

WYROK
z dnia 27 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2022 r. przez odwołującego: wykonawcę Ekoindustri spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

przy udziale wykonawców E. P. i P. P. prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Wende Recyclingtech E. P. i P. P. s.c. zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Zakład Recyklingu Tworzyw Sztucznych – instalacja recyklingu folii PE. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1 marca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 042-108464.

I. W dniu 4 lipca 2022 r. wykonawca Ekoindustri spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec: czynności wyboru oferty Wende Recyclingtech E. i P. P. s.c. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, czynności odrzucenia oferty odwołującego, względnie z ostrożności: zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty (także przedmiotowego środka dowodowego) oraz uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i niezasadne odrzucenie oferty odwołującego w postępowaniu, podczas gdy nie ziszczyły się przesłanki do zastosowania tego przepisu, a treść oferty odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia,
- 2) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń,
- 3) art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, z ostrożności odwołujący zarzucił także naruszenie:
- 4) art. 107 ust. 2 i 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia oraz uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Wende jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w postępowaniu,
- 3) (z ostrożności) nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 22 lipca 2022 r.

II. Pismem wniesionym w dniu 22 lipca 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy E. P. i P. P. prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Wende Recyclingtech E. P. i P. P. s.c. (przystępujący). Przystępujący stanowisko w sprawie przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 22 lipca 2022 r. Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Pismem z dnia 23 czerwca 2022 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

1. Parametr minimalnej wydajności linii technologicznej, wymóg uzyskania frakcji mniejszej niż 60 mm, wewnętrzny docisk hydrauliczny

Uzasadniając zaistnienie ww. podstawy odrzucenia oferty zamawiający stwierdził, że zgodnie z treścią oferty złożonej przez odwołującego, a w szczególności plikiem „Wykaz zastosowanych urządzeń (tajemnica przedsiębiorstwa)”, wykonawca ten oferuje rozdrabniacz zapewniający osiągnięcie wydajności procesu na poziomie 1,2 t/h, a nie jak tego oczekiwał zamawiający na poziomie 1,4 — 1,5 t/h. Rozwiązanie zastosowane w rozdrabniaczu nie umożliwi uzyskania frakcji mniejszej niż 60 mm (zgodnie z wymaganiami specyfikacji). Wskazany typ posiada zakres prędkości charakterystyczny dla rozdrabiarek szybkoobrotowych. Ponadto zamawiający stwierdził, że odwołujący w treści złożonej oferty nie potwierdził, że oferowany rozdrabniacz jest wyposażony w wewnętrzny docisk

hydrauliczny o wydajności dostosowanej do przepustowości linii technologicznej, o którym mowa w pkt. 2.3 załącznika nr 1 do SWZ.

Nie było pomiędzy stronami sporne, że zamawiający zawarł w treści SWZ wymaganie minimalnej wydajności linii technologicznej na poziomie 1,4 – 1,5 Mg/h. Nie było również pomiędzy stronami sporne, że parametr ten ma być spełniony przy prędkości 100 obr/min. Odwołujący stwierdził, że zaoferowany rozdrabniacz nie ma żadnych problemów z zapewnieniem minimalnej przepustowości 1,4 Mg/h przy 100 obr/min. Na potwierdzenie ww. okoliczności odwołujący przedstawił dowody w postaci oświadczenia producenta rozdrabniacza wraz z tłumaczeniem oraz broszurę produktową wraz z tłumaczeniem. Jednakże z treści tych dowodów nie wynika, aby miały one potwierdzać ww. okoliczność. W oświadczeniu wskazane zostały parametry wydajności, które oferowany produkt może osiągnąć. Ponadto w osobnym punkcie wskazano na możliwość ustawienia prędkości 100 obr/min. Z treści tego oświadczenia nie wynika zatem jednoznacznie, że przy tej prędkości zostanie osiągnięta wymagana przez zamawiającego wydajność, skoro zostały tu wskazane jedynie możliwe do osiągnięcia parametry. W szczególności nie wynika z oświadczenia, że niższy z podanych parametrów wydajności jest parametrem minimalnym. Również w przypadku przedstawionej przez odwołującego broszury zostały podane jedynie zakresy ww. parametrów. Odwołujący nie przedstawił zatem jednoznacznych dowodów na potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru wydajności linii technologicznej na poziomie 1,4 – 1,5 Mg/h przy prędkości 100 obr/min. Jednocześnie zamawiający przedstawił jako dowód w sprawie opinię sporządzoną przez dr n. t. J. R., z której wynika, że uzyskanie przez oferowane przez odwołującego urządzenie wydajności na poziomie 1,4 Mg/h jest możliwe przy prędkości wyższej niż 100 obr/min, co jest cechą charakterystyczną dla urządzeń szybkoobrotowych. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w tym zakresie zamawiający prawidłowo zastosował podstawę odrzucenia oferty wskazaną w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W odniesieniu do wymagania w zakresie wyposażenia rozdrabniacza w wewnętrzny docisk hydrauliczny należy podzielić stanowisko odwołującego. Jak wynika z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający stwierdził, że w tym zakresie nie został złożony przedmiotowy środek dowodowy. A zatem w sprawie powinien mieć zastosowanie przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, skoro zamawiający przewidział możliwość zastosowania tej procedury. W ocenie składu orzekającego Izby zastosowanie tej instytucji należy odnosić do poszczególnych wymagań, jakie miały być potwierdzone danym środkiem dowodowym, a nie do samego (całego) dokumentu. A zatem złożenie takiego środka dowodowego na potwierdzenie jednych wymagań nie oznacza braku możliwości wystosowania przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia takiego środka dowodowego w odniesieniu do innych wymagań. Przepis ten nie będzie jednak miał zastosowania w sytuacji, gdy na

podstawie treści złożonego przez wykonawcę przedmiotowego środka dowodowego zamawiający stwierdza brak spełnienia określonego wymagania. Ponadto w zakresie braku możliwości uzyskania frakcji mniejszej niż 60 mm zamawiający nie przedstawił żadnego stanowiska, co Izba uznała za przyznanie racji odwołującemu. Zasadność odwołania w powyższym zakresie nie ma jednak istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

2. Wymóg potrójnego systemu filtracji

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał m.in.: *Wykonawca w treści złożonej oferty a w szczególności w treści pliku „4_Opis rozwiązań technicznych (tajemnica przedsiębiorstwa)-sig” (strona 5) zawarł schemat instalacji wytłaczania (...) Pod ww. schematem zostały zawarte objaśnienia oznaczeń schematu. Jako element oznaczony cyfrą „5b” został wyszczególniony „system filtracji z płukaniem wstecznym backflushing — opcja poza zakresem przedmiotowego postępowania”. Powyższe jednoznacznie potwierdza, iż Wykonawca nie oferuje w ramach przedmiotu zamówienia trzystopniowej filtracji lecz tylko filtrację, oznaczoną cyfrą „5 a”.*

Izba ustaliła, że złożonym środkiem dowodowym odwołujący nie potwierdził wymagania potrójnego systemu filtracji. Jednocześnie z treści tego środka dowodowego wynika, że trzeci poziom filtracji nie został objęty zakresem oferty („system filtracji z płukaniem wstecznym backflushing — opcja poza zakresem przedmiotowego postępowania”). Odwołujący stwierdził, że samo wskazanie na możliwość zastosowania na ww. linii innego, opcjonalnego systemu (z płukaniem wstecznym bachflushing) nie świadczy o tym, że zaoferowany w punkcie 5a system nie jest trzystopniowy. Należy jednak zauważyć, że to na wykonawcy ciążył obowiązek należytego przygotowania wymaganego środka dowodowego. Jeżeli wykonawca, z jednej strony, nie przedstawia informacji potwierdzających spełnienie danego wymagania, a z drugiej strony, przedstawia takie informacje, które wskazują na jego niespełnienie, nie może sobie rościć prawa do możliwości uzupełnienia i modyfikacji tych informacji na dalszym etapie postępowania. Dopuszczenie takiej możliwości byłoby sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp). Z tego powodu Izba uznała, że złożony przez odwołującego dowód w postaci oświadczenia producenta nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w tym zakresie zamawiający prawidłowo zastosował podstawę odrzucenia oferty wskazaną w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

3. Brak zaoferowania układu sprężonego powietrza

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał m.in.: Wykonawca w treści dokumentu „5_Wykaz zastosowanych urządzeń (tajemnica przedsiębiorstwa) wyszczególnił urządzenia, które wchodzi w oferowaną instalację recyklingu folii PE. W treści wykazu Wykonawca podał urządzenia w rozbiciu na układy: (...). Konsekwentnie do powyższego rozbicia został sporządzony przez Wykonawcę dokument „6_Wykaz cen_Zał. nr_7 (tajemnica przedsiębiorstwa)” z tym zastrzeżeniem, iż Wykonawca nie uwzględnił w cenie oferty ostatniej z pozycji wyszczególnionej w wykazie urządzeń tj. układ sprężonego powietrza który w pliku „6_Wykaz cen_Zał. nr_7 (tajemnica przedsiębiorstwa)”. Pozycja ta została przez Wykonawcę pominięta, co oznacza, że de facto nie została zaoferowana.

W ocenie składu orzekającego Izby sposób sporządzenia przez odwołującego Wykazu cen wskazuje na brak wyceny przez odwołującego obligatoryjnego elementu przedmiotu zamówienia, jakim jest układ sprężonego powietrza. Odwołujący stwierdził, że element ten został wyceniony w ramach pozycji nr 36 szafy zasilająco sterujące z uwagi na to, że dostawą i instalacją tego zestawu będzie zajmował się ten sam podwykonawca. Takie wyjaśnienie odwołującego budzi jednak poważne wątpliwości, gdyż w dokumencie Wykaz zastosowanych urządzeń pozycja ta (szafy zasilająco sterujące) została wskazana odrębnie od pozycji dotyczącej układu sprężonego powietrza. W Wykazie cen została powtórzona ta sama pozycja – szafy zasilająco sterujące, jednak bez uzupełnienia jej o elementy układu sprężonego powietrza. Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący przedstawił oświadczenie podwykonawcy. Oświadczenie to odwołuje się do treści oferty z dnia 14 kwietnia 2022 r. Oferta ta nie została jednak przedstawiona przez odwołującego jako dowód w sprawie. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił, że układ sprężonego powietrza został przez niego wyceniony w ramach pozycji szafy zasilająco sterujące, a w konsekwencji że w ogóle został uwzględniony w ramach złożonej przez odwołującego oferty. Natomiast zgodnie z postanowieniem pkt XVI.4 (zd. pierwsze) SWZ: *Cena oferty musi uwzględnić wszystkie koszty wynikające z treści specyfikacji warunków zamówienia (wraz z wszystkimi załącznikami) jak również w nich nie ujęte a bez których nie jest możliwe zrealizowanie przedmiotu zamówienia na warunkach tam określonych.* Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w tym zakresie zamawiający prawidłowo zastosował podstawę odrzucenia oferty wskazaną w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu i w związku z tym orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a *contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: