

Sygn. akt: KIO 485/21

KIO 556/21

WYROK

z dnia 1 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2021 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 15 lutego 2021 r. przez wykonawcę: **Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu** (sygn. akt KIO 485/21);
- B. w dniu 22 lutego 2021 r. przez wykonawcę **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach** (sygn. akt KIO 556/21);

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Wsparcia Produkcji z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju;**

przy udziale:

- A. wykonawcy **MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 485/21 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **HENNLICH s.r.o. z siedzibą w Litomierzycach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 556/21 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** wniesione przez wykonawcę: **Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu** i nakazuje zamawiającemu w zakresie części drugiej postępowania: powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę **MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (sygn. akt KIO 485/21);

2. **uwzględnia odwołanie** wniesione przez wykonawcę: **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach** w zakresie naruszenia: art. 91a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania oceny ofert przed podjęciem decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej dla zadania pierwszego oraz przeprowadzenie tej aukcji w dniu 16 lutego 2021 r. oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie pomimo, że wykonawca ten nie dołączył do oferty wymaganych rysunków technicznych i nakazuje zamawiającemu w zakresie części pierwszej postępowania: unieważnienie czynności aukcji elektronicznej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (sygn. akt KIO 556/21);
3. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania o sygn. akt KIO 556/21 uznaje za niepotwierdzone;
4. kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 485/21 obciąża zamawiającego: **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Wsparcia Produkcji z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju**, i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez wykonawcę: **Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu** tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy: **Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.
5. kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 556/21 obciąża zamawiającego: **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Wsparcia Produkcji z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju**, i:
 - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez wykonawcę: **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania;

- 5.2. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy: **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 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:

Sygn. akt: KIO 485/21

KIO 556/21

U z a s a d n i e n i e

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Wsparcia Produkcji z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju - dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy do kopalń JSW S.A. elementów hydrauliki sterowniczej z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 235-581121.

W dniu 15 lutego 2021 r. wykonawca: **Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu** - dalej „Odwołujący 1” lub „DOH”, wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 485/21), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91a ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych poprzez podjęcie decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w ramach Zadania 2 pomimo faktu, że złożono w ramach tego Zadania tylko jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie (dalej „MAS”) pomimo tego, że wykonawca ten przedłożył ofertę niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w zakresie nieprzedstawienia rysunków technicznych oferowanego przedmiotu zamówienia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MAS pomimo tego, że wykonawca ten, oferując rozwiązania równoważne, nie wykazał iż oferowane wyroby spełniają wymagania Zamawiającego.

Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej w ramach Zadania 2 z dnia 11 lutego 2021 r.; dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert; odrzucenia oferty MAS jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ; unieważnienie czynności aukcji elektronicznej oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, jeżeli nastąpi to po wniesieniu odwołania.

W dniu 22 lutego 2021 r. również wykonawca: **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach**, dalej „Odwołujący 2” lub „Famur” wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 556/21), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91a ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania oceny ofert przed podjęciem decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w ramach Zadania 1 w celu ustalenia, czy w postępowaniu złożono co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu;
2. art. 91a ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych poprzez podjęcie decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w ramach Zadania 1 i przeprowadzenie tej aukcji w dniu 16 lutego 2021 r. pomimo faktu, że złożono w ramach tego Zadania tylko jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MAS pomimo tego, że wykonawca ten przedłożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, gdyż nie dołączył do oferty wymaganych rysunków technicznych oferowanego przedmiotu zamówienia;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy HENNLICH s.r.o. z siedzibą w Litomierzycach (dalej „HENNLICH”) pomimo tego, że wykonawca ten, oferując rozwiązania równoważne, nie wykazał, iż oferowane wyroby spełniają wymagania Zamawiającego.

Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności aukcji elektronicznej i wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach Zadania 1; unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej w ramach Zadania 1; dokonanie (powtórzenie) czynności badania i oceny ofert

w ramach Zadania 1; odrzucenia oferty MAS w zakresie Zadania 1 jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ; odrzucenia oferty HENNLICH w zakresie Zadania 1 jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili: wykonawca **MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie** zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 485/21; wykonawca **HENNLICH s.r.o. z siedzibą w Litomierzycach** zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 556/21.

Pismami z dnia 20 marca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołań w całości, jako niezasadnych.

Odwołujący 1 i odwołujący 2 na posiedzeniu w dniu 29 marca 2021 r. złożyli pisma procesowe, w których uzupełnili swoje stanowiska w sprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie o sygn. akt KIO 485/21 zasługuje na uwzględnienie w całości, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 556/21 zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z postanowień SIWZ, pytań i odpowiedzi do treści SIWZ, ofert złożonych przez wykonawców, wyjaśnień i dokumentów składanych przez wykonawców w toku postępowania. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, pismach procesowych odwołujących, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 29 marca 2021 r.

W zakresie materiału przedłożonego przez Odwołującego 1, mającego stanowić dowód w niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że w przeważającej części zawiera on kopię pism i ofert złożonych w toku postępowania: korespondencję z Zamawiającym, w której Odwołujący 1 postulował o zweryfikowanie przez Zamawiającego produktów oferowanych przez wykonawcę MAS, odpowiedź tego wykonawcy na wniosek Zamawiającego, a także porównanie tego, co zaoferował Odwołujący 1 z tym, co zaproponował wykonawca MAS w swojej ofercie.

Izba orzekając pominęła zarówno argumentację zawartą w piśmie procesowym złożonym przez Odwołującego 2, jak też załączone do niniejszego pisma dowody z tego powodu, że Odwołujący 2 w treści złożonego odwołania formułując swoje zarzuty wobec oferty wykonawcy HENNLICH ograniczył się do ogólnikowych twierdzeń. Wskazywał jedynie,

że wykonawca ten zadeklarował jednoznacznie, iż oferuje części równoważne, tymczasem jak wynika z załączonej do oferty pozostałej dokumentacji / rysunków - zdecydowana większość elementów zaoferowanych przez tego wykonawcę nie spełnia kryteriów równoważności, gdyż oferowane części mają inne wymiary, a sposób rozmieszczenia gniazd podłączeniowych

w oferowanych elementach, wymaga zastosowania specjalnych adapterów (elementów przejściowych) do podłączenia. Zaoferowane elementy posiadają inne niż wymagane sposoby mocowania i montażu, co będzie powodowało niemożliwość ich zabudowania w użytkowanych przez Zamawiającego urządzeniach. Na podstawie analizy dokumentów załączonych do oferty HENNLICH Odwołujący 2 stwierdził, że tylko w przypadku jednego elementu wskazano gatunek zastosowanego materiału (choć informacja ta nie jest jednoznaczna, gdyż podano dwa odmiennie różne gatunki materiału - stal węglowa ocynkowana lub stal nierdzewna). Z kolei w treści pisma procesowego Odwołujący 2 wskazał, odnosząc się do treści złożonej przez HENNLICH oferty, że brak równoważności dotyczy w szczególności kilku z wymienionych w ofercie pozycji wskazanych w załączniku nr 2 do formularza ofertowego. Na potwierdzenie swoich tez przedłożył dowody w postaci rysunków i wyciągów z Instrukcji obsługi oferowanych przez siebie produktów, celem zobrazowania stwierdzonych niezgodności. Argumentacja ta nie została podniesiona w treści złożonego odwołania, a zatem w całości nie może być wzięta pod uwagę przy orzekaniu.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 555 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) - dalej „nowa ustawa Pzp”, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis ten, analogicznie jak to miało miejsce w przypadku regulacji zawartej w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp zakazuje składowi orzekającemu orzekanie

co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Aktualne pozostaje zatem, wypracowane na tle poprzedniej regulacji, orzecznictwo zgodnie z którym Izba ma obowiązek pominąć nową argumentację i dowody, które nie zostały podniesione wcześniej w treści złożonego odwołania (tak np. w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 18 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2692/20). Jak słusznie zauważyła Izba w wyroku z 18 października 2019 r. (sygn. akt KIO 1972/19).

W świetle cytowanego przepisu nowej ustawy Pzp oraz przywołanego orzecznictwa jeśli okoliczności, które odwołujący przedstawia w trakcie rozprawy (w tym przypadku w złożonym piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu), nie zostały wcześniej wyartykułowane w treści uzasadnienia odwołania, to nie mogą one stać się następnie podstawą odwołania.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w pkt 4 SIWZ, jest dostawa do kopalń JSW S.A. elementów hydrauliki sterowniczej z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, oznaczona we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV) kodem: 43600000-9. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik Nr 1 do SIWZ. Zamawiający dopuścił w niniejszym postępowaniu składanie ofert częściowych, według zadań - 18. W ramach zadań, które stanowiły przedmiot niniejszych postępowań odwoławczych Zamawiający przewidział: w ramach zadania 1 - Dostawę elementów hydrauliki sterowniczej Famur lub równoważnych (pakiet 25 pozycji) w łącznej ilości 44 kpl. i 2 050 szt., z zakresie zadania 2 - Dostawę elementów hydrauliki sterowniczej DOH lub równoważnych (pakiet 50 pozycji) w łącznej ilości 110 kpl. i 5 865 szt.

Dalej Zamawiający, w pkt 10 SIWZ wymienił jakie dokumenty i oświadczenia winien złożyć każdy wykonawca wraz z ofertą, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego. Wśród nich wymienił między innymi dokumenty wskazane w Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik Nr 1 do SIWZ (ppkt 10.1.8). Z kolei w przywołanej Specyfikacji technicznej, w pkt 3 Zamawiający zawarł następujący wykaz dokumentów, które mieli załączyć do oferty wykonawcy ubiegający się o to zamówienie: (3.1.) Dokumentacja techniczna bądź techniczno

- ruchowa (DTR) zawierająca oferowany przedmiot zamówienia wraz z rysunkami technicznymi lub karta katalogowa lub rysunek techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia; (3.2.) Dokument wydany przez niezależną jednostkę certyfikującą, posiadającą uprawnienia w zakresie certyfikacji wyrobów, potwierdzający zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną bądź techniczno - ruchową (DTR) oraz wymaganą przez zamawiającego normą lub normą równoważną - dotyczy pakietów 6-12 oraz

zadań 13

- 18; (3.3.) W przypadku, gdy dla poszczególnych pozycji pakietu lub zadania nie jest wydany dokument wyszczególniony w pkt 3.2. niniejszej Specyfikacji technicznej, wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą deklarację zgodności dla oferowanego wyrobu.

W kolejnych punktach wymieniono również: (3.6.) Oświadczenie wykonawcy, iż jest producentem układu sterowania hydraulicznego, w którym będą stosowane elementy będące przedmiotem zamówienia, wyszczególnione w pakiecie - dotyczy pakietów 1 - 5; (3.7.) W przypadku wykonawcy, który nie jest producentem układu sterowania hydraulicznego, w którym będą stosowane elementy będące przedmiotem zamówienia, wyszczególnione

w pakiecie 1 - 5, wykonawca jest zobowiązany dołączyć : 3.7.1. autoryzację producenta

układu hydrauliki sterowniczej obudowy zmechanizowanej lub jego pisemną zgodę, na zastosowanie oferowanych części w układzie sterowania hydraulicznego, lub 3.7.2. dokument wydany przez jednostkę certyfikującą posiadającą uprawnienia w zakresie certyfikacji wyrobów będących przedmiotem zamówienia, potwierdzający zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną bądź techniczno - ruchową oraz stwierdzający, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w zakładach górniczych w układach sterowania hydraulicznego w obudowach zmechanizowanych; (3.8.) Wypełniony Załącznik Nr 3 do Specyfikacji technicznej w przypadku oferowania części równoważnych; (3.9.) Wypełniony Załącznik Nr 4 do Specyfikacji technicznej; (3.10.) Wypełnione oświadczenie wykonawcy, stanowiące Załącznik Nr 1 do Specyfikacji technicznej; (3.11.) Jeżeli załączone dokumenty nie zostały wydane na rzecz wykonawcy, powinien on dołączyć oświadczenie podmiotu na rzecz, którego zostały one wydane, że wykonawca jest umocowany do korzystania z uprawnień i rozwiązań technicznych wskazanych w tych dokumentach, a dokumenty te nie zostały anulowane lub wycofane. Przedmiotowe oświadczenie powinno zostać wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert; (3.12.) Oświadczenie z podaniem nazwy oferowanego przedmiotu zamówienia oraz nazwy producenta.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający sprecyzował w SIWZ - Załączniku nr 1 do SIWZ, pkt 2, ppkt 2.2. co należy rozumieć pod pojęciem części równoważnych: Za elementy hydrauliki sterowniczej równoważnej uznaje się elementy hydrauliki sterowniczej, które nie zostały wytworzone przez producenta hydrauliki sterowniczej, w którym znajdują zastosowanie, spełniające wszystkie wymagania Zamawiającego określone w niniejszej Specyfikacji technicznej. Ponadto w treści Załącznika nr 1 do Specyfikacji technicznej - Oświadczenie Wykonawcy, Zamawiający doprecyzował, że oferowany wyrób równoważny musi być zgodny z wyrobem wyszczególnionym w Formularzu ofertowym pod względem wymiarów, gatunku zastosowanego materiału oraz sposobu wykończenia. Jednocześnie w ppkt 2.3. Załącznika nr 1 do SIWZ wskazał, że zastosowanie oferowanych wyrobów nie może naruszać obecnych warunków eksploatacji urządzeń do których są przeznaczone, a w przypadku wyrobów równoważnych dodatkowo nie może powodować konieczności ponownego przeprowadzenia procedury oceny zgodności.

Izba ustaliła ponadto, że w postępowaniu w zadaniu nr 1 złożono trzy oferty. Oprócz Odwołującego 2 swoje oferty złożyli wykonawcy: MAS oraz Hennlich. Z kolei w zadaniu nr 2 oferty złożyli wykonawcy: Odwołujący 1 oraz MAS.

Zamawiający pismem z 10 lutego 2021 r. poinformował o terminie przeprowadzenia aukcji elektronicznej w zadaniu nr 1 i 2 i następnie w dniu 16 lutego 2021 r. doszło do przeprowadzenia takiej aukcji dla zadania 1 z udziałem wszystkich wykonawców, którzy

złożyli oferty w tej części. Pismem z 17 lutego 2021 r., zamieszczonym na stronie internetowej poinformował, że najniższą cenę w aukcji elektronicznej zaoferował w Zadaniu 1 wykonawca MAS. Jednocześnie Izba ustaliła, że Zamawiający podjął decyzję o odwołaniu aukcji w Zadaniu 2.

Izba zważyła, co następuje

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, o których stanowi art. 189 ust. 2 nowej ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało ich do złożenia odwołań.

Sygn. akt KIO 485/21

Izba uznała, że zarzuty sformułowane w treści odwołania przez Odwołującego 1, w tym dotyczące zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę MAS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący 1 podnosił, że wykonawca MAS nie złożył, wraz z ofertą, rysunków technicznych, wskazanych w treści punktu 3.1 Załącznika nr 1 do SIWZ. W miejsce dopuszczonych alternatywnie, dokumentacji techniczno- ruchowej lub technicznej wraz z rysunkami technicznymi albo karty katalogowej lub rysunku technicznego, przedłożył obszerną i pełną ogólników dokumentację techniczną, która zawiera wprawdzie odwołanie do numerów rysunków technicznych (podobnie jak wypełniony wykaz stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ), ale nie zawierała jakiegokolwiek rysunku technicznego. Odwołujący podkreślał przy tym, że rysunki techniczne w przypadku niniejszego postępowania były nie tyle tzw. dokumentem przedmiotowym, ale integralną częścią oferty, na co wskazuje chociażby wskazanie terminu ich złożenia - to jest z chwilą składania ofert. W konsekwencji powoduje to brak zgodności treści złożonej przez MAS oferty z treścią SIWZ i w konsekwencji, w ocenie odwołującego, obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty złożonej przez MAS.

Z kolei zamawiający, nie zgadzając się z tą oceną, zwracał uwagę, że w treści SIWZ dla przedmiotowego postępowania - pkt 16.1. wyraźnie poinformował, że najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy oferowane przez wykonawcę dostawy spełniają wymagania zamawiającego. A zatem Zamawiający, korzystając z uprawnienia do przeprowadzenia postępowania w ramach tzw. procedury odwróconej, przewidzianej w art. 24aa ustawy Pzp zdecydował się dokonać w pierwszej kolejności oceny ofert, a następnie będzie zobowiązany zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W konsekwencji uważał, że przeprowadził on ocenę ofert złożonych w zadaniu 1 w takim zakresie, jaki na tym etapie postępowania był wymagany. Stwierdził, że w ramach tej oceny ustalił, że żadna ze złożonych ofert nie podlega odrzuceniu, dlatego też wszyscy wykonawcy zostali zaproszeni do aukcji. Zamawiający nie przeprowadził podmiotowej oceny wykonawców, tj. nie przeprowadził badania złożonych przez nich dokumentów JEDZ, a także pozostałych dokumentów, których złożenia zamawiający wymagał na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, w tym również nie przeprowadził weryfikacji dokumentów, o których mówi Odwołujący 1 w treści złożonego odwołania gdyż te, jego zdaniem, potwierdzają spełnianie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego.

W ocenie Izby z takim stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić z następujących powodów. Jak ustalił skład orzekający Zamawiający w pkt 10 SIWZ wymienił jakie dokumenty i oświadczenia winien złożyć każdy wykonawca, aby potwierdzić spełnienie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego. Co kluczowe obowiązek ich złożenia został ustalony przez Zamawiającego wraz ze składaną ofertą. Wśród nich Zamawiający wymienił dokumenty wskazane w Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik Nr 1 do SIWZ (ppkt 10.1.8). Z kolei w przywołanej Specyfikacji technicznej, w pkt 3 Zamawiający zawarł następujący wykaz dokumentów, które mieli załączyć do oferty wykonawcy ubiegający się o to zamówienie: (3.1.) Dokumentacja techniczna bądź techniczno-ruchowa (DTR) zawierająca oferowany przedmiot zamówienia wraz z rysunkami technicznymi lub karta katalogowa lub rysunek techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia; (3.2.) Dokument wydany przez niezależną jednostkę certyfikującą, posiadającą uprawnienia w zakresie certyfikacji wyrobów, potwierdzający zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną bądź techniczno - ruchową (DTR) oraz wymaganą przez zamawiającego normą lub normą równoważną - dotyczy pakietów 6 - 12 oraz zadań 13 - 18. Wszystkie wskazane wyżej dokumenty miały zatem służyć potwierdzeniu, że oferowane rozwiązania, w przypadku składania ofert równoważnych, odpowiadają wymaganiom Zamawiającego opisanym w SIWZ.

Zamawiający sam ustalił katalog żądanych dokumentów, przesądzając jednocześnie w treści SIWZ, jaką rolę i znaczenie im przypisuje. Oprócz samego formularza cenowego i konieczności wskazania przez wykonawców jakie produkty oferują, ubiegający się o zamówienie przy pomocy tych właśnie dokumentów mieli potwierdzić jakie produkty, o konkretnych właściwościach i cechach - oferują.

Należy zgodzić się z Odwołującym 1, że obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę jest jednoznaczne określenie oferowanych produktów, a to z kolei stanowi element przedmiotowo-istotny oświadczenia woli, jakim jest złożona w postępowaniu oferta. Zdefiniowania tych produktów wymagał Zamawiający a wykonawcy mieli to uczynić właśnie przedstawiając stosowne dokumenty, które miały jednoznacznie wskazać i opisywać zaoferowany przedmiot zamówienia. Bez nich z kolei Zamawiający nie miał możliwości ocenić ani czy deklarowane świadczenie jest zgodne z zawartym w treści SIWZ opisem, ani też czy przedmiot zamówienia spełnia wymagania odnośnie równoważności. O zamiarze Zamawiającego, który taką właśnie rolę nadał powyższym dokumentom, świadczy również treść odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 23 grudnia 2020 r.). Na złożony przez jednego z wykonawców wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ Zamawiający wyraźnie potwierdził, że dokładne wskazanie oferowanego przedmiotu zamówienia jest konieczne do wykazania równoważności oferowanych rozwiązań z wymogami Zamawiającego. Udzielając odpowiedzi stwierdził, że rysunki techniczne mają za zadanie określić oferowane produkty oraz potwierdzić posiadanie przez nie określonych cech i parametrów.

W konsekwencji oferta wykonawcy MAS, która nie zawierała wraz z ofertą wymaganych dokumentów, uniemożliwiła Zamawiającemu, ale także innym wykonawcom w tym producentowi urządzeń, którym w przypadku Zadania 2 jest Odwołujący 1, stwierdzenia zarówno równoważności zaoferowanych rozwiązań z wymaganiami opisanymi w SIWZ, czy też zgodności treści oferty z ustanowionymi w dokumentacji postępowania wymaganiami.

W tym miejscu należy przypomnieć, na co wielokrotnie Izba zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada m.in. pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona w taki sposób, że nie odpowiada skwantyfikowanym i opisanym w treści dokumentacji wymaganiom, z zastrzeżeniem że wymagania odnosić muszą się do treści złożonej oferty, nie zaś jej formy.

W okolicznościach niniejszej sprawy mamy do czynienia z sytuacją, w której zamawiający opisał w treści SIWZ jakie dokumenty winien złożyć każdy z wykonawców, celem potwierdzenia, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia jest zgodny z opisanymi

i skwantyfikowanymi przez Zamawiającego wymaganiami. Przypomnieć należy w tym miejscu, że SIWZ jest dokumentem, który ma kluczowe znaczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z jednej strony ma decydujące znaczenie dla wykonawców, którzy na jej podstawie podejmują decyzję o udziale w postępowaniu i przygotowują ofertę zgodną z wymaganiami oraz potrzebami Zamawiającego, z drugiej jest to dokument na podstawie którego Zamawiający dokonuje oceny złożonych ofert w sposób, który musi być zgodny z postawionymi tam wymaganiami i zasadami. Z tych powodów ustawodawca opisał jaka powinna być zawartość SIWZ, wprowadzając przepis art. 36 ustawy Pzp. Tymczasem Zamawiający pomimo, że w treści tego dokumentu ustalił jakich dokumentów żąda od wykonawców i w jaki sposób dokonywał będzie oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ a także w jaki sposób stwierdzi, że oferty złożone przez wykonawców oferujących rozwiązania równoważne - takie zawierają, na etapie postępowania dokonuje interpretacji zapisów, które sam wskazał w dokumentacji przetargowej, jako obowiązujące.

Izba zgadza się z Odwołującym 1, który podnosił, że Zamawiający zaniechał w istocie badania złożonych ofert przed przeprowadzeniem aukcji elektronicznej, do czego był zobowiązany na podstawie zapisów ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. To bowiem na etapie po złożeniu ofert następuje ich badanie pod kątem braku podstaw do ich odrzucenia, gdyż na następnym etapie, tj. w toku aukcji elektronicznej, przepis art. 89 ustawy Pzp nie będzie miał już zastosowania (został wyłączony zgodnie z art. 91c ust. 1 ustawy Pzp). Tym samym do udziału w aukcji elektronicznej winni zostać zaproszeni tylko Ci wykonawcy, których oferty nie podlegają odrzuceniu, nie zaś wszyscy którzy te oferty złożyli i oferują przedmiot nie spełniający wymagań Zamawiającego. W toku aukcji elektronicznej, wykonawcy jedynie składają kolejne postąpienia (odrębne oferty) cenowe, aż do jej zamknięcia.

Izba podziela też w pełni argumentację, że do aukcji elektronicznej ma odpowiednie zastosowanie przepis art. 80 ust. 2 w zw. a art. 91c ust. 5 ustawy Pzp, który traktuje o konieczności podania przez Zamawiającego, bezpośrednio po zamknięciu aukcji, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwy (firmy) oraz adresu wykonawcy, którego ofertę wybrano. Przepis ten nie traktuje więc o ustaleniu "oferty najwyższej ocenionej", o czym mowa w treści art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, lecz już o wybraniu oferty najkorzystniejszej i to bezpośrednio po zamknięciu aukcji. Stąd nietrafiona jest argumentacja Zamawiającego, który wskazywał w odpowiedzi na odwołanie na możliwość

dokonywania oceny złożonych ofert już po zakończeniu aukcji, zaś przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Sygn. akt KIO 556/21

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie, w jakim Odwołujący 2 postawił zarzuty naruszenia: art. 91a ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania oceny ofert przed podjęciem decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej dla Zadania 1 oraz przeprowadzenie tej aukcji w dniu 16 lutego 2021 r. oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę MAS pomimo, że wykonawca ten nie dołączył do oferty wymaganych rysunków technicznych. W odniesieniu do tych zarzutów aktualna pozostaje argumentacja, opisana w części dotyczącej odwołania o sygn. akt KIO 485/21.

Za niepotwierdzone Izba uznała zarzuty sformułowane przez Odwołującego 2, a odnoszące się do oferty wykonawcy Hennlich. Zarzuty sformułowane wobec tego wykonawcy ograniczały się w istocie do twierdzenia, że większość elementów, proponowanych w ofercie, nie spełnia wymogów w zakresie równoważności. W samym odwołaniu jednak nie zostało sprecyzowane o które pozycje i w jakim zakresie chodzi. Dopiero w piśmie procesowym Odwołujący 2 opisał szczegółowo a w konsekwencji doprecyzował, które elementy w jego ocenie nie spełniają wymogów w zakresie równoważności. Ta jednak argumentacja, jako nie zawarta w treści samego odwołania, nie mogła stanowić podstawy sformułowanego w odwołaniu zarzutu, dotyczącego oferty wykonawcy Hennlich.

Podkreślenia wymaga, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. W myśl zaś art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten 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. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, i stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla

stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO1591/16 - wydany na gruncie dawnego przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp).

Ponadto, jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08), w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem, obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu, jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Podobne stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontrydiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

Odwołujący 2 ograniczył się do ogólnikowego i lakonicznego uzasadnienia, które sprowadziło się do twierdzenia, że jak wynika z załączonej do oferty pozostałej dokumentacji/ rysunków - zdecydowana większość elementów zaoferowanych przez tego wykonawcę nie spełnia kryteriów równoważności, gdyż oferowane części mają inne wymiary, a sposób rozmieszczenia gniazd podłączeniowych w oferowanych elementach, wymaga zastosowania specjalnych adapterów (elementów przejściowych) do podłączenia. Zaoferowane elementy posiadają inne niż wymagane sposoby mocowania i montażu, co będzie powodowało niemożliwość ich zabudowania w użytkowanych przez Zamawiającego urządzeniach. Powyższa argumentacja nie odnosi się do konkretnych pozycji oferowanego przedmiotu zamówienia i konkretnych, wyspecyfikowanych parametrów. Nie sposób więc uznać, aby Odwołujący 2 sprostował ciężącemu na nim ciężarowi dowodowemu w zakresie, w jakim podnosił zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Hennlich z tego powodu, że wykonawca ten, oferując rozwiązania równoważne, nie wykazał, iż oferowane wyroby spełniają wymagania Zamawiającego.

Nie zmienia to jednak okoliczności, że Zamawiający dokonując powtórnej oceny złożonych ofert, będzie zobowiązany do przeprowadzenia takiego badania i zweryfikowania treści złożonej oferty, również pod kątem postawionych przez Zamawiającego wymagań w zakresie odnoszącym się do opisu przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba uwzględniła obydwie odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności aukcji elektronicznej w zadaniu pierwszym, w którym ta została przeprowadzona oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zadaniu pierwszym i drugim czego Zamawiający zaniechał, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę MAS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przewodniczący: