

**Sygn. akt: KIO 1102/17**

**WYROK**  
**z dnia 12 czerwca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca br. przez wykonawcę F. spółka akcyjna w K. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – J. S. W. spółkę akcyjną w J. Z.

przy udziale wykonawcy M. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę F. spółka akcyjna w K. i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę F. spółka akcyjna w K. tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy F. spółka akcyjnej w K. na rzecz J. S. W. spółki akcyjną w J. Z. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset 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 2015, poz. 2164 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 Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. J. S. W. spółka akcyjna w J. Z. (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest najem dwóch kombajnów chodnikowych wraz z niezbędnym wyposażeniem dla potrzeb J. S.A. K.,P.”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 1 czerwca 2017 r. wykonawca F. spółka akcyjna w K. (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych poprzez nieodrzuconie oferty firmy M. P. Sp. z o.o. z siedzibą w K., podczas gdy oferta tego wykonawcy nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a co za tym idzie, powinna zostać odrzucona;
2. art. 91 b ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie polegające na dopuszczeniu firmy M. P. Sp. z o.o. z siedzibą w K. do udziału w aukcji elektronicznej i zaproszeniu tego wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej, podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu, a w konsekwencji wykonawca ten nie powinien otrzymać zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej.

Następnie w dniu 8 czerwca br. Odwołujący złożył pismo, będące „uzupełnieniem odwołania”, zawierające nowe zarzuty na nowe czynności Zamawiającego, oraz kwestionujące kilkakrotne wzywianie do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W pkt XVII SIWZ „Opis sposobu przygotowania ofert” Zamawiający wskazał, że „Zawartość oferty i sposób jej sporządzenia musi być zgodny z wszystkimi postanowieniami niniejszej SIWZ”.

W pkt XVII pkt 3 SIWZ zapisano, że „pod pojęciem „Oferty” należy rozumieć druk

„OFERTA”, sporządzony wg Załącznika nr 2 do SIWZ oraz oświadczenia, wszelkie załączniki i dokumenty składane przez wykonawcę, których wymaga Zamawiający”.

Z kolei w załączniku nr 1 do SIWZ „Specyfikacja techniczna” w pkt VI „Dokumenty wymagane wraz z ofertą” Zamawiający wskazał trzy pozycje tj.:

1. Rysunek poglądowy kombajnu w trzech rzutach wraz z podstawowymi wymiarami.
2. Wykaz elementów transportowych kombajnu wraz z podaniem ich mas i maksymalnych gabarytów (szerokość, długość, wysokość).
3. Schematy:
  - a) układu hydraulicznego,
  - b) układu elektrycznego,
  - c) układu wodnego.

Uwzględniając definicję oferty zamieszczoną w pkt XVII pkt 3 SIWZ, gdzie Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że przez „ofertę” należy rozumieć nie tylko formularz oferty z załącznika nr 2 do SIWZ, ale także wszelkie dokumenty, które ma złożyć wykonawca, a które są wymagane przez Zamawiającego, nie może pozostawiać żadnych wątpliwości fakt, że dokumenty wymagane w Załączniku nr 1 pkt VI do SIWZ stanowiąc integralną część składanej przez każdego wykonawcę oferty.

W złożonej w niniejszym postępowaniu ofercie. Wykonawca M. P. Sp. z o.o. z siedzibą w K. nie zamieścił żadnego z dokumentów wymaganych w załączniku nr 1 pkt VI do SIWZ. Nie może być również mowy o tym, że dokumenty te nie zostały do oferty załączone omyłkowo, gdyż nie zostały one wymienione w spisie treści oferty. Wykonawca ten zamieścił wyłącznie sam formularz oferty zgodny ze wzorem z załącznika nr 2 do SIWZ.

Brak w ofercie dokumentów, o których mowa w Załączniku nr 1 pkt VI do SIWZ stanowi w sposób oczywisty o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, co z kolei stanowi podstawę do obligatoryjnego odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP.

Niezależnie od powyższego, należy wskazać na niezgodność treści oferty M. P. Sp. z o.o. z treścią SIWZ w następującym zakresie.

W załączniku nr 2 do SIWZ w pkt 8a) Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia o treści „Udzielamy gwarancji w całym okresie najmu licząc od daty protokolarnego odbioru technicznego z uruchomienia kombajnu na dole kopalni cały przedmiot zamówienia. Gwarancja obejmuje wady konstrukcyjne, materiałowe oraz wady funkcjonowania i wykonawstwa”. Jednocześnie w pkt 8 i) Załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający zaznaczył, że „Zapisy określone w punkcie 8 Druku Oferta są jedynymi warunkami gwarancji”.

Wykonawca M. P. Sp. z o.o. w swojej ofercie na stronie trzeciej zamieścił oświadczenie w punkcie 8 a) o treści: „Udzielamy gwarancji w całym okresie najmu licząc od daty protokolarnego odbioru technicznego z uruchomienia kombajnu na dole kopalni na cały

przedmiot zamówienia”. Wykonawca ten nie zawarł natomiast oświadczenia o treści „Gwarancja obejmuje wady konstrukcyjne, materiałowe oraz wady funkcjonowania i wykonawstwa”. Oferta jest w tym zakresie niezgodna z treścią SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca M. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K., którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów w nim podniesionych (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych). Zarzut składa się z podstawy faktycznej i prawnej – o ile podstawę prawną można często wywieść z prawidłowo opisanego uzasadnienia faktycznego, to braki w uzasadnieniu faktycznym są nienaprawialne – uzasadnienie faktyczne określa granice rozpoznania zarzutów odwołania.

Odwołujący składając odwołanie nie dysponował pełną dokumentacją postępowania – Zamawiający ma obowiązek ją udostępnić po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ. W załączniku nr 1 do SIWZ „Specyfikacja techniczna” w pkt VI „Dokumenty wymagane wraz z ofertą” (treść SIWZ wraz z załącznikami oraz innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu – w aktach postępowania) Zamawiający oczekiwał załączenia do oferty

rysunku poglądowego kombajnu w trzech rzutach wraz z podstawowymi wymiarami, wykazu elementów transportowych kombajnu wraz z podaniem ich mas i maksymalnych gabarytów (szerokość, długość, wysokość) oraz schematów. Zdaniem Odwołującego brak załączenia wyżej wymienionych dokumentów powinien skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego. W treści oferty wykonawca określał parametry oferowanego kombajnu. Wobec powyższego dodatkowe dokumenty, wymagane w załączniku do SIWZ (na marginesie należy zauważyć, że Zamawiający powinien formułować swoje żądania co do treści złożonej oferty, w tym koniecznych załączników, w jednym miejscu SIWZ, w celu łatwej identyfikacji oczekiwań Zamawiającego przez wykonawców), były składane na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Odwołujący nie twierdził, że parametry kombajnu nie zostały podane w ofercie Przystępującego. W konsekwencji dokumenty potwierdzające określone parametry mogły być uzupełniane i wyjaśniane na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Dlatego Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że czynności Zamawiającego podejmowane w tym zakresie nie były zgodne z ustawą.

Izba nie uwzględniła również zarzutu kilkukrotnego wzywania Przystępującego – wzywanie „do skutku” jednego z wykonawców prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wówczas, gdyby Zamawiający wzywał każdorazowo do uzupełnienia/wyjaśnienia tego samego zakresu, czego Odwołujący nie udowodnił. Prawo zamówień publicznych daje Zamawiającemu możliwość skorzystania z art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych oraz z art. 87 Prawa zamówień publicznych – korzystanie z tych uprawnień nie stanowi naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucał również, że Przystępujący na stronie trzeciej oferty zamieścił oświadczenie w punkcie 8 a) o treści: „Udzielamy gwarancji w całym okresie najmu licząc od daty protokolarnego odbioru technicznego z uruchomienia kombajnu na dole kopalni na cały przedmiot zamówienia”. Wykonawca ten nie zawarł natomiast oświadczenia o treści „Gwarancja obejmuje wady konstrukcyjne, materiałowe oraz wady funkcjonowania i wykonawstwa”. Zdaniem Odwołującego, oferta jest w tym zakresie niezgodna z treścią SIWZ.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego. Rzeczywiście pominięto w ofercie Przystępującego w składanym oświadczeniu jedno zdanie, jednak pominięte zdanie „Gwarancja obejmuje wady konstrukcyjne, materiałowe oraz wady funkcjonowania i wykonawstwa” nie było samodzielny oświadczeniem wykonawcy – Zamawiający nie oczekiwał od wykonawcy w tym zakresie żadnej inicjatywy, należało jedynie przekopiować całość oświadczenia ze wzoru Zamawiającego. Zdanie to znajdowało się w różnych

miejscach w dwóch różnych plikach (w różnych formatach), zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego – u góry i na dole strony, stąd omyłkowe pominięcie przez Przystępującego. W ocenie składu orzekającego, powyższe można uznać za oczywistą omyłkę pisarską (przeoczenie), nie dyskwalifikującą oferty (nieskutkującą jej odrzuceniem). W konsekwencji Izba oddaliła zarzut w tym zakresie. Odwołujący nie udowodnił, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:**

.....