Sygn. akt: KIO 1326/23

WYROK
z dnia 26 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2023 r. przez wykonawcę Plastpipe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Czarnkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach

przy udziale wykonawcy Carbospec M. J. Spółka jawna z siedzibą w Paniówkach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych numerami 1 i 2 dotyczących nieprzedstawienia przez wykonawcę CARBOSPEC M. J. Spółka jawna z siedzibą w Paniówkach sprawozdania z badań oraz certyfikatu bezpieczeństwa dotyczących zaoferowanej rury – typ specjalna.
2. W zakresie pozostałych zarzutów oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 2022 r. poz. 1710, ze 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 1326/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest dostawa rur z tworzyw sztucznych do instalacji kopalnianych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. w ramach składów konsygnacyjnych – nr grupy 252-12 Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 lutego 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr2023/S 031-089509.

I. W dniu 11 maja 2023 r. wykonawca Plastpipe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Czarnkowie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców:
   a) Carbospec M. J. Spółka jawna z siedzibą w Paniówkach (dalej: „Carbocpec") w zakresie części 2 – 5 i 7 – 9,
   b) Elplast+ sp. z o.o. w zakresie części 1-2 i 7,

   mimo że ich oferty winny podlegać odrzuceniu jako niezgodne z treścią SWZ;
2. zaniechania odrzucenia ofert:
   a) Carbospec w zakresie części 2 – 5 i 7 – 9,
   b) Elplast+ sp. z o.o. w zakresie części 1-2 i 7,

   w sytuacji gdy oferty tych wykonawców są niezgodne z treścią SWZ, nie spełniają wymagań określonych w SWZ i nie zostały uzupełnione pomimo skierowanego przez zamawiającego wezwania.

Z ostrożności procesowej, na wypadek braku wstrzymania postępowania przez zamawiającego i przeprowadzenia aukcji wyznaczonej na dzień 12 maja 2023 r., także od następujących czynności:

3. przeprowadzenia aukcji z udziałem wykonawców, którzy nie powinni brać udziału w aukcji;
4. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy w drodze aukcji elektronicznej, w której udział wzięły oferty podlegające odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

1. art. 227 ust. 1, art. 232 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaproszenie i dopuszczenie do udziału w aukcji wykonawców:

   a) Carbospec w zakresie części 2 – 5 i 7 – 9,
   b) Elplast+ sp. z o.o. w zakresie części 1-2 i 7,

   i zaniechał odrzucenia ofert w/w wykonawców, pomimo iż złożyli oni oferty niezgodne z warunkami zamówienia w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu odwołania;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i c) w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia ofert i zaproszenie do udziału w aukcji wykonawcy Carbospec w zakresie części 2 – 5 i 7 – 9 oraz wykonawcy Elplast+ sp. z o.o. w zakresie części 1-2 i 7, pomimo iż złożyli dokumenty, które nie potwierdzają spełnienia przez oferowane produkty warunków opisanych w SWZ w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania;
3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawne zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców:

   a) Carbospec w zakresie części 2 – 5 i 7 – 9,
   b) Elplast+ sp. z o.o. w zakresie części 1-2 i 7,

   których oferty nie spełniają warunków określonych w SWZ, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej z 9 maja 2023 r. wykonawców

   a) Carbospec w zakresie części 2 – 5 i 7 – 9,
   b) Elplast+ sp. z o.o. w zakresie części 1-2 i 7; oraz

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia ofert:

   a) Carbospec w zakresie części 2 – 5 i 7 – 9,
   b) Elplast+ sp. z o.o. w zakresie części 1-2 i 7

   jako niezgodnych z warunkami zamówienia i niespełniających wymagań określonych w SWZ;

3. powtórzenia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.
4. unieważnienia czynności aukcji elektronicznej oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, jeżeli nastąpią one po wniesieniu odwołania.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał m.in.:

W dniu 9 maja 2023 r. zamawiający zaprosił wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej w częściach 1 – 11, za pośrednictwem komunikacji elektronicznej, w tym odwołującego w zakresie części 1 – 5 i 7 - 11.

Zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 1 do SWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla części 2 – 9 rura z tworzywa sztucznego powinna być wykonana z trudnopalnego, antyelektrostatycznego i nietoksycznego tworzywa sztucznego lub materiału kompozytowego złożonego z dwóch lub więcej faz (komponentów), gdzie osnowę kompozytu stanowi tworzywo sztuczne. Rury zaoferowane przez Carbospec posiadają osnowę z drutu stalowego, a nie tworzywa sztucznego. Jasno to zostało zapisane w złożonej przez w/w wykonawcę dokumentacji techniczno – ruchowej 3/2018 edycja V obowiązująca od 11 marca 2022r., str. 9. Wykonawca nie zaoferował zatem w zakresie części 2 – 9 przedmiotu, który spełniałby wymagania określone przez zamawiającego. Niezależnie od powyższego Carbospec nie przedstawił badań i dokumentów wymaganych przez zamawiającego odnoszących się do zaoferowanej rury - typ specjalna.

Wykonawca Elplast + sp. z o.o. złożył ofertę dla części 1, 2 i 7. Dla oferowanych przez siebie produktów złożył wymagane przez zamawiającego dokumenty, jednak złożone przez niego sprawozdanie z badania odporności na uderzenia zewnętrzne (TIR) nie odnosi się do oferowanych typów rur, a w każdym razie nie można potwierdzić na podstawie treści tego dokumentu, że dotyczy rur zaoferowanych w tym postępowaniu oraz spełniających wymagania zamawiającego. Można stwierdzić, że odnosi się ono do rur „uniwersalnych". Mogą to być równie dobrze rury przeznaczone do transportu

wody. Zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 1 do SWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamawiający oczekiwał badania TIR dla oferowanego typu rury. Dla zadania cz. 7 w/w wykonawca zaoferował: Rura polietylenowa opancerzona PE NP AS typu PE-GM fi 315x12,1mm PN6,3 z 2 kołnierzami DN300 PN6 DO TRANSPORTU GAZÓW METANU. Wykonawca złożył Sprawozdanie z badań 304/2018. Przedmiotem sprawozdania z badań są „rury polietylenowe do zastosowań w przemyśle wydobywczym", brak opisu badanych typów rur. Sformułowanie (określenie) „rury polietylenowe do zastosowań w przemyśle wydobywczym" jest bardzo szerokie, co uniemożliwia jednoznaczne określenie i zidentyfikowanie, jakiego typu rur dotyczy sprawozdanie z badań. Brak w sprawozdaniu danych pozwalających na jednoznaczne zidentyfikowanie rur podlegających badaniu, a raczej potwierdzenie, że dotyczą one rur oferowanych w przedmiotowym postępowaniu nie może być sanowany wyłącznie przez oświadczenie wykonawcy.

W dniu 22 maja 2023 r. do akt sprawy wpłynęło pismo odwołującego. W związku z przeprowadzeniem przez zamawiającego aukcji elektronicznej odwołujący złożył oświadczenie o ograniczeniu części zamówienia, których dotyczą podniesione zarzuty, tj. w przypadku zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Carbospec – do części 3 – 5 oraz 7 – 9, natomiast w przypadku zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Elplast+ sp. z o.o. – do części 7. W konsekwencji powyższego, odwołujący odpowiednio ograniczył zakres czynności podlegających zaskarżeniu oraz sformułowane żądania.

Na posiedzeniu w dniu 24 maja 2023 r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów oznaczonych numerami 1 i 2 dotyczących nieprzedstawienia przez wykonawcę Carbospec sprawozdania z badań oraz certyfikatu bezpieczeństwa dotyczących zaoferowanej rury – typ specjalna.

II. Pismem wniesionym w dniu 22 maja 2023 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Carbospec. Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 23 maja 2023 r. Zarzuty podniesione wobec jego oferty przystępujący uznał za niezasadne i wniósł o ich oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia o wycofaniu zarzutów oznaczonych numerami 1 i 2 dotyczących nieprzedstawienia przez wykonawcę Carbospec sprawozdania z badań oraz certyfikatu bezpieczeństwa dotyczących zaoferowanej rury – typ specjalna postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w sytuacji wycofania części zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W zakresie pozostałych zarzutów Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Zarzut dotyczący oferty wykonawcy Carbospec

Zamawiający określił w SWZ: Rura z tworzywa sztucznego powinna być wykonana z trudnopalnego, antyelektrostatycznego i nietoksycznego tworzywa sztucznego lub materiału kompozytowego złożonego z dwóch lub więcej faz (komponentów), gdzie osnowę kompozytu stanowi tworzywo sztuczne. Zatem wykonawcy mogli zaoferować m.in. rurę wykonaną z materiału kompozytowego złożonego z dwóch lub więcej faz (komponentów), gdzie osnowę kompozytu stanowi tworzywo sztuczne. Zamawiający nie określił z jakich materiałów mają być poszczególne kompozyty, a jedynie wymagał, aby osnowa była z tworzywa sztucznego. Odwołujący podniósł, że rura zaoferowana przez wykonawcę Carbospec posiadają osnowę z drutu stalowego, a nie tworzywa sztucznego. Na potwierdzenie powyższego stwierdzenia odwołujący powołał się na treść złożonej przez wykonawcę Carbospec dokumentacji techniczno – ruchowej 3/2018 edycja V obowiązująca od 11 marca 2022r. str. 9. Należy wskazać, że w żadnym fragmencie na str. 9 ww. dokumentu nie zostało stwierdzone, że rura zaoferowana przez wykonawcę Carbospec posiadają osnowę z drutu stalowego. W istocie spór pomiędzy stronami dotyczył sposobu rozumienia pojęcia *osnowa*. W przypadku rury zaoferowanej przez wykonawcę Carbospec osnowę - w ocenie odwołującego - stanowi drut stalowy. Natomiast zdaniem zamawiającego i wykonawcy Carbospec drut stalowy stanowi wzmocnienie, a osnową jest jego wypełnienie, warstwa zewnętrzna. Izba uznała, że odwołujący w żaden sposób nie udowodnił prawidłowości prezentowanego przez siebie sposobu rozumienia pojęcia *osnowa*. W szczególności, w przeciwieństwie do strony przeciwnej, odwołujący nie powołał się na żadną literaturę branżową, która potwierdzałaby zaprezentowane przez niego stanowisko. Natomiast, to na odwołującym, jako podnoszącym zarzut niezgodności zaoferowanej przez wykonawcę Carbospec rury z warunkami zamówienia, w pierwszej kolejności spoczywał ciężar dowodowy. Wobec niesprostania przez odwołującego obowiązkowi udowodnienia podnoszonych twierdzeń, Izba uznała ww. zarzut za podlegający oddaleniu.

Zarzut dotyczący oferty wykonawcy Elplast+ sp. z o.o.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał interesu w podnoszeniu ww. zarzutu w związku z przeprowadzeniem aukcji elektronicznej. Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują

wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Należy wskazać, że w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej oferta odwołującego została w ramach zadania nr 7 sklasyfikowana na drugiej pozycji rankingu ofert, natomiast oferta wykonawcy Elplast+ Sp. z o.o. na pozycji trzeciej. Cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Uzasadniając swój interes odwołujący w toku rozprawy wskazał, że nie można przewidzieć jakie byłyby wyniki, gdyby aukcja została przeprowadzona prawidłowo tj. bez wykonawców, których oferty podlegają odrzuceniu. Wymaga jednak zauważenia, że wykonawca Elplast+ w toku aukcji elektronicznej nie dokonał korzystniejszego postąpienia niż odwołujący, jak i wykonawcy sklasyfikowani na pierwszym miejscu rankingu ofert – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Plaston-P Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe AS Piotr Hess, Justyna Hess Spółka Jawna (dalej: „Konsorcjum Plaston-P"). W związku z tym nie można uznać, że w przypadku przeprowadzenia aukcji bez udziału wykonawcy Elplast+ sp. z o.o. odwołujący zostałby sklasyfikowany na wyższym miejscu rankingu ofert. Odnosząc się do argumentu, że przeprowadzenie aukcji bez udziału wykonawcy Elplast+ sp. z o.o. umożliwiłoby odwołującemu zaoferowanie korzystniejszej ceny, należy stwierdzić, że Konsorcjum Plaston-P i odwołujący wyrazili wolę obniżenia ceny swojej oferty do niższego poziomu niż wykonawca Elplast+ sp. z o.o., a Konsorcjum Plaston-P do niższego poziomu niż odwołujący. W tej sytuacji należy przyjąć, że na wysokość ceny ostatecznie zaoferowanej przez odwołującego w toku aukcji istotny wpływ miały postąpienia składane przez Konsorcjum Plaston-P, a nie (także) przez wykonawcę Elplast+ sp. z o.o. Odmienny stan rzeczy nie został przez odwołującego wykazany. Mając na uwadze powyższe, nie wychodząc poza argumentację przedstawioną przez odwołującego dla wykazania posiadania interesu w podnoszeniu i podtrzymywaniu ww. zarzutu, Izba uznała, że podlega on oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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: **……...**