

WYROK
z dnia 28 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2016 r. przez wykonawcę Carbo-Eco spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu Zdroju

przy udziale wykonawcy FAMUR PEMUG Sp. z o.o. w Katowicach i wykonawcy Prorem Sp. z o.o. **w Jastrzębiu Zdroju** zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Jastrzębskiej Spółce Węglowej S.A. w Jastrzębiu Zdroju unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej, czynności aukcji elektronicznej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie ofert FAMUR PEMUG Sp. z o.o. w Katowicach i Prorem Sp. z o.o. w Jastrzębiu Zdroju na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawo zamówień publicznych;
2. kosztami postępowania obciąża Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu Zdroju i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Carbo-Eco spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. w Jastrzębiu Zdroju na rzecz Carbo-Eco spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. w Jastrzębiu Zdroju – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Zabudowa zagęszczacza lamelowego w ZPMW JSW S.A. KWK „Knurów-Szczygłowice” Ruch Knurów.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 2 lipca 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 126-227080. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawca Carbo-Eco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku wniósł odwołanie 15 września 2016 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że przez zaniechanie odrzucenia ofert Prorem sp. z o.o. oraz Famur Pemug sp. z o.o. oraz zaproszenie tych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej naruszył art. 82 ust. 3, 89 ust. 1 pkt 2, art. 91a ust. 1, art. 91 b ust. 1,

art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Zarzucił niezgodność ofert tych wykonawców z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ”, gdyż Prorem sp. z o.o. oferujący zagęszczacz lamelowy typ ZL/PR-12 oraz Famur Pemug sp. z o.o. oferujący zagęszczacz lamelowy typ NK 120 CL nie wykazali, że oferowane urządzenia nie są urządzeniami prototypowymi, zostały wprowadzone do obrotu i są wykorzystywane w instalacjach przemysłowych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na zaproszeniu do aukcji elektronicznej i wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Prorem sp. z o.o. oraz Famur Pemug sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz dokonania wyboru oferty pisemnej złożonej przez odwołującego na wykonanie zamówienia, jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Żądał również obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

FAMUR PEMUG Sp. z o.o. w Katowicach i Prorem Sp. z o.o. w Jastrzębiu Zdroju

przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania, a na wypadek uwzględnienia wnosił o nie nakazywanie powtórzenia aukcji elektronicznej, którą zamierza powtórzyć z inicjatywy własnej.

Izba ustaliła, co następuje:

W opisie przedmiotu zamówienia” zawartym w pkt I.2. Załącznika nr 1 do SIWZ „Specyfikacji technicznej”, zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa i zabudowa zagęszczacza lamelowego typ LTE 1140-12/6F o średnicy 12 m. W części zatytułowanej „Uwaga 2” tiret pierwsze zamawiający dopuścił „(...)zastosowanie maszyn, urządzeń i materiałów równoważnych w stosunku do rozwiązań określonych w dokumentacji projektowej oraz szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia”. W tiret czwartym natomiast sformułował wymaganie, zgodnie z którym „zastosowane urządzenia nie mogą być urządzeniami prototypowymi, muszą być wprowadzone do obrotu i wykorzystywane w instalacjach przemysłowych”.

Przedmiotem oferty odwołującego jest wskazany przez zamawiającego w SIWZ zagęszczacz LTE 1140-12/6F. Prorem sp. z o.o. zaoferował zagęszczacz lamelowy, typ ZL/PR-12 produkcji własnej, równoważny do zagęszczacza LTE 1140-12/6F, Famur Pemug sp. z o.o. zagęszczacz lamelowy typ NK 120 CL produkcji Tecnicas Hidraulicas S.A. równoważny do zagęszczacza LTE 1140-12/6F.

Zamawiający badał spełnienie wymagania dotyczącego równoważności, pismem z 23 września 2016 r. żądając wskazania (nazwa zakładu, adres), gdzie są wykorzystywane oferowane zagęszczacze lamelowe. W udzielonych odpowiedziach żaden z wykonawców nie podał oczekiwanych informacji. Prorem sp. z o.o. wyjaśnił, że nie oferuje urządzenia prototypowego, gdyż zastosowane rozwiązania konstrukcyjne, eksploatacyjne i techniczno-technologiczne aktualnie pracownicy przystępującego poznali i częściowo wykorzystali do zmodyfikowania zagęszczacza lamelowego eksploatowanego od 1993 w Zakładzie Wzbogacania Odpadów Poflotacyjnych „POLHO” w Czerwionce-Leszczynach, a urządzenia tego typu są stosowane w oddziałach przeróbki metali m.in. w oddziałach zamawiającego. Famur Pemug sp. z o.o. podniósł, że jedynym sposobem wykazywania równoważności oferowanych urządzeń jest oświadczenie zawarte w SIWZ, akceptujące opis przedmiotu

zamówienia, które przystępujący złożył. Zarzucił, że żądanie zamawiającego nie ma oparcia w SIWZ, a wiedza ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego oraz jego kontrahenta.

Pismem z 5 września 2016 r. zamawiający zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej odwołującego, Famur Pemug sp. z o.o. i Prorem sp. z o.o.

Powołanych ustaleń Izba dokonała na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach sprawy.

Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że 9 września 2016 r. przeprowadził aukcję elektroniczną, jednak zamierza ją powtórzyć z powodu braku możliwości prawidłowej oceny oferty odwołującego (braku sumowania w ramach kolejnych postępień odwołującego ceny oferty z punktami przyznanymi w kryterium gwarancji).

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie stanu prawnego obowiązującego przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Stosownie bowiem do art. 16 ust. 1 tej ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Udział w aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty powinny być odrzucone, stanowi naruszenie przepisów prawa grożące odwołującemu poniesieniem szkody w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia albo uzyskania danego zamówienia na mniej korzystnych warunkach. Skoro w postępowaniu złożono trzy oferty, odrzucenie którejkolwiek z nich skutkuje – z uwagi na brak dostatecznej liczby ofert – brakiem możliwości przeprowadzenia aukcji, co może oznaczać wybór oferty odwołującego z ceną wskazaną w ofercie, zatem wyższą niż ta, którą zamawiający uzyskałby po przeprowadzeniu aukcji.

Odwołanie jest zasadne.

Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert Famur Pemug sp. z o.o. i Prorem sp. z o.o., mimo że są one niezgodne z wymaganiami zawartymi w SIWZ, gdyż wykonawcy ci nie wykazali spełnienia wymagania zamawiającego dotyczącego tego, że „zastosowane

urządzenia nie mogą być urządzeniami prototypowymi, muszą być wprowadzone do obrotu i wykorzystywane w instalacjach przemysłowych”.

Prorem sp. z o.o. powołał, że zaoferowany przez niego zagęszczacz lamelowy typ ZL/PR-12 produkcji własnej nie jest urządzeniem prototypowym, gdyż należy do pewnego typoszeregu, natomiast parametry oferowanego urządzenia są dostosowane do warunków danego zamówienia.

Twierdzenie to nie zostało jednak wykazane przez przystępującego. Izba nie dopatrzyła się zatem podstaw do dania mu wiary. Nawet jednak, gdyby tak się stało, wymaganie zamawiającego i tak nie zostałoby spełnione. Zamawiający wymagał tego, żeby zamontowane urządzenie było wprowadzone do obrotu i wykorzystywane w instalacjach przemysłowych, co powinno być wykazane przez wykonawców już na etapie złożenia oferty. Stosownie bowiem do art. 30 ust. 5 Pzp to wykonawca powinien wykazać, że złożona przez niego oferta spełnia wymagania równoważności. Skoro wymaganie dotyczące wprowadzenia oferowanego urządzenia do obrotu i wykorzystywania go w instalacjach przemysłowych nie zostało wykazane przez przystępującego, zamawiający był uprawniony do tego, aby zażądać tych informacji. Prorem sp. z o.o. nie podał oczekiwanych danych, zatem złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Fakt podobieństwa oferowanego urządzenia, do urządzeń, które przystępujący zamontował w przeszłości (nota *bene* nazwy i adresy zakładów, gdzie to nastąpiło, nie zostały podane), jest bez znaczenia wobec oczywistego braku podania żądanych informacji.

Podobną ocenę Izba wyraża co do oferty Famur Pemug sp. z o.o. Zaniechanie odrzucenia tej oferty stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przystępujący zaoferował urządzenie wprowadzone do obrotu produkowane przez firmę Tecnicas Hidraulicas S.A., jednak nie wykazał faktu wykorzystywania oferowanego zagęszczacza lamelowego w instalacjach przemysłowych. Nie przekonuje argument, że przystępujący Famur Pemug sp. z o.o. nie uczynił tego z racji konieczności zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Po pierwsze, co do zasady wykonawcy upubliczniają udane realizacje, gdyż ma to pozytywny wpływ na ich wizerunek, nie zaś zachowują je w poufności. Po drugie, profesjonalnemu wykonawcy powinny być znane reguły wynikające z ustawy, w tym szersze i bardziej restrykcyjne niż w obrocie prywatnym wymagania dotyczące jawności złożonych ofert, zatem jeśli chce złożyć ofertę, powinien ją tak przygotować, by wymagania przepisów

były spełnione.

Podkreślić należy, że wykazanie spełnienia wymagań zamawiającego powinno nastąpić wobec zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a nie dopiero w postępowaniu odwoławczym. Izba ocenia czynność zamawiającego, zatem bierze pod rozprawę to, czy wykonana została ona zgodnie z prawem. Niewątpliwie Famur Pemug sp. z o.o. w

postępowaniu o udzielenie zamówienia nie uczynił zadość jasnym oczekiwaniom zamawiającego co do wykazania możliwości zastosowania rozwiązania równoważnego. Oświadczenie Pana M.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Inżynieringowo-Usługowa „PYTEL” M.P. w Stanowicach złożone na rozprawie również nie potwierdza spełnienia wymagania wykazania, że oferowany zagęszczacz lamelowy jest wykorzystywany w instalacjach przemysłowych. Oświadczenie to nie pochodzi od producenta i nie wskazuje miejsca wykorzystania zagęszczacza.

Nie ma znaczenia wobec jasnego wymagania SIWZ, argument, że zagęszczacz lamelowy będzie zabudowany i stanowić będzie część inwestycji.

Wskazywanie, że wymaganie zamawiającego jest antykonkurencyjne, gdyż na terenie Polski dokonano montażu 4 zagęszczaczy, wyłącznie tych oferowanych przez odwołującego, jest działaniem spóźnionym. Termin na kwestionowanie postanowień SIWZ upłynął. Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania urządzenia równoważnego i wskazał w SIWZ wymagania dotyczące równoważności.

SIWZ od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania zawartych w niej wymagań stawianych przedmiotowi zamówienia, w tym sposobowi wykazania, że oferowane rozwiązanie jest równoważne opisanemu. Znajduje tutaj zastosowanie zasada wskazana w art. 701 § 3 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Skoro zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ można uznać za warunki przetargu w rozumieniu kodeksu cywilnego. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i innych elementów wymienionych w SIWZ.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że zamawiający powinien odrzucić oferty przystępujących z powodu niezgodności ich treści z treścią SIWZ, gdyż wykonawcy ci nie sprostali obowiązkowi wykazania spełnienia wymagań zamawiającego co do równoważności oferowanych rozwiązań.

Izba uznała, że zaniechanie odrzucenia ofert przystępujących narusza przepisy powołane w odwołaniu. Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert Prorem sp. z o.o. i Famur Pemug sp. z o.o., mimo że podlegają one odrzuceniu, natomiast zaprosił przystępujących do udziału w aukcji elektronicznej i przeprowadził tą aukcję. Wskazane działania i zaniechania

naruszają zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż zamawiający tak samo potraktował wykonawcę, który spełnił jego wymagania i tych, którzy tego nie uczynili.

Naruszenia ustawy przez zamawiającego mają wpływ na wynik postępowania, zatem Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Nakazała również unieważnienie aukcji, gdyż zamawiający tego nie uczynił, a orzeczenie Izby powinno doprowadzić do zgodności procedury przetargowej z przepisami ustawy. Zamawiający powinien powtórzyć czynność badania i oceny ofert, której wadliwie dokonał przez zaniechanie odrzucenia ofert przystępujących.

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: