

Sygn. akt: KIO 2391/15

WYROK

z dnia 16 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2015 r. przez wykonawcę **Knychtech Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu przy ul. G. Zapolskiej 30/9** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4228 z siedzibą w Krakowie przy ul. Montelupich 3**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Knychtech Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu przy ul. G. Zapolskiej 30/9** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Knychtech Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu przy ul. G. Zapolskiej 30/9** 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 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 Krakowie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Jednostka Wojskowa nr 4228 z siedzibą w Krakowie przy ul. Montelupich 3 (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę malowarek drogowych i szorowarek akumulatorowych.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

28 października 2015 r. Zamawiający, za pomocą faksu, zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wyniku, w tym m. in. o odrzuceniu oferty wykonawcy - Knychtech Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu przy ul. G. Zapolskiej 30/9 w zakresie zadania nr 1 (zwanego dalej „Odwołującym” lub „Knychtech”).

2 listopada 2015 r. Odwołujący - w zakresie zadania nr 1 - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem czynności Zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty Knychtech, pomimo braku przesłanek do dokonania odrzucenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści jego oferty złożonej w zakresie zadania nr 1;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”).

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert dla zadania nr 1.

W uzasadnieniu odwołania Knychtech wyjaśniał, że Zamawiający w siwz zażądał złożenia przez wykonawców wraz z ofertą kart charakterystyki zawierających zdjęcie oraz opis urządzenia oferowanego w ramach danego zadania. Karta charakterystyki miała zawierać w szczególności nazwę producenta, typ, model, dane techniczne oraz zdjęcie oferowanego urządzenia. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazywał na niezgodność opierającą się na załączonej do oferty Odwołującego karcie charakterystyki. Z jej treści wynika, iż blok malujący oferowanej malowarki wsparty jest na kole utrzymującym dystans do nawierzchni drogi, gdy tymczasem Zamawiający w wymaganiach eksploatacyjno-technicznych określił, iż wszystkie zespoły i podzespoły malowarki mają być zabudowane na trzykołowym podwoziu.

Zdaniem Knychtech ze złożonej przez Odwołującego karty charakterystyki malowarek firmy CMC model AR-30 typ PRO-P nie wynika, że warunek zabudowy zespołów i podzespołów malowarki na trzykołowym podwoziu nie został spełniony. Wyjaśniał, że w treści oferty nie odniósł się do spornego aspektu w sposób bezpośredni, gdyż uważał tę okoliczność za oczywistą. Odwołujący podkreślał, że nie zna malowarek, spośród dostępnych na rynku, które są zbudowane na podwoziu innym niż trzykołowe. W konsekwencji charakteryzując malowarki firmy CMC model AR-30 typ PRO-P skupił się na innych kwestiach, w tym wskazał, że blok malujący oferowanej malowarki wsparty jest na kole utrzymującym dystans do nawierzchni drogi. Powyższe wskazanie wynikało z faktu, iż w przypadku oferowanego urządzenia koło podporowe bloku malującego jest dodatkowym wyposażeniem malowarki. Wszystkie maszyny 3-kołowe wszystkich marek bez wyjątku mają taką przypadłość, że podczas malowania jeśli najadą na choćby minimalną nierówność podłoża, to natychmiast będzie to widoczne na wymalowanej linii. Będzie to przykładowo linia z zygzakami, zwężenie linii albo rozszerzenie linii. Tak wymalowana linia nie tylko brzydko wygląda, ale będzie przez inwestora zakwestionowana i wykonawca musi ją poprawić. Firma CMC zastosowała dodatkowe zabezpieczenie przed takim efektem, dając użytkownikowi możliwość zastosowania koła, do utrzymania stałego dystansu pistoletów od nawierzchni drogi. Na zdjęciu załączonym do karty charakterystyki malowarki złożonej przez

Odwołującego widać wyraźnie, że przedmiotowe koło nie jest trwale połączone z blokiem malującym. Użytkownik przed przystąpieniem do malowania sam ocenia, czy droga którą będzie malował jest wystarczająco równa. Po ocenie drogi przeznaczonej do malowania, samodzielnie podejmuje decyzję, czy powinien zastosować przedmiotowe koło dystansowe, celem perfekcyjnego wymalowania linii. Gdyby zatem Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie powyższych kwestii, otrzymując wyjaśnienia do oferty jak wyżej, nie odrzuciłby oferty Knychtech jako niezgodnej z siwz, gdyż koło wspierające bloku malującego o którym mowa w karcie charakterystyki urządzenia oferowanego przez Odwołującego jest wyposażeniem dodatkowym, które może lecz nie musi być stosowane i nie pozbawia malowarki cechy zaliczającej ją do urządzeń zabudowanych na trzykołowym podwoziu. Odwołujący podnosił, że Zamawiający o wyjaśnienia nie wystąpił, czy naruszył art. 87 ust. 1 ustawy. Wskazać można jedynie, iż złożenie przez wykonawcę niejednoznacznego oświadczenia woli powinno zostać wyjaśnione w trybie przepisu art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy. Tymczasem Zamawiający dokonał samodzielnej błędnej interpretacji zapisu poczynionego przez Odwołującego, być może wspierając się pośrednio na zdjęciu urządzenia, choć jak wspomniano z fotografii wynika, iż dodatkowe koło nie jest połączone z urządzeniem w sposób trwały. Wyjaśnienie oferty w trybie at. 87 ust. 1 ustawy jest możliwe w takim zakresie, który nie zmienia parametrów przedmiotu zamówienia wskazanych wyraźnie w ofercie. Wykonawca może zatem wskazać na parametry, funkcje czy okoliczności, których w ofercie i załączonych dokumentach brak. Skoro zatem Odwołujący w swojej ofercie nie odniósł się bezpośrednio do ilości kół podwozia malowarki w wyposażeniu podstawowym, to bezpodstawnym było wywnioskowanie, iż koło stanowiące wyposażenie dodatkowe przesądza o niezgodności oferty z siwz. Wyjaśnienia Odwołującego nie zmieniłyby zakresu wcześniej złożonej oferty. Następnie Knychtech wskazywał, że skoro oferta Odwołującego dotyczyła urządzenia zabudowanego na trzykołowym podwoziu to brak było podstaw do jej odrzucenia jako nieodpowiadającej treści siwz.

W dniu posiedzenia Izby z udziałem stron Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Dodatkowo Izba ustaliła, że w siwz Zamawiający podał w rozdziale VI lit. D podał, że dane techniczne muszą informować zamawiającego o wszystkich parametrach o których mowa w pkt 3 wymagań eksploatacyjno – technicznych dla danego zadania (załącznik nr 2.1 lub 2.2 do siwz), tj. danych konstrukcyjnych w tym zasadniczych danych eksploatacyjno-technicznych.

W załączniku nr 2.1. do siwz, dotyczącym malowarek do odnawiania oznakowania dziennego lotnisk, w pkt 3 „Konstrukcja” zamawiający podał: „Wszystkie zespoły i podzespoły malowarki mają być zabudowane na trójkołowym podwoziu, które będzie umożliwiała jej przemieszczanie podczas pracy. (...) Konstrukcja malowarki ma umożliwiać malowanie linii na łukach (...)”.

Do odwołania Knychtech dołączył uwierzytelnione tłumaczenie z języka angielskiego specyfikacji technicznej malowarki firmy CMC AR 30 PRO-P, w którym podano m.in. „ Maszyna pchana ręcznie z 3 kołami. (...) Wyposażenie dodatkowe: (...) Uchwyt na pistolet z kołem pomocniczym poruszającym się po drodze. (...) Demontowalny pistolet na farbę (...)”.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli

ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba wskazuje, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 2 lutego 2015 r. sygn. akt. KIO 103/15, w który stwierdzono: „ (...) *Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.*

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego)”.

W rozpoznawanej sprawie istotą sporu jest rozstrzygnięcie kwestii, czy malowarka firmy CMC AR 30 PRO-P, zaoferowana przez Odwołującego, spełnia wymagania Zamawiającego, opisane w specyfikacji? Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Nie było sporne między stronami, że Zamawiający przytoczoną powyżej treścią siwz, wymagał zaoferowania malowarki zbudowanej na trójkołowym podwoziu, które będzie umożliwiała jej przemieszczanie podczas pracy. Natomiast konstrukcja malowarki miała umożliwiać malowanie linii na łukach.

W toku badania całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba doszła do przekonania, że czy malowarka firmy CMC AR 30 PRO-P, zaoferowana przez Odwołującego, nie spełnia wymagań Zamawiającego opisanych w specyfikacji, gdyż zawiera dodatkowe „sztywne” koło, które nie jest kołem skrętnym. W związku z tym nie spełnia wymogów specyfikacji w zakresie konstrukcji urządzenia, określonych załącznika nr 2.1 do siwz.

Izba nie dała wiary wyjaśnieniom Odwołującego, który zarówno w odwołaniu jak i w toku rozprawy podnosił, że czwarte koło jest jedynie dodatkowym i demontowanym elementem malowarki. Wskazać należy, że powyższe twierdzenia Odwołującego nie zostały poparte żadnymi dowodami i nie korespondują z treścią, złożonej wraz z odpowiedzią na odwołanie, specyfikacji technicznej urządzenia. W treści powyższego dokumentu brak jest jakichkolwiek określeń, który wskazywałby na możliwość demontażu czwartego koła. Ponadto Izba zwraca uwagę, że w treści specyfikacji technicznej na str. 4 producent w odniesieniu do urządzenia tj. pistolet na farbę wyraźnie zaznacza, że jest on „demontowalny”. Natomiast brak jest tego

rodzaju określić w odniesieniu do pomocniczego koła. W toku rozprawy Odwołujący nie wykazał, że producent dopuszcza demontaż dodatkowe koła.

Izba podkreśla, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Wskazany powyżej przepis nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron i polega na wykazywaniu dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Bez wątpienia postępowanie odwoławcze prowadzone przez Izba stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne a zatem z istoty takiego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Art. 14 ustawy stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (dalej: „k.c”), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Zatem należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Tym samym w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że dopuszczalne jest zdemontowanie dodatkowego „sztywnego” koła w urządzeniu malowarki. Podkreślić należy, że ww. kwestia jest kluczowa dla spełnienia wymogu, opisanego w pkt 3 załącznika nr 2.1 do siwz, tj. czynności malowania linii na łukach. W toku rozprawy Odwołujący przyznał, że nie jest możliwe malowanie łuków bez demontażu dodatkowego koła.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że urządzenie zaoferowane przez Odwołującego, tj. malowarka firmy CMC AR30 PRO-P nie spełnia wymagań

Zamawiającego opisanym w pkt 3 załącznika nr 2.1 do siwz. W związku z tym ofertę Odwołującego należało odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).

.....