

Sygn. akt KIO 2341/13

WYROK
z dnia 14 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2013 r. przez FAMUR S.A, w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Lubelski Węgiel BOGDANKA S.A. w Bogdance

orzeka:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża FAMUR S.A, w Katowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez FAMUR S.A, w Katowicach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Lubelski Węgiel BOGDANKA S.A. w Bogdance - prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest dostawa loco kopalnia w Bogdance kompleksu ścianowego.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 6 lutego 2013 r., pod pozycją 2013/S 026-040616.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

23 września 2013 r., zamawiający udzielił wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „SIWZ”.

W związku z wyjaśnieniami FAMUR S.A, w Katowicach wniósł odwołanie 3 października 2013 r.

Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

art. 38 ust. 1 ustawy w zw. z art. 38 ust. 4 w zw. z art. 38 ust. 4b ustawy w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie w drodze udzielonych wyjaśnień do treści SIWZ zmian, które prowadzą do konieczności zmiany treści ogłoszenia tj. zapisu o obowiązku wykonawców załączenia do oferty dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy spełniają wymagania SIWZ w postaci dokumentu potwierdzającego, że system sterowania zapewnia poziom nienaruszalności bezpieczeństwa SIL (Część, III, pkt IV, ppkt 7 SIWZ w związku z pkt 7 wyjaśnień z dnia 23 września 2013 r., str. 29), a zatem zmian, których dokonywanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem jest niedopuszczalne po upływie terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

art. 25 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez wskazanie w SIWZ dokumentu, który ma potwierdzać, że oferowane dostawy spełniają wymagania SIWZ w postaci dokumentu pochodzącego od jednostki zewnętrznej potwierdzającego, że system sterowania zapewnia poziom nienaruszalności bezpieczeństwa SIL, który to dokument wykonawcy mają obowiązek załączyć do oferty, pomimo, że obowiązek

przedłożenia tego dokumentu wraz z ofertą nie został wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu, co z kolei może prowadzić do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców i ograniczania uczciwej konkurencji;

art. 7 ust. 1 i 2 ustawy, w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy przez opisanie kryterium oceny ofert w zakresie kryterium „gwarancja” w sposób niejednoznaczny, budzący wątpliwości, wewnętrznie sprzeczny, nie dający gwarancji obiektywnej ich oceny, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyjaśnień treści SIWZ i związanych z tym dokonanych modyfikacji SIWZ w zakresie objętym odwołaniem tj.:

a. Część I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców Rozdział IV Kryteria oceny ofert, ad. 2 - kryterium „Gwarancja”, w związku z wyjaśnieniami do treści SIWZ zamieszczonymi na stronie 1 i 2 pisma z dnia 23 września 2013 r., pkt III,

b. Część III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, punkt IV „Ścianowa obudowa zmechanizowana” ppkt 1,21, w związku z wyjaśnieniami do treści SIWZ zamieszczonymi na stronie 29 pisma z dnia 23 września 2013 r., pkt 7.

Wniósł również o nakazanie powtórzenia czynności odpowiedzi na pytania dotyczące SIWZ w zakresie objętym odwołaniem w taki sposób, aby nie naruszały przepisów ustawy i o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę. Niestawiennictwo stron prawidłowo powiadomionych o terminie posiedzenia nie stanowiło przeszkody do rozpoznania odwołania w związku z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający udzielił 23 września 2013 r. odpowiedzi na pytania w sprawie treści SIWZ.

Na pytanie w brzmieniu:

„Cześć III – Opis przedmiotu zamówienia, p. IV. „Ścianowa obudowa zmechanizowana” pkt 1.21. „System sterowania powinien zapewniać poziom nienaruszalności bezpieczeństwa SIL

potwierdzony przez jednostkę zewnętrzną”. Czy na potwierdzenie tego warunku należy dołączyć do oferty kopię tego dokumentu?”.

Odpowiedział „Tak, należy dołączyć” (dowód: str. 29 wyjaśnień, w pkt 7).

Na pytanie dotyczące Części I SIWZ – Instrukcji dla wykonawców, Kryteria oceny ofert w brzmieniu: ”Prosimy o wyjaśnienie, czy A_i ma być równa wartości kompleksu ścianowego oraz, czy ma uwzględniać części szybkozysywające się nie objęte gwarancją? (...)”.

Zamawiający odpowiedział:

„Tak, A_i ma być równa wartości kompleksu ścianowego i nie uwzględniać części szybkozysywających się nie objętych gwarancją. Okres gwarancji dla części szybkozysywających się nie objętych gwarancją wynosi 0” (dowód: str. 2 wyjaśnień, w pkt III).

Zgodnie z 6 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ dostawca udziela na Kompleks gwarancji jakości na okres 18 miesięcy, za wyjątkiem części, podzespołów, elementów Kompleksu objętych wydłużonym terminem gwarancji jakości. Szczegółową listę części, podzespołów, elementów Kompleksu objętych wydłużonym terminem gwarancji jakości określa załącznik do umowy. Lista części i elementów kompleksu nieobjętych gwarancją jakości stanowi Załącznik do umowy (dowód: wzór umowy, w aktach postępowania KIO 1969/13).

Zamawiający wyjaśnił udzielając wyjaśnień treści SIWZ, że wskazane w § 6 ust. 1 elementy objęte wydłużonym terminem gwarancji jakości nie będą brane pod uwagę przy obliczaniu kryterium oceny ofert „gwarancja” (dowód: str. 33 wyjaśnień, w pkt 9).

W rozdziale VI SIWZ zamawiający ustalił trzy kryteria oceny ofert: cenę, gwarancję i jakość.

Dla obliczenia kryterium gwarancji zmiennymi mającymi istotne znaczenie są:

G_i – ilość miesięcy udzielonej gwarancji na wydzieloną grupę zespołów lub części w miesiącach;

A_i – sumaryczna wartość zespołów objętych tym samym okresem gwarancyjnym (dowód: SIWZ, w aktach postępowania KIO 1969/13).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że wymaganie złożenia wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego, że system sterowania powinien zapewnia poziom nienaruszalności bezpieczeństwa SIL nie stanowi naruszenia ustawy.

Przede wszystkim zamawiający udzieloną odpowiedzią nie stworzył nowego wymagania, gdyż w Części III. ust. IV.1.21. SIWZ żądał, aby zapewnienie poziomu nienaruszalności bezpieczeństwa SIL było potwierdzone przez jednostkę zewnętrzną”. Udzielone wyjaśnienia precyzują zatem jedynie omawiane postanowienie SIWZ. Jednostka zewnętrzna nie może potwierdzić cech jakościowych produktu inaczej, niż w pochodzącym od niej dokumencie, zatem w odpowiedzi na pytanie zawarte w pkt 7 zamawiający jednoznacznie potwierdził treść swego wymagania, co jest dopuszczalne w granicach zakreślonych przez art. 38 ust. 1 Pzp.

Po drugie: art. 25 ust. 1 Pzp nie nakazuje podania informacji o oświadczeniach lub dokumentach potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego jednocześnie w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert niezależnie od trybu w jakim dane postępowanie jest prowadzone. Przepis ten zalicza się do przepisów ogólnych normujących postępowanie o udzielenie zamówienia (Dział II - Postępowanie o udzielenie zamówienia, Rozdział I - Zamawiający i wykonawcy), a jego *ratio legis* polega na tym, by wykonawcy - stosownie do trybu postępowania o udzielenie zamówienia - na etapie postępowania, w którym pojawia się opis przedmiotu zamówienia, uzyskali wiedzę, jak mają potwierdzić zamawiającemu zgodność swojej oferty z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ.

Gdyby wola ustawodawcy było, aby ogłoszenie o zamówieniu obligatoryjnie zawierało informacje o dokumentach przedmiotowych, dałby temu wyraz w art. 36 ust. 1, art. 40 i art. 48 ust. 2, do których odsyłają też przepisy dotyczące negocjacji z ogłoszeniem w art. 56 ust. 1 oraz 57 ust. 5 Pzp. Skoro ustawodawca tego nie uczynił, ewentualne wskazanie takiego dokumentu wyłącznie w SIWZ w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, nie może prowadzić do naruszenia art. 38 ust. 4b Pzp.

Wreszcie: w postępowaniach wieloetapowych, gdzie SIWZ otrzymują wyłącznie wykonawcy zaproszeni do składania ofert, żądanie, aby dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego były wskazane już na etapie ogłoszenia o zamówieniu jest nieracjonalne. Jest uprawnieniem zamawiającego sprecyzowanie swoich wymagań dopiero na etapie SIWZ i żądanie dokumentów przedmiotowych adekwatnie do tych wymagań na etapie postępowania, w którym wymagania zostało ustalone. Pogląd ten jest szczególnie uzasadniony w przypadku postępowań w trybach negocjacyjnych, w których – jak w przypadku negocjacji z ogłoszeniem – wykonawcy, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu, negocjują z zamawiającym w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba nie dopatrzyła się też wewnętrznej sprzeczności w odpowiedzi na pytanie zawarte w pkt III, str. 2 wyjaśnień.

Zamawiający wskazał wyraźnie, że dla potrzeb obliczenia gwarancji nie będzie uwzględniał części szybkozysujących. Logiczne jest zatem, że okres gwarancji dla części szybkozysujących się nie objętych gwarancją wynosi 0.

Natomiast, jeśli – jak twierdzi odwołujący w uzasadnieniu odwołania – wykonawca samodzielnie wskazuje części, podzespoły, elementy Kompleksu objęte wydłużonym terminem gwarancji jakości, to nie będą one uwzględniane przez zamawiającego w toku oceny ofert w kryterium gwarancji.

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.

Przewodniczący: