

WYROK

z dnia 15 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez odwołującego: **Aspen sp. z o.o. w Krakowie** od czynności zamawiającego – **Operey Krakowskiej w Krakowie,**

przy udziale wykonawcy **P.Dussmann sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Operę Krakowską w Krakowie i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 7.500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez odwołującego - Aspen sp. z o.o. w Krakowie,
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 11.097 zł 75 gr (słownie: jedenaście tysięcy dziewięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt pięć groszy) przez zamawiającego - Operę Krakowską w Krakowie na rzecz odwołującego - Aspen sp. z o.o. w Krakowie, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Opera Krakowska w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest *usługa kompleksowego sprzętania części budynku Opery Krakowskiej w Krakowie*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 marca 2011 r. pod nr 68509-2011.

W dniu 30 marca 2011 r., zamawiający przesłał odwołującemu – wykonawcy Aspen sp. z o.o. w Krakowie faksem informację o wyborze, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę P. Dussmann sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym” oraz o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu.

Zamawiający w piśmie z dnia 30 marca 2011 r. poinformował, że odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazał, iż odwołujący wezwany do złożenia prawidłowego wykazu urządzeń i narzędzi na formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, poprzez wskazanie opisu i parametrów automatów szorująco – suszących ujętych w wykazie, uzupełnił opis i parametry urządzeń jednakże bez wskazania ich wagi. Z informacji jakie uzyskał zamawiający wynika, iż waga jednego z urządzeń – Taski Combimat 1600 – wraz z akumulatorami wynosi 430 kg. Wskazał, że ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uważa się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Wobec zaniechania czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, odrzucenia jego oferty odwołujący wniósł w dniu 4 kwietnia 2011r. odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 4, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Uzasadniając zarzuty odwołujący podnosił, że na potwierdzenie postawionego warunku wykazał posiadanie 2 urządzeń tj.:

- automat szorująco-suszący Taski Combimat 1600 - 1 szt., o wydajności 3500m²/h,
- automat szorująco-suszący Cleanfix RA 701B -1 szt., o wydajności 2800m²/h.

Wywodził, że zamawiający wprawdzie zwracał się o podanie parametrów tych maszyn, nie wskazał jednak o jakie konkretnie parametry mu chodzi. W szczególności zamawiający nie

zwrócił się o podanie wagi urządzenia. SIWZ i formularze nie zawierały stosownej tabeli, w której należałoby podać wagę. Odwołujący spełnił nałożony przez zamawiającego obowiązek, tj. podał parametry maszyn, za pomocą których ma zamiar realizować zamówienie.

Wywodził, że oba urządzenia spełniają wymogi postawione przez zamawiającego w SIWZ. Masa całkowita maszyny Cleanfix RA 701 B (wraz z akumulatorem i pełnym napełnieniem zbiornika) wynosi 290 kg. W zamierzeniu odwołującego właśnie ta maszyna miała służyć czyszczeniu placu. Druga z maszyn, tj. TASKI Combimat 1600 faktycznie może zostać skonfigurowana w taki sposób by uzyskać - podaną w decyzji zamawiającego - wagę 430 kg. Taka możliwość nie wpływa jednak na zasadność czynności zamawiającego. Podnosił, że urządzenie TASKI Combimat 1600, którym posługuje się odwołujący, posiada zamontowane akumulatory o niższej wadze niż ta przewidziana przez dystrybutora. Specyfika maszyny TASKI Combimat 1600 jak i innych urządzeń pozwala na ciągłą, bezawaryjną pracę urządzenia pod warunkiem zamontowania baterii o parametrach technicznych 24V - nie ma przy tym konieczności, by były to akumulatory producenta. Dzięki zamontowaniu lżejszych akumulatorów waga maszyny używanej przez odwołującego nie przekracza 400 kg. Ponadto maszyna TASKI Combimat 1600 miała zostać przeznaczona do czyszczenia mechanicznego sprzątanymi powierzchniami z wyłączeniem placu. Plac miał podlegać czyszczeniu przez Cleanfix RA 701 B. Jedynie w wypadkach wyjątkowych (awaria innych maszyn) TASKI Combimat 1600 byłby używany na placu. Sformułowanie, którym posłużył się zamawiający - „ciężar maszyny do czyszczenia placu nie może przekraczać 400 kg” - wyraźnie wskazuje na liczbę pojedynczą. We wcześniejszym fragmencie, zamawiający używał liczby mnogiej - „Urządzenia myjące do posadzek kamiennych akumulatorowe (automat szorująco-suszący) o wydajności od 2400 m²/h - minimum 2 szt. (akumulatory kwasowe lub żelowe)”. W oparciu o powyższe wywodził, że w treści SIWZ zastrzeżono wymóg dysponowania dwoma maszynami, z których ciężar jednej nie przekracza granicy 400 kg. Dodatkowo, nie wskazano przy tym, czy chodzi o masę netto (samo urządzenie), czy też brutto (urządzenie wraz z akumulatorami i napełnionym zbiornikiem). Sformułowania w SIWZ nie są jednoznaczne.

Wywodził, że jeśli zamawiający miał wątpliwości co do masy urządzenia TASKI Combimat 1600, czy też zamiarów odwołującego się (czy zamierza czyścić tą maszyną plac czy też inne powierzchnie), winien bezwzględnie zwrócić się do odwołującego z żądaniem udzielenia wyjaśnień w oparciu o art. 26 ust.4 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższą argumentację odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty P. Dussmann Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

- 2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego,
- 3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 4) ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert,
- 5) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w dniu 5 kwietnia 2011 r. przesłał faksem pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystępujący otrzymał kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 5 kwietnia 2011r.

Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego doręczając przystąpienie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 8 kwietnia 2011 r. Termin 3 dniowy, określony w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, został zatem zachowany.

W uzasadnieniu zgłoszenia przystępujący argumentował, że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu oraz iż ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, albowiem jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W oparciu o powyższą argumentację przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez odwołującego, treści odwołania, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedzi na odwołanie, zeznania świadka, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustalono również, że odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych

wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamawiający w oparciu o przepis art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w postanowieniu pkt V.1.b.3 SIWZ. Zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują m.in. urządzeniami myjącymi do posadzek kamiennych akumulatorowymi (automatami szorująco-suszącymi) o wydajności od 2400 m²/h – minimum 2 szt. W pkt V.2 SIWZ zamawiający postanowił, że ocena spełniania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu zostanie dokonana metodą „spełnia” - „nie spełnia” w oparciu o treść dokumentów wymienionych w podpunkcie VI.1. SIWZ.

Dokumentem, jaki wykonawcy mieli obowiązek złożyć w celu potwierdzenia spełnienia warunku opisanego w pkt V.1.b.3 był wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca (pkt VI.1 c SIWZ). Dokument ten należało sporządzić według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ. Zgodnie z przywoływanym załącznikiem należało w nim ujawnić m.in. opis i parametry automatu szorująco – suszącego.

Ponadto, w załączniku nr 1 do SIWZ / umowy (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia), w pkt 1 a, zamawiający postanowił, iż wykonawca zobowiązany jest dysponować oraz przeznaczyć do realizacji niniejszego zamówienia profesjonalny sprzęt wysokiej jakości obejmujący urządzenia myjące do posadzek kamiennych akumulatorowe (automat szorująco-suszący) o wydajności od 2400 m²/h – minimum 2 szt. (akumulatory kwasowe lub żelowe), *ciężar maszyny do czyszczenia placu nie może przekraczać 400 kg.*

Na podstawie oferty odwołującego ustalono, że odwołujący wraz z ofertą złożył wykaz narzędzi i urządzeń, w którym wykazał dysponowanie automatem szorująco – suszącym: Taski Combimat 1600, 1 szt., oraz automatem szorująco – suszącym Cleanfix RA 701 B, 1 szt. Nie zamieścił jednak informacji dotyczących opisu i parametrów ww. automatów szorująco – suszącego.

Działając w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 11 marca 2011 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez złożenie wykazu urządzeń i narzędzi na formularzu

stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ i wskazanie opisu i parametrów automatów szorująco – suszących ujętych w wykazie.

Odwołujący pismem z dnia 17 marca 2011 r. złożył wykaz urządzeń i narzędzi na formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ. W wykazie tym wskazał dysponowanie automatem szorująco – suszącym: Taski Combimat 1600, 1 szt., o wydajności 3500 m²/h oraz automatem szorująco – suszącym Cleanfix RA 701 B, 1 szt., o wydajności 2800 m²/h. Nie wskazał wagi ww. urządzeń.

Rozstrzygając w przedmiocie spornej kwestii, dotyczącej braku wykazania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym – Izba stwierdziła, że warunek wymagany postanowieniem rozdziału V.1.b.3 SIWZ został przez odwołującego potwierdzony w sposób wymagany przez zamawiającego, czyli zgodnie z pkt VI. 1 c SIWZ.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikało, aby w wykazie urządzeń i narzędzi jakimi dysponuje wykonawca należało wymienić dane dotyczące wagi automatu szorująco-suszącego. O tym, jakie informacje powinien zawierać wzmiankowany wykaz rozstrzygał wzór załącznika nr 4 do SIWZ. Analizując treść ww. wzoru należało stwierdzić, iż w wierszu „automat szorująco-suszący” wykonawcy mieli obowiązek wskazać m.in. opis oraz parametry urządzenia. W celu ustalenia jakie konkretnie parametry należy ujawnić w wykazie należało sięgnąć do postanowienia SIWZ opisującego warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania niezbędnym sprzętem (tj. pkt V 1 b.3). Izba stwierdziła, że opisując warunek udziału w postępowaniu, zamawiający, jako jedyny parametr techniczny automatu szorująco – suszącego, wymienił wydajność na poziomie od 2400 m²/h. W przywoływanym postanowieniu SIWZ Zamawiający nie sformułował natomiast wymogu dotyczącego maksymalnej wagi urządzenia.

Konieczność ustalenia treści, jakie powinien zawierać wykaz narzędzi i urządzeń, w oparciu o brzmienie warunku udziału w postępowaniu wynika z okoliczności, iż wykaz jest dokumentem składanym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Taki charakter dokumentu wynika jednoznacznie z brzmienia §1 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane*. Zgodnie z przywoływanym przepisem dokument ten jest składany w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. A zatem z funkcji jaką spełnia wykaz urządzeń należy wnosić, że jego rolą

było wykazanie dysponowania określonym sprzętem o parametrach wymienionych w warunku udziału w postępowaniu. Jak się wydaje, taka była również intencja zamawiającego, skoro nakładając w pkt VI. 1 c SIWZ obowiązek złożenia wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń odwołał się właśnie do warunku udziału w postępowaniu tj. postanowienia części V pkt. 1.b.3. SIWZ.

Wymóg określenia w wykazie narzędzi i urządzeń informacji dotyczącej wagi urządzenia nie można było, w danym stanie faktycznym, wywodzić z załącznika nr 1 do SIWZ / umowy, zawierającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. W pkt 1 a ww. załącznika, zamawiający zastrzegł jedynie, iż wykonawca zobowiązany jest dysponować oraz przeznaczyć do realizacji niniejszego zamówienia profesjonalny sprzęt wysokiej jakości obejmujący *urządzenia myjące do posadzek kamiennych akumulatorowe (automat szorująco-suszący) o wydajności od 2400 m²/h – minimum 2 szt. (akumulatory kwasowe lub żelowe), ciężar maszyny do czyszczenia placu nie może przekraczać 400 kg.* Jednakże z obowiązku, aby wykonawca dysponował i do czyszczenia placu używał maszyny o ciężarze nie przekraczającym 400 kg nie wynikał jeszcze wymóg podania informacji dotyczącej wagi urządzenia w wykazie. Wynika to po pierwsze z faktu, iż rolą wykazu narzędzi i urządzeń jest potwierdzenie spełnienia opisanego warunku udziału w postępowaniu, a nie potwierdzanie wymagań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, które są odrębnymi czynnościami dokonywanymi przez zamawiającego w postępowaniu. To zamawiający określa minimalny poziom potencjału technicznego, jakim musi dysponować wykonawca w celu należytego wykonania zamówienia publicznego. Jeśli z opisu przedmiotu zamówienia wynikać będzie, że do wykonania zamówienia należy użyć dodatkowego sprzętu, wykonawca zobowiązany będzie użyć takiego sprzętu w celu prawidłowej realizacji usługi, ale nie musi wykazywać jego dysponowania, jeśli wymogu takiego nie postawił zamawiający.

Po drugie, opisany przez zamawiającego warunek w zakresie dysponowania 2 szt. automatów szorująco-suszących (pkt V.1.b.3 SIWZ) nie odsyłał w żaden sposób do opisu przedmiotu zamówienia i zawartego tam wymogu dotyczącego wagi urządzenia. Brak było przykładowo stwierdzenia, iż warunkiem udziału w postępowaniu jest dysponowanie przez wykonawcę 2 szt. automatów szorująco – suszących, których pozostałe parametry określono w opisie przedmiotu zamówienia. Odesłania do opisu przedmiotu zamówienia nie zawierało również postanowienie pkt VI. I.c SIWZ ani załącznik nr 4 do SIWZ.

Wobec powyższego należało stwierdzić, że wykonawcy w niniejszym postępowaniu nie mieli obowiązku wskazywania w wykazie informacji dotyczącej wagi automatu szorująco – suszącego. Skoro zamawiający oczekiwał, aby wykonawcy dokumentując swój potencjał techniczny wykazali dysponowanie automatami szorująco – suszącymi o określonej wadze, to

powinien dać temu wyraz opisując parametr w warunku udziału w postępowaniu, tak jak to uczynił w przypadku wymogu dotyczącego wydajności maszyn.

W konsekwencji decyzję zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu należało uznać za nieprawidłową. Potwierdził się zatem podnoszony przez odwołującego zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W celu ustalenia czy ww. naruszenia przepisów ustawy Pzp miały lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp) należało zbadać kwestię ciężaru urządzenia Taski Combimat 1600, które odwołujący przeznaczył do realizacji przedmiotowej usługi. Jakkolwiek parametr ten nie był objęty treścią warunku udziału w postępowaniu, to jednak wymóg czyszczenia placu maszyną o wadze nie przekraczającej 400 kg, wynikał w sposób jednoznaczny z brzmienia pkt 1 a załącznika nr 1 do SIWZ / umowy. Zobowiązanie się do wykonania usługi sprzątania w zakresie czyszczenia placu maszyną o wadze przekraczającej 400 kg oznaczałoby zaoferowanie świadczenia, którego treść byłaby sprzeczna z treścią SIWZ. Konsekwencją takiego stwierdzenia byłaby konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nie odpowiadającej merytorycznym wymogom zamawiającego. Takie zaś ustalenie skutkowałoby oddaleniem odwołania, a to wobec braku wpływu wykazanych naruszeń ustawy Pzp na wynik postępowania.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wymóg dotyczący wagi urządzenia, którym miał być czyszczony plac dotyczył jego masy brutto, tj. masy wraz z akumulatorami niezbędnymi do jego pracy. Jak wyjaśnił zamawiający, wymóg, aby maszyna czyszcząca posadzki kamienne miała wagę nie przekraczającą 400 kg wynikał z zaleceń wykonawcy budynku podyktowanych wytrzymałością nowo położonych posadzek. Oczywistym jest, że zamawiającemu chodziło więc o wagę urządzenia gotowego do pracy. Za takie nie można uznać maszyny z wymontowanymi akumulatorami, która w takiej postaci nie może być wykorzystywana do wykonywania usługi sprzątania. W ocenie Izby, sformułowania SIWZ w tym zakresie były więc jednoznaczne.

Izba nie podziela również stanowiska odwołującego, że sformułowanie *ciężar maszyny do czyszczenia placu nie może przekraczać 400 kg* oznaczał, że tylko jedno z urządzeń szorująco – suszących musiało spełniać ww. wymóg. Na uwagę zasługuje fakt, że Zamawiający wymagał dysponowania dwiema sztukami automatu szorująco – suszącego. Obydwa urządzenia miały być wykorzystywane do czyszczenia powierzchni kamiennych, znajdujących się na terenach zewnętrznych tj. placu, jak również wewnątrz budynku. Jednakże oczywistym jest, że wewnętrzne posadzki kamienne jako mniej wytrzymałe nie mogą być czyszczone cięższymi maszynami,

aniżeli plac. Zatem brak było podstaw do stwierdzenia, że waga tylko jednego z urządzeń nie mogła przekraczać 400 kg. Poza tym, sam odwołujący, w treści odwołania dopuścił używanie urządzenia Taski Combimat 1600 również na placu, a mianowicie w sytuacji awarii drugiego urządzeń – Cleanfix RA 701 B.

W tej sytuacji koniecznym było ustalenie rzeczywistej wagi urządzenia Taski Combimat 1600, którym odwołujący zamierzał wykonywać usługę, w celu stwierdzenia czy treść oferty odwołującego odpowiada treści SIWZ. Zamawiający, podnosił że waga ww. urządzenia wynosi 430 kg, powołując się w tym zakresie na dane techniczne urządzenia Taski Combimat 1600 przesłane przez przedstawiciela autoryzowanego dystrybutora urządzenia – firmy Fair Play Plus pocztą elektroniczną w dniu 07 kwietnia 2011 r. Stosownie do ww. dokumentu waga maszyny wraz z akumulatorami wynosi 430 kg. Ponadto, do pisma z 7 kwietnia 2011 r. załączono dokument zatytułowany „opinia techniczna” z dnia 8 kwietnia 2011 r. pochodzący również od przedstawiciela firmy Fair Play Plus. Zgodnie z ww. pismem wymiana w urządzeniu Taski Combimat 1600 baterii na lżejsze może spowodować utratę stabilności i docisku. Wskazano, że w zapytaniu nie podano, na jaki typ baterii mają być zamienione fabrycznie montowane bloki akumulatorowe, lecz jeśli ma mieć to związek ze spadkiem wagi maszyny o 30 kg domniemuje się, iż wydajność maszyny spadnie znacznie poniżej 2400 m²/h.

Z kolei odwołujący twierdził, iż powierzchnie kamienne zamierzał czyścić urządzeniem Taski Combimat 1600 z zainstalowanymi czterema bateriami 6V/180h. O tym, iż odwołujący dysponuje takim urządzeniem świadczyły zeznania świadka Andrzeja Krakowiaka – zastępcy dyrektora organizacyjnego Odwołującego.

Odwołujący, do pisma procesowego z dnia 12 kwietnia 2011 r. załączył pismo producenta urządzenia – firmy Diversey sp. z o.o. z dnia 6 kwietnia 2011 r., zgodnie z którym standardowo w maszynie Taski Combimat 1600 *są montowane baterie żelowe 210 Ah oraz baterie kwasowe 240 Ah. Opcjonalnie maszyna może być wyposażona w baterie o mniejszej pojemności. Dobrym rozwiązaniem, które nie wpłynie na jakość pracy maszyny, jest zastosowanie czterech sztuk baterii żelowych, 6V/180Ah. Maszyna Combimat 1600 z bateriami 6V/180 Ah (4 sztuki) oraz z pełnym zbiornikiem wody ważyć będzie 380 kg. W takiej konfiguracji maszyna w pełni zachowuje swoją funkcjonalność.*

Izba w oparciu o ww. dowody ustaliła, że urządzenie Taski Combimat 1600 z akumulatorami waży standardowo 430 kg. Jednakże zgodnie z przywoływanym pismem producenta z dnia 6 kwietnia 2011 r. możliwe jest zastosowanie w urządzeniu Taski Combimat lżejszych akumulatorów 6V/180 Ah (4 sztuki), dzięki czemu maszyna ważyć będzie 380 kg. Izba nie znalazła podstaw do odmówienia wiarygodności ww. pismu, które pochodziło od producenta

urządzenia. Co istotne, producent określił proponowane rozwiązanie jako „opcjonalne”, „dobre”, nie wpływające na jakość pracy i funkcjonalność urządzenia.

Jednocześnie Izba odmówiła wiarygodności pismu firmy Fair Play Plus z dnia 8 kwietnia 2011 r. w omawianym zakresie. O mniejszej wiarygodności ww. dokumentu świadczyło to, iż pochodziło od autoryzowanego dystrybutora urządzenia, który mógł nie dysponować informacjami dotyczącymi urządzenia na analogicznym poziomie jak producent. To producent a nie dystrybutor, zgodnie z obowiązującymi przepisami, zobligowany jest do przeprowadzenia testów, badań w celu uzyskania dopuszczenia urządzenia do obrotu. Posiada więc głębszą aniżeli dystrybutor wiedzę na temat parametrów technicznych w możliwych konfiguracjach maszyny. Ponadto, jak wynika z treści pisma skierowanego do dystrybutora, stanowiło ono odpowiedź na zapytanie, w którym nie sprecyzowano na jaki typ baterii mają być zamienione fabrycznie montowane bloki akumulatorowe. Wobec czego, dystrybutor przypuszczał jedynie, iż zastosowanie baterii o mniejszej wadze wpłynie na wydajność urządzenia, może stracić swą stabilność i docisk, natomiast nie wypowiadał się o konkretnej wersji urządzenia, którym odwołujący zamierzał wykonywać usługę. W tym zakresie pismo producenta było bardziej stanowcze, gdyż odnosił się do parametrów i funkcjonalności maszyny w wersji z dokładnie wskazanymi akumulatorami.

W świetle powyższego Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu jako nieodpowiadająca treści SIWZ. Użycie maszyny Taski Combimat 1600 z lżejszymi akumulatorami, o wadze 380 kg, pozwala na spełnienie postawionego przez zamawiającego wymogu czyszczenia placu maszyną o wadze nie przekraczającej 400 kg. Izba uznała, że odwołujący miał prawo skonfigurować posiadane przez siebie urządzenia w sposób dowolny, jeśli nie miało to negatywnego wpływu na jedyny wymagany przez zamawiającego parametr dotyczący wydajności automatu szorująco-suszącego, czego zamawiający nie kwestionował w decyzji o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba uznała, że wykazane naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 24 ust. 4 Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem w wyniku tego naruszenia odwołujący może zostać pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

Izba oddaliła zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp co do zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wskazać należy, że w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (tzw. postępowań podprogowych) odwołanie przysługuje jedynie wobec czterech czynności zamawiającego wymienionych w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Wśród wskazywanych w tym przepisie zachowań zamawiającego nie zostało wymienione zaniechanie czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co oznacza iż kwestionowanie zaniechania ww. czynności w drodze odwołania nie było w niniejszym postępowaniu dopuszczalne.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2.

Wobec braku możliwości wydania przez Izbę orzeczenia częściowego (w tym również postanowienia o odrzuceniu odwołania w części) w orzecznictwie Izby utrwalil się pogląd, iż wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy żaden z podnoszonych przez wykonawcę zarzutów nie może być przez Izbę rozpoznany z powodów określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W przeciwnym wypadku Izba rozpoznaje odwołanie, z tym że zarzuty co do których zachodzą okoliczności wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oddala się.

Wobec stwierdzenia, iż w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odwołanie dotyczyło zaniechania dokonania czynności zamawiającego innych niż czynności określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, jak również wobec braku możliwości wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania w części, o czym wspomniano wyżej, Izba oddaliła ww. zarzut.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

W wykonaniu niniejszego wyroku zamawiający zobowiązany jest unieważnić czynność wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Decyzja ta powinna być poprzedzona czynnością unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Oceniając ponownie ofertę odwołującego zamawiający winien uwzględnić treść niniejszego wyroku wraz z uzasadnieniem.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uznała jako uzasadnione i uwzględniła koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 597,75 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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:

.....