

Sygn. akt: KIO 607/11

**WYROK**  
z dnia 1 kwietnia 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Rzońca**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 marca 2011 r. przez **Fabrykę Maszyn "FAMAZ" B. Kłopot Sp. j., 59-970 Zawidów, ul. Wierzbowa 6** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kopalnię Węgla Brunatnego "Konin" w Kleczewie Spółka Akcyjna, 62-540 Kleczew, ul. 600-lecia 9**

przy udziale wykonawcy **FUGO S.A. ul. Przemysłowa 85, 62-510 Konin**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

1. **Oddala dowołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Fabrykę Maszyn "FAMAZ" B. Kłopot Sp. j., 59-970 Zawidów, ul. Wierzbowa 6** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaści tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Fabrykę Maszyn "FAMAZ" B. Kłopot Sp. j., 59-970 Zawidów, ul. Wierzbowa 6**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 w **Koninie**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Kopalnia Węgla Brunatnego "Konin" w Kleczewie Spółka Akcyjna, 62-540 Kleczew, ul. 600-lecia 9 (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę do KWB „Konin" w Kleczewie S.A elementów przenośników B-1800.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 15 marca 2011 r. zamawiający, pismem przesłanym w formie faksu, zawiadomił wykonawców, w tym Fabrykę Maszyn "FAMAZ" B. Kłopot Sp. j., 59-970 Zawidów, ul. Wierzbowa 6 (dalej: „odwołujący" lub „FAMAZ") o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą - w części 3 i 4 - uznano ofertę wykonawcy FUGO S.A. ul. Przemysłowa 85, 62-510 Konin (dalej: „FUGO" lub „przystępujący")

W dniu 21 marca 2011 r. FAMAZ wniósł odwołanie od decyzji zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 i 4 za którą uznano ofertę wykonawcy FUGO. Odwołujący wnosił o zmianę zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty FUGO jako niezgodnej z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz" lub „specyfikacja").

W uzasadnieniu odwołania FAMAZ wskazywał, że zamawiający określił wymagania odnośnie udzielenia gwarancji na wyrób: min. 24 miesiące od daty zabudowy lecz nie dłużej niż 36 miesięcy od daty dostawy. Firma Kopex Famago Sp. z o.o., ul. Fabryczna 10, 59-900 Zgorzelec (dalej: „Kompex Famago"), udzieliła gwarancji na okres 12 miesięcy od daty zabudowy lecz nie dłużej niż 18 miesięcy od daty produkcji. Oferta ta jako niezgodna z załącznikiem do siwz została przez zamawiającego odrzucona. Odwołujący podnosił, że firma FUGO udzieliła gwarancji na okres: 24 miesięcy od daty zabudowy lecz nie dłużej niż 48 miesięcy od daty produkcji. W ocenie odwołującego ww. oferta również nie jest zgodna z załącznikiem do specyfikacji a została przyjęta jako najkorzystniejsza.

W dniu 22 marca 2011 r. zamawiający przesłał kopię odwołania FAMAŻ wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 25 marca 2011 r. w formie pisemnej (pismo opatrzone prezentatą Izby) zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca FUGO.

W dniu 24 marca 2011 r. w formie pisemnej (pismo opatrzone prezentatą Izby) zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie w której wnosił o :

1. oddalenie odwołania ,
2. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu pisma wskazywał, że ustawodawca uzależnił dopuszczalność zastosowania środka ochrony prawnej od spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę albo inny podmiot - interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku nie wykazania przez odwołującego ww. przesłanek dopuszczalności wniesienia odwołania, podlega ono oddaleniu . W ocenie zamawiającego, odwołujący nie wykazał ani interesu faktycznego ani możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a tym samym zachodzą przesłanki do oddalenia odwołania. Po drugie zamawiający podnosił, że wnoszący odwołanie jest zobowiązany na podstawie art. 180 Pzp, wskazać czynność lub zaniechanie czynności przez zamawiającego, której to czynności zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy. Ponadto należy przedstawić w zwięzły sposób zarzuty, a także określić żądanie oraz wskazać okoliczności faktyczne i prawne , które uzasadniają wniesienie odwołania. W ocenie zamawiającego żadna z tych przesłanek formalnych nie została spełniona w odwołaniu, co winno skutkować jego oddaleniem.

Zamawiający wyjaśniał, że przyjął, w drodze domniemania, że odwołanie dotyczy czynności polegającej na nieodrzczeniu oferty FUGO w związku z niespełnieniem warunku dotyczącego wymaganego przez zamawiającego okresu gwarancji. Zamawiający podnosił, że zgodnie z treścią siwz a w szczególności z treścią Specyfikacji Technicznej Przedmiotu Zamówienia (dalej: „STPZ”) stanowiącą załącznik nr 1 do siwz, zamawiający określił minimalne warunki gwarancji na przedmiot przetargu na 24 miesiące od daty zabudowy lecz nie dłużej niż 36 m-cy od daty dostawy. Zamawiający wyjaśniał, że zapis „ na minimum” dotyczy całej frazy tj. „24 miesiące od daty zabudowy lecz nie dłużej niż 36 m-cy od daty dostawy”. Zdaniem zamawiającego, w żaden sposób tego zapisu nie można i nie należało

interpretować tak, że jeżeli wykonawca określi w swojej ofercie warunki gwarancji korzystniejszej niż określone przez zamawiającego minimalne w siwz, poprzez np. zaoferowanie jak w przypadku FUGO gwarancji na okres 24 miesiące od daty zabudowy lecz nie dłużej niż 48 miesięcy od daty dostawy, to oferta ta jako niezgodna z warunkami siwz i winna zostać odrzucona. Jako dodatkowe uzasadnienie zamawiający podał, że zarówno w treści umowy stanowiącej załącznik do siwz, jak również w treści formularza ofertowego zostały wykropkowane miejsca na określenie warunków gwarancji. Ponadto co do treści specyfikacji w tym zakresie żaden ze składających oferty wykonawców nie zgłaszał pytań, co wskazuje zdaniem zamawiającego, że dla wszystkich zapis był czytelny, a złożone oferty powyższe stanowisko potwierdzają. Zamawiający podkreślał, że interpretacja zmierzająca do odrzucenia oferty wykonawcy, który oferuje warunki gwarancji korzystniejsze niż określone minimalne w siwz, prowadziłoby do zaburzenia celów zamówień publicznych, którymi są przede wszystkim zachowanie konkurencyjności i wybór oferty najkorzystniejszej.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego na rozprawie oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Izba ustaliła, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz - Specyfikacja Techniczna Przedmiotu Zamówienia – w części I „Postanowienia ogólne” w pkt. VI zamawiający określił wymagania odnośnie gwarancji na zamawiane wyroby w ten sposób: „gwarancja na wykonane wyroby – min. 24 miesiące od daty zabudowy lecz nie dłużej niż 36 miesięcy od daty dostawy”.

W formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do siwz w pkt. 4 zamawiający zawarł następujący zapis: „Na przedmiot zamówienia udzielamy gwarancji: (...) – dla części 4 na okres .... miesięcy od daty zabudowy lecz nie dłużej niż ... miesięcy od daty dostawy. Analogiczny zapis został powtórzony w § 6 ust. 1 projektu umowy, który stanowił załącznik nr 4 do siwz.

Na stronie 3 (formularz ofertowy) w pkt. 4 złożonej oferty przystępujący oświadczył, że na przedmiot zamówienia udziela gwarancji: – dla części 4 na okres 24 miesięcy od daty zabudowy lecz nie dłużej niż 48 miesięcy od daty dostawy.

Zgodnie z zapisami w części XIII specyfikacji zamawiający jako jedyne kryterium w postępowaniu określił cenę (100%).

Podczas rozprawy odwołujący wycofał zarzut dotyczący odrzucenia oferty FUGO w zakresie części 3 z uwagi na fakt, że nie złożył oferty w postępowaniu w części nr 3.

W formularz ofertowym w pkt. 4 złożonej oferty wykonawca wykonawcy Kopex Famago, oświadczył, że na przedmiot zamówienia udziela gwarancji: – dla części 3 i 4 - na okres 12 miesięcy od daty zabudowy lecz nie dłużej niż 18 miesięcy od daty dostawy.

**Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w części nr 4 w niniejszym postępowaniu. Tym samym odwołujący posiada interes zarówno faktyczny jak i prawny, ponieważ w przypadku potwierdzenia się zarzutu jego oferta może zostać uznana za najkorzystniejszą oraz może on ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z uwagi na nieuzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp.

Kolejno Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy FUGO.

Po rozpoznaniu zarzutów w zakresie naruszenia przez zamawiającego dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FUGO, Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy treść oferty FUGO w części 4 w zakresie dotyczącym okresu gwarancji na oferowane wyroby jest zgodna z zapisami siwz w przedmiotowym postępowaniu ? Na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Bezspornym jest, że zamawiający określając wymagania dotyczące terminów gwarancyjnych na zamawiane wyroby podzielił je na dwie kategorie, w zależności od poszczególnych czynności natury organizacyjnej oraz związanych z dalszym ich zagospodarowaniem, co też znalazło odzwierciedlenie w zapisach siwz. Zatem pierwsza kategoria zapisów specyfikacji (zał. nr 1 do siwz) dotycząca terminów gwarancyjnych została

określona w ten sposób, że bieg terminu gwarancyjnego rozpoczynał się „od daty zabudowy” natomiast kolejną kategorię zamawiający skonstruował tak, że bieg terminu gwarancji rozpoczynał się „od daty dostawy”.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, prezentowanym na rozprawie w zakresie celowości zawarcia w treści siwz zapisów rozróżniających terminy gwarancyjne dla procesu zabudowy oraz dostawy. Zamawiający wskazywał, że poszczególne części są dostarczane, ale nie od razu podlegają zabudowie. Tym samym, poprzez wymaganie okresu gwarancyjnego na poziomie 36 miesięcy od daty dostawy, zamawiający chciał wydłużyć okres gwarancji na dostarczane części, które nie podlegają od razu zabudowie.

W ocenie Izby analiza treści oferty FUGO w zakresie terminów gwarancyjnych jasno wskazuje, że wykonawca spełnił wymagania zamawiającego, ponieważ wskazał terminy gwarancyjne na zaoferowane wyroby w granicach określonych przez zamawiającego, tj. 24 miesiące od daty zabudowy i 48 miesięcy od daty dostawy. Izba wskazuje, że poprzez określenie w ofercie gwarancji o 12 miesięcy dłuższej przystępujący zaoferował zamawiającemu dodatkowy, bardziej korzystny, termin gwarancyjny na oferowane wyroby, w którym bezsprzecznie mieści się w termin określony w załączniku nr 1 do siwz. Wobec powyższego, zdaniem Izby w przedmiotowym stanie faktycznym niezasadnym jest twierdzenie, że treści oferty FUGO jest niezgodna z treścią specyfikacji i tym samym oferta winna podlegać odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Nie sposób się również zgodzić z argumentacją oraz stanowiskiem odwołującego, który podnosił, że oferta wykonawcy Kopex Famago, w której udzielono gwarancji na okres 12 miesięcy od daty zabudowy lecz nie dłużej niż 18 miesięcy od daty produkcji, została przez zamawiającego odrzucona jako niezgodna z siwz, a tym samym oferta przystępującego powinna być również odrzucona z uwagi na ten sam zarzut.

Izba podkreśla, że terminy gwarancyjne wskazane w ofercie Kopex Famago są terminami, które nie mieszczą się w minimalnych terminach określonych postanowieniami specyfikacji przez zamawiającego. W związku z powyższym nieuprawnione jest w tym zakresie stosowanie przez odwołującego analogii w odniesieniu do oferty FUGO.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3 pkt. 1, § 5 ust. 3 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:**

.....