

WYROK

z dnia 29 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 29 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Integra K..... Sp. z o.o., ul. Gołębia 1, 81-185 Gdynia**

w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4228, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków,**

przy udziale wykonawcy **Aebi Schmidt Polska Sp. z o.o., ul. Skrajna 80A, 25-650 Kielce** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2.1. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Integra K..... Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy **Integra K..... Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** na rzecz **Jednostki Wojskowej Nr 4228 w Krakowie** kwotę **3 600 zł 00 gr**: (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 we **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa 4228 w Krakowie (dalej: zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na dostawę oczyszczarek lotniskowych ciągnionych na samochodzie (10 szt. oczyszczarek lotniskowych).

Odwołujący „INTEGRA.” K..... Sp. z o. o. z siedzibą w Gdyni (dalej: odwołujący) wniósł dnia 19 kwietnia 2013 r. odwołanie od:

- dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- zaniechania czynności sprawdzenia oferty Wykonawcy ASH AEBI SCHMIDT Polska Sp. z o. o., pod kątem jej zgodności z obowiązującymi w Polsce przepisami i normami,
- zaniechania czynności odrzucenia wybranej oferty, jako oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenie czynności oceny ofert wraz ze sprawdzeniem ich zgodności z obowiązującymi przepisami i normami technicznymi,
- odrzucenie oferty wykonawcy „SCHMIDT” Polska Sp. z o. o.,
- powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W skład każdej z zamawianych maszyn wchodzi:

- samochód wyprodukowany i przeznaczony do przewozu ładunków - ciągnik siodłowy, którego jednostką napędową jest silnik spalinowy wysokoprężny, o mocy powyżej 150 KW,
- oczyszczarka ciągniona na samochodzie, w której jednostką napędzającą urządzenia robocze, jest silnik spalinowy wysokoprężny, o mocy powyżej 150 kW. Z powyższego powodu, na Zamawiającym, który prowadzi postępowanie na zakup samochodów i maszyn wyposażonych w silniki spalinowe, emitujące do atmosfery spaliny o określonym składzie chemicznym, ciąży obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia, odpowiednich wymagań, które mają zagwarantować, że zakupione urządzenia (silniki) będą spełniały wymagania odpowiednich przepisów.

Wymagania, o których mowa powyżej, zostały określone w:

- 1) Rozporządzeniu Prezesa Rady ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (Dz. U. z 2011 r. Nr 96, poz. 559), które w zakresie swojej regulacji dokonuje wdrożenia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/33AVE z dnia 23 kwietnia 2009

r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego.

Zgodnie z przepisami rozporządzenia, jeżeli zamawiający nie określił w siwz wymogów technicznych, dotyczących zużycia energii oraz emisji zanieczyszczeń, to do oceny ofert w prowadzonym postępowaniu obowiązany jest stosować kryteria odnoszące się do:

- zużycia energii,
- emisji dwutlenku węgla,
- emisji zanieczyszczeń: tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów.

Zamawiane (10 szt.) ciągniki siodłowe, są pojazdami transportu drogowego, ponieważ są to samochody przeznaczone do ciągnięcia naczep samochodowych, które można z taką naczepą sprzęgnąć, po uprzednim odłączeniu oczyszczarki. Zgodnie z wymaganiami, jakie Zamawiający postawił w tym postępowaniu, ciągniki siodłowe mają zostać przekazane Zamawiającemu do dokonaniu przeglądu technicznego, oraz po ich zarejestrowaniu.

2) Rozporządzeniu Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2005 r. w sprawie szczegółowych wymagań dla silników spalinowych w zakresie ograniczenia emisji zanieczyszczeń gazowych i cząstek stałych przez te silniki. Rozporządzenie to określa szczegółowe wymagania w zakresie dopuszczalnej emisji czynników szkodliwych, takich jak tlenek węgla, węglowodory, tlenki azotu i cząstki stałe, jakie muszą spełniać silniki spalinowe o zapłonie samoczynnym, w które są wyposażone oczyszczarki lotniskowe (do napędu elementów roboczych).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał określenia wymagań, o których mowa powyżej, jak również nie zastosował do wyboru oferty kryteriów innych niż cena, o których mowa w pkt. 1).

Po otwarciu ofert odwołujący skierował do Zamawiającego pismo, zwracając uwagę na fakt, iż w obliczu ewidentnych braków w opisie przedmiot zamówienia, a przez to także braku pewności, że w złożonych ofertach wykonawcy przewidzieli obowiązek dostarczenia maszyn i samochodów wyposażonych w silniki spełniające wymagania przepisów, zachodzi obawa o to, iż mogą zostać dostarczone Zamawiającemu sprzęty nie spełniające określonych norm.

Według wiedzy odwołującego, silniki oczyszczarek, jakie zaoferował wybrany wykonawca, nie spełniają wymagań określonych w Rozporządzeniu, przez co ich ewentualny zakup będzie stanowił rażące uchybienie powołanym przepisom. W opinii odwołującego zamawiający powinien co najmniej zażądać od wykonawcy wyjaśnień.

Zamawiający ma także prawo zwrócenia się o informację do producentów maszyn (silników). Gdyby okazało się, że potwierdzają się informacje odwołującego, oferta wykonawcy „SCHMIDT” Polska, musiałaby zostać uznana za ofertę nieważną, co daje podstawę do jej odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt. 8 Ustawy PZP.

Wobec uchybień popełnionych na etapie opisu przedmiotu zamówienia, obowiązkiem zamawiającego, po powzięciu wiadomości o możliwości naruszenia cytowanych powyżej przepisów i norm, było dochowanie należytej staranności w ocenie ofert, także pod kątem zaniechanych wymagań. Zamawiający miał obowiązek sprawdzenia, czy zaoferowane maszyny i samochody spełniają wymagania przepisów odrębnych, a w konsekwencji obowiązek ustalenia, czy na podstawie tych przepisów oferta najkorzystniejsza nie jest ofertą nieważną.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na brak po stronie odwołującego przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy pzp.

Wskazał, że odwołujący nie sprecyzował zarzutów w rozumieniu art. 180 ust. 3 ustawy pzp. Podniósł także, że choć odwołujący wnosi odwołanie od czynności wyboru oferty, to faktycznie dotyczy ono czynności ustalenia warunków udziału w postępowaniu zawartych w siwz, wobec których upłynął termin na wniesienie odwołania.

Uzasadniając stanowisko zamawiający stwierdził, że odwołanie w rzeczywistości zmierza nie do uzyskania przez odwołującego zamówienia, lecz do unieważnienia postępowania.

Odnosząc się merytorycznie do treści odwołania zamawiający stwierdził, że odwołujący nie uprawdopodobnił, że przedmiot umowy zaoferowany przez przystępującego jest niezgodny z wymogami siwz, a sam wskazywał jedynie na prawdopodobieństwo takiej sytuacji, a w konsekwencji podnoszone przez niego okoliczności nie zostały udowodnione.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika wyrażonych na piśmie i do protokołu, treści siwz oraz oferty przystępującego, zważyła, co następuje.

Odwołujący, wbrew twierdzeniom zamawiającego, legitymuje się interesem opisanym w art. 179 ust. 1 ustawy pzp w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia i materialnych korzyści płynących z jego realizacji. Jako podmiotowi, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu przysługuje zatem środek ochrony prawnej w postaci odwołania, w którym zamierza on wykazać, iż konkurencyjna oferta podlega odrzuceniu.

Oceniając podniesiony zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp, a w istocie przepisu wykonawczego do art. 91 ust. 8 ustawy tj. rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (Dz. U. z 2011 r. Nr 96, poz. 559), należy stwierdzić, że jest to zarzut podniesiony wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niesporne jest, że został podniesiony po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej z niewątpliwym przekroczeniem ustawowych terminów. Z tego względu zarzut ze względów formalnych i poprzez analogię z art. 189 ust. 2 pkt 3, jako wniesiony po terminie, nie może być rozpatrzony. Z tych samych względów sporna między stronami kwestia wymaganych i niezbędnych parametrów pojazdów, charakteru i kategorii tych pojazdów, jako część opisu przedmiotu zamówienia pozostaje bez rozpatrzenia.

W konsekwencji jedynie na marginesie można zauważyć, że teza odwołującego o niezgodności treści oferty przystępującego z powołanymi przepisami rozporządzenia jest własnym twierdzeniem tego podmiotu przy braku dowodów na wskazane okoliczności, a nawet nie została uprawdopodobniona.

Powyższe odnosi po części także do zarzutu naruszenia przez zamawiającego rozporządzeniu Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2005 r. w sprawie szczegółowych wymagań dla silników spalinowych w zakresie ograniczenia emisji zanieczyszczeń gazowych i cząstek stałych przez te silniki, które to rozporządzenie określa szczegółowe wymagania w zakresie dopuszczalnej emisji czynników szkodliwych, takich jak tlenek węgla, węglowodory, tlenki azotu i cząstki stałe, jakie muszą spełniać silniki spalinowe o zapłonie samoczynnym, w które są wyposażone oczyszczarki lotniskowe (do napędu elementów roboczych). Odwołujący zarzucił bowiem Zamawiającemu zaniechanie określenia wymagań z tego rozporządzenia w opisie przedmiotu zamówienia. Zarzut zatem podniesiony został po terminie.

Ponadto odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał wyboru oferty, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów stwierdzając, że podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8, którego zamawiający nie zastosował. Jako przepis prawa, który został naruszony odwołujący wskazał przepisy rozporządzenia powołanego w akapicie poprzedzającym. Odwołujący wyraził obawę, że zaoferowane przez wybranego wykonawcę silnik nie spełniają wymagań określonych w rozporządzeniu, przez co ich zakup będzie stanowić naruszenie przepisów prawa. Należy zauważyć, że w złożonych jawnych ofertach przedstawione zostały konkretne typy i modele zarówno ciągnika siodłowego, jak i oczyszczarki lotniskowej, co powinno umożliwić profesjonalnemu uczestnikowi obrotu w tej branży określenie parametrów technicznych tych urządzeń, a w konsekwencji wskazać, jakie z tych parametrów są niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Odwołujący, jako wywodzący ze swoich twierdzeń określone skutki prawne, nie udowodnił jednak swoich twierdzeń poprzestając na wyrażeniu obaw. Tym samym nie udowodnił postawionej tezy o

nieważności konkurencyjnej oferty. Niezależnie od powyższego skład orzekający zauważa, że przepisy rozporządzenia z 19 sierpnia 2005 r. w § 15 ust. 4 pkt 1 łagodzą rygory emisji zanieczyszczeń gazowych i cząstek stałych przez silniki spalinowe przeznaczone do użytkowania przez siły zbrojne. Poza sporem jest okoliczność, że przedmiot zamówienia przeznaczony jest do utrzymania lotnisk administrowanych przez jednostki wojskowe na terenie Polski.

W konsekwencji wobec nie wykazania naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp powołanych w rozpatrywanym odwołaniu, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem 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).

Przewodniczący: