

**WYROK**  
**z dnia 1 lipca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2015 r. przez TINES S.A. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. w Warszawie

przy udziale Railway gft Polska sp. z o.o. w Krakowie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża TINES S.A. w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TINES S.A. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawę zestawu elementów składowych systemu bez podsypkowej konstrukcji torowiska tramwajowego. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 25 marca 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 059-104448. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

22 czerwca 2015 r. TINES S.A. w Krakowie wniósł odwołanie w związku z przesłaniem przez zamawiającego 12 czerwca 2015 r. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „SIWZ”. Wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty, nakazanie zamawiającemu ponownej oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego z 12 czerwca 2015 r. nie wskazał, jakich konkretnych elementów składowych tworzących oferowany zestaw (a nie „system” jak błędnie przytoczył zamawiający wbrew treści SIWZ) nie obejmują aprobaty techniczne złożone przez odwołującego, jak również nie wyjaśnił, czy elementy te (niewskazane przez zamawiającego) nie są objęte europejską normą zharmonizowaną lub Polską Normą wyrobu, a tym samym żądanie, aby były objęte aprobatą techniczną lub europejską oceną techniczną jest bezprzedmiotowe.

W opinii odwołującego nie występują podstawy do odrzucenia jego oferty, ponieważ jest ona zgodna z treścią SIWZ, a oferowany zestaw elementów składowych systemu bezpodsypkowej konstrukcji torowiska tramwajowego jest objęty aprobatami. Ponadto prefabrykat betonowy w postaci bloku podporowego objęty jest normą nr PN-EN 13369 „Wspólne wymagania dla prefabrykatów betonowych” i stanowi jedynie część płyty torowej, natomiast kotwy, które zostały dodane do prefabrykatu stanowią połączenie ze zbrojeniem płyty torowej; są to elementy standardowo stosowane w branży budowlanej i nie zmieniają właściwości prefabrykatu betonowego a także nie wpływają na system przytwierdzenia szyny.

Railway gft Polska sp. z o.o. w Krakowie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest dostawa zestawu elementów składowych systemu bezpodsypankowej konstrukcji torowiska tramwajowego, umożliwiających wykonanie torowiska tramwajowego na odcinkach prostych i w łukach o  $R > 25$  m o zróżnicowanych cechach konstrukcyjnych i funkcjonalnych, wyszczególnionych jako następujące typy konstrukcji:

- 1) typ A - tor z szyn o profilu 60R2 z ciągłym podparciem szyn z przeznaczeniem do torowisk wspólnych z jezdnią (w tym do przejazdów) z zabudową torowiska betonem asfaltowym na pełnej szerokości torowiska, z zastosowaniem mechanicznego przytwierdzenia szyn, tj. śrub, wkrętów, łapek zatraskowych, itp.; wymagany rozstaw przytwierdzeń 0,75 m;
- 2) typ C - tor z szyn o profilu 60 R2 z ciągłym lub nieciągłym (punktowym) podparciem szyn z przeznaczeniem do trawiastej zabudowy torowiska na jego pełnej szerokości, z zastosowaniem mechanicznego przytwierdzenia szyn, tj. śrub, wkrętów, łapek zatraskowych itp.; wymagany rozstaw przytwierdzeń 0,75 m.

Dla potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami zamawiającego stosownie do rozdziału I ust. 10 pkt 10.7 SIWZ wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą:

- 1) ważne aprobaty techniczne wydane przez jednostkę aprobowaną upoważnioną do wydawania aprobat technicznych w odniesieniu do wyrobów budowlanych stosowanych w inżynierii komunikacyjnej lub dokument równoważny, potwierdzający pozytywną ocenę techniczną przydatności wyrobu budowlanego do zamierzonego stosowania, uzależnioną od spełnienia wymagań podstawowych przez obiekty budowlane, w których wyrób jest stosowany, wydaną zgodnie z wymaganiami Unii Europejskiej, udzieloną dla wyrobu stanowiącego zestaw elementów lub kompletny system konstrukcji torowiska;
- 2) rysunek przedstawiający sposób budowy konstrukcji torowiska tramwajowego w oferowanym systemie (...) z uwzględnieniem wszystkich elementów umożliwiających wykonanie torowiska tramwajowego,

Odwołujący złożył wraz z ofertą aprobaty techniczne:

- 1) IBDiM: AT/2012-02-2806 „Szynowe podpory blokowe EBS”;
- 2) AT/2005-03-1927/1 „Masy asfaltowe firmy Sedra do torowisk tramwajowych i nawierzchni drogowych”;
- 3) AT/2005-03-1892/2 „Izolacyjne profile do torowisk tramwajowych” oraz rysunki: przekrój

poprzeczny przez torowisko typu A (nr rysunku Zał. 12a: 150422-01) oraz przekrój poprzeczny przez torowisko typu C (nr rysunku Zał. 12 b: 150422-02).

Zamawiający w toku oceny ofert stwierdził niezgodność wynikającą z załączonych do oferty rysunków „Zał. 12a: 150422-01” oraz „zał. 12b: 150422-02” i treści Aprobaty Technicznej IBDiM Nr AT/2012-02-2806 w zakresie sposobu mocowania podpór szynowych do zasadniczej podbudowy torowiska w postaci betonowej płyty i pismem z 19 maja 2015 r. Odwołującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty. Stwierdził, że aprobata techniczna IBDiM Nr AT/2012-02-2806 dotyczy szynowych podpór blokowych EBS-LR składających się z betonowego, prefabrykowanego bloku podporowego wbudowanego przy użyciu sprężystej masy zalewowej w prefabrykowane gniazda betonowe lub stalowe, natomiast na dołączonych do oferty rysunkach przedstawiono bloki żelbetowe określone symbolem BST Plus zamocowane do płyty podbudowy zasadniczej bez wykorzystania prefabrykowanych gniazd i sprężystej masy zalewowej. Zamawiający, z załączonych do oferty rysunków, wywnioskował, że żelbetowe bloki BST Plus są mocowane do płyty podbudowy zasadniczej przez zabetonowanie w niej kotew wystających z bloku podporowego, co jest niezgodne z treścią Aprobaty Technicznej IBDiM Nr AT/2012-02-2806. Na uzupełnienie dokumentu zamawiający wyznaczył termin - 22 maja 2015 r.

W odpowiedzi odwołujący pismem z 22 maja 2015 r. potwierdził, że zaproponowane rozwiązanie różni się od systemu EBS sposobem podparcia szyny, która w systemie EBS jest podparta w sposób nieciągły na podporach punktowych o dwustopniowym sprężystym podparciu szyny za pomocą punktowej przekładki podszykowej i za pomocą otuliny z masy żywicznej mocującej blok podporowy w betonowym gnieździe zabetonowanym w płycie podbudowy. W przypadku oferowanego rozwiązania szyna jest ciągle sprężyste podparta w płycie torowej. Poinformował także zamawiającego, że aby wyeliminować wszelkie wątpliwości, jest w trakcie składania wniosku o rozszerzenie aprobaty technicznej wydanej przez IBDiM dla szynowych podpór blokowych EBS o system BST Plus.

Po upływie wyznaczonego terminu odwołujący złożył:

- 1) pismo z 26 maja 2015 r., w którym poinformował, że prowadzi pilne prace nad uzupełnieniem dokumentacji technicznej, która ma stanowić uzupełnienie oferty, deklarując termin uzupełnienia na dzień 2 czerwca 2015 r.,
- 2) pismo z 2 czerwca 2015 r., przy którym przekazał indywidualną dokumentację techniczną

Pismem z 12 czerwca 2015 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Wskazał, że odwołujący nie dołączył do oferty ani też nie uzupełnił w wyznaczonym przez zamawiającego terminie dokumentu, o którym mowa w rozdziale I SIWZ ust. 10 pkt 10.7 ppkt 2, a tym samym nie wykazał, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie jest zasadne.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

W okolicznościach sporu zamawiający dla potwierdzenia zgodności oferty ze swoimi wymaganiami żądał złożenia aprobat technicznych lub dokumentów równoważnych oraz rysunków technicznych. W sytuacji, gdy dokumenty te nie są ze sobą zgodne, nie opisują tego samego przedmiotu, nie odwołują się jednoznacznie do treści oferty, brak jest podstaw do twierdzenia, że wykonawca potwierdził, że oferowane świadczenie jest zgodne z wymaganiami opisanymi w SIWZ.

Trafnie zatem zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentu aprobaty lub dokumentu równoważnego, skoro te złożone wraz z ofertą nie odpowiadały rozwiązaniu do którego odnosiły się rysunki techniczne. Nie było przedmiotem sporu to, że rysunki odpowiadały rozwiązaniu wskazanemu w ofercie przez odwołującego, zatem sprzeczność między rysunkami, a aprobatami powinna być usunięta przez złożenie dokumentu spójnego z rysunkami.

Odwołujący nie zakwestionował legalności wezwania i nie złożył dokumentu oczekiwanego przez zamawiającego. Co więcej z oświadczenia, że odwołujący wystąpił o uzyskanie aprobaty dla oferowanego rozwiązania wynika, że oferowane rozwiązanie nie jest objęte treścią Aprobata Technicznej IBDiM Nr AT/2012-02-2806, złożonej wraz z ofertą.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego zawartym w odwołaniu, że wykazał spełnienie określonego w rozdziale I SIWZ ust. 10 pkt 10.7 ppkt 2 warunku odnośnie potwierdzenia wskazanymi w ofercie aprobatami, ponieważ Aprobata Techniczna IBDiM str. 3 Nr AT/2012-02-2806: „Szynowe podpory blokowe EBS” dotyczy bloczków EBS, ale mocowanych w inny sposób niż oferowany system opisany w ofercie rysunkiem nr Zał. 12a:150422-01 oraz rysunkiem nr Zał. 12 b: 150422-02.

W aprobacie jest opisane, że podpory blokowe są zabudowane w prefabrykowanych gniazdach betonowych lub stalowych przy użyciu masy zalewowej Edilon Corkelast, natomiast na rysunku Zał. 12a:150422-01 oraz na rysunku Zał. 12 b: 150422-02 są przedstawione kotwy stalowe łączące podpory blokowe z podbudową zasadniczą.

Odwołujący nie wykazał zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia, ani

Izbie w czasie rozprawy, postanowień aprobaty, które dopuszczają do stosowania zaoferowany przez odwołującego system konstrukcji torowiska wg rozwiązania zgodnego z rysunkiem Zał. 12a: 150422-01 oraz rysunkiem Zał. 12 b: 150422-02.

Nie potwierdzenie przez odwołującego wymagań zamawiającego w sposób wymagany w SIWZ, po podjęciu próby uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, prowadzi do obowiązku odrzucenia oferty.

Pogląd przeciwny nie tylko pozostawałby w sprzeczności z niezbędnym formalizmem postępowania o udzielenie zamówienia, ale również prowadziłby do nierównego traktowania wykonawców i w konsekwencji do naruszenia reguł uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Wątpliwości, co do treści dokumentów składanych wraz z ofertą podlegają wyjaśnieniu na etapie postępowania poprzedzającym złożenie ofert, a wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających zgodność oferty z treścią wymagań zamawiającego ma charakter jednokrotny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....