

Sygn. akt: KIO 1219/11

WYROK

z dnia 22 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2011 r. przez **Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o. w Bielsku-Białej** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Skarb Państwa - Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu**.

przy udziale **Wawraszek ISS Sp. z o.o. Sp. K. w Bielsku-Białej** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o. w Bielsku-Białej** i :
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o. w Bielsku-Białej** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o. w Bielsku-Białej** na rzecz **Skarbu Państwa - Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione 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. 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 **Toruniu**.

Przewodniczący:

sygn. akt KIO 1219/11

UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa - Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 9 sztuk samochodów ratownictwa technicznego (sprzętowych)".

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

W dniu 30.05.2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę Wawraszek ISS Sp. z o.o. Sp. K. w Bielsku-Białej.

W dniu 09.06.2011 r. Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o., w Bielsku-Białej wniosła odwołanie od ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy - przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „Wawraszek ISS Spółka z o.o.” Spółka komandytowa z Bielska-Białej, chociaż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy - przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Stolarczyk Mirosław PHU z Kielc, chociaż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
3. art. 91 ust. 1 ustawy - przez wybór oferty wykonawcy „Wawraszek ISS Spółka z o.o.” Spółka komandytowa, jako oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryterium oceny ofert określonym w SIWZ;
4. art. 7 ust. 1 ustawy PZP - poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy „Wawraszek ISS Spółka z o.o.” Spółka komandytowa jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności dokonania badania i oceny oferty odwołującego;
- 3) odrzucenia oferty „Wawraszek ISS Spółka z o.o.” jako oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty Stolarczyk Mirosław PHU z Kielc, jako oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
- 5) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wskazał istotne postanowienia umowy, będące w rzeczywistości wzorem/projektem umowy. W § 7 projektu umowy zamawiający określił obowiązki wykonawcy w zakresie dostarczenia i wydania odbiorcom dokumentów technicznych wraz z samochodami, precyzując w pkt. 5 zobowiązanie wykonawcy do dostarczenia kompletu dokumentacji niezbędnej do rejestracji w Urzędzie Dozoru Technicznego - dla urzędów podlegających pod dozór techniczny. Rodzaje urzędów technicznych,

które podlegają pod dozór techniczny określa rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 16 lipca 2002 r. w sprawie rodzajów urządzeń technicznych podlegających dozorowi technicznemu (Dz. U. Nr 120, poz. 1021 ze zm.). W § 1 pkt. 6 tego rozporządzenia wskazano, że dozorowi technicznemu podlegają maszyny służące do przemieszczania osób lub ładunków w ograniczonym zasięgu: a) wciągarki i wciągniki, b) suwnice, c) żurawie. W wymaganiach technicznych stanowiących załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt 3.1 Zamawiający wymagał m.in. aby oferowane samochody ratownictwa technicznego posiadały żuraw hydrauliczny zamontowany z tyłu pojazdu.

Wykonawcy Wawraszek ISS Spółka z o.o. Spółka komandytowa oraz Stolarczyk Mirosław PHU zaoferowali żuraw hydrauliczny firmy Fassi model F150A.23, który przed wprowadzeniem do obrotu nie został poddany ocenie zgodności, o której mowa w art. 6 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2010 r. Nr 138, poz. 935 ze zm.). Dokonanie oceny zgodności jest obowiązkowe przed wprowadzeniem wyrobu do obrotu lub oddaniem do użytku. Szczegółowe wymagania w zakresie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia dotyczące projektowania i wykonywania wprowadzanych do obrotu lub oddawanych do użytku maszyn, do których zalicza się żurawie hydrauliczne montowane na samochodach ratownictwa technicznego, zostały określone w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz. U. Nr 199, poz. 1228 ze zm.) implementującego przepisy dyrektywy maszynowej 2006/42/WE. W celu poświadczenia zgodności maszyny z przepisami rozporządzenia, producent lub jego upoważniony przedstawiciel stosuje jedną z procedur oceny zgodności, o których mowa w § 127 ust. 2-4. Żurawie hydrauliczne należące do kategorii urządzeń do podnoszenia osób lub osób i towarów, stwarzających ryzyko upadku z wysokości większej niż 3 m (załącznik nr 5 do rozporządzenia pkt. 17). Zastosowanie odpowiedniej procedury oceny zgodności zależy od tego czy żuraw hydrauliczny został wyprodukowany zgodnie z normami zharmonizowanymi oraz pod warunkiem, że normy te obejmują wszystkie odpowiednie zasadnicze wymagania w zakresie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia. Nawet przyjmując najbardziej korzystny dla Wykonawcy sposób produkcji, producent lub jego upoważniony przedstawiciel jest zobowiązanych do zastosowania jednej z następujących procedur:

- 1) procedury oceny zgodności połączoną z kontrolą wewnętrzną na etapie wykonania maszyny, o której mowa w pkt 1 załącznika nr 6 do rozporządzenia;
- 2) procedury badania typu WE, o której mowa w pkt 2 załącznika nr 6 do rozporządzenia, wraz z kontrolą wewnętrzną na etapie wykonania maszyny, o której mowa w pkt 1.3 załącznika nr 6 do rozporządzenia;
- 3) procedury pełnego zapewnienia jakości, o której mowa w pkt 3 załącznika nr 6 do rozporządzenia.

Najprostsza z wymienionych procedur polegająca na ocenie zgodności połączonej z kontrolą wewnętrzną zgodnie z którą producent albo jego upoważniony przedstawiciel (...) zapewnia i oświadcza, że dana maszyna spełnia odpowiednie wymagania rozporządzenia, na etapie wykonania maszyny zakłada opracowanie dokumentacji technicznej zawierającej m.in. kopię deklaracji zgodności WE, dla każdego reprezentatywnego modelu produkowanej maszyny.

Deklaracja zgodności WE opisana w załączniku nr 3 powinna zawierać m.in.:

Pkt. 1.3.5. nazwę, adres i numer identyfikacyjny jednostki notyfikowanej, która przeprowadziła badanie typu WE. o którym mowa w pkt 2 załącznika nr 6 do rozporządzenia, oraz numer certyfikatu badania typu WE.

lub

Pkt. 1.3.6. nazwę, adres i numer identyfikacyjny jednostki notyfikowanej, która zatwierdziła system pełnego zapewnienia jakości, o którym mowa w pkt 3 załącznika nr 6 do rozporządzenia.

Natomiast badanie typu WE jest procedurą, według której jednostka notyfikowana stwierdza i zaświadcza, że reprezentatywny model maszyny określonej w załączniku nr 5 do rozporządzenia - w tym przypadku żurawia hydraulicznego, spełnia przepisy rozporządzenia. Ostatnia z wymienionych procedur tj. pełne zapewnienie jakości polega na ocenie i zatwierdzeniu przez jednostkę notyfikowaną system jakości producenta maszyn określonych w załączniku nr 5 do rozporządzenia oraz monitorowaniu jego stosowania.

Zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Gospodarki jeżeli urządzenie wprowadzane do obrotu lub do użytkowania spełniają przepisy poprzednio obowiązującego rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 20 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn i elementów bezpieczeństwa (Dz. U. Nr 259, poz. 2170) wprowadzającego do prawa krajowego przepisy dyrektywy maszynowej

98/37/W-E, a nie spełniają przepisów nowego rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. (w tym również dyrektywy 2006/42/WE) to wprowadzenie ich do obrotu lub użytkowania od 29 grudnia 2009 r., jest naruszeniem obowiązujących przepisów.

Zaoferowany przez ww. wykonawców, żuraw marki FASSI model F150A.23 nie spełnia przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz. U. Nr 199, poz. 1228 ze zm.). Zgodnie z dyrektywa maszynową 2006/42/WE, a także implementującym ją wskazanym wyżej rozporządzeniem żurawie traktowane są jako maszyny ukończone, a co za tym idzie muszą spełniać przepisy tego rozporządzenia, a zwłaszcza § 91 ust. 2, §103 ust. 1 i § 105:

§ 91. 1. Maszyna poruszająca się po prowadnicy lub torze powinna być wyposażona w urządzenia zabezpieczające ją przed wypadnięciem.

2. Jeżeli pomimo stosowania urządzeń, o których mowa w ust. 1. pozostaje ryzyko wykołowania się lub uszkodzenia szyny, prowadnicy albo części jezdnych maszyny. należy zastosować takie urządzenia, które zapobiegają upadkowi sprzętu lub części, wypadnięciu ładunku lub też wywróceniu się maszyny.

§ 103.1. W momencie wprowadzania do obrotu lub oddawania do użytku maszyny podnoszącej lub osprzętu do podnoszenia producent lub jego upoważniony przedstawiciel powinien zapewnić, przez podjęcie właściwych środków lub zlecenie ich wykonania, aby maszyny lub osprzęt nośny w stanie gotowym do użytku, obsługiwane ręcznie jak i napędzane mechanicznie, mogły spełniać swoje funkcje w sposób bezpieczny.

§ 105. Maszyna z napędem innym niż ręczny o maksymalnym udźwigu nie mniejszym niż 1 000 kg lub o momencie wywracającym nie mniejszym niż 40 000 Nm powinna być wyposażona w urządzenia ostrzegające kierowcę i zapobiegające niebezpiecznym ruchom, w przypadku:

- 1) przeciążenia maszyny spowodowanego przekroczeniem maksymalnego udźwigu lub
- 2) przeciążenia maszyny spowodowanego przekroczeniem maksymalnego dopuszczalnego momentu na skutek obciążenia;
- 3) przekroczenia momentu wywracającego.

W poprzedniej dyrektywie 98/37/WE żurawie były traktowane jako urządzenia nie ukończone.

Z powyższych przepisów wynika, że żuraw jako maszyna powinien być wyposażony w urządzenia pozwalające na wykonanie danej operacji biorąc pod uwagę stateczność oraz ładunek. W zależności od poziomu rozłożenia nóg żuraw powinienem sam decydować na jakim rozłożeniu ramienia, stateczności może podnieść jaki ładunek. Firma Fassi w modelu F150A.23 prowadziła czujnik rozłożenia nóg lecz nadal udźwieg zależny jest od ciśnienia układu hydraulicznego (rym większy ciężar podnoszony, tym większe ciśnienie w układzie), a nie od stateczności urządzenia (urządzenie + podwozie). W związku z tym żuraw nie jest zabezpieczony przed niebezpiecznymi ruchami, w przypadku przekroczenia momentu wywracającego, o którym mowa w § 105 pkt 3 cytowanego wyżej rozporządzenia.

W związku z powyższym, w ocenie odwołującego nie można uznać, że ww. oferty odpowiadają treści projektu umowy będącym integralną częścią siwz. Nie jest bowiem możliwe dostarczenie kompletu dokumentacji niezbędnej do rejestracji w Urzędzie Dozoru Technicznego, ponieważ oferowany żuraw marki FASSI model F150A.23 został wprowadzony do obrotu z pominięciem przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz. U. Nr 199, poz. 1228 ze zm.) oraz ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2010 r. Nr 138, poz. 935 ze zm.).

Ponadto według odwołującego zaoferowanie urządzenia nie dopuszczonego do obrotu należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.).

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z § 7 pkt 5) projektu umowy stanowiącego zał. nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zamawiający wymagał aby wraz z dostarczonymi samochodami dostarczony został komplet dokumentacji niezbędny do rejestracji w Urzędzie Dozoru Technicznego (UDT) – dla urządzeń polegających pod dozór techniczny.

Zgodnie z pkt. 11.3 tabeli załącznika nr 1 do „Opisu technicznego przedmiotu zamówienia” stanowiącego część siwz wskazano, iż urządzenia podlegające dozorowi technicznemu muszą posiadać dopuszczenie UDT i stosowne dokumenty, dostarczone najpóźniej w dniu inspekcji techniczno-jakościowej u wykonawcy.

W rozdziale IV siwz, pkt 2, wiersz 9 tabeli (str. 5 siwz) zamawiający wskazał, iż wymaga dostarczenia świadectwa dopuszczenia do stosowania w ochronie przeciwpożarowej na terenie Polski wraz ze sprawozdaniem z badań zgodnie z art. 7 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r o ochronie przeciwpożarowej (Dz. U. z 2009 r. Nr 178, poz. 1380 ze zm.) najpóźniej 14 dni przed odbiorem, natomiast do oferty należy dołączyć stosowne oświadczenie.

Na str. 6 swojej oferty (str. 87 dokumentacji postępowania) wykonawca Wawraszek ISS Sp. z o.o. Sp. K. złożył oświadczenie, iż pojazdy, jak i sprzęt wchodzący w skład dostawy ujęty w wykazie wyrobów wymagających dopuszczenia do użytkowania posiadać będą aktualne świadectwa dopuszczenia wystawione zgodnie z powołanymi przez zamawiającego przepisami ustawy o ochronie przeciwpożarowej oraz z wymaganiami rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie wykazu wyrobów służących do zapewnienia bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia lub mienia, a także zasad wydania dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania (Dz. U. Nr 143, poz. 1002 ze zm.) i zostaną dostarczone najpóźniej na 14 dni przed odbiorem przedmiotu umowy. W ofercie ww. wykonawcy w części zatytułowanej „Opis techniczny przedmiotu zamówienia”, na str. 51 oferty (str. 131 dokumentacji postępowania) wskazano, iż w oferowanych pojazdach zostanie zamontowany żuraw hydrauliczny Fassi F150A.23 oraz wskazano, iż urządzenie to spełnia techniczne wymagania zamawiającego (zakres obrotu, rozwiązanie napędu pompy, podpory).

Izba uwzględniła w charakterze dowodu i oceniła w trakcie wyrokowania przedłożone przez odwołującego jego pismo z dnia 17.06.2011 r. (wraz z załącznikiem) skierowane do Urzędu Dozoru Technicznego w Warszawie, w którym zwrócono się o przeprowadzenie kontroli żurawi Fassi – modeli F170A.22 I F230 AXP.23 użytkowanych we wskazanych Jednostkach Ratowniczo-Gaśniczych pod względem ich zgodności z przepisami Dyrektywy Maszynowej 2006/42/WE. Jako niezgodność będącą podstawą wniosku o przeprowadzenie kontroli wskazano brak w

urządzeniach wymaganej w § 105 pkt 3 ww. dyrektywy funkcji sygnalizacji przekroczenia momentu wywracającego.

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.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucał odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Natomiast według przepisu art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Następnie zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ponadto również zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Powyższe zasady w połączeniu z zasadą ekonomiki postępowania toczącego się przed Izba (jego szybkości) wynikającą m.in. z art. 189 ust. 1 Pzp, według którego Izba rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia, nakładają na strony obowiązek dochowania szczególnej staranności w tym zakresie. W szczególności stanowczego i niebudzącego wątpliwości udowodnienia wymaga stwierdzenie niezgodności treści oferty z treścią siwz obligujące do zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe oraz posiłkując się leżącą co do zasady u podstaw przytoczonych wyżej przepisów – *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* – stwierdzić

należy, iż w rozpatrywanym przypadku ciężar udowodnienia podnoszonej niezgodności oferty przystępującego z siwz spoczywał na odwołującym.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też w odnośnym orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności samych zobowiązań – opisanych przez zamawianego w siwz oraz przez wykonawcę w ofercie; lub polegać też może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczone w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami siwz.

Uwzględniając powyższe przy rozpatrywaniu niniejszej sprawy, w zależności od dwóch możliwych interpretacji treści zarzutu dotyczącego niezgodności oferty przystępującego z siwz podnoszonego w odwołaniu, stwierdzić należy, iż jest on albo oczywiście niezasadny albo odwołujący nie udowodnił twierdzeń i okoliczności stanowiących podstawę faktyczną zarzutu.

Mianowicie niezgodność oferty i siwz nie zachodzi w zakresie podnoszonego braku w ofercie dokumentów potwierdzających stosowne dopuszczenia dozoru technicznego dla oferowanych maszyn czy urządzeń. Zamawiając urządzenia o określonej charakterystyce, parametrach czy cechach użytkowych, które przy tym obligatoryjnie powinny posiadać wynikające z przepisów prawa, odpowiednie deklaracje zgodności i dopuszczenia w celu wprowadzenia ich do obrotu czy użytkowania, zamawiający nie musiał przeprowadzać weryfikacji ich spełniania w z góry określony sposób już na etapie składania ofert. Przytoczone w ustaleniach Izby postanowienia siwz są w tym zakresie jednoznaczne i nie wymagają żadnej pogłębionej interpretacji. Zamawiający na etapie składania ofert wymagał jedynie przedłożenia oświadczenia w przedmiocie przyszłego dopuszczenia oferowanych urządzeń przez dozór techniczny. Dokumenty przesądzające o powyższym dotyczące gotowych już urządzeń mają być dostarczone w trakcie odbioru dostawy. Jak wynika z ustaleń Izby w zakresie sposobu przygotowania oferty i potwierdzenia wymagań zamawiającego oferta przystępującego w pełni odpowiada siwz.

Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wybranej postawiony w przedmiotowym odwołaniu, nie polegał jednak tylko na podnoszeniu braku w ofercie dokumentów, o których mowa w § 7 załącznika nr 3 do siwz (umowa), ale na wskazaniu, iż zaoferowane urządzenia (w tym wypadku żuraw zamontowany na samochodzie) materialnie nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego w przedmiocie możliwości ich użytkowania czy wprowadzenia na rynek i tym samym nie będzie możliwe uzyskanie dokumentów przesądzających o powyższym. Mianowicie, wg odwołującego, ze względu na wskazywany brak funkcji sygnalizacji przekroczenia momentu wywracającego oferowane żurawie Fassi są niezgodne z § 105 pkt 3 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz. U. Nr 199, poz. 1228 ze zm.) i tym samym z implementowanymi w ten sposób przepisami tzw. dyrektywy maszynowej – dyrektywy nr 2006/42/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 maja 2006 r. (pkt 4.2.2. tiret 3). W zakresie tak sformułowanego zarzutu – wskazanej niezgodności oferty z siwz – stwierdzić należy, iż nie znajduje on żadnego oparcia w przedstawionym materiale dowodowym. Innymi słowy: odwołujący, którego w tym przypadku obciążał ciężar dowodu, nie udowodnił żadnych okoliczności, na które się powoływał i na których zarzut swój opierał. Dodać przy tym należy, iż przystępujący twierdzeniom odwołującego w całości zaprzeczał i wskazywał, iż żurawie które dostarczy spełnią wszystkie wymagania prawa i przejdą wszelkie stosowne procedury dopuszczające w tym rejestrację w UDT.

Izba wskazuje, iż poza gołosłownymi twierdzeniami odwołującego, nie miała żadnych podstaw aby uznać, iż wskazane w ofercie przystępującego żurawie przed ich dostarczeniem zamawiającemu nie przejdą procedur oceniających, o których mowa w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. Nr 166 poz. 1360 ze zm.), a następnie jako urządzenia wskazane w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 16 lipca 2002 r. w sprawie rodzajów urządzeń technicznych podlegających dozorowi technicznemu (Dz. U. Nr 120, poz. 1021 ze zm.) nie zostaną dopuszczone przez UDT do określonego użytkowania.

Przy czym zaznaczyć należy, iż samo zaoferowanie produktu w przetargu, zwłaszcza jeszcze niewyprodukowanego, nie jest jego wprowadzeniem do obrotu, o którym mowa w art. 6 ust 2 ww. ustawy, a który stanowi, iż dokonanie oceny zgodności, o której mowa w ust. 1, jest obowiązkowe przed wprowadzeniem wyrobu do obrotu (wprowadzenie do obrotu zdefiniowane zostało w art. 5 pkt 2 ww. ustawy). Zamawiający wymagał aby ocenę zgodności przeszły produkty, które zostaną dostarczone mu w ramach realizacji niniejszego zamówienia. Nie wymagał natomiast aby oferowane produkty posiadały już stosowne oceny czy dopuszczenia przed datą składania ofert.

Jedynie na marginesie, jako że nie jest to istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, Izba zaznacza, iż skoro zamawiający twierdzi, iż zamawia urządzenie służące jedynie do podnoszenia towarów trudno jest przyjąć i modalnie wywodzić, iż jest to urządzenie do podnoszenia osób lub osób i towarów, stwarzające ryzyko upadku z wysokości większej niż 3 m, wskazane w pkt 17 załącznika nr 5 do ww. rozporządzenia Ministra Gospodarki tylko w oparciu o to, iż faktycznie może służyć również do podnoszenia osób. Na tej zasadzie można właściwie stwierdzić, iż każdy przedmiot czy urządzenie przeznaczone przez producenta do określonych czynności może zostać faktycznie wykorzystane w innych celach jeżeli tylko jest fizyczna możliwość takiego jego zastosowania. Urządzenie, które nie jest przeznaczone do podnoszenia osób nie jest wymienione w załączniku nr 5 do ww. rozporządzenia i zgodnie z jego § 127 ust. 2 podlegało będzie procedurom oceny zgodności połączonym z kontrolą wewnętrzną na etapie wykonania maszyny, a nie procedurom wskazanym w ust. 3 i 4 ww. przepisu.

Dla wyczerpania oceny dowodów w sprawie wskazać również należy, iż dowód przedstawiony przez odwołującego – pismo z wnioskiem o wszczęcie kontroli przez UDT – umacnia tylko domniemanie zgodności z prawem oferowanych w ofercie rozwiązań i możliwości uzyskania i przedstawienia wszystkich niezbędnych dopuszczeń dla produktu. Pomijając fakt, iż nie jest pewne czy UDT jakiegokolwiek postępowanie wyjaśniające w wyniku otrzymania pisma odwołującego rzeczywiście przeprowadzi, a także jego wyniki nie są przesądzone, to przede wszystkim przedłożony dowód w żadnym razie nie kwestionuje zgodności z prawem oferowanych rozwiązań oraz nie służy do ich wykazania. Odwołujący nie podniósł w swoim piśmie jakichkolwiek zarzutów w stosunku do żurawia oferowanego w niniejszym postępowaniu. Jak wynika z załączonego do pisma spisu „nieprawidłowych” żurawi, żaden z nich nie jest żurawiem FASSI model F150A.23. Z powyższych względów, a także ze względu na szybkość i ekonomikę postępowania przed Izbą niezasadne byłoby odraczenie rozprawy w celu przeprowadzenia dowodu z ewentualnych wyników kontroli UDT.

Odnosnie zarzucanego popełnienia przez zaoferowanie ww. żurawia czynu nieuczciwej konkurencji Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 Nr 153 poz. 1503) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wobec nieudowodnienia okoliczności jakoby ww. urządzenie było niezgodne z przepisami dyrektywy maszynowej i przepisów ją implementujących, a tym samym nieudowodnieniem braku możliwości jego zgodnego z prawem wprowadzenia do obrotu, niewykazane pozostają również podstawy kwalifikacji

działań wykonawcy jako czyn nieuczciwej konkurencji – sprzeczność z prawem czy dobrymi obyczajami. Zaoferowanie maszyny nieposiadającej aktualnie dopuszczenia do obrotu nie jest niezgodne z prawem czy postanowieniami siwz. Dopiero zaoferowanie maszyny, która nie będzie mogła zostać wprowadzona do obrotu zgodnie z obowiązującymi przepisami lub dostarczenie maszyny niedopuszczonej do obrotu będzie niezgodne z prawem i wymaganiami zamawiającego i tym samym stanowić może czyn nieuczciwej konkurencji.

Powyższe stwierdzenia i ustalenia Izby analogicznie odnoszą się również do zarzutów dotyczących oferty Mirosława Stolarczyka. Ponadto nawet w przypadku gdyby zarzuty dotyczące jego oferty byłyby zasadne, to nie mogłyby to stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania ze względu na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy, który stanowi, iż Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tymczasem w rozpatrywanym przypadku wybór najkorzystniejszej oferty pozostaje niezmienny.

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 sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 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: