

Sygn. akt: KIO 1968/18

WYROK
z dnia 10 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Protokolant: Marek Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2018 r. przez odwołującego: **Controls Polska Sp. z o.o. ul. Mińska 62/6 03-620 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Politechnika Warszawska - Wydział Inżynierii Lądowej ul. Lecha Kaczyńskiego 16 00-637 Warszawa,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Controls Polska Sp. z o.o. ul. Mińska 62/6, 03-620 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Warszawie.**

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1968/18

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - Politechnika Warszawska (Wydział Inżynierii Lądowej) w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia

2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest: „Dostawa modularnego systemu badań funkcjonalnych drogowych kompozytów mineralno - asfaltowych dla Wydziału Inżynierii Lądowej Politechniki Warszawskiej. Numer referencyjny postępowania: PN/06/07/2018. Ogłoszenie o zamówieniu publicznym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2018 r., nr 337556-2018-PL, Dz.U./S S147. Odwołujący Controls Polska Sp. z o. o. o. z Mińska zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ToRoPol (Toropol), a tym samym uznanie, że oferta spełnia wymagania zawarte w SIWZ,
- 2) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania do wyjaśnień wykonawcy ToRoPol, mimo, że zaferowana przez wykonawcę cena jest niższa o co najmniej o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp z uwagi na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu, tj. oferty wykonawcy ToRoPol.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: (1) Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 21 września br.; (2) Powtórzenie czynności badania i oceny ofert i w jej konsekwencji nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy ToRoPol, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1, nakazanie Zamawiającemu wezwanie ToRoPol do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny; (3) Dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania, gdyż jego interes został przez Zamawiającego naruszony w przedmiotowym postępowaniu. Złożona przez Odwołującego oferta, która jest prawidłowa, winna zostać uznana za najkorzystniejszą według kryteriów określonych w SIWZ. Wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, o których mowa w punkcie 3 Odwołania, Odwołujący nie może uzyskać zamówienia. Szkoda, którą poniesie Odwołujący polega na utraceniu korzyści, jakie mógłby osiągnąć z realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania stwierdził, co następuje:

Ad. 1. Zaniechanie odrzucenia oferty ToRoPol na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W okolicznościach przedmiotowego postępowania, co zostanie wykazane poniżej, wystąpiły niezgodności pomiędzy treścią oferty a siwz, a nie omyłki wynikające z braku staranności, lub spowodowane niecelowym działaniem wykonawcy, o jakim mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zauważył także, że ugruntowana wykładnia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje, że odrzucenie oferty na podstawie powołanej normy może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy wymagania zamawiającego (jak w przedmiotowym postępowaniu) zostały jasno wyrażone w siwz (przykładowo wyrok KIO z 18 stycznia 2016 r. KIO 2785/16). Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy wskazał na dwa elementy świadczące o niezgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z treścią siwz. Po pierwsze, ToRoPol w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik nr 7 do siwz oświadczył, że oferuje w ramach realizacji przedmiotu zamówienia urządzenia producenta Pavetest, model: DTS30 model B240, DTS30 model B230, AMPT model B200L ze specjalnym chłodzeniem ogniwerem Peltiera za zintegrowanym chłodzeniem wodnym. Tyle, że producent Pavetest nie ma w swojej ofercie (w swoim katalogu) modelu: DTS30 model B240. Odwołujący zaznaczył, że całkowicie niezrozumiała jest decyzja Zamawiającego o przyjęciu oferty i uznaniu jej za spełniającą wymagania siwz bez żadnych wyjaśnień, weryfikacji i sprawdzenia, mimo, że wskazana niezgodność jest oczywista. Nawet jeśli przyjąć, że Wykonawca Toropol błędnie wpisał model oferowanego urządzenia czy też istnieją inne powody, dla których wykonawca zaoferował ten, a nie inny przedmiot zamówienia, to Zamawiający naruszając zasadę równości i uczciwej konkurencji, całkowicie ten fakt pominał. Podkreślenia także wymaga, że jeśli Wykonawca popełnił błąd przy uzupełnianiu kosztorysu ofertowego to błąd ten ma charakter nieusuwalny, gdyż nie stanowi omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, gdzie Izba w wyroku z dnia 31 stycznia 2018 r. (sygn. KIO

122/18) wskazuje, że w świetle utrwalonej wykładni pojęcia omyłki, nie można mówić o jej zaistnieniu w sytuacji, gdy wykonawca świadomie wprowadza zmiany w treści oferty, odbiegające od opisu zawartego w siwz. KIO jak i Sądy Powszechne w przypadku zarzutu zaniechania poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 Ustawy badają, czy niezgodności te nie są wynikiem zamierzonego działania wykonawcy (vide, wyrok SO w Poznaniu z 18.12.2014 r., sygn. akt X Ga 522/14), jak również ustalają, czy poprawienie omyłki jest możliwe na podstawie treści oferty, co ma stanowić granicę, której przekroczenie może oznaczać prowadzenie niedozwolonych negocjacji treści oferty. Jak trafnie zostało to ujęte w uzasadnieniu wyroku SO w Łodzi z dnia 30.12.2015 r., sygn. II Ca 1583/15, zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę jedynie wtedy, gdy sposób w jaki str. 14 ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę i nie może żądać wyjaśnienia treści oferty, którą uważa za niejasną lub niezgodną z treścią siwz.

Po drugie, zgodnie z treścią załącznika nr 6 do siwz - opisu przedmiotu zamówienia, w punkcie 2: żądane minimalne warunki techniczne, którym musi odpowiadać urządzenie, w ppkt 3 dotyczącym „Modułu do badania właściwości wytrzymałościowych metodą trójosiowego ściskania oraz modelowania właściwości lepkosprężystych” (str. 38 siwz), Zamawiający wymagał, by oferowane urządzenie było zgodne z normą PN-EN 12697-25 A, PN-EN 12697-

25 B oraz AASHTO T378. Powyższe zostało przez Zamawiającego wyartykułowane w punkcie 3: specyfikacje techniczne (str. 45 siwz). Wraz z ofertą na potwierdzenie, że oferowane urządzenia spełniają wymagania zawarte w siwz, Zamawiający zażądał złożenia tabeli, o której mowa na str. 48-54. Pomijając już okoliczność, że nie istnieje model DTS30 model B240, co zostało powyżej wskazane, urządzenie „AMPT model B200L” także nie spełnia wymagań zamawiającego. Podkreślił, że zgodnie z katalogiem firmy Pavetest, gdzie urządzenie to opisane jest na stronach od 32 do 36 (wyciąg z katalogu przetłumaczony na język polski stanowi załącznik nr 2) oferowany model spełnia wymogi wymienionej w siwz normy AASHTO T378, ale nie spełnia wymogów i nie daje możliwości prowadzenia badań zgodnie z normą PNEN 12697-25 A, PN-EN 12697-25 B, w szczególności:

-w p. 7.1, gdzie Norma wymaga, aby próbki do badań miały średnicę 150mm;

-w p. 5.2, gdzie Norma wymaga pomiaru odkształcenia próbki realizowanego przy pomocy dwóch przetworników przemieszczenia mierzących w trakcie badania pozycję górnej płytki dociskowej i zakresie pomiarowym wynoszącym 5mm (z tolerancją nie gorszą niż 2).

Ponadto, zgodnie z informacjami dostępnymi w katalogu firmy PAVETEST zaoferowane urządzenie „AMPT model B200L”:

-nie posiada możliwości badania próbek mieszanki mineralno-asfaltowej zgodnie z normą PN-EN 12697-25 A, PN-EN 12697-25 B, gdyż niezbędne do tych badań akcesoria nie są wymienione na stronach od 33 do 35 gdzie wymienia się akcesoria do badań z normami innymi niż norma AASHTO T378, zgodnie z którą urządzenie AMPT model 200L zostało skonstruowane / zaprojektowane (Zamawiający zawarł to wymaganie w Załączniku 6 do siwz,

Opis Przedmiotu Zamówienia, str. 45 wymagając zgodności z normą PN-EN 12697-25A oraz PN-EN 12697-25B);

- nie daje możliwości badania próbek o średnicy większej niż IOOmm: komora klimatyczna będąca jednocześnie komorą trójosiową nie pozwala na umieszczenie próbek o takiej średnicy ze względu na brak odpowiedniej ilości miejsca pomiędzy pionowymi prętami łączącymi podstawę komory z jej górną częścią (Zamawiający zawarł to wymaganie w Załączniku 6 do siwz, Opis Przedmiotu Zamówienia, str. 45 wymagając zgodności z normą PN-EN 12697-25A oraz PN-EN 12697-25B, która to Norma z kolei wymaga w p. 7.1 średnicy próbek 150mm jak podano powyżej);
- nie posiada możliwości zastosowania dwóch przetworników przemieszczenia mierzących w trakcie badania pozycję górnej płytki dociskowej ze względu na brak miejsca na umieszczenie czujników ponad próbką zgodnie ze schematem opisanym w normie (Zamawiający zawarł to wymaganie w Załączniku 6 do siwz, Opis Przedmiotu Zamówienia, str. 45 wymagając zgodności z normą PN-EN 12697-25A oraz PN-EN 12697-25B, która to Norma z kolei wymaga w p. 5.2 takiego właśnie sposobu pomiaru odkształcenia).

Wobec zatem jednoznacznego stwierdzenia niezgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zawartymi w siwz, odnoszącymi się do możliwości wykonywania badań zgodnie z metodyką podaną w PN-EN 12697-25 A, PN-EN 12697-25 B, brak jest podstaw formalno-prawnych do uznania przez Zamawiającego oferty za niepodlegającą odrzuceniu, a tym samym do uznania jej za najkorzystniejszą. Wskazał ponadto, że na uwagę także zasługuje, że z protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłanego drogą elektroniczną w dniu 24 września br. (załącznik nr 3) wynika, że Zamawiający, mimo oczywistych niezgodności oferowanego urządzenia, przyjął ofertę Wykonawcy bez żadnych wyjaśnień (w punkcie 16 protokołu, w odpowiedzi na stwierdzenie: zastosowano art. 87 ust. 1 ustawy, zaznaczono: nie), a to z kolei stawia pod znakiem zapytania staranność Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu. Zauważyć należy, że pomiędzy otwarciem ofert, a wyborem oferty najkorzystniejszej, w którym zastosowano także (zgodnie z informacją zawartą w protokole) dyspozycję art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, upłynęło 8 dni roboczych. Czas ten jak na postępowanie prowadzone dla wartości powyżej progów unijnych, jest czasem bardzo krótkim. Odwołujący nie wyklucza oczywiście, że Zamawiający przeprowadził w jakimś stopniu badanie i ocenę złożonej oferty, jednak pozytywne dla Wykonawcy Toropol wyniki tejże oceny w pełni uzasadniają kwestionowanie wyniku postępowania, w tym zaniechania odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy.

Ad. 2. Zaniechanie wezwania do wyjaśnień ToRoPol, który zaoferował cenę niższą o co najmniej o 30% od szacunkowej wartości zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 a pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. W okolicznościach niniejszego postępowania, mimo oczywistego obowiązku wezwania do wyjaśnień, co wynika z treści zawartej w protokole postępowania, Zamawiający nie zastosował się do wskazanej regulacji. Zamawiający wskazał w protokole z postępowania, że szacunkowa wartość zamówienia brutto wynosi 2 003 000, 00 zł, a cena oferty wykonawcy Toropol wynosi 1 352 385, 00 zł, a tym samym jest o ponad 30% niższa od szacowanej wartości zamówienia brutto. Podał, że Odwołujący celowo przyjął niższą kwotę niż podaną na otwarciu i określoną przez Zamawiającego w wysokości 2 050 000 zł. Prawdopodobnie działanie Odwołującego znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 9 marca 2018 r. (sygn. KIO 343/18), w którym Izba wskazuje, że wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT nie należy utożsamiać z kwotą, o której stanowi art. 86 ust. 3 Pzp, tj. kwotą podawaną bezpośrednio przed otwarciem ofert, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W niniejszej sprawie, kwota stanowiąca szacunkową wartość zamówienia powiększona o podatek VAT wynosiła (...) brutto i to ta kwota winna być brana pod uwagę przy podjęciu przez zamawiającego decyzji o konieczności uruchomienia procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. Przyjmując powyższe, minimalna cena oferty, która zwalniałaby Zamawiającego z obowiązku badania rażąco niskiej ceny, tj. przekraczająca 70% szacunkowej wartości brutto wynosi 1 402 100 zł. Cena oferowana przez Wykonawcę Toropol, tj. 1 352 385 zł, jest zatem bezsprzecznie niższa niż dopuszczalny próg ustawowy, tj. 30 %. Zdaniem Odwołującego nie można uznać, że Zamawiający odstąpił od badania przedmiotowego elementu z uwagi na brzmienie art. 90 ust. 1 a pkt 1 in fine ustawy Pzp, tj. uznał, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Sam Zamawiający przyznał w pkt 11 protokołu, ppkt 2, że szacunkowa wartość zamówienia brutto w wysokości 2 003 000, 00 zł została określona na podstawie ofert rynkowych. Skoro zatem szacowanie (jak wynika z protokołu) wartości zamówienia zostało przeprowadzone w sposób należyty - poprzez weryfikację ofert rynkowych, brak jest podstaw do zaniechania badania rażąco niskiej ceny. Podał ponadto, że na uwagę zasługuje, że o ile w przypadku usług lub robót budowlanych pewne elementy cenotwórcze (szczególnie w zakresie określonych świadczeń) można kalkulować w określony sposób, przyjmując nawet pewne ryzyka, o tyle w przypadku dostaw koszty są co do zasady stałe - przedmiot jest już

wyprodukowany, stąd tym bardziej zastanawiające jest, jakie czynniki powodują tak korzystną - rażąco niską cenę wykonawcy Toropol. Wobec zatem przedstawionych wyliczeń, jak również uwzględniając przedstawioną argumentację i obowiązujące przepisy prawa, zaniechanie Zamawiającego stanowi w pełnym zakresie podstawę do złożenia odwołania. Ad. 3. Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty ToRoPol podlegającej odrzuceniu.

Wobec powyżej wskazanego uzasadnienia dla zarzutu nr 1, tj. konieczności odrzucenia oferty wykonawcy Toropol z uwagi na fakt, że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający powinien był dokonać oceny ofert na podstawie kryteriów zawartych w rozdziale XVII SIWZ, tj. spośród ofert nieodrzuconych. Powyższe zawarte zostało przez Zamawiającego wyartykułowane również w pkt 1 rozdziału XVII SIWZ. Ocena ta została dokonana przez Zamawiającego z uwzględnieniem oferty Wykonawcy Toropol, która podlega odrzuceniu. Wobec powyższego, Zamawiający swoim działaniem naruszył postanowienie art.

91 ust. 1 ustawy Pzp, co w konsekwencji prowadzi do konstatacji, że złożenie odwołania jest uzasadnione i konieczne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w szczególności wskazując:

W postępowaniu oferty złożyły dwa podmioty: Controls Polska Sp. z o.o. na kwotę brutto 1.472.895,48 zł i ToRoPol sp. z o.o. na kwotę 1.352.385,00 zł, która to oferta została uznana za najkorzystniejszą, albowiem spełnia wszystkie wymogi określone w SIWZ.

Wykonawca ToRoPol zaferował urządzenia firmy Pavetest o oznaczeniach handlowych (oznaczeniach modelu) B240, B230, B200L, które w całości spełniają wymagania techniczne określone w SIWZ. Oznaczenia te pozwalają na jednoznacznie niebudzącą żadnej wątpliwości identyfikację oferowanych urządzeń. Sama weryfikacja parametrów technicznych oferowanych urządzeń w oparciu o aktualne katalogi firmy Pavetest wskazuje, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego podane modele urządzeń objętych ofertą ToRoPol odpowiadają w całości parametrom technicznym określonym w SIWZ. Ponadto wskazał, że oferowane przez ToRoPol urządzenia wbrew twierdzeniom Odwołującego pozwalają na badanie próbek według normy EN-12697 (zarówno metodą A jak i metodą B) a bezpodstawności zarzutów formułowanych przez Odwołującego wynika z faktu, iż w tym zakresie posłużył się on nieaktualnym katalogiem firmy Pavetest.

Nie zgadzając się z zarzutem rażąco niskiej ceny wskazał na art. 90 ust.1 Pzp i stwierdził, że w przypadku miernika wynikającego z art.90 ust. 1a pkt. 1 Pzp, związanego z wartością zamówienia powiększoną o wartość VAT i średnią arytmetyczną wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, kiedy wartość oferty odbiega o minimum 30% od tych mierników, zamawiający może nie korzystać z procedury żądania od wykonawców wyjaśnień, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Oczywistość takich okoliczności oznacza, że wiadomość o nich rozwiewa wszelkie wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia przykładowo wówczas, gdy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie, niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację. Przenosząc powyższe wywody na grunt niniejszego postępowania wyjaśnił, że przeszacował wartość zamówienia a złożone w trakcie postępowania dwie oferty na zbliżone kwoty (odpowiednio 1.352.385,00 zł i 1.472.895,48 zł) w całości potwierdzają tę sytuację. Biorąc powyższe pod uwagę nie korzystał z procedury żądania od wykonawców wyjaśnień, ponieważ wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca ToRoPol sp. z o.o. z Warszawy. Izba stwierdziła, że wykonawca ten nie uzyskał statusu uczestnika odwoławczego, albowiem nie wypełnił wymagań określonych art. 185 ust.2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem: „Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie”. Wykonawca ToRoPol kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego otrzymał w dniu 2 października 2018 r. W dniu 4 października 2018 r. doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wymieniając także (w rozdzielniku) jako otrzymujących to zgłoszenie Zamawiającego i Odwołującego - Controls Polska sp. z o.o. Odwołujący w toku posiedzenia przed Izbą oświadczył, że taką kopię otrzymał dopiero w dniu 9 października 2018 r., która została przesłana faksem o godzinie 8:26 tj. w dniu posiedzenia. Na potwierdzenie powyższego przedłożył raport z transmisji otrzymanej przesyłki. Wykonawca

ToRoPol oświadczył, że została podjęta próba doręczenia przez kuriera kopii przystąpienia w dniu 5 października br, jednakże z powodu błędu w kodzie (wadliwe oznaczenie kodu przez Odwołującego w adresie podanym w odwołaniu) doręczenie takie nie nastąpiło. Izba stwierdza, że w odwołaniu prawidłowo została oznaczona miejscowość oraz ulica i jej numer oraz numer lokalu. Wskazano także adres e-mail do korespondencji. Z adresu e-mail wykonawca ToRoPol nie skorzystał. Powyższe ustalenie zatem prowadzi do wniosku, że nie został dotrzymany termin określony w powołanym art. 185 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Pzp, a mianowicie wymagany termin 3 dni oznaczony dla zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, który odnosi się również do czynności przesłania kopii powołanego zgłoszenia Zamawiającemu i Odwołującemu, który upłynął – w tym przypadku - w dniu 5 października 2018 r. Wobec tych ustaleń Izba nie mogła uwzględnić jako dowodu w sprawie dokumentów przedłożonych wraz z pismem z dnia 4 października 2018 r. albowiem zostały one przedłożone przez podmiot nie będący uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ToRoPol sp. z o.o. (Toropol) na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdziła, że stosownie do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w pkt IX.20 ppkt 1) wykonawca był zobowiązany do złożenia Kosztorysu ofertowego zgodnego z załącznikiem nr 7 oraz tabeli z wypełnionymi parametrami oferowanego sprzętu wg wzoru zamieszczonego w załączniku nr 6 - Opisie przedmiotu zamówienia. W załączniku nr 6 zamieszczono tabelę w podziale na trzy (oznaczone jako Tabela 1, tabela 2 i tabela 3) z uwagą, że należy złożyć ją wypełnioną wraz z ofertą. W tej tabeli w kolumnie 2 zawarto opisy wymagania według przedmiotu zamówienia, a w kolumnie ostatniej (trzeciej podzielonej na dwie „podkolumny”) wykonawca miał zadeklarować z zastosowaniem znaku „X” dla każdej pozycji (od 1 do 64) odpowiednio: czy dane wymaganie uwzględniono w ofercie czy nie. Z kolei w Kosztorysie ofertowym według załącznika nr 7 wykonawca miał podać w kolumnie 3 - stosownie do opisanego przez Zamawiającego w kolumnie 2 przedmiotu zamówienia („Modułarny system do badań funkcjonalnych drogowych kompozytów mineralnoasfaltowych”) i uwagi zamieszczonej pod tabelą - zarówno Producenta jak i Model oferowanego urządzenia (Producent/Model). Zamawiający nie wymagał przedłożenia dla tych urządzeń żadnych dodatkowych informacji ani żadnych dodatkowych dokumentów (przykładowo kart katalogowych czy folderów).

Odwołujący pierwszy z zarzutów dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy ToRoPol ze specyfikacją opartą na twierdzeniu, że wykonawca ten oferuje model urządzenia DTS30 model B240, którego producent Pavetest nie ma w swojej ofercie (w swoim katalogu).

Z dokumentacji przedłożonej przez Zamawiającego przy piśmie z dnia 3 października 2018 r. wynika, że wykonawca ToRoPol przedłożył wraz z ofertą na wymaganym formularzu Kosztorys ofertowy (załącznik nr 7) wskazując jednoznacznie na Producenta – „Pavetest” oraz na model urządzeń, których dotyczy oferta: model B240, model 230 i model 200L, co zostało bezsprzecznie – bez dodatkowych ustaleń na podstawie tego opisu – zidentyfikowane przez samego Odwołującego i dla których – jak podał w odwołaniu - przedłożył wyciągi z katalogu. Inne dokumenty, które złożył ToRoPol do oferty (str 7 i 8) wskazują, że oznaczenie DTS-30 (użyte przed wskazaniem na model B240) mogło dotyczyć typu urządzenia, którego podanie nie było wymagane. Zamawiający, zdaniem Izby, uwzględniając symbole modeli, szczególnie w zestawieniu z podanymi w tabeli parametrami miał podstawy – bez dodatkowych wyjaśnień - zweryfikować ofertę tego wykonawcy jako zgodną ze specyfikacją.

Drugi z zarzutów dotyczy „Modułu do badania właściwości wytrzymałościowych metodą trójosiowego ściskania oraz modelowania właściwości lepkosprężystych” (str. 38 siwz) oraz zgodności oferowanego urządzenia z normą PN-EN 12697-25 A, PN-EN 12697-25 B oraz AASHTO T378. Wykonawca ToRoPol w tabeli (w załączniku nr 6) potwierdził w sposób wymagany specyfikacją, że to wymaganie zostało uwzględnione w ofercie. Odwołujący kwestionując powyższe tytułem dowodu powołał się na wyciąg z katalogu (który załączył do odwołania), twierdząc, że urządzenie „AMPT model B200L” nie spełnia wymagań, albowiem zgodnie z katalogiem firmy Pavetest, gdzie urządzenie to opisane jest na stronach od 32 do 36, oferowany model spełnia wymogi co do normy AASHTO T378, ale nie spełnia wymogów i nie daje możliwości prowadzenia badań zgodnie z normą PN-EN 12697-25 A, PN-EN 12697-25 B, w tym co do średnicy próbki oraz co do pomiaru odkształcenia próbki realizowanego przy pomocy dwóch przetworników przemieszczenia mierzących w trakcie badania pozycję górnej płytki dociskowej i zakresie pomiarowym wynoszącym 5mm (z tolerancją nie gorszą niż 2).

Izba, mając na uwadze wymagania specyfikacji i powołany przez Odwołującego dowód z wyciągu z katalogu, była

zobowiązana uwzględniać regułę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp w myśl której: „*Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne*”. W stanie faktycznym sprawy ciężar wskazywania wszystkich okoliczności i dowodów na potwierdzenie zarzutów, od których zależy uznanie odwołania za zasadne, spoczywa na stronie odwołującej. To wnoszący odwołanie bowiem domagając się odrzucenia oferty wykonawcy ToRoPol wywodzi w tym przypadku ze stwierdzonych faktów skutki prawne. Odwołujący, wbrew temu zobowiązaniu nie wykazał okoliczności sprawy w sposób dowodzący słuszności jego twierdzeń. Przedkładane wyciągi z katalogu (jak to zaznaczał Odwołujący) nie zostały oznaczone żadnym opisem ani datą, co uniemożliwia dokonanie ustaleń co do tego katalogu i jego aktualności. Odwołujący nie wskazał strony internetowej na której taki katalog jest zamieszczony, zaznaczając w toku rozprawy trudności pozyskania takiego katalogu. Izba zauważa, że rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza nie może zastępować stron w wypełnianiu obowiązku dowodowego. Także twierdzenia (oświadczenia na rozprawie), że pochodzą z wystawy, która odbyła się w październiku 2018 r. (wg oświadczenia w ubiegłym tygodniu) nie zostały poparte żadnym dowodem, co do takiej wystawy (jej miejsca i czasu), czy co do jej przedmiotu. Te wyciągi nie zostały także potwierdzone za ich zgodność z oryginałem. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania twierdzeń Zamawiającego, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty wynikają z faktu, że wykonawca posłużył się nieaktualnym katalogiem firmy Pavetest oraz jego twierdzeń, że weryfikacja parametrów technicznych oferowanych urządzeń w oparciu o aktualne katalogi firmy Pavetest potwierdza, że podane modele urządzeń objętych ofertą ToRoPol odpowiadają w całości parametrom technicznym określonym w specyfikacji.

Także za nie zasadny Izba uznała wskazany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 90 ust.1 ustawy Pzp. W tym przypadku Izba miała na uwadze art. 90 ust.1a pkt 1 tej ustawy, który stanowi: „1a. *W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:*

- 1) *wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;”*

W tym postępowaniu oferty złożyły dwa podmioty z ceną oferty w kwotach brutto: Controls Polska Sp. z o.o.- 1.472.895,48 zł oraz ToRoPol sp. z o.o. - 1.352.385 zł. Z kolei według Protokołu postępowania (ZP-PN) wartość szacunkowa w kwocie netto określona została na 1.628.455,28 zł, a na otwarciu ofert podana została kwota brutto: 2.050.000 zł z zaznaczeniem w nawiasie, że „*szacunkowa wartość zamówienia brutto sporządzona na podstawie ofert rynkowych wynosi 2.003.00 zł*”. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że w przypadku miernika wynikającego z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, związanego z wartością zamówienia powiększoną o wartość VAT i średnią arytmetyczną wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, kiedy wartość oferty odbiega o minimum 30% od tych mierników, zamawiający może nie korzystać z procedury żądania od wykonawców wyjaśnień, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia przykładowo wówczas, gdy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została ustalona na znacząco wyższym poziomie (przeszacowana) niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację. Przenosząc powyższe na grunt niniejszego postępowania Izba stwierdza, że Zamawiający nie korzystał w odniesieniu do obu wykonawców z procedury żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp w związku z ustaleniem, że rozbieżności cenowe w stosunku do wartości zamówienia (szacunkowej) wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, a mianowicie są skutkiem zawyżenia tej wartości. Powyższą okoliczność, (przeszacowania wartości zamówienia), potwierdzają obie złożone w postępowaniu oferty na zbliżone kwoty (odpowiednio 1.352.385,00 zł i 1.472.895,48 zł) znacząco niższe od tej wartości.

Wobec powyższych ustaleń należało uznać, że Zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy Torpol jako oferty najkorzystniejszej działaniem tym naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.....