

WYROK

z dnia 3 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2022 r. przez wykonawcę Ferrocarbo

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Kopalnia Soli "Wieliczka" Spółka Akcyjna z siedzibą w Wieliczce

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Ferrocarbo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Ferrocarbo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Ferrocarbo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie na rzecz Kopalnia Soli "Wieliczka" Spółka Akcyjna z siedzibą w Wieliczce kwotę 312 zł 65 gr (słownie: trzysta dwanaście złotych sześćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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 1340/22

UZASADNIENIE

W dniu 20 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie

wykonawcy - Ferrocarbo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

(dalej jako „Odwołujący”) - na czynności badania i oceny oferty Odwołującego oraz odrzucenia oferty Odwołującego, dokonane przez zamawiającego - Kopalnia Soli "Wieliczka" Spółka Akcyjna z siedzibą w Wieliczce (dalej jako „Zamawiający”) - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa żużla wielkopiecowego mielonego Numer referencyjny: KSW/2022/EZM/20” (dalej jako

„Postępowanie”).

Odwołujący zarzucił naruszenie „art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez: a) pominięcie, na etapie oceny oferty Odwołującego, że Odwołujący oferując dostawę przedmiotu zamówienia o parametrach równoważnych do zawartych w normie PN-EN 15167-1:2007, wskazał w ofercie te rozwiązania oraz załączył aktualne wyniki badań laboratoryjnych, ewentualnie, b) pominięcie, na etapie oferty Odwołującego, że Odwołujący oferując dostawę przedmiotu zamówienia o parametrach równoważnych do zawartych w normie PN-EN 15167-1:2007 wskazał w ofercie te rozwiązania o parametrach korzystniejszych, niż zawarte w normie PN-EN 15167-1:2007, co nie zostało przez Zamawiającego zakwestionowane, w związku z czym niemożliwe było „załączenie aktualnych wyników badań laboratoryjnych lub innych dokumentów wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań.”, gdyż - jak wskazano powyżej - Odwołujący przedstawił rozwiązania o parametrach korzystniejszych (a nie równoważnych) od zawartych w w/w normie, zapewniając realizację przedmiotu zamówienia w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego, ewentualnie, c) zredagowanie treści Załącznika nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) w sposób sprzeczny z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”), poprzez wskazanie w treści Załącznika nr 1 do SWZ sformułowania - cyt.: „Jeżeli wykonawca oferuje dostawę przedmiotu zamówienia o parametrach równoważnych, zobowiązany jest wskazać w ofercie te rozwiązania oraz załączyć aktualne wyniki badań laboratoryjnych lub inne dokumenty wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań.”, który pozostaje w sprzeczności z treścią SWZ, w którym wskazano - cyt.: „Jeżeli Wykonawca oferuje dostawę żużla powołując się na rozwiązania równoważne do zawartych w normie PN-EN 15167-1:2007 obowiązany jest wskazać w ofercie te rozwiązania oraz załączyć aktualne wyniki badań laboratoryjnych oraz inne dokumenty wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań.”, w konsekwencji czego podmiot składający ofertę nie mógł dysponować jednoznaczną informacją, czy wystarczające jest załączenie tylko „aktualnych wyników badań laboratoryjnych”, tylko „innych dokumentów wykazujących równoważność oferowanych rozwiązań.” bądź zarówno „aktualnych wyników badań laboratoryjnych” orz „innych dokumentów wykazujących równoważność oferowanych rozwiązań.” (z uwagi na wskazanie alternatywy zwykłej „lub”), czy też obligatoryjne jest załączenie łącznie z „aktualnymi wynikami badań laboratoryjnych” również „innych dokumentów wykazujących równoważność oferowanych rozwiązań.” (ze względu na wskazanie koniunkcji „oraz”), w związku z czym Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, co doprowadziło Zamawiającego do nieuzasadnionego uznania, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia i do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz „dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego”, a także o „zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów dojazdu na rozprawę.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co

następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 lutego 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 040-100908.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) określono:

1) w części III pkt 3.1 - że „Przedmiotem zamówienia jest sprzedaż wraz z dostarczeniem maksymalnie 7 500 ton (słownie: siedem tysięcy pięćset ton) żużla wielkopieczowego mielonego, lub innych rodzajów produktów ubocznych obróbki wysokotemperaturowej, spełniających wymogi normy PN-EN 15167-1:2007 lub o parametrach równoważnych¹. Zamawiający uzna następujące parametry za potwierdzające równoważność:

Właściwość: Wymaganie:

- 1) zawartość MgO
- 2) zawartość S²⁻
- 3) zawartość SO₃
- 4) strata prażenia z korektą dotycząca utleniania siarczków
- 5) zawartość chlorków*
- 6) zawartość wilgoci
- 7) zawartość fazy szklistej
- 8) powierzchnia właściwa
- 9) początek wiązania zaczynu (50% mielonego granulowanego żużla wielkopieczowego i 50% cementu porównawczego CEM I)

*mielony granulowany żużel wielkopieczowy może zawierać więcej niż 0,10% chlorków, < 18%
ale w tej sytuacji maksymalna zawartość chlorków powinna być deklarowana przez dostawcę.”, zaś w przypisie do tego postanowienia oznaczonym „i”, iż „jeżeli Wykonawca oferuje dostawę żużla powołując się na rozwiązania równoważne do zawartych w normie PN-EN 15167-1:2007 obowiązany jest wskazać w ofercie te rozwiązania oraz załączyć aktualne wyniki badań laboratoryjnych oraz inne dokumenty < 0,10%
wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań”. < 1,0%

2) w części XIII pkt 1, że „Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:

- 1) Formularz oferty sporządzony wg wzoru Formularza oferty znajdującego się na stronie , 2) Załącznik nr 1 do elektronicznego formularza oferty, który stanowi jego integralną część i Wykonawca winien go załączyć obligatoryjnie. Załącznik powinien być podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym”.
- > 275 m²/kg
nie może być dłuższy niż dwukrotnie w porównaniu z początkiem wiązania zaczynu wykonanego z samego cementu porównawczego

W załączniku nr 1 do elektronicznego formularza oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, zawarto oświadczenie o treści:

„W związku z postępowaniem prowadzonym na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Dostawa żużla wielkopieczowego mielonego”, oświadczam:

1. Oferujemy dostawę żużla wielkopieczowego mielonego w maksymalnej ilości 7 500 ton:

- spełniającego wymagania normy PN-EN 15167-1:2007
- spełniającego wymagania rozwiązań równoważnych" jak w tabeli:

	Właściwość:	Wymaganie:	Parametry oferowane
1)	zawartość MgO	< 18%	
2)	zawartość S ²⁻	< 2%	

3)	zawartość SO ₃	< 2,5%	
4)	strata prażenia z korektą dotycząca utleniania siarczków	< 3,0%	
5)	zawartość chlorków*	< 0,10%	
6)	zawartość wilgoci	< 1,0%	
7)	zawartość fazy szklistej	> 66,6%	
8)	powierzchnia właściwa	> 275 m ² /kg	
9)	początek wiązania zaczynu (50% mielonego granulowanego żużla wielkopiecowego i 50% cementu porównawczego CEM I)	nie może być dłuższy niż dwukrotnie w porównaniu z początkiem wiązania zaczynu wykonanego z samego cementu porównawczego	

”, zaś przypis oznaczony „ii” miał treść „Jeżeli wykonawca oferuje dostawę przedmiotu zamówienia o parametrach równoważnych, zobowiązany jest wskazać w ofercie te rozwiązania oraz załączyć aktualne wyniki badań laboratoryjnych lub inne dokumenty wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań”.

Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu, w załączniku nr 1 do elektronicznego formularza oferty oświadczając „Oferujemy dostawę żużla wielkopiecowego mielonego w maksymalnej ilości 7 500 ton (...) S spełniającego wymagania rozwiązań równoważnych jak w tabeli:

	Właściwość:	Wymaganie:	Parametry oferowane
1)	zawartość MgO	< 18%	9%
2)	zawartość S ²⁻	< 2%	1%
3)	zawartość SO ₃	< 2,5%	0,5%
4)	strata prażenia z korektą dotycząca utleniania siarczków	< 3,0%	2,5%
5)	zawartość chlorków*	< 0,10%	0,05%
6)	zawartość wilgoci	< 1,0%	<1%
7)	zawartość fazy szklistej	> 66,6%	85%
8)	powierzchnia właściwa	> 275 m ² /kg	300 m ² /kg
9)	początek wiązania zaczynu (50% mielonego granulowanego żużla wielkopiecowego i 50% cementu porównawczego CEM I)	nie może być dłuższy niż dwukrotnie w porównaniu z początkiem wiązania zaczynu wykonanego z samego cementu porównawczego	250 min./187 min. Spełnia wymaganie

”. Wraz z ofertą Odwołujący nie złożył odrębnego od załącznika nr 1 do elektronicznego formularza oferty dokumentu w celu wykazania równoważności oferowanych rozwiązań.

W dniu 10 maja 2022 roku Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, w której wskazano, że oferta Odwołującego „została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca w złożonej ofercie zaproponował dostawę żużla wielopieczowego mielonego spełniającego wymagania rozwiązań równoważnych do normy PN-EN 15167-1:2007 i nie załączył badań laboratoryjnych lub innych dokumentów które potwierdzałyby równoważność oferowanego żużla. Dokumenty nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp w związku z czym Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji postępowania.

Izba pominęła dokument zatytułowany „Specyfikacja określająca istotne parametry identyfikujące przydatność żużli jako składnika mieszaniny iniekcyjnej stosowanej do realizacji robót górniczych w Kopalni Soli „Wieliczka” S.A.”, załączony do odpowiedzi na odwołanie. Jak wynika z jej treści, miał on służyć ustaleniu, jakie parametry musi spełniać żużel, którego sprzedaż była przedmiotem Postępowania. Fakt ten nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż w postępowaniu odwoławczym nie było sporne, jakie parametry ma mieć żużel, którego sprzedaż była przedmiotem Postępowania; ww. dokument nie służył więc ustaleniu faktu mającego znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Pominać należało również dokumenty załączone do pisma Odwołującego z 30 maja 2022 roku. Dokumenty te pochodziły z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego pod numerem KSW/2020/EZM/99 (specyfikacja istotnych warunków zamówienia, oferta Odwołującego, informacja z otwarcia ofert, informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty) bądź dotyczyły wykonania przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu (umowa, protokół odbioru końcowego). W niniejszym postępowaniu odwoławczym Izba oceniała zgodność z prawem czynności dokonanych w Postępowaniu, na co nie miało mieć wpływu to, jakie czynności zostały dokonane w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - prowadzonym przez Zamawiającego pod numerem KSW/2020/EZM/99 - czy w jego wyniku. Ustalenie faktów w zakresie prowadzenia ww. postępowania oraz wykonania przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu nie miało więc znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba pominęła również dokument złożony na posiedzeniu w dniu 1 czerwca 2022 roku, zatytułowany „Deklaracja zgodności z normą PN-EN 15167-1:2007 NR 148/FC/2021”, który również dotyczył wykonania przedmiotu zamówienia w ww. postępowaniu. Ustalenie faktu, czy wykonując umowę zawartą po przeprowadzeniu ww. postępowania Odwołujący deklaruje, że wydawany żużel spełnia wymagania rzeczowej norm, nie miało wpływu na ocenę zgodności z prawem czynności dokonanych w Postępowaniu, a tym samym ustalenie tego faktu nie miało więc znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, oraz że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp.

Przede wszystkim należy wskazać, że dokonując oceny zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie mogła orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W konsekwencji Izba była uprawniona do oceny zgodności z prawem czynności zamawiającego jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie (tak w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2021 r., wydanym w postępowaniu o sygn. akt KIO 200/21, oraz z dnia 28 czerwca 2021 r. wydanym w postępowaniu o sygn. akt KIO 1258/21).

Czynność odrzucenia oferty podlega przy tym ocenie Izby w postępowaniu odwoławczym wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia oferty (por. np. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2018 r., wydany w postępowaniu o sygn. akt KIO 2224/18, czy z dnia 16 grudnia 2021 r., wydany w postępowaniu o sygn. akt KIO 3508/21).

We wniesionym odwołaniu przedstawiono zarzuty naruszenia jednego przepisu - art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp - wskazując trzy różne sposoby, w jaki przepis ten naruszono.

W zakresie wszystkich podanych okoliczności Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył tego przepisu, zgodnie z którym „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”.

W pierwszej kolejności naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Odwołujący wywodził z pominięcia na etapie oceny oferty Odwołującego, że Odwołujący oferując dostawę przedmiotu zamówienia o parametrach równoważnych do zawartych w normie PN-EN 15167-1:2007, wskazał w ofercie te rozwiązania oraz załączył aktualne wyniki badań laboratoryjnych, podnosząc, że „wskazał w swej Ofercie, oraz załączył w Załączniku nr 1 do SWZ (inkorporował do Załącznika nr 1 do SWZ) aktualne wyniki badań laboratoryjnych”.

Nie było sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego, że Odwołujący w ofercie złożonej w Postępowaniu zaoferował dostawę żużla o parametrach równoważnych i wskazał rozwiązania równoważne. Kwestią sporną było natomiast to, czy Odwołujący załączył aktualne wyniki badań laboratoryjnych.

Odwołujący twierdził, że wyniki takie przedstawił „w punkcie 1 Załącznika nr 1 do elektronicznego formularza oferty (...) w Tabeli, w kolumnie „Parametry oferowane” oraz że „załączył w Załączniku nr 1 do SWZ (inkorporował do Załącznika nr 1 do SWZ) aktualne wyniki badań laboratoryjnych”. Same te twierdzenia zdaniem Izby nie pozwalają na przyjęcie, że Odwołujący załączył aktualne wyniki badań laboratoryjnych. Wynika z nich, że wpisując w punkcie 1 załącznika nr 1 do elektronicznego formularza oferty parametry oferowanego żużla Odwołujący zarówno przedstawił aktualne wyniki badań laboratoryjnych oraz je załączył. Zdaniem Izby stanowisko to nie zasługuje na aprobatę. Nie może ulegać wątpliwości, że złożenie jako jednego z dokumentów składającego się ofertę załącznika nr 1 do elektronicznego formularza oferty, w którym w kolumnie „Parametry oferowane” wpisane są określone wartości (parametry) stanowi - w ramach złożenia oferty - w rozumieniu postanowień SWZ „wskazanie rozwiązania równoważnego”, czyli określenie parametrów żużla, którego sprzedaż wykonawca oferuje. Podzielić należy zatem stanowisko Zamawiającego, iż „inkorporowanie” znanych Odwołującemu wyników badań do treści oferty oznacza wyrażenie w treści oferty zobowiązania „do świadczenia żużla o określonych parametrach”.

Interpretacja użytego w przypisie do punktu 1 załącznika nr 1 do elektronicznego formularza oferty oznaczonego „ii” sformułowania „obowiązany jest wskazać w ofercie te rozwiązania oraz załączyć aktualne wyniki badań laboratoryjnych lub inne dokumenty wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań” (oraz w przypisie do postanowienia części III pkt 3.1 SWZ oznaczonego „i”, które w zakresie istotnym dla przedmiotowych rozważań jest identyczne), w szczególności użycia spójnika „oraz” prowadzi do wniosku, że w postanowieniach SWZ odróżniono dwa zobowiązania - do wskazania w ofercie rozwiązań równoważnych i do załączenia aktualnych wyników badań laboratoryjnych lub innych dokumentów wykazujących równoważność oferowanych rozwiązań. Biorąc ponadto pod uwagę, że każde z tych zobowiązań może być wykonane niezależnie od drugiego (możliwe jest także wykonanie jednego z nich i niewykonanie drugiego), brak jest podstaw do przyjęcia, że zobowiązania te można utożsamiać.

Ponadto w ocenie Izby ze sformułowania „aktualne wyniki badań laboratoryjnych lub inne dokumenty wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań” wynika, że „aktualne wyniki badań laboratoryjnych” mają być dokumentem. Nie sposób uznać, że wyrażenia „inne dokument” odnoszą do czego innego niż „aktualne wyniki badań laboratoryjnych”, wobec czego należy je rozumieć jako „inne dokument niż aktualne wyniki badań laboratoryjnych”. Gdyby „aktualne wyniki badań laboratoryjnych” nie miały być dokumentem, sformułowanie to powinno brzmieć „aktualne wyniki badań laboratoryjnych lub dokumenty wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań” - wyraz „inne” byłby zbędny.

Nietrafne w ocenie Izby było twierdzenie Odwołującego, wywodzące z definicji wyrazu „wynik” zawartej w Słowniku Języka Polskiego PWN, iż „wynik” jest wartością matematyczną, a takowe Odwołujący przedstawił. Wywodząc wnioski z rzeczowej definicji należało brać ją pod uwagę w całości (czego Odwołujący nie uczynił), a zgodnie z nią wynik to „ostateczna liczba lub ostateczne wyrażenie otrzymane po wykonaniu działań matematycznych”. Brak zaś było podstaw do przyjęcia, że wartości wszystkich poszczególnych parametrów oferowanego żużla wpisanych w punkcie 1 załącznika nr 1 do elektronicznego formularza oferty, wchodzącego w skład oferty Odwołującego, stanowią

„ostateczne liczby otrzymane pod wykonaniu działań matematycznych”.

Ze sformułowania „aktualne wyniki badań laboratoryjnych lub inne dokumenty wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań” wynika również, że „aktualne wyniki badań laboratoryjnych” mają być dokumentem „wykazującym równoważność oferowanych rozwiązań”. W przeciwnym razie, przyjmując, że sformułowanie „wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań” odnosi się wyłącznie do „innych dokumentów”, należałoby uznać, że „aktualne wyniki badań laboratoryjnych” nie muszą wykazywać równoważności oferowanych rozwiązań, co czyniłoby ich załączanie „sztuką dla sztuki” - taki wniosek jest absurdalny.

Izba nie podziela przy tym stanowiska Zamawiającego, iż „obowiązek udowodnienia, że oferowany żużel posiada wymagane przez Zamawiającego parametry” wynika z art. 101 ust. 5 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, „w przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi nie są

zgodne z normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami

referencji technicznych, do których opis przedmiotu zamówienia się odnosi, pod warunkiem że wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104-107, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia”. Z jego treści wynika, że jest on adresowany do Zamawiającego i zawiera normę zakazującą odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, gdy 1) opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 Pzp, 2) zamawiający chciałby odrzucić ofertę tylko dlatego, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi nie są zgodne z normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których opis przedmiotu zamówienia się odnosi, 3) wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104-107 Pzp, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie sytuacja taka nie wystąpiła, gdyż opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu, odnosząc się do norm, dopuszczał zaoferowanie sprzedaży żużla o parametrach równoważnych, a oferta Odwołującego nie została odrzucona z powodu niezgodności z normą; przepis ten nie ma więc w niej zastosowania.

Wobec powyższego uznać należało, że postanowienia SWZ (przypis do postanowienia części III pkt 3.1 SWZ oznaczony „i” oraz przypis do punktu 1 załącznika nr 1 do elektronicznego formularza oferty oznaczony „ii”) nakładały na Odwołującego obowiązek załączenia aktualnych wyników badań laboratoryjnych (albo innych dokumentów) wykazujących równoważność oferowanych rozwiązań, niezależnie od obowiązku wskazania rozwiązania równoważnego, czyli określenia parametrów żużla, którego sprzedaż oferuje.

W konsekwencji skoro na Odwołującym ciążył obowiązek załączenia aktualnych wyników badań laboratoryjnych, a Odwołujący nie zadośćuczynił temu obowiązkowi (a jedynie wskazując rozwiązanie równoważne) nie można uznać, iż na etapie oceny oferty Odwołującego Zamawiający pominął, że Odwołujący nie załączył aktualnych wyników badań laboratoryjnych.

Alternatywnie Odwołujący podnosił, iż Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez „pominięcie, na etapie oferty Odwołującego, że Odwołujący oferując dostawę przedmiotu zamówienia o parametrach równoważnych do zawartych w normie PN-EN 15167-1:2007 wskazał w ofercie te rozwiązania o parametrach korzystniejszych, niż zawarte w normie PN-EN 15167-1:2007, co nie zostało przez Zamawiającego zakwestionowane, w związku z czym niemożliwe było „załączenie aktualnych wyników badań laboratoryjnych lub innych dokumentów wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań.”, gdyż - jak wskazano powyżej - Odwołujący przedstawił rozwiązania o parametrach korzystniejszych (a nie równoważnych) od zawartych w w/w normie, zapewniając realizację przedmiotu zamówienia w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego”.

Przed dokonaniem rozważań w zakresie tych okoliczności zauważyć należy, że stoją one w sprzeczności z przedstawionymi wcześniej twierdzeniami Odwołującego, iż załączył on aktualne wyniki badań laboratoryjnych - co oznacza, że było możliwe ich

załączenie.

Nie było sporne, że Odwołujący wskazał w ofercie rozwiązania równoważne o parametrach korzystniejszych, niż zawarte w normie PN-EN 15167-1:2007. Nie można jednak uznać za zasadne stanowiska, że z tego powodu „niemożliwe było załączenie aktualnych wyników badań laboratoryjnych lub innych dokumentów wykazujących równoważność oferowanych rozwiązań”. Nie można pomijać, że w części III pkt 3.1 SWZ Zamawiający określił wymagania w zakresie parametrów, jakie musi posiadać żużel, którego sprzedaż wykonawca oferuje, aby uznał on równoważność za potwierdzoną (stanowił rozwiązanie równoważne). Wymagania w te miały charakter „jednostronnie ograniczony”, to jest określały jedynie maksymalną albo minimalną wartość, jaką musi mieć dany parametr. W konsekwencji, zarówno żużel, którego dany parametr miał wartość równą owej maksymalnej albo minimalnej wartości, jak i żużel, którego ten sam parametr miał wartość odpowiednio niższą albo wyższą od owej maksymalnej albo minimalnej wartości, stanowił rozwiązanie równoważne. Skoro więc załączane aktualne wyniki badań laboratoryjnych lub inne dokumenty miały wykazywać równoważność oferowanych rozwiązań, miały one potwierdzać, że rzeczony wymagania są spełnione, to jest że poszczególne wartości parametrów mieszczą się w zakresie określonym przez Zamawiającego - że są równe bądź wyższe albo równe bądź niższe niż określona wartość.

Aktualne wyniki badań laboratoryjnych wykazujące „korzystniejsze” wartości parametrów byłyby więc aktualnymi wynikami badań laboratoryjnych wykazującymi równoważność oferowanych rozwiązań w rozumieniu postanowień SWZ (przypisu do postanowienia części III pkt 3.1 SWZ oznaczonego „i” oraz przypisu do punktu 1 załącznika nr 1 do elektronicznego formularza oferty oznaczonego „ii”). Wskazanie w ofercie „rozwiązania równoważnego o parametrach korzystniejszych, niż zawarte w normie PN-EN 15167-1:2007” nie uniemożliwiało zatem załączenia aktualnych wyników badań laboratoryjnych wykazujących równoważność oferowanych rozwiązań w ww. rozumieniu.

Naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Odwołujący upatrywał także w „zredagowaniu treści Załącznika nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) w sposób sprzeczny z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”).

Aczkowiek nie ulega wątpliwości, że treść przypisu do postanowienia części III pkt 3.1 SWZ oznaczonego „i” oraz przypisu do punktu 1 załącznika nr 1 do elektronicznego formularza oferty (stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ) oznaczonego „ii” są niezgodne, to niezgodność ta nie oznacza, że doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Z tego przepisu wynika wyłącznie norma zobowiązująca do odrzucenia oferty w opisanej w nim sytuacji - nie określa on, w jaki sposób należy formułować (redagować) SWZ. Nie jest zatem możliwe naruszenie tego przepisu poprzez nieprawidłowe sformułowanie postanowienia SWZ zobowiązującego do załączenia aktualnych wyników badań laboratoryjnych oraz innych dokumentów wykazujących równoważność oferowanych rozwiązań.

Na marginesie należy zauważyć, że przedmiotowa niezgodność polega na tym, że z treści przypisu do postanowienia części III pkt 3.1 SWZ oznaczonego „i” wynika - wskutek użycia spójnika „oraz - że wykonawca zobowiązany jest załączyć zarówno aktualne wyniki badań laboratoryjnych jak i inne dokumenty wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań (czyli więcej niż 1 dokument), zaś z treści przypisu do punktu 1 załącznika nr 1 do elektronicznego formularza oferty (stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ) oznaczonego „ii” - że wykonawca zobowiązany jest załączyć 1 dokument (aktualne wyniki badań laboratoryjnych bądź inne dokumenty wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań). Wobec istnienia takiej niezgodności, uznając za trafny pogląd, że niejasności w treści SWZ należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy, należało przyjąć, że wykonawca zobowiązany był załączyć 1 dokument (aktualne wyniki badań laboratoryjnych bądź inne dokumenty wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań). W sytuacji, gdy Odwołujący składając ofertę nie załączył zaś ani aktualnych wyników badań laboratoryjnych ani innych dokumenty wykazujące równoważność oferowanych rozwiązań, przedmiotowa niezgodność mogła mieć więc jakiegokolwiek znaczenia dla oceny zgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia.

Biorąc ponadto pod uwagę, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia może polegać na niezgodnym z tymi warunkami potwierdzeniu w ofercie zakresu zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający, nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2013 r. wydany w postępowaniu sygn. akt KIO 1845/13), brak było podstaw do przyjęcia, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego w Postępowaniu naruszała art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, wobec czego Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) lit. a) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) lit. a) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (.) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę”. § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych, zaś mając na uwadze treść § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów Zamawiającego zaliczono koszty związane z dojazdem Zamawiającego na rozprawę. Wysokość tych kosztów określono na kwotę 312,65 złotych na podstawie rachunków (faktur) złożonych do akt sprawy jako sumę kwot określonych w tych fakturach, tj. 169 złotych i 143,65 złotych.

Zważywszy że odwołanie zostało oddalone w całości, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty związane z dojazdem Zamawiającego na rozprawę w podanej wyżej wysokości.

Przewodniczący:.....