

Sygn. akt: KIO 1967/11

WYROK

z dnia 21 września 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2011 roku przez wykonawcę **TAMTRON S.A. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Bialskie Wodociągi i Kanalizacja „WOD-KAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Białej Podlaskiej.**

przy udziale wykonawcy **FAYAT BOMAG Polska Sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego TAMTRON S.A. z siedzibą w Katowicach
i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Odwołującego się **TAMTRON S.A. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1967/11

Uzasadnienie

W dniu 12 września 2011 roku na ESP (pismem z dnia 9 września 2011 roku) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010r., nr 113, poz. 759 ze zmianami, zwana dalej: „ustawą Pzp”), odwołanie przesał wykonawca Odwołujący się **TAMTRON S.A. z siedzibą w Katowicach**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Białskie Wodociągi i Kanalizacja WOD-KAN Sp. z o.o. z siedzibą w Białej Podlaskiej**.

Przedmiotem zamówienia jest <<Dostawa maszyn i urządzeń do Zakładu Zagospodarowania Odpadów realizowana w ramach przedsięwzięcia: „Budowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów dla regionu Biała Podlaska”. Zamówienie częściowe nr 4 - dostawa kompaktora min. 30 Mg - szt. – 1>>.

Numer ogłoszenia o zamówieniu to 2011/S 127-210935, opublikowano je w dniu 6 lipca 2011 r.

Czynność Zamawiającego będąca przedmiotem odwołania odnosi się do badania i oceny ofert przez Zamawiającego, wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego

Zaskarżana czynność Zamawiającego badania i oceny ofert przez Zamawiającego została wykonana niezgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem w ramach badania Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty oferenta FAYAT BOMAG Polska Sp. z o.o. w Warszawie, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), natomiast zaskarżana czynność Zamawiającego - wybór oferty oferenta FAYAT BOMAG Polska Sp. z o.o. przez Zamawiającego, jako konsekwencja naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp albowiem to oferta Odwołującego się była najkorzystniejszą ofertą, która zdobyła największą ilość punktów spełniając jednocześnie wszelkie warunki SIWZ.

Odwołujący się zarzuca zatem naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia dokonanego przez Zamawiającego wyboru oferty FAYAT BOMAG Polska Sp. z o.o. w Warszawie oraz dokonanie ponownego badania i oceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu - w tym w szczególności oferty Odwołującego.

Odwołujący się wskazuje, że ma interes prawny w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy zgodnie z wnioskiem albowiem jego oferta zgodna z warunkami SIWZ jest najkorzystniejszą ofertą, która uzyskała najwyższą ilość punktów.

W uzasadnieniu wskazano, że Zamawiający - w części III SIWZ zawierającej szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (str. 113) określił, że urządzenie będące

przedmiotem części 4 zamówienia - kompaktor, powinno posiadać sztywną ramę bez możliwości wahanía na boki. W ramach prowadzonego przez Zamawiającego przetargu złożone zostały 3 oferty na realizację części 4 Zamówienia, w tym prawidłowo i w terminie została złożona oferta Odwołującego. Odwołujący się zaoferował w przetargu maszynę firmy TANA Gx320, która spełnia wszelkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ, w tym w szczególności maszyna oferowana przez Odwołującego się jest maszyną opartą o konstrukcję sztywnej ramy.

Swoją ofertę złożył również wykonawca FAYAT BOMAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Oferta spółki FAYAT BOMAG Polska Sp. z o.o. opiewała na urządzenie marki BOMAG BC 672 RB - 2, które to urządzenie jest oparte o ramę ruchomą tj. o przegubie wahliwo - łamliwym. Oferent FAYAT BOMAG Polska Sp. z o.o. określił w swojej ofercie, że istnieje możliwość zablokowania wahanía przegubu (co wynika z załącznika nr 6, strona 14 - wykaz gwarantowanych parametrów technicznych dostawy maszyny).

W dniu 1 września 2011 roku do Odwołującego wpłynęło za pośrednictwem faxu zawiadomienie o dokonaniu przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający poinformował, że dokonał wyboru oferty złożonej przez FAYAT BOMAG Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, która zdobyła w postępowaniu przetargowym 99,80 punktów. Kolejną ofertą według ilości zdobytych punktów była oferta Odwołującego się, która zdobyła 93,60 punktów, natomiast oferta trzeciego z podmiotów, które złożyły oferty w ramach Zamówienia uzyskała 75,40 punktów.

Odwołujący się po otrzymaniu zawiadomienia swoje wątpliwości co do spełniania warunków SIWZ przez maszynę zaoferowaną przez FAYAT BOMAG Polska Sp. z o.o. zgłosił Zamawiającemu pismami z dnia 01.09.2011r. oraz z dnia 06.09.2011r., niestety wątpliwości zgłoszone przez Odwołującego się pozostały bez reakcji Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że redakcja SIWZ Zamawiającego nie pozostawia żadnych wątpliwości w zakresie wymogu, co do tego, w jaki rodzaj ramy ma być wyposażony kompaktor będący przedmiotem części 4 Zamówienia. Zamawiający określił, że ma być to sztywna rama bez możliwości, wahanía na boki. Maszyna będąca przedmiotem zwycięskiej oferty to maszyna BOMAG BC 672 RB-2, która jest maszyną opartą o ramę ruchomą (wahliwo-łamliwą). Wobec powyższego konstrukcja maszyny BOMAG BC 672 RB - 2 opartej o zupełnie inne rozwiązanie techniczne niż wymagane przez Zamawiającego stanowi podstawę do odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp albowiem jest to rozbieżność z warunkami SIWZ o istotnym charakterze, która jest nieusuwalna , w tym w szczególności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3.

Określenie przez oferenta FAYAT BOMAG Polska Sp. zo.o., że istnieje możliwość usztywnienia ramy nie stanowi spełnienia warunku SIWZ w zakresie zapewnienia maszyny o sztywnej ramie. W pierwszej kolejności Zamawiający w SIWZ określił, że oferowana

maszyna nie powinna w ogóle dawać takiej możliwości, aby jej rama ulegała jakimkolwiek wychyleniom. W dalszej kolejności w ocenie Odwołującego się, nie istnienie możliwość usztywnienia ramy maszyny oferowanej przez FAYAT BOMAG Polska Sp. z o.o., w tym w szczególności w taki sposób, aby zapewnić nie tylko parametry oferowane przez maszyny o sztywnej konstrukcji ramy, ale także i bezpieczeństwo użytkownika.

Sztywna rama kompaktora jest elementem istotnym konstrukcyjnie ze względu na przeznaczenie takiego urządzenia. Maszyna o wadze ponad 30 ton, której konstrukcja oparta jest na sztywnej ramie, zapewnia lepsze efekty pracy tj. zapewnia znacznie lepsze zagęszczenie odpadów, albowiem nie ulega wychyleniom na boki i zapewnia równomierny rozkład masy na podłożu, po którym się porusza w tym w szczególności w przypadkach pracy na nierównomiernym podłożu. Należy zwrócić szczególną uwagę, że kompaktory przeznaczone do pracy na wysypiskach śmieci, niewątpliwie będą pracowały w warunkach w których będą tworzyły się uskoki ze względu na nierównomierny rozkład odpadów, w takich warunkach kompaktory oparte na ruchomej konstrukcji poruszając się po zróżnicowanym podłożu ze względu na możliwość wychylenia się ramy, nie zapewniają takich efektów pracy jak kompaktory oparte o sztywną ramę.

Odwołujący się wskazuje, że oferujący FAYAT BOMAG Polska Sp. z o. o oświadczył, że istnieje możliwość usztywnienia ramy, jednakże w żaden sposób nie określił za pomocą, jakich środków i rozwiązań technicznych chciałby osiągnąć ten efekt. Aktualnie w ofercie producenta BOMAG nie znajdują się urządzenia, w tym w szczególności w model BC 672 RB - 2 które posiadałyby sztywną ramę lub dawały fabrycznie możliwość jej usztywnienia. Wobec czego aby dokonać usztywnienia ich ramy należałoby zastosować rozwiązanie nieoferowane przez producenta maszyny. Odwołujący się wskazuje, że rozwiązanie takie jest przede wszystkim rozwiązaniem niebezpiecznym dla operatora maszyny, kompaktor jako urządzenie o ogromnej masie działające w trudnych warunkach podlega działaniu ogromnych sił, usztywnienie ramy za pomocą środków nie pochodzących od producenta i nie przebadanych jakościowo może poważnie zagrażać bezpieczeństwu i zdrowiu operatora.

Dalej Odwołujący się wskazuje, że wszelkie przeróbki maszyny w tym konstrukcyjnie istotne, jak usztywnienie ramy pojazdu wyprodukowanego jako pojazd o ruchomej konstrukcji, nie autoryzowane przez producenta, w oczywisty sposób naruszają warunki jego użytkowania. Znacząca ingerencja w maszynę może również powodować ograniczenie lub uniemożliwienie prawidłowej eksploatacji. W ocenie Odwołującego się taka ingerencja w konstrukcję urządzenia niewątpliwie doprowadzi do zmniejszenia efektywności ubijania - czyli zmniejszy parametry użytkowe pojazdu będące jego podstawowym przeznaczeniem. Odwołujący się zwraca uwagę, że przeróbki o takim zakresie, jakie proponuje oferujący FAYAT BOMAG Polska Sp. z o.o. mogą również stanowić podstawę do utraty gwarancji

producenta, który to warunek jest również istotnym warunkiem stawianym przez Zamawiającego w SIWZ.

Mając na uwadze brak fabrycznej możliwości usztywnienia ramy oferowanego przez FAYAT BOMAG Polska Sp. z o.o. urządzenie Odwołujący zwraca uwagę, że faktycznie urządzenie z przeróbkami mającymi na celu zmianę jego podstawowych właściwości konstrukcyjnych będzie urządzeniem prototypowym wyposażonym w zmiany niebadane o nieznannej jakości i wytrzymałości. Odwołujący się zwraca uwagę, że zgodnie z treścią warunków ogólnych pkt 2 ust. 3), części III SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia (str. 98 SIWZ) oferowane maszyny mają być produktami typowymi, które to postanowienie zostało powtórzone w zakresie opisu szczegółowego kompaktora będącego przedmiotem zamówienia - pkt 4 ust. 2 str. 112 SIWZ.

W ocenie Odwołującego się oferta spółki FAYAT BOMAG Polska Sp. z o.o. powinna być podlegać odrzuceniu już na etapie badania ofert przez Zamawiającego ze względu na niespełnianie przez oferowaną maszynę warunków określonych w SIWZ.

Uchybienie Zamawiającego w powyższym zakresie doprowadziło do dokonania przez Zamawiającego błędnego wyboru najkorzystniejszej oferty, albowiem najkorzystniejszą ofertą niepodlegającą odrzuceniu w ramach postępowania o udzielenie Zamówienia była oferta Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, należy uznać, że czynności Zamawiającego polegające na wyborze oferty FAYAT BOMAG Polska Sp. z o.o. w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej, na skutek pominięcia przy badaniu i ocenie ofert, faktu sprzeczności z SIWZ oferty FAYAT BOMAG Polska Sp. z o.o. oraz dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej należy uznać za sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, co uzasadnia złożenie niniejszego odwołania.

W dniu 16 września 2011 roku, w wyniku wezwania z dnia 13 września 2011 roku, do postępowania odwoławczego, na podstawie art. na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **FAYAT BOMAG Polska Sp. z o.o. w Warszawie**, wnosząc o oddalenie odwołania TAMTRON S.A.

Wskazano, że interes wykonawcy w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wynika z tego, iż oferta wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą, a podstawy oceny ofert oraz wybór oferty wykonawcy zostały zakwestionowane przez TAMTRON S.A. w odwołaniu. Wnioski zawarte w odwołaniu prowadzą się do unieważnienia wyboru oferty wykonawcy i ponownego badania innych złożonych ofert. Stąd wykonawca ma bezpośredni interes w oddaleniu odwołania TAMTRON S.A.

W uzasadnieniu wskazano, że stanowisko TAMTRON S.A. wyrażone w odwołaniu jest całkowicie niezasadne.

Po pierwsze, zauważono, że wykonawca dostarczy Zamawiającemu kompaktor BOMAG model BC 672 RB-2 z wyposażeniem i parametrami technicznymi zgodnymi z wymaganiami SIWZ (kompaktor oparty na ramie sztywnej). Producent - firma BOMAG - każdą produkowaną maszynę jest w stanie wyposażyć w wiele dodatkowych opcji, które nie są ujęte w ogólnodostępnych katalogach produktów, na które to katalogi powołuje się TAMTRON S.A. w swoim odwołaniu. Zainstalowana opcja maszyny dostarczanej Zamawiającemu zapewni jej usztywnienie zgodne z wymogami SIWZ. Wahanie przegubu jest rozwiązaniem technicznym standardowo stosowanym w kompaktorach firmy Bomag opisywanym w katalogach producenta, przy czym istnieje możliwość zmiany tej opcji poprzez usztywnienie ramy. Takie rozwiązanie - zgodne z warunkami SIWZ - zastosuje wykonawca w odniesieniu do egzemplarza maszyny, który będzie dostarczany Zamawiającemu.

Po drugie, zainstalowana opcje wyposażenia dodatkowego zapewniająca usztywnienie kompaktora w żadnym stopniu nie spowoduje utraty gwarancji przez użytkownika (Zamawiającego), ponieważ dokonana zostanie za zgodą i wiedzą producenta maszyny. Usztywnienie ramy jest rozwiązaniem dopuszczonym i akceptowanym przez producenta i niejednokrotnie stosowanym. Trudno zatem zgodzić się z argumentem TAMTRON S.A. jakoby maszyna wykonawcy miała charakter prototypu.

Po trzecie, usztywnienie ramy kompaktora dostarczanego przez wykonawcę nie pogorszy w żadnym stopniu parametrów użytkowania kompaktora oraz nie stworzy zagrożenia dla operatora, jak i samej maszyny, co zdaje się sugerować TAMTRON S.A. we wniesionym odwołaniu. W szczególności, usztywnienie ramy nie spowoduje zmniejszenia efektywności działania maszyny.

Argumenty Odwołującego oparte na mylnych przesłankach i założeniach - są całkowicie niezasadne. Bezpodstawność twierdzeń TAMTRON S.A. doprowadziła do błędnego wniosku, jakoby maszyna firmy Bomag nie spełniała warunków technicznych określonych w SIWZ. Zdaniem Wykonawcy, brak jest jakichkolwiek przesłanek, które wskazywać mogłyby na to, iż maszyna firmy Bomag dostarczana przez Wykonawcę nie spełnia wymogu „usztywnionej ramy”, co mogłoby wskazywać na niezgodność jej parametrów z SIWZ.

Zamawiający w dniu 20 września 2011 roku przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

W uzasadnieniu wskazał, że zarzuty Odwołującego sprowadzają się do odstąpienia przez Zamawiającego w procesie badania i oceny składanych ofert od literalnego zapisu

SIWZ mówiącego o „sztywnej ramie bez możliwości wahan na boki" na rzecz zapisu oferty wykonawcy mówiącej o „ramie ruchomej z możliwością usztywnienia".

Opis przedmiotu zamówienia ma przede wszystkim charakter funkcjonalny a nie literalny. Gdyby treść opisu przedmiotu zamówienia potraktować przy ocenie ofert w sposób sugerowany przez Odwołującego, powodowałoby to niedopuszczenie do składania ofert o rozwiązaniach technologicznie różnych, jednak z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego tożsamy, a w konsekwencji ograniczyłoby konkurencję. Z punktu widzenia funkcjonalności/ co w przypadku Zamawiającego jest elementem przewodnim/ produkt wykonawcy spełnia oczekiwania Zamawiającego.

Nie wydaje się również, by trafne były uwagi Odwołującego, dotyczące pogorszenia warunków bezpieczeństwa, utraty gwarancji itp. Czynności związane z usztywnieniem ramy dokonuje wykonawca i nie może to wpłynąć na zmianę innych postanowień SIWZ.

Zrozumiałe jest, że Odwołujący stosuje argumentację mającą na celu udowodnienie wyższości swojego produktu i zdyskredytowanie produktu wykonawcy, jednak Zamawiający nie odnosi się do tych twierdzeń, albowiem z punktu SIWZ nie mają one istotnego znaczenia i nie dotyczą bezpośrednio stawianych zarzutów.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, mogąca stanowić przesłankę odrzucenia oferty na podstawie wnioskowanego przez Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zdaniem Zamawiającego zachodzi tylko wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania oczekiwaniom Zamawiającego. Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 1174/11) w zakresie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, którą należy oceniać poprzez pryzmat pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 § 1 k.c., a zatem jako niezgodność oświadczenia woli wykonawcy w stosunku do oczekiwań zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia.

Z punktu widzenia funkcjonalności przedmiotu zamówienia i oczekiwanych przez Zamawiającego parametrów, nie ma niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy a oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

W kontekście powyższego, Zamawiający reprezentuje pogląd, że nie zostały wyczerpane dyspozycje art. 7 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy stanowiące podstawę odwołania, albowiem z punktu widzenia funkcjonalności przedmiotu zamówienia oferowanego przez Wykonawcę, nie zostały naruszone zarzucane w odwołaniu uwarunkowania SIWZ.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w jego złożeniu. Izba z urzędu, w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania ze ścieżki odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego, zgodnie z przyjętym w postępowaniu kryteriami oceny ofert – ceny oraz okresu gwarancji, zajmuje drugie miejsce w rankingu wykonawców, a więc w przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących oceny ofert wybranej, ma on realną szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący wykazał także, że nieuwzględnienie odwołania może skutkować poniesieniem przez niego szkody. Tym samym, wypełnione zostały materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest <<Dostawa maszyn i urządzeń do Zakładu Zagospodarowania Odpadów realizowana w ramach przedsięwzięcia: „Budowa Zakładu

Zagospodarowania Odpadów dla regionu Biała Podlaska". Zamówienie częściowe nr 4 - dostawa kompaktora min. 30 Mg - szt. – 1>>.

Numer ogłoszenia o zamówieniu to 2011/S 127-210935, opublikowano je w dniu 6 lipca 2011 r.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w części 4 zadania, wskazał, że kompaktor wykorzystywany będzie do formowania i zagęszczania warstwy odpadów obojętnych i innych niż niebezpieczne, w tym odpadów komunalnych, deponowanych na składowisku w wyniku powtarzalnych przejazdów po zdeponowanych odpadach.

Kompaktor musi być fabrycznie nowy zgodnie z wymaganiami SIWZ. Kompaktor winien być dostosowany do pracy ciągłej w trakcie dwóch zmian, tj.: minimum 16 h/dobę przez 6 dni w tygodniu. Winien on posiadać zdolność pokonywania wzniesień min. 30 %. Zamawiający nie dopuszcza dostawy wersji kompaktora będącego prototypem i/lub modyfikacją ładowarki kołowej. Określając szczegółowe parametry techniczne, wskazano, że przegub kompaktora ma posiadać sztywną ramę bez możliwości wahan na boki.

Z oferty uznanej za najkorzystniejszą wynika, że zaoferowano urządzenie marki BOMAG BC 672 RB - 2, które to urządzenie jest oparte o ramę ruchomą tj. o przegubie wahliwo - łamliwym. W ofercie określono, że istnieje możliwość zablokowania wahan przegubu (co wynika z załącznika nr 6, strona 14 - wykaz gwarantowanych parametrów technicznych dostawy maszyny).

Odwołujący podnosi, że tak zaoferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań SIWZ. W związku z tak zaistniałą sytuacją, Odwołujący skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej w postaci odwołania i podnosił, że jego oferta została nieprawidłowo uznana za najkorzystniejszą, podczas gdy podlega ona odrzuceniu.

Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:

Zarzuty zawarte w odwołaniu nie zasługiwały na uwzględnienie.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania” stawiane wykonawcom muszą

być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest stwierdzenie czy oferta uznana za najkorzystniejszą winna być w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucona ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp.

Zauważyć należy, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest SIWZ. To na podstawie jej zapisów właśnie wykonawcy przygotowują składne następnie oferty. Jest to dokument wiążący dla wykonawców, dlatego też powinien on być precyzyjny i czytelny, a postanowienia tegoż dokumentu nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem. Dokument ten wiąże również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się brzmieniem SIWZ oraz zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjąć jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. uznać zatem trzeba, że to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert i podczas dokonywania czynności oceny nie może ich przekroczyć.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ w sposób jasny i precyzyjny określił, że wymaga dostawy kompaktora opartego o rozwiązanie przegubu typu sztywne rama bez możliwości wahan na boki.

Z treści oferty uznanej za najkorzystniejszą wprost wynika, że zaoferowany model takiego typu przegubu nie posiada, czemu Przystępujący nie zaprzecza, ale wskazuje, że istnieje możliwość zablokowania wahan przegubu. W ocenie Izby taki sposób dostawy zaproponowany przez Odwołującego złożoną ofertą jest zgodny z wymogami SIWZ.

Bezspornie oferowany sprzęt miał spełniać minimalne parametry określone w SIWZ. W zapisach SIWZ nie sformułowano jednak wymagań dotyczących sposobu, w jaki parametr sztywnej ramy zostanie osiągnięty, czy funkcja ta może zostać osiągnięta w sposób, jaki proponuje Przystępujący, czy też może to być jedynie taki model kompaktora, który posiada tylko jedno rozwiązanie – sztywnej ramy. W przedmiotowej sprawie, w ocenie składu orzekającego, należy zastosować funkcjonalną wykładnię danego pojęcia i skupić się na tym, czy zamierzony przez Zamawiającego efekt został osiągnięty. Przystępujący w sposób przejrzysty i logiczny udowodnił, iż zaoferowany produkt (który charakteryzuje się

możliwością zablokowania ramy) uznać można za wypełniający definicję ramy sztywnej. Dodatkowo wskazał również na osiągnięcie funkcjonalności, którą zapewniać miała powyższa cecha. Nieuprawnione zatem było działanie i ocena Odwołującego w żądaniu odrzucenia oferty Przystępującego. Sam Zamawiający podkreślił w odpowiedzi, że z punktu widzenia funkcjonalności przedmiotu zamówienia i oczekiwanych przez Zamawiającego parametrów, nie ma niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy a oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

Nie ma również obaw, co do utraty gwarancji, ponieważ zastosowana opcja wyposażenia zapewniająca usztywnienie kompaktora w żadnym stopniu nie spowoduje utraty gwarancji przez użytkownika (Zamawiającego), albowiem dokonywana jest za zgodą i wiedzą producenta maszyny. Trudno zatem wyobrazić sobie sytuację, w której producent dostosowały produkowane przez siebie urządzenie do potrzeb Zamawiającego z własnej inicjatywy, a następnie odmówił realizacji roszczeń wynikających z gwarancji.

W ocenie składu zaproponowane rozwiązanie nie nosi cech prototypu, którego zaoferowanie było zapisami SIWZ niedopuszczalne. Dokonana zmiana nie jest zmianą podstawowych właściwości konstrukcyjnych urządzenia, aby można było uznać, że spełnia cechy prototypu. Jest to raczej dodatkowa funkcjonalność zastosowana w typowo oferowanym urządzeniu. Ponadto, co wynika z przedłożonego na rozprawie katalogu produktów Bomag Fayat Polska, producent zastrzegł możliwość dokonywania zamian konstrukcyjnych w standardowych produktach, ale powyższe nie wpływa na uprawnienia gwarancyjne.

Wątpliwości, które sygnalizuje Odwołujący odnoszące się do etapu eksploatacji maszyny w momencie realizacji przedmiotu zamówienia, leżą jedynie w sferze jego domysłów, nie poparte są żadnymi dowodami materialnymi i nie mogą stanowić podstawy do uwzględnienia zarzuty niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Ustalono zatem, iż treść oferty uznanej za najkorzystniejszą odpowiada treści SIWZ.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Biorąc zatem pod uwagę powyższe, skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tez zaprezentowanych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, zatem że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....