

WYROK

z dnia 16 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2015 r. przez wykonawcę

BUMACH S.A. ul. Krakowska 191, 40-389 Katowice

w postępowaniu prowadzonym przez

Kompanię Węglową S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

przy udziale wykonawcy **FAMUR S.A. ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Kompanii Węglowej S.A.: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty BUMACH S.A. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty BUMACH S.A.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BUMACH S.A. tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Kompanii Węglowej S.A. na rzecz BUMACH S.A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą**

**koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu
i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 430/15

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

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dzierżawę dwóch wysokowydajnych kombajnów chodnikowych wraz z pełnym zabezpieczeniem serwisowym i gwarancyjnym przez cały okres dzierżawy dla KW S.A. Oddział KWK Piast” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 7 listopada 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 215-381492.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – BUMECH S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec odrzucenia oferty wykonawcy pomimo tego, że treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. unieważnienia czynności w postaci odrzucenia oferty wykonawcy,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający żądał dołączenia do oferty wykazu spełnienia istotnych dla zamawiającego wymagań i parametrów technicznych, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym w punkcie II.2 zamawiający wymagał potwierdzenia parametru „max moc silników zainstalowanych na kombajnie 300 kW +/- 10%”. Odwołujący zaoferował moc silników 219 kW, co, zdaniem zamawiającego, stanowi ofertę nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem odwołującego decyzja zamawiającego jest wadliwa, gdyż powyższy warunek zgodnie z wykładnią literalną winien być rozumiany w ten sposób, że kombajn powinien być wyposażony w silnik o maksymalnej mocy od 270 do 330 kW. Regułą jest, że zamawiający określa dwa parametry przedmiotu umowy – minimalny i maksymalny. Jeżeli natomiast zamawiający ograniczył się do określenia wyłącznie jednego z parametrów mocy silnika – w tym przypadku maksymalnego, oznacza to, że zamawiający dopuszcza w ofercie każdy kombajn, byle najwyższa granica mocy silnika nie przekraczała mocy od 270 do 330 kW. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia kombajn oferowany przez odwołującego spełnia zakładane przez zamawiającego parametry techniczne, skoro jego moc wynosi 219 kW, a nie przekracza mocy 270-330 kW.

Przedmiot zamówienia powinien być określony w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a jednocześnie w sposób maksymalnie zobiektywizowany. Ustawa zobowiązuje zamawiającego do podania wszelkich niezbędnych informacji i wymagań co do przedmiotu zamówienia, nakazując przy tym zamawiającemu używać dokładnych i zrozumiałych dla wykonawców określeń. Zdaniem odwołującego parametry przedmiotu umowy zostały określone w sposób precyzyjny, jednoznaczny i wyczerpujący, co potwierdzają również wyjaśnienia zamawiającego na zapytania wykonawców.

Tymczasem przyjęte przez zamawiającego stanowisko, zgodnie z którym kombajn powinien mieć moc 270-330 kW, jest sprzeczne zarówno z wykładnią literalną wymogu przewidzianego w punkcie II.2, jak i jest sprzeczne z zasadami logiki. Gdyby zamawiający wymagał, aby kombajn spełniał wymogi mocy 270-330 kW, powinien był wskazać, aby „moc

silników zainstalowanych na kombajnie wynosiła 300 kW +/-10%”. Dodanie słowa „maksymalny” powoduje, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, podając wyłącznie maksymalne parametry mocy silnika kombajnu i nie wskazując minimalnych parametrów silnika kombajnu.

W ocenie odwołującego stanowisko odmienne, zgodnie z którym moc silnika określana jest sztywno w ramach od 270-330 kW nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i nie koresponduje z wyjaśnieniami zamawiającego. W odpowiedzi z 9 grudnia 2014 r. na pytanie nr 11 zamawiający nie wyraził zgody na modyfikację parametru mocy silników zainstalowanych na kombajnie na min. 250 kW +/-10%. Propozycja ta dotyczyła możliwości wskazania przez zamawiającego minimalnej mocy silników w wysokości 250 kW +/- 10%. Zamawiający, nie wyrażając zgody na modyfikację postanowienia, w żadnym wypadku nie potwierdził, że parametry związane z mocą silnika rozumie jako sztywne wartości od 270 do 330 kW, ale wyłącznie wykluczył określenie minimalnej mocy silnika na poziomie 250 kW +/- 10%. Zamawiający nie dopuścił też możliwości zmiany mocy silników zainstalowanych w kombajnie na większą od podanego parametru, jak i nie wyjaśnił uzasadnienia wprowadzonego ograniczenia (odpowieź na pytanie nr 21 z 9 grudnia 2014 r.)

Ustawa Prawo zamówień publicznych wprowadza zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a jej zachowaniu służyć ma stosowanie obiektywnych cech technicznych i jakościowych. Sformułowanie paramentów silnika w sposób rozumiany przez zamawiającego w sposób nieuprawniony ogranicza krąg wykonawców zdolnych zrealizować zamówienie i eliminuje bez uzasadnionego powodu odwołującego. Określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia – ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia. Tymczasem opis kombajnu w postaci zastrzeżenia maksymalnej mocy silników jest zupełnie nieracjonalny ekonomicznie i sprzeczny z dobrymi praktykami inżynierskimi i narażenia zamawiającego na koszty z tytułu powiększonego poboru mocy, co, zdaniem odwołującego, nie wynika z potrzeb technologii prowadzenia eksploatacji maszyn i urządzeń górniczych, a tym samym wpływa na efektywność realizacji zamówienia.

Odwołujący stwierdził też, że wyposażenie kombajnu w silnik o parametrach 270-330 kW nie stanowi przeszkody, gdyż dysponuje możliwościami technicznymi, aby zaoferować wymagane przez zamawiającego parametry. Wobec powyższego, gdyby odwołujący wiedział, w jaki sposób zamawiający interpretuje opis przedmiotu umowy, zaoferowałby silnik o mocy 270-330 kW.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów w zakresie zarzutu 1., oraz o odrzucenie w zakresie zarzutu 2. jako wniesionego po terminie.

W odpowiedziach na pytania wykonawców zamawiający jedynie podtrzymał swoje postanowienia specyfikacji. Stwierdził, iż jeden z wykonawców wnoszących zapytanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie złożył oferty, zatem zdawał sobie sprawę, że moc silnika nie może być mniejsza niż 270 kW. Skoro odwołujący mógł zaoferować kombajn z mocniejszym silnikiem, to powinien był go zaoferować. Rozwiązanie z mniejszym silnikiem nie musi być bardziej oszczędne. Jeśli wykonawca uznał, że wymóg zamawiającego nie jest jasny, powinien był zapytać się wprost, czy moc silników ma się mieścić w granicach 270-330 kW; skoro żaden z wykonawców się o to nie pytał, oznacza to, że ów wymóg był jasny. W punkcie II.1 załącznika 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał minimalnej mocy jednego z silników 150 kW, natomiast w punkcie II.2. jest łączna moc wszystkich silników, która została określona nie wartością, lecz przedziałem.

Takie wymaganie zgodne jest z potrzebami i oczekiwaniami zamawiającego, a kombajn 219 kW ma niekorzystny stosunek mocy do masy i nie będzie spełniać swoich funkcji w warunkach zamawiającego. Kombajn zaoferowany przez odwołującego nie będzie spełniał oczekiwań zamawiającego, gdyż z opisu technicznego kombajnu, załączonego do oferty, wynika, że posiada on mniejszy przekrój urabiania niż wymagany w punkcie II.3.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, więc jest spóźniony, bowiem odwołanie powinno zostać złożone w terminie wskazanym w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych. Opis przedmiotu zamówienia został jasno sformułowany.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadniając to tym, że oferta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ze względu na to, że zamawiający w punkcie II.2 tabeli

zawierającej opis wymaganych parametrów kombajnu wskazał parametr „Max moc silników zainstalowanych na kombajnie” i przypisał mu wartość 300 kW +/- 10%. Zdaniem zamawiającego wymóg ten oznaczał, iż moc ta ma mieścić się w zakresie 270-330 kW. Odwołujący zaś zaoferował moc silników 219 kW.

Spór pomiędzy stronami sprowadzał się więc do tego, czy określenie „Max moc silników zainstalowanych na kombajnie” oznacza jednocześnie brak wymagania co do mocy minimalnej tych silników (poza wskazaniem, że moc silnika organu urabiającego ma wynosić min. 150 kW).

Zdaniem Izby powyższy wymóg można czytać na oba sposoby – zarówno zaprezentowany przez zamawiającego, jak i odwołującego. Tym samym za poprawne należy uznać oba poglądy, a więc – zgodnie z jednolicie obowiązującą w zamówieniach publicznych zasadą – wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy, skoro to zamawiający – mogąc zastosować różne sformułowania – wprowadził do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienie o niejednoznacznej treści.

Należy zwrócić uwagę, że zamawiający w swoim wykazie wymogów mógł użyć różnych określeń, które wprost wskazywałyby na zakres, np.: „270-330 kW”, „moc silników zainstalowanych”, moc_{max} itd.

Natomiast zastosowaną „maksymalną moc silników zainstalowanych na kombajnie” można uznać zarówno za nazwę parametru, który w dokumentacji technicznej urządzeń jest określany jedną liczbą, np. 266 kW (jak w załączniku do odwołania) i wtedy za wymaganą moc należałoby uznać 300 kW z możliwym odchyleniem do 10%, czyli zakres 270-330 kW.

Z drugiej strony jednak określenie „maksymalna moc silników zainstalowanych na kombajnie” można uznać za opis tego parametru kombajnu, tj. określenie wyłącznie górnego wymogu zamawiającego, bez odnoszenia się do dolnego – czyli w tym przypadku maksymalna moc silników ma wynosić do 330 kW. Do takiego sformułowania swojego wymagania zamawiający również miał prawo.

Wskazane przez strony odpowiedzi na pytania nr 11 i 22 nie rozstrzygają spornej kwestii, nie odnoszą się bowiem do interpretacji wymogu II.2, lecz zmierzają do jego zmiany (zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia) przez podanie innych wartości.

Co do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, izba stwierdziła, iż jako sam zarzut do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w oczywisty sposób jest spóźniony, gdyż powinien być zostać podniesiony w terminie wskazanym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w ciągu 10 dni od zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

Jednak biorąc pod uwagę całość treści odwołania, przywołanie art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zdaniem Izby, należy uznać nie tyle za osobny zarzut, co za część argumentacji dotyczącej nieprawidłowego, zdaniem odwołującego, odrzucenia jego oferty. Tym bardziej, że – jak wskazał sam odwołujący – *„dodanie słowa „maksymalny” powoduje, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, podając wyłącznie maksymalne parametry mocy silnika kombajnu i nie wskazując minimalnych parametrów silnika kombajnu.*

Izba nie wzięła pod uwagę kwestii ewentualnego mniejszego przekroju urabiania, niż wymagany w punkcie II.3., gdyż okoliczność ta nie stanowiła podstawy odrzucenia oferty odwołującego, a tym samym i nie znalazła się w odwołaniu. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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).

Przewodniczący: