów. Równoważność układów dotyczy zarówno funkcji, właściwości jak i sposobu montażu (gabaryty, rozmieszczenie otworów mocujących, przyłączy, itp.) tzn. podłączenie układu równoważnego nie wymaga dodatkowych adapterów.

Izba ustaliła, że informację dotyczącą zaproszenia do aukcji elektronicznej Zamawiający w dniu 15.02.2019 r. opublikował na swojej stronie internetowej oraz przekazał drogą mailową do wszystkim uczestniczącym w postępowaniu wykonawców (w postępowaniu uczestniczy czterech wykonawców).

Izba ustaliła, że po przeprowadzeniu w dn. 15.02.2019 r. aukcji do Zamawiającego wpłynęła reklamacja Przystępującego dotycząca nieprawidłowego jej przebiegu, tj. braku możliwości

składania postąpień. Zamawiający przekazał reklamację do wyjaśnienia poprzez Service Desk PGG operatorowi portalu aukcji publicznych. Izba ustaliła, że w wyniku dokonanej analizy przypadku, stwierdzono, że podczas aukcji występowały problemy techniczne uniemożliwiające weryfikację składanych ofert (postąpień) leżące po stronie Centrum Certyfikacji Cencert. Zamawiający uznał reklamację i w dn. 20.02.2019r. opublikował na swojej stronie internetowej informację o unieważnieniu przedmiotowej aukcji i jej powtórzeniu w dn. 25.02.2019 r. z jednoczesną informacją, że do jej udziału wykonawcy są zaproszeniu zgodnie z informacją o zaproszeniu do aukcji przekazaną 12.02.2019 r.

W dn. 25.02.2019 r. Przystępujący wziął udział w powtórzonej aukcji elektronicznej i złożył najkorzystniejszą ofertę.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia. W przypadku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu są bezzasadne, a w konsekwencji Izba oddaliła odwołanie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w SIWZ. Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w

złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że rozwiązanie zaproponowane przez Przystępującego tj. że podłączenie elementów hydraulicznych do stojaka wg. załącznika nr 10 do SIWZ wymaga dodatkowych adapterów, co w konsekwencji powoduje, iż nie sposób uznać, iż doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba uznała, że zarzut Odwołującego został oparty na błędnej interpretacji zapisów SIWZ i przyjęciu, że określony przez Zamawiającego w SIWZ (str. 19) wymóg o brzmieniu „Podłączenie elementów hydraulicznych do stojaka wg załącznika nr 10 do SIWZ bez dodatkowych adapterów” wyklucza zastosowanie elementów złącznych i przewodów hydraulicznych służących do łączenia poszczególnych elementów układu hydraulicznego i stanowiących jego integralną część.

Jak wyjaśnił Zamawiający powyższy wymóg ma na celu wyeliminowanie konieczności zastosowania podczas czynności montażowych realizowanych przez służby techniczne Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych (niestanowiących integralnej części układu hydraulicznego) elementów umożliwiających montaż na płycie przyłączeniowej stojaka oraz poprawne działanie układu (tj. elementu przystosowanego przykładowo zawór o innym rozstawie otworów montażowych do instalacji na płycie przedstawionej w Załączniku nr 10 — str. 50 SIWZ). Przystępujący zaoferował równoważny układ hydrauliczny wykonany wg rysunku 1ZRP142400 (str. 62 oferty). Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami. Nie była również w żaden sposób kwestionowana przez Odwołującego. Jak wskazał Zamawiający, w oferowanym przez Przystępującego układzie zabezpieczenie przestrzeni stojaka odbywa się za pomocą zaworów zwrotnych sterowanych o nr 3121000 i 3109026. Zawór o nr 3121000 w oferowanym układzie został umieszczony na płycie przyłączeniowej przedstawionej na rysunku w Załączniku nr 10 do SIWZ (str. 33 oferty), gdzie rozstaw otworów przeznaczonych do mocowania odpowiada rozmieszczeniu i średnicą otworów montażowych zaworu co w pełni

spełnia wymagania Zamawiającego niedopuszczającego zastosowanie na płycie dodatkowych adapterów. Z kolei zawór o nr 3109026 został zabudowany na stojaku i połączony za pomocą przyłącza wtykowego (STECKO) DN10 wg PN-G32000.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, nie ma żadnych podstaw do uznania, że elementy złączne i przewody hydrauliczne służące do łączenia poszczególnych elementów układu hydraulicznego wykonanego wg dokumentacji Odwołującego stanowią dodatkowy adapter jaki Zamawiający będzie musiał posiadać w celu montażu. Elementy te stanowią integralną część oferowanego równoważnego układu hydraulicznego, którego konstrukcyjną poprawność i możliwość zastosowania zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zostało potwierdzone poprzez przedstawienie stosownego certyfikatu wydanego przez upoważnioną jednostkę badawczą. Jak wskazał Zamawiający każdy układ hydrauliczny stosowany w górniczych obudowach zmechanizowanych składa się armatury złącznej spełniającej wymagania normy PN-G-32000 oraz przewodów hydraulicznych wg PN-G32010. Zabudowanie oferowanego przez HENNLICH układu sterowania na górniczej obudowie zmechanizowanej typu ZRP-14/24-POz nie wymusza zastosowania podczas czynności montażowych realizowanych przez służby techniczne Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych elementów adaptujących umożliwiających montaż i poprawne działanie układu przez co oferta Przystępującego jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ w pełnym zakresie.

Podkreślić w tym miejscu należy, że Zamawiający w SIWZ wyjaśnił i opisał zakres wymaganej równoważności co do oferowanego przez wykonawcę rozwiązania. W pkt B.2 – Wymagane parametry techniczno – użytkowe ppkt 14 Zamawiający wskazał: „Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert równoważnych, którymi są certyfikowane układy hydrauliczne, równoważne w stosunku do oryginalnych”. Równoważne z oryginalnymi układami hydraulicznymi - certyfikowane układy hydrauliczne równoważne z oryginalnymi układami hydraulicznymi ujętymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wykonane wg własnych schematów hydraulicznych, poddane potwierdzonej certyfikatem ocenie zgodności ich właściwości z wymaganiami obowiązujących norm i przepisów. Równoważność układów dotyczy zarówno funkcji, właściwości jak i sposobu montażu (gabaryty, rozmieszczenie otworów mocujących, przyłączy, itp.) tzn. podłączenie układu równoważnego nie może wymagać zastosowania dodatkowych adapterów.

Odwołujący nie wykazał Izbie jaki dodatkowe elementy – adaptory wymagane są do podłączenia układu hydraulicznego zaoferowanego przez Przystępującego. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, iż elementy złączne i przewody hydrauliczne będące częścią zaoferowanego rozwiązania winny być traktowane jako dodatkowy adapter. O niezgodności

treści oferty ze SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy zaoferowane przez wykonawcę urządzenie w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości nie odpowiada wymaganiom zawartym w SIWZ. Takich okoliczności Odwołujący nie wykazał Izbie. Nie wykazał, że w celu podłączenia układu równoważnego zaoferowanego przez Przystępującego konieczne jest instalacja dodatkowego adaptera.

Również twierdzenia Odwołującego co do ryzyka uszkodzenia czy też gwarancji wdrożenia układu w wersji zaproponowanej przez Przystępującego nie mogą świadczyć o niezgodności oferty wykonawcy z SIWZ. Odwołujący nie wskazał na żadne postanowienia SIWZ, które nawiązywałyby to powyższych zastrzeżeń, a tym samym nie sposób uznać, że zachodzi jakakolwiek sprzeczność oferty Przystępującego z SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaprosił do aukcji elektronicznej wykonawcę HENNLICH, pomimo, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu. Izba uznała bowiem, że oferta Przystępującego w zakresie zakwestionowanym przez Odwołującego jest zgodna z postanowieniami SIWZ. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający naruszył przepisy art. 91b ust. 1 ustawy Pzp.

Ponieważ żaden z zarzutów podniesionych przez Odwołującego nie potwierdził się, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972 z zm.).

Przewodniczący: