

Sygn. akt: KIO 1557/13

**WYROK**  
z dnia 17 lipca 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2013 r. przez **Odwołującego** – EAS Envimet Polska Sp. z o.o., Park Kingi 1, 32-020 Wieliczka, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska w Katowicach, ul. Wita Stwosza 2, 40-036 Katowice.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – EAS Envimet Polska Sp. z o.o., Park Kingi 1, 32-020 Wieliczka, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – EAS Envimet Polska Sp. z o.o., Park Kingi 1, 32-020 Wieliczka, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Odwołującego** – EAS Envimet Polska Sp. z o.o., Park Kingi 1, 32-020 Wieliczka, na rzecz **Zamawiającego** - Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska w Katowicach, ul. Wita Stwosza 2, 40-036 Katowice, kwotę **3.824 zł 90 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset dwadzieścia cztery złote dziewięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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

EAS Envimet Polska Sp. z o.o. ul. Park Kingi 1 31-020 Wieliczka, zwany dalej zamawiającym prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. na *dostawę 3 szt. Nisko przepływowych poborników - znak sprawy AT.272.4.2013*,

W dniu 20 czerwca 2013 r. wykonawcy został poinformowani o wynikach oceny i badania ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą została uznana ofert złożona przez wykonawcę Atmoservice Sp. z o.o. ul. Rakoniewicka 18, z Poznania.

Od takiego rozstrzygnięcia postępowania wykonawca Envimet Polska Sp. z o.o., Park Kingi 1, Wieliczka, zwany dalej „odwołującym” złożył odwołanie od czynności nie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Envimet Polska Sp. z o.o, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Precyzując zarzuty, odwołujący zarzucił zamawiającemu;

- 1) naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy, gdyż zamawiający przedwcześnie uznał, że treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ( SIWZ);
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz nierówne traktowanie wykonawców.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej ;
- wezwanie oferenta do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 3 Ustawy;
- ponowną ocenę ofert;

Uzasadniając podniesione zarzuty wskazał na fakt, że zamawiający w SIWZ, zażądał aby przedmiot zamówienia spełniał określone wymogi techniczne. Na potwierdzenie powyższego odwołujący, zgodnie punktem 17 „Referencje i świadectwa dotyczące pobornika” - tabele nr 2,3 i 4 z załącznika nr 1 do SIWZ, był zobowiązany do złożenia wraz z ofertą wykazu potwierdzającego pracę urządzenia przez przynajmniej rok, w minimum 3 krajach Unii Europejskiej.

Firma Atmoservice Sp. z o.o. złożyła 4 referencje:

1. GGD Amsterdam - Holandia na urządzenia PM10 i PM 2,5
2. Universität Jaume - Hiszpania na urządzenia PM 10 i PM 2,5
3. CIMA-Hiszpania na urządzenia PM10
4. Muller- BBM N - Niemcy - na urządzenia PM 10 i PM 2,5

Z analizy powyższych referencji zdaniem odwołującego wynika, że jedynie referencja nr 4 definiuje dokładnie jakiego typu miernika ona dotyczy tj. LVS 3.1. Pozostałe referencje wspominają jedynie o pobornikach PNS 15 i PNS16.

Firma Atmoservice Sp. z o.o. na swoim formularzu zaoferowała urządzenie o nazwie PNS 16T-3.1. Z dołączonych materiałów technicznych wynika, że producent firma Comde - Derenda GmbH produkuje dwa różniące się między sobą poborniki PNS 16T- 3.1 oraz PNS 16T-6.1. Zdaniem odwołującego są to dwa różne urządzenia, a odwołujący nie wskazał precyzyjnie jakich typów urządzeń one dotyczyły - modelu 3.1 czy też modelu 6.1.

Odnosnie kolejnego zarzutu – nazwanego przez odwołującego „zastrzeżeniem” podniesiono iż w ofercie wykonawcy brak jest informacji nt. elementu grzewczego urządzenia. Zgodnie z punktem nr 8 pt.: „Pobór próby, system kontroli temperatury” - tabele nr 2,3 i 4 z załącznika nr 1 do SIWZ oferowane urządzenie powinno posiadać funkcję „Sterowania temperaturą w zależności od temperatury otoczenia (podgrzewanie/ chłodzenie)”. W przesłanych zamawiającemu wyjaśnieniach, firma Atmoservice Sp. z o.o. szczegółowo opisuje funkcjonalność chłodzenia, natomiast nie wspomina nic o funkcji podgrzewania. W załączonych do oferty schematach oferowanego urządzenia nie ma żadnej informacji o elemencie grzejnym.

Wobec powyższego zdaniem odwołującego istnieją poważne wątpliwości czy istotnie wybrana oferta spełnia wymagania SIWZ, a zamawiający nie wykazał się należyłą starannością w wyjaśnieniu powstałych niejasności.

W odpowiedzi na zarzuty odwołania zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której to wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 z powodu wniesienia go przez podmiot nieuprawniony. W przypadku nieuwzględnienia zarzutu co do posługiwania się przez odwołującego niewłaściwym pełnomocnictwem wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, odpowiedzi na odwołanie oraz oświadczeń i stanowisk stron złożonych podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:**

Wniesione odwołanie **nie zasługuje na uwzględnienie**, gdyż podniesione zarzuty nie znalazły potwierdzenia w przedłożonym Izbie materiale sprawy, a zamawiający w sposób wystarczający wykazał zgodności treści oferty wykonawcy Atmoservice Sp. z o.o z treścią postanowień SIWZ. Natomiast odwołujący nie przedstawił w zakresie podniesionych zarzutów jakiegokolwiek dowodu który uzasadniałby podniesione zarzuty, które odwołujący określił jako „wątpliwości”.

Na wstępie Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki istnienia interesu odwołującego o których mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w tym również możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Ponadto Izba stwierdziła brak podstaw do odrzucenia odwołania, gdyż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp,. Izba dokonała powyższego stwierdzenia pomimo tego iż zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp wskazując iż pełnomocnictwo z dnia 25.06.2013 r. nie spełnia kryteriów pełnomocnictwa rodzajowego, które by obejmowało swoim zakresem składanie odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od rozstrzygnięć Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Katowicach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (znak AT.272.4.2013).

Rozpatrując wniosek na wstępie zwrócić należy uwagę na fakt iż art. 184 ust. 6 Pzp stanowi, że do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym, jednakże przepisy art. 1183 i n. kpc w ogóle nie regulują pełnomocnictwa ani wielu innych kwestii "odpowiednich" do postępowania przed KIO. Pełnomocnictwo do reprezentowania strony w postępowaniu toczącym się przed KIO stanowi pełnomocnictwo procesowe, ponieważ upoważnia do działania przed publicznym organem rozpoznawczym w sprawie cywilnej. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądów

oraz Krajowej Izby Odwoławczej dla ważności odwołania wniesionego do KIO konieczne jest aby podpisujący je pełnomocnik legitymował się pełnomocnictwem rodzajowym. W pełnomocnictwie rodzajowym oprócz wymogów dla pełnomocnictwa ogólnego winno być wskazane co najmniej dodatkowo konkretne postępowanie o zamówienie publiczne, którego pełnomocnictwo dotyczy.

Z analizy załączonego do odwołania pełnomocnictwa w sposób niewątpliwy wynika, że zawiera ono wskazanie przedmiotu zamówienia, numeru postępowania, a także zamawiającego. Pomimo niewątpliwych niedoskonałości tego pełnomocnictwa to jednak z jego treści nie można nie wywieść faktu, że pełnomocnik działa w zastępstwie strony, że przyjął pełnomocnictwo oraz że reprezentuje interesy odwołującego, który będąc obecny na rozprawie żadnych uwag w tym zakresie nie zgłaszał.

Na marginesie wniosku zamawiającego wskazać należy iż niezasadne jest również stanowisko zamawiającego iż *„w przypadku złożenia pełnomocnictwa wadliwego, podlega ono odrzuceniu bez wzywania do usunięcia braków formalnych, ten brak formalny nie podlega bowiem usunięciu w trybie art. 187 ust. 3 Pzp”*. Podobnie - wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 17 stycznia 2012 r. (sygn. akt V Ca 2739/11).

Wobec powyższego Izba uznała, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania z ww. powodu podnoszonego przez zamawiającego.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezbadania przez zamawiającego, czy oferowany przez Atmoservice sp. z o. o. pobornik posiada element grzejny wskazać należy, że zamawiający kwestię tę poddał procedurze wyjaśniającej. W tym zakresie zgodnie z pkt 19.3.3. SIWZ zamawiający oczekiwał, aby *„do oferty winny być dołączone również oryginalne materiały producenta, tj. broszura, katalog - na potwierdzenie, że oferowana dostawa spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Dopuszcza się materiały w języku angielskim”*. W tej kwestii wykonawca Atmoservice sp. z o. o. pismem z dnia 6 maja 2013 r. został wezwany do uzupełnienia dokumentów, tj. oryginalnych materiałów producenta - w języku polskim lub angielskim, potwierdzających spełnienie przez oferowany model urządzenia typu Comde-Derenda GmbH PNS 16T - 3.1 warunków udziału w postępowaniu w postaci zakresu temperatur pracy pobornika od - 30°C do +40°C oraz sterowania temperaturą w zależności od temperatury otoczenia (podgrzewanie i chłodzenie).

W odpowiedzi Zamawiający otrzymał faksem dnia 9 maja 2013 r. aktualną ulotkę producenta w języku angielskim z zapisem „active temperature control (heating/cooling)” oraz wskazaniem na schemacie urządzenia, umiejscowienia sterownika temperaturą „temperature control system cooling/heating”, a także oświadczenie producenta z dnia 22.04.2013 r. z tłumaczeniem na język polski, z którego wynika, że pobornik PNS 16T spełnia wszystkie wymagania techniczne specyfikacji w niniejszym postępowaniu, w tym sterowanie temperaturą systemu w zależności od temperatury otoczenia (grzanie i

chłodzenie).

Wskazać należy ponadto na fakt, że odwołujący podnosi w odwołaniu, że wykonawca Atmoservice sp. z o. o., *"w przesłanych Zamawiającemu wyjaśnieniach .....bardzo szczegółowo opisuje funkcjonalność chłodzenia. Natomiast nie wspomina nic o funkcji podgrzewania. W załączonych do oferty schematach oferowanego urządzenia nie ma żadnej informacji o elemencie grzejnym"*. Jednakże świadczy to o tym, że odwołujący pomija fakt przesłania zamawiającemu ulotki producenta w języku angielskim", a także oświadczenia producenta z dnia 22.04.2013 r. które to materiały potwierdzają, że oferowane urządzenie spełnia w przedmiotowym zakresie ww. wymagania.

Ponadto odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu niweczącego powyższe fakty i stanowisko zamawiającego. Tym samym zarzut ten, jako nieudowodniony Izba nie mogła uwzględnić.

W zakresie kolejnego zarzutu odnoszącego się do braku przedłożenia przez Atmoservice sp. z o. o. prawidłowych referencji potwierdzających pracę urządzenia przynajmniej przez rok w minimum 3 krajach Unii Europejskiej, wskazać należy, że wymóg wprowadzony w Tabeli 2 pkt 17 Specyfikacji technicznej - Załącznika nr 1 do SIWZ – jest wymogiem niejasnym ponieważ zamawiający w punkcie dotyczącym referencji oczekiwał złożenia wykazu potwierdzającego pracę urządzenia przez przynajmniej rok czasu, w minimum 3 krajach Unii Europejskiej. Wykaz w przedmiotowym znaczeniu nie może być utożsamiany z referencjami, których celem jest potwierdzenie prawidłowego wykonania zamówienia. Z treści kolumny dotyczącej wymagań minimalnych należy wywieść, że zamawiający oczekiwał złożenia stosownego wykazu w ww. zakresie. Taki wykaz z którego wynikało, że przedmiotowe urządzenie było użytkowane w trzech krajach Unii Europejskiej - Holandia, Hiszpania i Niemcy został przez wykonawcę Atmoservice sp. z o. o. złożony w dniu 27 maja 2013 r..

Wskazać należy, że świetle treści SIWZ zamawiający nie wymagał w tym zakresie złożenia przez wykonawców referencji. Jednakże w związku z tym, że z referencje dotyczyły różnych typów poborników zamawiający zwrócił się do wykonawcy Atmoservice o wyjaśnienie tej kwestii. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca pismem z dnia 14.06.2013 r. przesłanych zamawiającemu dnia 17 czerwca 2013 r. – uznał wyjaśnił tą kwestię, a zamawiający uznał, że różnice między pobornikiem PNS15 z okresu, którego dotyczą referencje a pobornikiem PNS 16T-3.1 nie są na tyle znaczne, aby zdezakwalifikować przedłożony przez Atmoservice sp. z o. o. wykaz..

Wobec faktu, że odwołujący oprócz podniesienia „wątpliwości” czy wskazane w wykazie i referencjach urządzenie jest tym samym które zamawiający otrzyma w wyniku realizacji zamówienia nie przedstawił żadnego dowodu , Izba uznała zarzut ten, jako nie udowodniony i tym samym nie mógł zostać on uwzględniony.

Podsumowując powyższe ustalenia Izba uznaje za celowe wskazać, że odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim obowiązkowi wykazania iż dokonana przez zamawiającego ocena zgodności treści oferty z treścią SIWZ jest błędna i tym samym naruszająca przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, czyli w tym przypadku odwołującego. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania.

Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).

Nadto za wyrokiem SO w Białymstoku sygn. akt II Ca 718/09 wskazać należy, że *zgodnie z ogólną regułą dowodzenia wyrażoną w art. 6 kc i powieloną wprost w art. 190 ust.1 /obecnie/ ustawy Pzp strona obowiązana jest wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Wyłącznie oświadczenie strony nie może stanowić podstawy uznania jej zarzutów za skuteczne. Strony winne bowiem przedstawić dowody na poparcie swych twierdzeń.*

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza, która pełni rolę arbitra w sporze pomiędzy stronami nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, nie zostało wykazane w niniejszym postępowaniu



Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 ppkt.b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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** .....