Sygn. akt KIO 2380/16

WYROK
z dnia 2 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2016 r. przez A.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ASPAMET A.S. w Oświęcimiu w postępowaniu prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim

przy udziale Sulzer Pumps Wastewater Poland Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża A.S. prowadzącego działalność pod nazwą ASPAMET A.S. w Oświęcimiu i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez A.S. prowadzącego działalność pod nazwą ASPAMET A.S. w Oświęcimiu tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od A.S. prowadzącego działalność pod nazwą ASPAMET A.S. w Oświęcimiu na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim 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 2016 r. poz. 2164 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 Gorzowie Wielkopolskim.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2380/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa, montaż oraz wpięcie w system AKPiA czterech dmuchaw technologicznych na terenie Oczyszczalni Ścieków w Gorzowie Wlkp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 września 2016 r. po numerem 2016/S 187-335990. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania A.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ASPAMET A.S. w Oświęcimiu wniósł odwołanie 19 grudnia 2016 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 65 § 1 k.c. przez wadliwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia (dalej jako SIWZ) w zakresie, w ajkim wykonawca zaoferował dmuchawy promieniowe producenta Turbomax Co. Typ MAX166-CO80S1;
- art. 7 ust. 1 i 3 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Odwołujący żądał również dopuszczenia dowodu z opinii biegłego z dziedziny budowy maszyn przepływowych na okoliczność ustalenia, czy dmuchawy promieniowe o łożyskowaniu powietrznym wymagają zastosowania ze względów bezpieczeństwa eksploatacji poza łożyskowaniem dynamicznym dodatkowego zabezpieczenia na końcach wału w formie klasycznych łożysk bezpieczeństwa oraz monitoringu pozycji wału z możliwością korekty pozycji początkowej z poziomu panelu dmuchawy mając na uwadze zasady wiedzy technicznej oraz wskazania czy zgodnie z zasadami wiedzy technicznej takie rozwiązanie jest stosowane w praktyce.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że ocena parametrów technicznych zaoferowanej dmuchawy winna uwzględniać specyfikę konstrukcji urządzenia. Wyjaśnił, że pewne elementy konstrukcyjne występujące w dmuchawie opartej o łożyskowanie powietrzne nie występują w dmuchawach opartych o łożyskowanie elektromagnetyczne. Wywiódł, że wykonawca ma dostarczyć dmuchawy, których parametry zamawiający opisał w pkt 4.1.1 SIWZ, a żaden z parametrów technicznych opisanych w tabeli 4.1.1 nie dotyczy wymogu postawionego ze 3

---

względów bezpieczeństwa w pkt 4.1.4.7 i 13 SIWZ.

Odwołujący wskazał, że oferowane przez niego dmuchawy Turbomax Co. LTD. Typ MAX166-C080S1 spełniają wszystkie wymogi opisane w tabeli 4.1.1. Wywiódł, że redakcja postanowień SIWZ dopuszcza na gruncie językowym wynik interpretacyjny, zgodnie z którym dmuchawy promieniowe nie musza spełniać wymogów technicznych opisanych w pkt 4.1.4, a w myśl ogólnej reguły interpretacyjnej niejasności w treści SIWZ nie mogą szkodzić interesom wykonawcy. Odwołujący podniósł, że również na gruncie wykładni celowościowej brak jest podstaw do odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z pkt 4.1.4. ppkt 7 i 13 SIWZ, skoro wyartykułowanym celem zamawiającego w pkt 3 SIWZ było by dmuchawy spełniały wymogi opisane w pkt 4.1.1. SIWZ. Zdaniem odwołującego uwzględniając dyrektywę racjonalnych rezultatów nie można w procesie wykładni pomijać zasad wiedzy technicznej w zakresie budowy maszyn przepływowych opartych o łożyskowanie powietrzne. W urządzeniach opartych o łożyskowanie powietrzne ze względów technicznych nie stosuje się dodatkowych zabezpieczeń na obu końcach wału w formie klasycznych łożysk bezpieczeństwa oraz monitoringu pozycji wału z możliwością korekty pozycji początkowej z poziomu panelu dmuchawy.

Wykonawca Sulzer Pumps Wastewater Poland Sp. z o.o. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Opis przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł w Części III SIWZ.

Pkt 4.1. dotyczy dmuchaw, w pkt 4.1.1. ustalone zostały wymagane parametry nowych dmuchaw promieniowych, w pkt 4.1.4. szczegółowa specyfikacja dmuchaw promieniowych. W pkt 4.1.4. ppkt 7. Zamawiający wskazał, że dmuchawy ze względów bezpieczeństwa eksploatacji poza łożyskowaniem dynamicznym muszą mieć dodatkowe zabezpieczenie na obu końcach wału w formie klasycznych łożysk bezpieczeństwa, w ppkt 13 wymagał, żeby każdą dmuchawę wyposażyć w ciągły pomiar monitoringu pozycji wału z możliwością korekty pozycji początkowej z poziomu panelu dmuchawy.

W toku postępowania zamawiający udzielał odpowiedzi na pytania w sprawie treści SIWZ. 24 października 2016 r. w odpowiedzi na wniosek o doprecyzowanie, że pkt 4.1.4. ppkt 7 i 13 dotyczą wyłącznie dmuchaw promieniowych z łożyskowaniem elekromagnetycznym, zamawiający nie dokonał wnioskowanego doprecyzowania. Tego samego dnia zmienił SIWZ w Części III nadając ust. 4 pkt 4.1.

ppkt 4.1.4. ppkt 7 brzmienie:
„Dmuchawy ze względów bezpieczeństwa eksploatacji poza łożyskowaniem elektromagnetycznym lub powietrznym, muszą mieć dodatkowe zabezpieczenie na obu końcach wału w formie klasycznych łożysk bezpieczeństwa.”

W toku postępowania odwołujący został wezwany do udzielenia wyjaśnień w zakresie złożonej oferty w zakresie spełniania przez objęte ofertą dmuchawy promieniowe wymogów postawionych w SIWZ w Części III ust. 4 pkt 4.1.4 ppkt 2, 7 i 13. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący udzielił wyjaśnień, w których m.in. odniósł się do braku podstaw technologicznych do żądania spełniania przez oferowane dmuchawy promieniowe producenta Turbomax Co. Typ MAX166-CO80S1 z łożyskowaniem powietrznym wymagań ustalonych w pkt 4.1.4 ppkt 7 i 13. Do wyjaśnień załączył potwierdzającą te twierdzenia opinię wydaną przez Instytut Maszyn Przepływowych Politechniki Łódzkiej.

Zamawiający nie uznał wyjaśnień odwołującego i odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu braku spełniania wymagań ustalonych w Części III ust. 4 pkt 4.1.4 ppkt 7 i 13.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż zostało wniesione z zachowaniem terminu ustawowego. Odwołujący kwestionuje czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty w terminie liczonym od dnia przesłania przez zamawiającego stosownej informacji. Jako osnowa prawna zarzutu odwołania został wskazany art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający wskazał, że argumentacja odwołującego sprowadza się do kwestionowania postanowień SIWZ, jednak sama ocena argumentacji odwołującego jest niewystarczająca do odrzucenia odwołania, gdy zostało ono wniesione z zachowaniem terminu ustawowego w związku z czynnością wprost wskazaną w odwołaniu.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jedynym kryterium oceny ofert była cena, zatem zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wymaganie zamawiającego, żeby oferowane dmuchawy posiadały dodatkowe zabezpieczeń na obu końcach wału w formie klasycznych łożysk bezpieczeństwa oraz monitoringu pozycji wału z możliwością korekty pozycji początkowej z poziomu panelu dmuchawy zostało sformułowane w sposób jednoznaczny i dotyczy zarówno dmuchaw z łożyskowaniem elektromagnetycznym, jak i powietrznym. W ocenie Izby brak jest

podstaw wynikających z treści SIWZ, aby uznać, że opisana w pkt 4.1.4. szczegółowa specyfikacja dmuchaw promieniowych odnosiła się wyłącznie do dmuchaw z łożyskowaniem elektromagnetycznym. Szczególnie jest to widoczne w zmianie SIWZ z 24 października 2016 r., które w Części III ust. 4 pkt 4.1.4 ppkt 7 literalnie odnoszą się do dmuchaw z łożyskowaniem elektromagnetycznym i powietrznym. Wskazane wymagania zamawiającego nie zostały zakwestionowane odwołaniem i mają charakter wiążący w postępowaniu. Powoduje to, że zamawiający powinien uwzględnić je w toku oceny ofert.

Działanie przeciwne naruszałoby art. 7 ust. 1 Pzp. Wybieranie przez zamawiającego w toku oceny ofert, które postanowienia SIWZ będzie uwzględniał, a które nie, zwłaszcza w sytuacji, gdy w odniesieniu do części ofert zamawiający odnosiłby wszystkie postanowienia SIWZ, a w odniesieniu do pozostałych ofert jedynie niektóre z nich, stanowiłoby nierówne traktowanie wykonawców i godziłoby w uczciwą konkurencję. Powołane zasady wymagają bowiem stosowanie jednakowych miar, w tym przypadku postanowień SIWZ w całości, do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Na szczególne podkreślenie zasługuje jednak, że wybiórcze traktowanie postanowień SIWZ przez zamawiającego na dalszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia powodowałoby nieprzejrzystość działania zamawiającego. Zasada przejrzystości, której źródłem jest orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, została transponowana do ustawy za pośrednictwem dyrektywy klasycznej z 2014 r. i ma doniosłe znaczenie w toku oceny czynności zamawiającego. Wespół z zasadami równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, zasada

przejrzystości należy do fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust.1 Pzp.

Jeśli odwołujący uważał, że wymaganie w odniesieniu do dmuchaw z łożyskowaniem powietrznym dodatkowych zabezpieczeń na obu końcach wału w formie klasycznych łożysk bezpieczeństwa oraz monitoringu pozycji wału z możliwością korekty pozycji początkowej z poziomu panelu dmuchawy, czyli rozwiązań charakterystycznych dla dmuchaw z łożyskami elektromagnetycznymi jest nieracjonalnie technicznie, dyskryminujące w stosunku do dmuchaw z łożyskowaniem powietrznym i przez ograniczenie konkurencji narusza art. 29 ust. 3 Pzp, powinien wnieść odwołanie wobec postanowień SIWZ. Odwołujący tego nie uczynił, pomimo tego, że – jak wyjaśnił na rozprawie – w toku postępowania miał świadomość nieracjonalności postanowień SIWZ. Obecnie kwestionowanie wymagań zamawiającego jest spóźnione, gdyż powinno nastąpić w prekluzyjnym terminie 10 dni od zamieszczenia dyskryminujących odwołującego postanowień SIWZ na stronie internetowej zamawiającego (art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp). Od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oczekuje się bowiem należytej staranności, która obejmuje znajomość przepisów prawa oraz wynikających z niego następstw. Następstwem zaniechania wniesienia przez odwołującego odwołania wobec treści SIWZ, była konieczność uwzględnienia tych postanowień przez zamawiającego w toku oceny ofert, a kwestionowanie

wymagań zamawiającego na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest spóźnione.

Skoro bezspornie oferta odwołującego nie spełnia wymagania zawartego w SIWZ dodatkowych zabezpieczeń na obu końcach wału w formie klasycznych łożysk bezpieczeństwa oraz monitoringu pozycji wału z możliwością korekty pozycji początkowej z poziomu panelu dmuchawy, to zamawiający dokonując odrzucenia tej oferty nie naruszył art. 89 ust 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba postanowiła nie dopuszczać i nie przeprowadzać dowodu z opinii biegłego uznając, że nie ma on związku z czynnością kwestionowaną w odwołaniu. Przedmiotem sporu na tym etapie nie może być ocena prawidłowości postanowień SIWZ, lecz to jedynie, czy zamawiający prawidłowo zastosował wiążące postanowienia SIWZ wobec oferty odwołującego. W tej sytuacji przeprowadzenie tego dowodu byłoby zbędne dla rozstrzygnięcia odwołania i prowadziłoby wyłącznie do przewlekłości postępowania (art. 190 ust. 6 Pzp).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....