Sygn. akt: KIO 2702/21

WYROK

z dnia 5 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 5 października 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2021 r. przez

wykonawcę ELPLAST+ sp. z o.o., z siedzibą w Jastrzębie - Zdrój,

w postępowaniu prowadzonym przez Kopalnię Soli Bochnia sp. z o.o. z siedzibą w Bochni,

przy udziale wykonawcy Plastpipe sp. z o.o. Sp.k., z siedzibą w Czarnkowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucić ofertę wykonawcy Plastpipe sp. z o.o. Sp.k., z siedzibą w Czarnkowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia, powtórzyć czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Kopalnię Soli Bochnia sp. z o.o. z siedzibą w Bochni i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ELPLAST+ sp. z o.o., z siedzibą w Jastrzębie - Zdrój tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego Kopalni Soli Bochnia sp. z o.o. z siedzibą w Bochni,

na rzecz wykonawcy ELPLAST+ sp. z o.o., z siedzibą w Jastrzębie - Zdrój kwotę

11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysiące sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania oraz kwotę 139 zł 00 gr (słownie: sto trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2702/21

UZASADNIENIE

W dniu 13 września 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wypłynęło odwołanie

wykonawcy ELPLAST+ sp. z o.o., z siedzibą w Jastrzębie - Zdrój (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Kopalni Soli Bochnia sp. z o.o. z siedzibą w Bochni (dalej „Zamawiający"):

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PLASTPIPE

pomimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

2) art. 105 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 106 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 107 ust. 1 i 4

ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe uznanie, iż przedłożony przez wykonawcę PLASTPIPE certyfikat B dot.rur i kształtek polietylenowych (PE) o wysokiej gęstości

(HDPE) typu ASTP2/W i ASTP3/G oraz dokumentacja techniczno- ruchowa nr

1/2018/DTR/PLASTPIPE dot. rur i kształtek polietylenowych (PE) o wysokiej gęstości (HDPE) typu ASTP2/W i ASTP3/G wyczerpują wymagania Zamawiającego zawarte w SWZ oraz wyjaśnieniach treści SWZ, podczas gdy Zamawiający jednoznacznie żądał dołączenia do oferty również dokumentacji techniczno-ruchowej i certyfikatu dot.

obejm, czego PLASTPIPE nie uczynił;

3) art. 226 ust. 1 pkt .2) lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

PLASTPIPE pomimo, iż wykonawca ten nie przedłożył prawidłowych przedmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń;

4) art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasadę przejrzystości;

5) oraz inne przepisy wymienione lub wynikające z uzasadnienia niniejszego odwołania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty PLASTPIPE jako oferty

najkorzystniejszej, powtórzenie przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert, w wyniku powtórzonych czynności badania i oceny ofert, odrzucenie przez Zamawiającego oferty PLASTPIPE, wezwanie Odwołującego do przedłożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa zgrzewalnych rur polietylenowych, kształtek oraz obejm, służących do budowy rurociągów" w dniu 29 lipca 2021 r. zamieszczając Ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych na swojej platformie internetowej. Termin składania ofert wyznaczono pierwotnie na dzień 9 sierpnia 2021 r., a następnie przesunięto na dzień 13 sierpnia 2021 r.

W dniu 13 sierpnia 2021 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej Informację z otwarcia ofert, z której wynikało, iż w postępowaniu zostały złożone dwie oferty tj. oferta Plastpipe sp. z o.o. sp.k. z ceną 141.076,20 zł oraz oferta ELPLAST+ sp. z o.o. z ceną 181.290,00 zł (kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 281.700,00 zł brutto).

W dniu 18 sierpnia 2021 r. Zamawiający wezwał PLASTPIPE do złożenia wyjaśnień, które PLASTPIPE przedłożyło w dniu 19 sierpnia 2021 r.

W dniu 6 września 2021 r. Zamawiający opublikował Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, w której wskazał, iż oferta PLASTPIPE została uznana za najkorzystniejszą a oferta Odwołującego zajęła drugie miejsce pod względem liczby punktów.

Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia w Postępowaniu został opisany w cz. V pkt 3 SWZ. Jako jeden z elementów dostaw zostały wskazane obejmy do budowy rurociągów służących do transportu sprężonego powietrza z odejściem gwintowanym 2" PN 1,6 MPa na

rurę 0 90mm. Natomiast w cz. V pkt 3 ppkt 5) SWZ w drugim akapicie Zamawiający wskazał, iż:

„1) Określone w zamówieniu rury i kształtki muszą być zgrzewalne, posiadać stałą monolityczną warstwę antystatyczną, muszą być dopuszczone do transportu sprężonego powietrza lub wody i solanki w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, a ich geometria powinna być zgodna z normą PN EN 12201-+A1 lub równoważną (jeżeli Wykonawca oferuje dostawę rur i kształtek polietylenowych powołując się na rozwiązania równoważne zawartym w normie PN-EN 12201-+A1 zamiast tej normy obowiązany jest wskazać w ofercie te rozwiązania oraz załączyć dokumenty wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań).

2) Określone w zamówieniu obejmy muszą posiadać dopuszczenie do zabudowy na rurociągach transportujących sprężone powietrze lub wodę i solankę w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych."

W ocenie Odwołującego z powyższych zapisów SWZ wynika, iż rury, kształtki jaki i obejmy muszą posiadać dopuszczenie odpowiednio (rury i kształtki) do transportu sprężonego powietrza lub wody i solanki w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych oraz (obejmy) do zabudowy na rurociągach transportujących sprężone powietrze lub wodę i solankę w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Natomiast zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 3 zamieszczoną przez Zamawiającego w dniu 9 sierpnia 2021 r. w Wyjaśnieniach i zmianach SWZ, „wymaga się dołączenia do oferty DTR wraz z certyfikatami dotyczącymi rur, kształtek i obejm". Dowód 1: Wyjaśnienia i zmiana treści SWZ z dnia 9 sierpnia 2021 r.

Odwołujący wskazał, że wykonawca PLASTPIPE nie załączył do oferty dokumentacji techniczno-ruchowej oraz dokumentu potwierdzającego dopuszczenie do zabudowy na rurociągach transportujących sprężone powietrze lub wodę i solankę w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych czyli certyfikatu dot. obejm, poprzestał jedynie na

certyfikacie B dot. rur i kształtek polietylenowych (PE) o wysokiej gęstości (HDPE) typu

ASTP2/W i ASTP3/G oraz dokumentacji techniczno- ruchowej nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE dot. rur i kształtek polietylenowych (PE) o wysokiej gęstości (HDPE) typu ASTP2/W i ASTP3/G.

W wyjaśnieniach z dnia 19 sierpnia 2021 r. PLASTPIPE potwierdził, iż nie posiada certyfikatu oraz dokumentacji techniczno-ruchowej dot. obejm, co więcej nawet nie wszczął procesu certyfikacji, pomimo iż wymagania w tym zakresie zostały jednoznacznie wskazane przez Zamawiającego zarówno w SWZ, jak i wyjaśnieniach treści SWZ. Dowód 2: Wyjaśnienia PLASTPIPE z dnia 19 sierpnia 2021 r.

Zdaniem Odwołującego niepełne i wprowadzające w błąd jest również twierdzenie PLASTPIPE, iż w przedłożonej DTR nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE jest wpisana informacja dotycząca stosowania obejm w rurociągach polietylenowych ASTP2/W i ASTP3/G w podziemnych zakładach górniczych i instalacjach na powierzchni. Mianowicie, w DTR nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE na stronie 11 znajduje się tylko wzmianka na temat obejm z odejście gwintowanym jako element połączeniowy rur bez opisu lub rysunku, co nie daje Zamawiającemu żadnej wiedzy na temat oferowanych obejm. W ww. DTR PLASTPIPE znajduje się jedynie zapis, że przedmiotowe obejmy powinny być dopuszczone do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych a PLASTPIPE nie posiada certyfikatów dotyczących tych obejm. Obejmy nie są elementem połączeniowym rur, natomiast są one stosowane między innymi do zabudowy zaworów hydrantowych 2" i stanowią oddzielny wyrób nie będący częścią rury, ani elementem montażowym, stąd wymóg przedłożenia dokumentacji techniczno-ruchowej jak i certyfikatu również w zakresie obejm. Certyfikacja wyrobów jest dobrowolna, jednak w celu potwierdzenia, że wyrób zachowuje warunki bezpieczeństwa w ruchu zakładu górniczego i spełnia wymogi obowiązujących przepisów Zamawiający z branży górniczej, w ogłaszanych postępowaniach, zawsze wymagają przedstawienia posiadanych Certyfikatów wyrobów wydanych przez Jednostkę Certyfikującą, lub innych dodatkowych wymagań technicznych - do czego mają prawo.

Odwołujący jako przykład, iż zamawiający żądają różnych dodatkowych dokumentów w zakresie dostaw rur, kształtek i obejm, wskazał na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum" w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji internetowej pn. „Dostawa rur dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum": Część I: Dostawa rur z tworzywa sztucznego o średnicy wewnętrznej minimum 310 mm PN20 w ramach zadania: Budowa pompowni głębinowej pomocniczej poniżej poz.774 m w szybie „Budryk", Część II: Dostawa rur stalowych DN350 z wykładką z tworzywa sztucznego w ramach zadania: Dostawa i zabudowa rur w szybie „Staszic". Część III: Dostawa rur stalowych DN100 w ramach zadania: Remont rurociągu przeciwpożarowego na poziomie 250 mm i 774 mm (nr sprawy ZP-C-0038/20), w którym to SRK żądało ponad certyfikat B uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa oraz dokumentację techniczno-ruchową - kopie dokumentów potwierdzających wyniki badań stwierdzających spełnienie wymagań dotyczących trudnopalności i antyelektrostatyczności oraz nietoksyczności wraz z opinią toksykologiczną oraz kopię dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań dotyczących odporności na ścieranie dla tworzywa sztucznego, z którego wykonane są rury zgodnie z normą PN-EN 295-3:2012. Z uwagi na wpisanie tych dokumentów do SIWZ, Odwołujący był zobowiązany do ich przedłożenia, co na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący powołał się na wyrom KIO z dnia 7 maja 2021 r., sygn. KIO 713/21.

Odnosząc się do pomówień zawartych w przytoczonym wyżej piśmie PLASTPIPE z dnia 19 sierpnia 2021 r. Odwołujący wskazał, że są one bezzasadne, a wszelkie zastrzeżenia odnośnie opisu przedmiotu zamówienia oraz wymaganych dokumentów należało zgłosić w formie odwołania na treść SWZ w odpowiednim terminie, czego PLASTPIPE nie uczynił.

Zatem Zamawiający niesłusznie pominął wymóg dołączenia dokumentacji techniczno-

ruchowej oraz certyfikatu dot. obejm w trakcie oceny oferty PLASTPIPE.

Odwołujący powołał się na orzeczenia KIO z dnia 23 lipca 2015 r. o sygn. akt: KIO 1454/15, KIO 1451/15.

W ocenie Odwołującego, PLASTPIPE w swoich wyjaśnieniach z dnia 19 sierpnia 2021 r. przywołując orzecznictwo KIO również wskazuje na wyroki wydane w związku z odwołaniem na treść SIWZ i tak:

1) wyrok z dnia 5 lipca 2012 sygn. KIO 1307/11 przywołany na stronie 3 wyjaśnień PLASTPIPE dotyczy odwołania Siemens sp. z o.o. na treść ogłoszenia oraz postanowienia SIWZ.

2) wyrok z dnia 12 lipca 2012 r. sygn. KIO 1360/12 przywołany na stronie 3 wyjaśnień PLASTPIPE dotyczy odwołania Oticon Polska Sp. z o.o na treść ogłoszenia oraz

postanowienia SIWZ.

3) wyrok z dnia 8 lipca 2011 r. sygn. KIO 1344/11 przywołany na stronie 3 wyjaśnień PLASTPIPE dotyczy odwołania OTICON POLSKA Sp. z o. o. na treść ogłoszenia oraz

postanowienia SIWZ.

4) wyrok z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. KIO 1447/10 przywołany na stronie 4 wyjaśnień PLASTPIPE dotyczy odwołania CTL Maczki - Bór Sp. z o.o. na treść ogłoszenia oraz SIWZ.

W ocenie Odwołującego każde orzeczenie przytoczone przez PLASTPIPE dotyczyło etapu zaskarżania treści SIWZ, a nie etapu składania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykonawca nie ma prawa samodzielnie zmieniać treści SWZ i interpretować jej zapisów, co więcej po upływie terminu składania ofert lub terminu na wniesienie odwołania na treść SWZ strony postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tracą możliwość wywierania wpływu SWZ i są związane określonym jej brzmieniem. Zamawiający sam wyznacza warunki zamówienia, które mogą zostać poddane pod weryfikację. KIO jedynie w odpowiednim terminie w formie odwołania na treść SWZ, czego PLASTPIPE nie uczynił, zatem treść SIWZ i wyjaśnień jest wiążąca a oferty wykonawców powinny być oceniane przez pryzmat wymagań tam zawartych.

Zdaniem w opinii Odwołującego, powyższe jednoznacznie świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PLASTPIPE pomimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż oferowane obejmy nie posiadają dopuszczenia do zabudowy na rurociągach transportujących sprężone powietrze lub wodę i solankę w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Co więcej, w świetle zmiany wprowadzonej przez Zamawiającego poprzez wyjaśnienia i zmianę treści SWZ w dniu 9 sierpnia 2021 r. wykonawca miał obowiązek dołączenia do oferty dokumentacji techniczno - ruchowej wraz z certyfikatami dotyczącymi rur, kształtek i obejm, czego PLASTPIPE nie zrobił. Powyższe stanowi natomiast naruszenie art. 105 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 106 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 107 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe uznanie przez Zamawiającego, iż przedłożony przez wykonawcę PLASTPIPE certyfikat B dot. rur i kształtek polietylenowych (PE) o wysokiej gęstości (HDPE) typu ASTP2/W i ASTP3/G oraz dokumentacja techniczno- ruchowa nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE dot. rur i kształtek polietylenowych (PE) o wysokiej gęstości (HDPE) typu ASTP2/W i ASTP3/G wyczerpują wymagania Zamawiającego opisane w SWZ i wyjaśnieniach SWZ, w sytuacji gdy Zamawiający jednoznacznie żądał dołączenia do oferty również dokumentacji techniczno-ruchowej i certyfikatu dot. obejm, czego PLASTPIPE nie zrobił. To stanowi natomiast naruszenie art. 226 ust.1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PLASTPIPE pomimo, iż wykonawca ten nie przedłożył prawidłowych przedmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń. Stawianie warunków w SWZ a następnie ich pomijanie w trakcie oceny ofert stanowi również naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasadę przejrzystości.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa zgrzewalnych rur polietylenowych, kształtek oraz obejm, służących do budowy rurociągów” (dalej „Postępowanie”).

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 29 lipca 2021 r. zamieścił Ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych na swojej platformie internetowej.

Termin składania ofert wyznaczono pierwotnie na dzień 9 sierpnia 2021 r., a następnie przesunięto na dzień 13 sierpnia 2021 r.

Izba ustaliła, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w Rozdziale V SWZ. Zamawiający w pkt 3 SWZ wskazał jako jeden z elementów dostaw obejmy do budowy rurociągów służących do transportu sprężonego powietrza z odejściem gwintowanym 2" PN 1,6 MPa na rurę 0 90mm. W Rozdziale V pkt 3 ppkt 5) SWZ w drugim akapicie Zamawiający wskazał, iż:
„1) Określone w zamówieniu rury i kształtki muszą być zgrzewalne, posiadać stałą monolityczną warstwę antystatyczną, muszą być dopuszczone do transportu sprężonego powietrza lub wody i solanki w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, a ich geometria powinna być zgodna z normą PN EN 12201-+A1 lub równoważną (jeżeli Wykonawca oferuje dostawę rur i kształtek polietylenowych powołując się na rozwiązania równoważne zawartym w normie PN-EN 12201-+A1 zamiast tej normy obowiązany jest wskazać w ofercie te rozwiązania oraz załączyć dokumenty wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań).

2) Określone w zamówieniu obejmy muszą posiadać dopuszczenie do zabudowy na rurociągach transportujących sprężone powietrze lub wodę i solankę w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych."

Izba ustaliła, że pismem z dnia 9 sierpnia 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące postanowień SWZ. Izba ustaliła, że w odpowiedzi na pytanie nr 3, Zamawiający oświadczył, iż „wymaga się dołączenia do oferty DTR wraz z certyfikatami dotyczącymi rur, kształtek i obejm".

Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone dwie oferty tj. oferta Plastpipe sp. z o.o. sp.k. z ceną 141.076,20 zł oraz oferta ELPLAST+ sp. z o.o. z ceną 181.290,00 zł. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 281.700,00 zł brutto.

Izba ustaliła, że w dniu 18 sierpnia 2021 r. Zamawiający wezwał PLASTPIPE do złożenia wyjaśnień. Wykonawca złożył wyjaśnienia w dniu 19 sierpnia 2021 r. Izba ustaliła, że w treści wyjaśnień wykonawca wskazał m.in., że w przedłożonej DTR nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE wpisanej do certyfikatu nr JSHP/6/B/2019 jest zawarta informacja dotycząca stosowania obejmy w rurociągach polietylenowych ASTP2/W i ASTP3/G w podziemnych zakładach górniczych i instalacjach na powierzchni. Wykonawca wskazał, że zwrócił się od jednostki certyfikującej o opinię w tej sprawie. Wykonawca załączył opinię. Ponadto, wykonawca wskazał, że wymaganie DTR oraz certyfikatu dla obejm z odejściem gwintowanym 2" zgodnie z opinią jednostki certyfikującej są bezzasadne zgodnie z polskimi normami rozporządzeniami dotyczącymi stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Wykonawca oświadczył, że jako producent obejm z odejściem gwintowanym 2" potwierdza zgodność z wymaganiami odpowiednich przepisów i norm zastosowanych podczas oceny wyrobu oraz możliwości stosowania ich w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych dotyczącej armatury żeliwnej typu obejmy z odejściem gwintowanym 2". Obejmy z odejściem gwintowanym 2" mogą być stosowane w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych niezagrożonych oraz zagrożonych wybuchem metanu i/lub pyłu węglowego oraz spełniają wymagania zawarte w: Ustawie z dnia 9 czerwca 2011 roku - Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z dnia 19 czerwca 2020 roku, poz. 1064, z późn. zm.); aktach wykonawczych wydanych z delegacji ustawy Prawo geologiczne i górnicze, w tym rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 roku w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. z dnia 9 czerwca 2017 roku, poz. 1118, z późn. zm.); normach zharmonizowanych i branżowych odpowiednich dla danego typu wyrobu.

Izba ustaliła, że w dniu 6 września 2021 r. Zamawiający opublikował Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, w której wskazał, iż oferta PLASTPIPE została uznana za najkorzystniejszą. Oferta Odwołującego zajęła drugie miejsce pod względem liczby punktów.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się zasadne, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp musi być możliwe do określenia na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi,

skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. Odrzuceniu podlega

zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SWZ niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SWZ.

W ocenie Izby, Odwołujący wykazał, iż oferta wykonawcy Plastpipe jest niezgodna z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ. Zdaniem Izby z postanowień SWZ wynika, iż rury, kształtki jaki i obejmy muszą posiadać dopuszczenie odpowiednio (rury i kształtki) do transportu sprężonego powietrza lub wody i solanki w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych oraz obejmy do zabudowy na rurociągach transportujących sprężone powietrze lub wodę i solankę w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Natomiast zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 3 zamieszczoną przez Zamawiającego w dniu 9 sierpnia 2021 r. Zamawiający wymagał dołączenia do oferty DTR wraz z certyfikatami dotyczącymi rur, kształtek, jak również obejm. Takie stanowisko potwierdził sam Zamawiający w treści wezwania skierowanego do wykonawcy w dniu 18 sierpnia 2021 r., wskazując, iż w przedłożonej ofercie przez wykonawcę Plastpipe brak DTR oraz certyfikatu dla obejm z odejściem gwintowanym 2” służących do zabudowy na rurociągach, których złożenia wymagał Zamawiający. Zdaniem Izby, wykonawca Plastpipe w wyjaśnieniach złożonych w dniu 19 sierpnia 2021 r. potwierdził, że nie posiada certyfikatu oraz dokumentacji techniczno-ruchowej dotyczącej obejm, co więcej nawet nie wszczął procesu certyfikacji, pomimo iż wymagania w tym zakresie zostały jednoznacznie wskazane przez Zamawiającego zarówno w SWZ, jak i wyjaśnieniach treści SWZ.

Zdaniem Izby, nie można zgodzić się ze stanowiskiem wykonawcy Plastpipe oraz Zamawiającego, iż w przedłożonej DTR nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE jest wpisana informacja dotycząca stosowania obejm w rurociągach polietylenowych ASTP2/W i ASTP3/G w podziemnych zakładach górniczych i instalacjach na powierzchni, co spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Należy podkreślić, że w DTR nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE na stronie 11 znajduje się tylko wzmianka na temat obejm z odejście gwintowanym jako element połączeniowy rur bez opisu lub rysunku, co nie dawało żadnych podstaw Zamawiającemu do uznania, że ów DTR obejmuje swoich zakresem oferowane obejmy. W ww. DTR znajduje się jedynie zapis, że przedmiotowe obejmy powinny być dopuszczone do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, a wykonawca Plastpipe nie posiada certyfikatów dotyczących tych obejm. Zgodzić się należy z Odwołującym, że obejmy nie są elementem połączeniowym rur, natomiast są one stosowane między innymi do zabudowy zaworów hydrantowych 2" i stanowią oddzielny wyrób, nie będący częścią rury, ani elementem montażowym, stąd wymóg przedłożenia dokumentacji techniczno-ruchowej jak i certyfikatu również w zakresie obejm. Taka certyfikacja wyrobów jest dobrowolna i może być prowadzona przez każdego z wykonawców. Skoro zaś Zamawiający wymagał jej uzyskania również dla obejm, obowiązkiem wykonawcy Plastpipe było zaoferowanie obejm posiadających wymagany certyfikat.

Odnosząc się do pisma wykonawcy Plastpipe złożonego w odpowiedzi na wezwanie w dniu 19 sierpnia 2021 r. jak również do stanowiska Zamawiającego, Izba wskazuje, że w zasadniczej części pismo to jest polemiką wykonawcy z postanowieniami zawartymi w SWZ. Argumenty podniesione przez wykonawcę i powtórzone w stanowisku Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie dotyczącą niezasadnego żądania przez Zamawiającego oddzielnego certyfikatu na jeden z elementów rurociągu opisanego w DTR i certyfikacie tj. na obejmę. Stanowisko wykonawcy wskazuje na niezasadne faworyzowanie wykonawcy ELPLAST.

W ocenie Izby powyższe zarzuty i argumenty są w istocie spóźnioną polemiką wykonawcy Plastpipe z określonymi zapisami zawartymi w SWZ, które były znane wykonawcy od dnia jej publikacji na stronie internetowej Zamawiającego tj. od dnia 9 sierpnia 2021 r. Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej. Tym samym termin na złożenie odwołania co do wymagań Zamawiającego w zakresie kwestionowanych wymagań Zamawiającego upłynął 14 sierpnia 2021 roku. Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż odpowiedź na pytanie udzielone przez Zamawiającego w dniu 9 sierpnia 2021 r. nie może być traktowane jako rozszerzenie wymagań Zamawiającego wskazanych w SWZ. Izba wskazuje, że udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi były wiążące zarówno wobec wykonawców, jak również wobec Zamawiającego. Przyjęcie odmiennego stanowiska jest pozbawiane jakiegokolwiek logicznego uzasadnienia. Gdyby zgodzić się z Zamawiającym, to dokonywałby on wyjaśnień treści SWZ, publikował na stronie internetowej swoje stanowisko, a jednocześnie na etapie badania i oceny ofert nie byłby nim związany. Izba podkreśla, że instytucja wyjaśnień treści SWZ została uregulowana przez ustawodawcę w art. 135 ustawy Pzp. Wyjaśnienia stanowią integralna część SWZ. Zamawiający w toku postępowania nie może odstąpić od interpretacji treści SWZ, jaką zaprezentował poprzez udzielanie wyjaśnień. Wykonawcy natomiast muszą brać pod uwagę udzielone wyjaśnienia i nie mogą powoływać się na własną wykładnię treści

SWZ - odmienną od zaprezentowanej przez zamawiającego w wyjaśnieniach.

Bez znaczenia dla sprawy jest, w ocenie Izby, złożona przez wykonawcę Plastpipe opinia jednostki certyfikującej z dnia 20 sierpnia 2021 r. Wykonawca Plastpipe, podobnie jak Zamawiający, zobowiązany działania zgodne z postanowieniami SWZ. Jak Izba wskazała powyżej, Zamawiający nie wymagał złożenia opinii jednostki certyfikującej, ale konkretnego certyfikatu. Analizy i rozważania wykonawcy Plastpipe i jednostki certyfikującej na etapie badania i oceny ofert są bezprzedmiotowe i nie mają żadnego znaczenia dla sprawy. Jeśli Zmawiający nie wymagał certyfikatu, to taka informacja powinna była znaleźć się w SWZ lub wyjaśnieniach do SWZ. Z okoliczności ustalonych przez Izbę wynika zaś, że taki certyfikat był wymagany. Nie można zgodzić się również z wykonawcą Plastpipe oraz Zamawiającym, że wykonawca złożył dokumenty równoważne z tymi wymaganymi przez Zamawiającego. Izba zaznacza, że w żadnym miejscu oferty czy złożonych wyjaśnień wykonawca Plastpipe nie powołał się na równoważność, a tym bardziej nie wykazał takiej równoważności.

Zdaniem Izby, z oferty wykonawcy Plastpipe jak i złożonych przez wykonawcę wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2021 r. jednoznacznie wynika, że jego oferta jest niezgoda z warunkami zamówienia. W konsekwencji podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zaoferowane przez wykonawcę obejmy nie posiadają dopuszczenia do zabudowy na rurociągach transportujących sprężone powietrze lub wodę i solankę w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Wykonawca nie dołączył do oferty dokumentacji techniczo - ruchowej wraz z certyfikatami dotyczącymi obejm. Powyższe

stanowi naruszenie art. 105 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 106 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 107 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe uznanie przez Zamawiającego, iż przedłożony przez wykonawcę PLASTPIPE certyfikat B dot. rur i kształtek polietylenowych (PE) o

wysokiej gęstości (HDPE) typu ASTP2/W i ASTP3/G oraz dokumentacja techniczno - ruchowa nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE dot. rur i kształtek polietylenowych (PE) o wysokiej gęstości (HDPE) typu ASTP2/W i ASTP3/G wyczerpują wymagania Zamawiającego opisane w SWZ i wyjaśnieniach SWZ, w sytuacji gdy Zamawiający jednoznacznie żądał dołączenia do oferty również dokumentacji techniczno-ruchowej i certyfikatu dot. obejm, czego wykonawca PLASTPIPE nie uczynił.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....