

WYROK
z dnia 18 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- I. w dniu 27 listopada 2017 r. przez wykonawcę MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33 - 100 Tarnów, sygn. akt: KIO 2518/17,
- II. w dniu 27 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: OTS-IP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Juliusza Lea 112, 30 - 133 Kraków i EPC CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, sygn. akt: KIO 2531/17;
- w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa,

przy udziale:

- ☐ wykonawcy Górnictwo Biuro Projektów „PANGAZ” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Bratysławska 2/7, 31 - 201 Kraków, zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt: KIO 2518/17 i KIO 2531/17, po stronie zamawiającego,
- ☐ wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: OTS-IP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Juliusza Lea 112, 30 - 133 Kraków i EPC CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Obrońców Modlina 16, 30 - 733 Kraków, zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt: KIO 2518/17, po stronie zamawiającego,

1

orzeka:

I. W zakresie odwołania sygn. akt KIO 2518/17:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obciąża wykonawcę MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, na rzecz zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa, kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

II. W zakresie odwołania sygn. akt KIO 2531/17:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie oceny oferty Górnictwo Biuro Projektów PANGAZ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (31 -503) przy ul. Lubicz 25 niezgodnie z treścią kryteriów oceny ofert - przyznanie 5 pkt w kryterium „Jakość (próbka projektowa)” w sytuacji, gdy oferta Pangaz w tym kryterium powinna otrzymać nie więcej niż 3 pkt, w zakresie następujących błędów specyfikacji materiałowej:
 - 1) błąd nr 5, pozycja specyfikacji 5, opis błędu: brak podania wielkości średnicy

- orutowania (DN), podstawa oceny SIWZ pkt XIX.3.2.3.2.1,
- 2) błąd nr 29, opis błędu: brak punktu pomiaru ciśnienia na rurze upustowej DN150, manometr jest elementem armatury pomiarowej na rurociągu DN150, podstawa oceny SIWZ pkt XIX.3.2.3.2.1,
- 3) błąd nr 30, opis błędu: brak punktu pomiaru ciśnienia na rurze upustowej DN200, manometr jest elementem armatury pomiarowej na rurociągu DN200, podstawa oceny SIWZ pkt XIX.3.2.3.2.1,

2

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

3. kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: OTS-IP Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112, 30-133 Kraków i EPC CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: OTS-IP Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112, 30-133 Kraków i EPC CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: OTS-IP Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112, 30-133 Kraków i EPC CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, na rzecz zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa, kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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:

.....

3

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 18 grudnia 2017 r. w sprawach o sygn. akt KIO 2518/17, KIO 2531/17

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej gazociągu DN 700 łączącego Węzeł i Tłocznię Hołowczyce z projektowanym gazociągiem DN 700 Rembelszczyzna - granica Polska - Litwa wraz z infrastrukturą towarzyszącą”, o numerze nadanym przez zamawiającego ZP/2017/08/0068/PI, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 072-148-307322, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”.

W dniu 17 listopada 2017 r. zamawiający poinformował drogą elektroniczną wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o wyborze jako oferty najkorzystniejszej

oferty wykonawcy Górnice Biuro Projektów „PANGAZ” Sp. z o.o., a także o odrzuceniu oferty wykonawcy MGGP S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: **KIO 2518/17**:

W dniu 27 listopada 2017 r. odwołanie, wobec poniższych czynności zamawiającego w postępowaniu, wniósł wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, dalej jako „odwołujący MGGP S.A.” lub „odwołujący”.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., w odwołaniu zarzucono zamawiającemu naruszenie (pisownia oryginalna):

- 1) naruszenie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień w zakresie wyjaśnienia ceny ofertowej, oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że zawiera prawidłowo obliczoną cenę, co Odwołujący wykazał w wyjaśnieniach z dnia 10 października 2017 r.,
- 2) naruszenie art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez niedopełnienie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp, polegające na wybraniu jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Górnice Biuro Projektów PANGAZ Sp. z o.o. w sytuacji gdy za ofertę najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta Odwołującego.

4

W związku z powyższym odwołujący MGGP S.A. wniósł o uwzględnienie odwołania i (pisownia oryginalna):

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności oceny wyjaśnień co do ceny ofertowej,
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny ofert, w tym oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem zarzutów opisanych w niniejszym odwołaniu i wyników powtórzonych czynności oceny ofert,
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 6) przeprowadzenia dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania i dokumentów przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Uzasadniając wyżej wskazane zarzuty odwołujący MGGP S.A. wskazał, iż zgodnie z pkt XIX Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postępowania (dalej jako „SIWZ”) ocena ofert wykonawców miała następować w oparciu o dwa kryteria: kryterium cena całkowita brutto oferty o wadze 95% oraz kryterium jakość (próbka projektowa), któremu przypisano wagę 5%.

W dalszej kolejności wskazano, że przed otwarciem ofert zamawiający poinformował wykonawców, że na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 18 299 940,00 zł brutto. Cena oferty odwołującego została określona w wysokości 8 981 469,00 zł netto, co daje 11 047 206,87 zł brutto. Wykonawca nie dołączył do swej oferty próbki - rysunku zespołu zaporowo-upustowego liniowego DN 700 w formacie 3D, co w jego ocenie wskazuje, że dla niego co do oceny ofert znaczenie miało wyłącznie to pierwsze kryterium - cena całkowita (brutto) oferty.

Następnie odwołujący podkreślił, iż w dniu 2 października 2017 r. zamawiający wezwał go do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty. W wezwaniu zamawiający wskazał, że cena którą zaoferowała MGGP S.A. jest o 30% niższa od szacunkowej wartości zamówienia, powiększonej o podatek od towarów i usług, a więc zachodzi konieczność wyjaśnienia, czy nie jest ona rażąco niska. Zamawiający wymagał, aby wyjaśnienia dotyczące sposobu wyliczenia ceny oferty zawierały wymienienie tych elementów oferty, które mają istotny wpływ na wysokość ceny oraz również określenie liczby roboczogodzin lub ilości, wartości jednostkowe netto oraz wartości netto dla

5

poszczególnych zagregowanych pozycji - zgodnie z zestawieniem ujętym w piśmie. Ponadto zamawiający dopuścił dalsze rozszerzenie załączonej tabeli elementów cenowych przez wykonawcę. Wyjaśnienia, wraz z dowodami, wykonawca, zgodnie z informacją zawartą w skierowanym do niego przez zamawiającego wezwaniu, miał dostarczyć w terminie do 10 października 2017 r. do godziny 10:00 faksem lub drogą elektroniczną, na wskazany adres. Niezależnie od wykorzystania drogi elektronicznej wyjaśnienia miały być niezwłocznie przesłane pisemnie na adres korespondencyjny zamawiającego.

Dalej odwołujący argumentował, że ze względu na wymagany przez zamawiającego stopień skomplikowania i szczegółowości wyjaśnień zakończył przygotowanie całości materiałów dopiero w dniu 10 października, przed wyznaczoną przez zamawiającego godziną na złożenie odpowiedzi. W trakcie ostatecznego przygotowania wyjaśnień nastąpiły niespodziewane trudności techniczne, skutkiem czego wiadomość email zawierająca pliki z pismem odwołującego oraz dowodami dotarła do zamawiającego już po upływie wyznaczonej godziny tj. o 10.09 i ponownie o 10.13, zaś wyjaśnienia w formie pisemnej wykonawca wysłał na adres zamawiającego w tym samym dniu.

W dalszej części uzasadnienia wskazano, że 17 listopada 2017 r. zamawiający przesłał uczestnikom postępowania informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, gdzie jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Górnicze Biuro Projektów PANGAZ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, jednocześnie zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego MGGP S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. – w ocenie zamawiającego MGGP S.A. nie udzieliła wyjaśnień co do ceny ofertowej, gdyż dotarły one do zamawiającego po wyznaczonej godzinie, a tym samym MGGP nie wykazała, że jej oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i zgodnie z przywołanymi przepisami podlegała odrzuceniu.

W ocenie odwołującego MGGP S.A. odrzucenie oferty przez zamawiającego jako oferty obarczonej rażąco niską ceną, pomimo złożenia przez odwołującego wyjaśnień i dowodów co do ceny, oraz odstąpienie od oceny złożonych wyjaśnień i dowodów ze względu na kilkuminutowe opóźnienie w doręczeniu dokumentów jest działaniem naruszającym przepisy p.z.p. Zdaniem odwołującego nie może być wątpliwości co do faktu, że wykonawca złożył we właściwej formie wyjaśnienia i dowody potwierdzające, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zarówno w drodze elektronicznej (wiadomość e-mail) jak i pisemnie - poprzez wysłanie w dniu 10 października 2017 r., a więc niewątpliwie niezwłocznie - na adres korespondencyjny zamawiającego. Zamawiający, co sam przyznaje otrzymał wiadomość elektroniczną w dniu 10 października o godz. 10.09 i 10.13 oraz pismo w dniu następnym - 11 października 2017 r. Kilkuminutowe opóźnienie w doręczeniu wiadomości elektronicznej nie mogło mieć wpływu na proces dokonywania oceny ofert, który zakończył się dopiero w dniu 17 listopada 2017 r., kiedy to wykonawcy otrzymali informację

6

o wyborze najkorzystniejszej oferty. Moment doręczenia dokumentów i wyjaśnień nie uniemożliwiał ani też nie utrudniał zamawiającemu ich oceny w normalnym trybie pracy.

Odwołujący zwrócił uwagę na brzmienie przepisów p.z.p. w przedmiotowym zakresie: art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. wskazuje na ciążący na zamawiającym obowiązek odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, czyli w ocenie odwołującego MGGP S.A., ofertę odrzuca się w przypadku jednoznacznego ustalenia przez zamawiającego, że zaproponowanie rażąco niskiej ceny lub kosztu jest faktem. Z treści art. 90 ust. 3 p.z.p., dla odwołującego, wynika natomiast sposób w jaki zamawiający ustala fakt zaistnienia w ofercie konkretnego wykonawcy rażąco niskiej ceny lub kosztu - zamawiający ocenia ofertę jako obarczoną rażąco niską ceną gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia potwierdzają zarzut, a także jako rezultat zaniechania wykonawcy, czyli nie złożenia wyjaśnień, do złożenia których Wykonawca został wezwany. Zaś żaden przepis nie wskazuje na możliwość odrzucenia oferty w przypadku nie dochowania przez wykonawcę terminu na złożenie wyjaśnień i dowodów w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub kosztu. Co istotne, w ocenie odwołującego MGGP S.A., art. 90 ust. 3 p.z.p. posługuje się określeniem *nie udzielił wyjaśnień*, nie zaś *nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie*, a czynność złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny należy odczytywać w kontekście przesłanki odrzucenia, którą jest zaproponowanie w ofercie rażąco niskiej ceny lub kosztu, nie zaś złożenie wyjaśnień zaprzeczających tezie o rażąco niskiej cenie lub koszcie z przekroczeniem wyznaczonego terminu.

W dalszej kolejności odwołujący MGGP S.A. argumentował, że w sytuacji gdy złożył

wyjaśnienia i dowody w przedmiocie ceny oferty, jakkolwiek z minimalnym przekroczeniem terminu, to zamawiający powinien dokonać oceny złożonych wyjaśnień, a dopiero ewentualnie na podstawie rezultatów tej oceny - odrzucić ofertę. Nie można bowiem przesłanek odrzucenia ofert określonych w przepisach ustawy interpretować rozszerzająco. Na poprawność powyższego stanowiska odwołujący zacytował fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 27 października 2016 r. sygn. akt KIO 1932/16.

Dodatkowo odwołujący podniósł, iż w sytuacji gdy przepisy wiążą określone konsekwencje z niedotrzymaniem terminu to taki rygor jest wskazany wprost. Tak się dzieje odnośnie ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, gdzie ustawa, w przypadku złożenia tych dokumentów po terminie przewiduje sankcję w postaci zwrotu ofert/wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu, gdyby więc konkretna sankcja miała być związana z niedochowaniem terminu złożenia wyjaśnień (tu: co do ceny) to okoliczność taka powinna wynikać bezpośrednio z brzmienia właściwego przepisu.

Odwołujący podkreślił również, że kilkuminutowe opóźnienie w doręczeniu informacji, nie mające żadnego wpływu na sposób i czas dokonywania przez zamawiającego oceny ofert podraża realizację zamówienia publicznego o milionowe kwoty, nie można uznać, że

7

odrzućcenie oferty wyłącznie ze względu na minimalne uchybienie terminowy, porządkowemu wyznaczonemu przez zamawiającego jest właściwe w świetle celu i zasad rządzących ustawą p.z.p.

Na zakończenie uzasadnienia podniesiono, że gdyby zamawiający postępował prawidłowo i nie naruszył przepisów ustawy w zakresie wskazanym w zarzutach powinien był wybrać ofertę odwołującego, jako najkorzystniejszą w świetle kryteriów opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Odwołujący MGGP S.A. zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę najlepszą, która przy tym nie była ceną rażąco niską i nawet przy uwzględnieniu braku punktów w drugim kryterium (jakość) oferta odwołującego powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: **KIO 2531/17:**

Odwołanie, wobec czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ocenie ofert w sposób niezgodny z przepisami Ustawy oraz kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, w dniu 27 listopada 2017 r. zostało wniesione przez wykonawców, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: OTS-IP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Juliusza Lea 112, 30-133 Kraków i EPC CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, dalej zwanych jako „odwołujący OTS-IP Sp. z o.o. i EPC CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o.” lub „odwołujący”.

W odwołaniu zamawiającemu zarzucono naruszenie (pisownia oryginalna):

1) art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie oceny ofert:

- a) firmy Górnicze Biuro Projektów PANGAZ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (31 - 503) przy ul. Lubicz 25 (dalej „Pangaz”) niezgodnie z treścią kryteriów oceny ofert - przyznanie 5 pkt w kryterium „Jakość (próbka projektowa)” w sytuacji, gdy oferta Pangaz w tym kryterium powinna otrzymać nie więcej niż 3 pkt,
- b) Odwołującego niezgodnie z treścią kryteriów oceny ofert - przyznanie 0 pkt w kryterium „Jakość (próbka projektowa)” w sytuacji, gdy oferta Odwołującego w tym kryterium powinna otrzymać 5 pkt,

a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Wobec powyższego wniesiono o uwzględnienie odwołania oraz o unieważnienie lub nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, przyznanie ofercie firmy Pangaz w kryterium „Jakość (próbka projektowa)” nie więcej niż 3 pkt, przyznanie ofercie odwołującego w kryterium „Jakość (próbka projektowa)” 5 pkt oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

8

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust 1 p.z.p. w stosunku co do oceny oferty wykonawcy Górnicze Biuro Projektów „PANGAZ” Sp. z o.o. z siedzibą

w Krakowie i przyznanie jej 5 pkt w kryterium jakość (próbka projektowa), kiedy zdaniem odwołującego oferta ta powinna uzyskać nie więcej niż 3 pkt w rzeczonym kryterium, odwołujący argumentował jak niżej.

„Dokonując oceny oferty firmy Pangaz Zamawiający przyznał jej 5 pkt w kryterium „Jakość (próbka projektowa)”. Do uzyskania takiej punktacji, konieczne jest spełnienie przez rysunek 3D wymagań: „rysunek 3D zawiera wszystkie wymagania określone w pkt. 3.3.2, została sporządzona specyfikacja materiałowa, o której mowa w pkt. 3.2.4 i nie zawiera ona więcej niż 4 błędy w odniesieniu do wymagań określonych w pkt. 3.2.4.1 oraz 3.2.4.2”. Odwołujący zweryfikował ofertę firmy Pangaz i w zakresie rysunku 3D stwierdził, że zawiera on liczne błędy w odniesieniu do wymagań określonych w pkt. 3.2.4.1 oraz 3.2.4.2 – w szczególności:

1. Specyfikacja materiałowa posiada 30 błędów przedstawionych w poniższej tabeli:

Nr	Pozycja	Opis błędu	Podstawa błędu	Specyfikacji	oceny
1	1	Brak podanej wielkości średnicy orurowania (DN)	SIWZ pkt XIX.3.2.3.2.1		
			Brak podanej wielkości średnicy orurowania (DN)	SIWZ pkt 2 2 XIX.3.2.3.2.1	
3	3	Brak podanej wielkości średnicy orurowania (DN)	SIWZ pkt XIX.3.2.3.2.1		
			średnicy orurowania (DN)	SIWZ pkt 4 4 Brak podanej wielkości XIX.3.2.3.2.1	
5	5	Brak podanej wielkości średnicy orurowania (DN)	SIWZ pkt XIX.3.2.3.2.1		
6	12	Brak podanej wielkości średnicy orurowania (DN)	SIWZ pkt XIX.3.2.3.2.1		
				SIWZ pkt 7 13 Brak podanej wielkości średnicy	
			orurowania (DN)	XIX.3.2.3.2.1	
8	14	Brak podanej wielkości średnicy orurowania (DN)	SIWZ pkt XIX.3.2.3.2.1		
			Błędnie podana ilość elementów. Na rysunku znajduje się 1 9 14 SIWZ pkt sztuka, a w Specyfikacji ujęto 2 sztuki.		
			XIX.3.2.3.		
				SIWZ pkt Brak wskazania odniesienia do normy	
PN-EN 12266-1	10	15 w zakresie klasy szczelności zamknięcia	XIX.3.2.3.1.3		
	11	16 SIWZ pkt Brak wskazania odniesienia do normy PN-EN 12266-1 w zakresie klasy szczelności zamknięcia	XIX.3.2.3.1.3		
				SIWZ pkt Brak wskazania odniesienia do normy	
PN-EN 12266-1	12	17			
				XIX.3.2.3.1.3 w zakresie klasy szczelności	
				zamknięcia	
				SIWZ pkt Brak wskazania odniesienia do normy	
PN-EN 12266-1	13	18 w zakresie klasy szczelności zamknięcia	XIX.3.2.3.1.3		
				SIWZ pkt Brak wskazania odniesienia do normy	
PN-EN 12266-1	14	19 XIX.3.2.3.1.3 w zakresie klasy szczelności zamknięcia			

		Podano normę określającą wymagania dla rur niezgodnie z wymaganiami Gaz-System. Podano PN-EN ISO 3183:2013-05, SIWZ pkt XIX	
	15	1 zamiast wymaganej PN EN 1594:2014 zgodnie z Warunkami 3.2.3.2.2	
		Technicznymi nr 8A-2017 pkt. 2.9.1; 2.9.3 Podano normę określającą wymagania dla rur niezgodnie z wymaganiami Gaz-System. Podano PN-EN ISO 3183:2013-05, SIWZ pkt 16 2 zamiast wymaganej PN EN 1594:2014 zgodnie z Warunkami	
			XIX.3.2.3.2.2 Technicznymi nr 8A-2017 pkt. 2.9.1;
	2.9.3		
		Podano normę określającą wymagania dla rur niezgodnie z	
	17	3 wymaganiami Gaz-System. Podano PN-EN ISO 3183:2013-05, SIWZ pkt zamiast wymaganej PN EN 1594:2014 zgodnie z Warunkami XIX.3.2.3.2.2	
		Technicznymi nr 8A-2017 pkt. 2.9.1; 2.9.3 Podano normę określającą wymagania dla rur niezgodnie	
			SIWZ pkt z wymaganiami Gaz-System. Podano
PN-EN ISO 3183:2013-05,	18	4 XIX.3.2.3.2.2 zamiast wymaganej PN EN 1594:2014 zgodnie z Warunkami	
		Technicznymi nr 8A-2017 pkt. 2.9.1; 2.9.3	
		Podano normę określającą wymagania dla rur niezgodnie SIWZ pkt z wymaganiami Gaz-System. Podano PN-EN ISO 3183:2013-05,	
	19	5 XIX.3.2.3.2.2 zamiast wymaganej PN EN 1594:2014 zgodnie z Warunkami	
		Technicznymi nr 8A-2017 pkt. 2.9.1; 2.9.3 Podano normę określającą wymagania	
			dla rur niezgodnie SIWZ pkt z wymaganiami Gaz-System. Podano PN-EN
ISO 3183:2013-05,			

20 6 zamiast wymaganej PN EN 1594:2014 zgodnie z Warunkami XIX.3.2.3.2.2
Technicznymi nr 8A-2017 pkt. 2.9.1; 2.9.3 Podano normę określającą wymagania dla rur niezgodnie
z wymaganiami Gaz-System. Podano PN-EN ISO 3183:2013-05, SIWZ pkt 21 7 XIX.3.2.3.2.2 zamiast wymaganej PN EN
1594:2014 zgodnie z Warunkami
Technicznymi nr 8A-2017 pkt. 2.9.1; 2.9.3 Podano normę określającą wymagania dla rur niezgodnie
SIWZ pkt z wymaganiami Gaz-System. Podano
PN-EN ISO 3183:2013-05, 22 8
zamiast wymaganej PN EN 1594:2014 zgodnie z Warunkami XIX.3.2.3.2.2 Technicznymi nr 8A-2017 pkt. 2.9.1; 2.9.3
Podano normę określającą wymagania dla rur niezgodnie SIWZ pkt z wymaganiami Gaz-System. Podano PN-EN ISO
3183:2013-05,
23 9 zamiast wymaganej PN EN 1594:2014 zgodnie z Warunkami XIX.3.2.3.2.2
Technicznymi nr 8A-2017 pkt. 2.9.1; 2.9.3 Podano normę określającą wymagania dla rur niezgodnie
SIWZ pkt z wymaganiami Gaz-System. Podano
PN-EN ISO 3183:2013-05, 24 10 XIX.3.2.3.2.2 zamiast wymaganej PN EN 1594:2014 zgodnie z Warunkami
Technicznymi nr 8A-2017 pkt. 2.9.1; 2.9.3 Podano normę określającą wymagania dla rur niezgodnie
z wymaganiami Gaz-System. Podano PN-EN ISO 3183:2013-05, SIWZ pkt 25 11
zamiast wymaganej PN EN 1594:2014 zgodnie z Warunkami XIX.3.2.3.2.2 Technicznymi nr 8A-2017 pkt. 2.9.1; 2.9.3
Podano normę określającą wymagania dla rur niezgodnie
26 12 z wymaganiami Gaz-System. Podano PN-EN ISO 3183:2013-05, SIWZ pkt zamiast wymaganej PN EN 1594:2014 zgodnie z
Warunkami XIX.3.2.3.2.2
Technicznymi nr 8A-2017 pkt. 2.9.1; 2.9.3 Podano normę określającą wymagania dla rur niezgodnie
z wymaganiami Gaz-System. Podano PN-EN ISO 3183:2013-05, SIWZ pkt 27 13 zamiast wymaganej PN EN 1594:2014
zgodnie z Warunkami XIX.3.2.3.2.2
Technicznymi nr 8A-2017 pkt. 2.9.1; 2.9.3 Podano normę określającą wymagania dla rur niezgodnie
z wymaganiami Gaz-System. Podano PN-EN ISO 3183:2013-05, SIWZ pkt 28 14 zamiast wymaganej PN EN 1594:2014
zgodnie z Warunkami
XIX.3.2.3.2.2 Technicznymi nr 8A-2017 pkt. 2.9.1;
2.9.3

10

Brak punktu pomiaru ciśnienia na rurze upustowej DN150, 29 - manometr jest elementem armatury pomiarowej na
rurociągu SIWZ pkt

DN 150 XIX.3.2.3.1 Brak punktów pomiaru ciśnienia na rurociągu DN200,
30 - manometr jest elementem armatury pomiarowej na rurociągu SIWZ pkt XIX.3.2.3.1
DN 200

2. rysunek 3D zawiera błędy w zakresie kompletności:

Rysunek 3D jest niezgodny ze Schematem Liniowego ZZU wg Instrukcji nr PE-DY-102 str. 20. Na rysunku wrysowano dodatkową armaturę na rurociągu DN150 pomiędzy poz. 17 a poz. 20 tj. wrysowano dodatkowe manometry na układzie przyłączeniowym, podczas gdy w/w schemat Zamawiającego nie przewiduje takich elementów. Zgodnie z SIWZ pkt XIX.2. Rysunek 3D ma zostać opracowany na bazie: XIX.2.2. Instrukcji GAZ-SYSTEM S.A. nr PE-DY-102 (wydanie 3, wersja 1) - pkt 1.1.; 1.3.2; schemat ZZU liniowego (strona 20); pkt 8.10; 8.11.1; 8.11.2."

Wobec wskazanych niezgodności, w ocenie odwołującego, ocena zamawiającego jest niezgodna z kryteriami oceny ofert zawartymi w SIWZ - sam fakt wystąpienia 30 błędów w specyfikacji materiałowej uzasadnia zastosowanie pkt 3.3.4 i przyznanie rysunkowi nie więcej niż 3 punktów, a w konsekwencji przyznanie 5 punktów jest niezasadne.

W stosunku do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 p.z.p. w przedmiocie oceny oferty odwołującego w kryterium jakość (próbka projektowa), poprzez przyznanie jej przez zamawiającego 0 pkt, w sytuacji gdy oferta OTS-IP Sp. z o.o. i EPC CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o. w tym kryterium powinna otrzymać 5 pkt, odwołujący podniósł poniższe argumenty.

Jedynie uzupełniającą lzbą nadmienia, że uzasadnienie tej części, w treści złożonego odwołania, zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa OTS-IP Sp. z o.o. i EPC CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o., jednakże na rozprawie prawidłowo umocowani do reprezentacji pełnomocnicy obecnych stron oświadczyli, że poniższe dane zostały skutecznie odtajnione.

W ocenie odwołującego OTS-IP Sp. z o.o. i EPC CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o. zamawiający błędnie ocenił jego ofertę w kryterium jakości. Wskazać należy, że w treści SIWZ, zdaniem odwołującego, zamawiający zastosował szereg zamiennie występujących, a przy tym nieprecyzyjnych i sprzecznych ze sobą określeń dotyczących próbki projektowej:

„str. 24 pkt 1 Próbka jest: rysunek zespołu zaporowo upustowego (ZZU) liniowego DN 700 w formacie 3D opracowany przez Wykonawcę (zwany dalej rysunkiem 3D), str. 24 pkt 3.3

11

Kompletność rysunku 3D - pod pojęciem kompletnego rysunku 3D Zamawiający rozumie rysunek izometryczny ZZU liniowego DN 700 wykonany w formacie 3D...., Odpowiedź na pytanie nr 13 Pełen rysunek w 3D zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ."

Mając na uwadze powyższe, odwołujący uważa, że zamawiający używa następujących sformułowań: rysunek w formacie 3D, rysunek izometryczny, pełen rysunek w 3D. Zaś brak precyzyjnego określenia formy próbki przez zamawiającego spowodował, że oferenci w różnych sposób wykonali próbki rysunkowe, przy czym wszystkie próbki, jako typowe rysunki techniczne są merytorycznie poprawne i w pełni realizują cele jakim służą. W ocenie odwołującego „Znaczy to, że zarówno Zamawiający jak i hipotetyczny wykonawca konstrukcji uznają oby rysunki za poprawne."

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że zgodnie ze sztuką i zasadami tworzenia rysunku technicznego oraz z ostrożności procesowej, wynikającej z nieprecyzyjności i sprzeczności określenia próbki rysunkowej wykonał próbkę wykorzystując różne sposoby, tj. jako: rysunek modelu 3D, którego elementem („kompletny rysunek 3D") są rysunki izometryczne. Podkreślono również, iż wszystkie elementy zawarte w próbce należy rozumieć jako próbka rysunkowa/rysunek 3D, a takie podejście wynika z dokonanej przez odwołującego interpretacji terminu próbka rysunkowa/rysunek 3D.

Zgodnie z ofertą odwołującego - pkt 8, załącznik do oferty nr 13 stanowi próbka rysunku 3D. Na pierwszej stronie załącznika nr 13 tj. na stronie nr 78 oferty zawarto spis rysunków. Oznacza to, zdaniem odwołującego, że z uwagi na:

a) czytelność próbki rysunkowej,

b) konieczność połączenia stron zawierających próbkę rysunkową z całością oferty zgodnie z wymaganiem SIWZ pkt XVI. 10, w dobrej wierze i z zamiarem dołożenia najwyższej profesjonalnej staranności uznał za wskazane podzielenie próbki rysunku 3D na 4 oddzielne części w formie rysunków wydrukowanych na kolejnych stronach, tj. stronach 79 do 83.

Ponadto odwołujący wskazał, że należy uznać, że w/w podział rysunku nie może zostać uznany za błąd i w przypadku oferty odwołującego pod terminem próbka rysunkowa/rysunek 3D należy rozumieć komplet rysunków zgodnie z ich spisem zawartym na stronie 78. Taki podział rysunku na wiele arkuszy - w celu zapewnienia ich pełnej czytelności jest powszechną praktyką inżynierską.

Następnie odwołujący podniósł, iż zamawiający odmówił przyznania jakiejkolwiek punktacji ofercie odwołującego, wyłącznie z tego powodu, że jego zdaniem „...Na rzeczonym rysunku 3D nie oznaczono co najmniej 3 wielkości średnic orurowania..." - co w opinii odwołującego nie znajduje pokrycia w materiale dowodowym, gdyż średnice te są zamieszczone w ramach kompletnego rysunku 3D, na który składają się - jak wyżej wskazano rysunki izometryczne.

12

Dodatkowo odwołujący wskazał, że załączona do oferty próbka została opracowana przy użyciu programu 3D do trójwymiarowego modelowania i tworzenia opracowań technicznych o nazwie OpenPlant firmy Bentley. Program przeznaczony jest do opracowania kompletnej dokumentacji projektowej/wykonawczej. Każdy projektowany obiekt (w tym przypadku liniowy ZZU) modelowany w całości cyfrowo, stąd każdy element (rury, kształtki, armatura, itd.) jest ściśle określonym obiektem z pełną specyfiką materiałową i z pełnym zwymiarowaniem. Prawidłowe użycie profesjonalnego narzędzia do projektowania i wykorzystanie wyników jego użycia w pełni potwierdza profesjonalizm i wysoką jakość próbki, co winno znaleźć odbicie w przyznaniu pełnej możliwej punktacji w tym zakresie.

Na zakończenie uzasadnienia odwołania podniesiono, iż przyznanie zawyżonej punktacji ofercie Pangaz oraz zaniżonej punktacji ofercie odwołującego doprowadziło do

zaburzenia kolejności ofert na liście rankingowej - w sytuacji, gdyby oferty zostały ocenione prawidłowo, to oferta odwołującego stała się ofertą najwyższej ocenionej, a zatem winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zaś zgodnie z orzecznictwem KIO - wybór oferty winien być dokonywany *stricte* według zasad przewidzianych w s.i.w.z. - na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji (wyrok z dnia 29 grudnia 2016 r. KIO 2342/16) i jest to warunkiem *sine qua non* realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego odwołujący uznał, że dokonane przez zamawiającego naruszenie przepisów prawa ma istotny wpływ na wynik postępowania.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na powyższe odwołania wniósł pełnomocnik wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołań jako bezzasadnych oraz o zasądzenie od odwołujących na rzecz zamawiającego kosztów postępowań odwoławczych, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w obu sprawach.

Odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2581/17 została wniesiona ustnie do protokołu, zaś w sprawie o sygn. akt 2531/17 złożono odpowiedź pisemną, w formie tabelarycznej.

Tak określone na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p. zarzuty i stanowiska stron określiły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem *a contrario* musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez

13

zamawiającego. Izba jest zatem uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania Zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (vide wyrok KIO z 26.04.2012 r., KIO 711/12). Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 8.12.2015 r., KIO 2598/15; z 9.09.2016 r., KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15).

W toku postępowania, wobec wypełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 p.z.p. oraz braku zgłoszenia opozycji stron, dopuszczono do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestników postępowania:

- wykonawcę Górnictwo Biuro Projektów „PANGAZ” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Bratysławska 2/7, 31 - 201 Kraków, zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt: KIO 2518/17 i KIO 2531/17, po stronie zamawiającego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: OTS-IP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Juliusza Lea 112, 30-133 Kraków i EPC CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt: KIO 2518/17, po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się z pisemnymi stanowiskami przedstawionymi przez strony i uczestników postępowania, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z oryginałem dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przedłożonej przez zamawiającego, po wysłuchaniu publicznego oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy w zakresie każdej z połączonych spraw, stwierdzając, iż odwołujący podtrzymali stanowiska wyrażone w odpowiednich odwołaniach, zamawiający wniósł o oddalenie odwołań, zaś przystępujący podzielili stanowisko zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba w pierwszej kolejności ustaliła, iż obie połączone do wspólnego rozpoznania sprawy mieszczą się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołania które je zainicjowały zostały wniesione przez uprawnione podmioty, zaś przedmiot odwołań

14

odpowiada materii określonej w art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba ustaliła także, że oba odwołania przeznaczone do łącznego rozpoznania na podstawie art. 189 ust. 1 p.z.p., podlegają rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p., a także, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań i odstąpieniem od badania w tym zakresie *meritum* sprawy.

Ponadto Izba zbadała z urzędu, do czego była zobowiązana, wypełnienie przez odwołujących hipotezy art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

W zakresie potwierdzenia, że odwołujący MGGP S.A. jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, odwołujący ten wskazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta, prawidłowo przygotowana i wyceniona, powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza z pośród ofert złożonych w postępowaniu. Odwołujący argumentował, iż biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert i ich wagę, nawet fakt nieotrzymania przez MGGP S.A. żadnego punktu w kryterium jakości (próbka projektowa), powoduje że powinien on uzyskać najwyższą punktację ze względu na zaproponowaną najniższą cenę ofertową. Odwołujący uzyskałby zamówienie, gdyby zamawiający prawidłowo przeprowadził działania zmierzające do wyboru oferty najkorzystniejszej tj. dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego. Tym samym, na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p. odwołujący poniósł szkodę, gdyby bowiem zamawiający postąpił zgodnie z wymogami zakreślonymi przez ustawę to oferta odwołującego uzyskałaby najwyższą punktację i tym samym zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Działania i zaniechania zamawiającego doprowadziły do utraty przez odwołującego szansy na uzyskanie zamówienia i osiągnięcie zysków, które planował osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia i to w sytuacji gdy odwołujący poniósł już koszty - udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że zgodnie z kryteriami oceny ofert – rozdział XIX SIWZ, cena oferty posiada wagę 95%, wobec czego potwierdzenie zarzutów odwołującego MGGP S.A. spowodowałoby, że oferta ta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą, z racji bycia tańszą o około 13 milionów złotych od oferty obecnie wybranej w postępowaniu.

Odwołujący OTS-IP Sp. z o.o. i EPC CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o. swoje uprawnienie do wniesienia środka ochrony prawnej uzasadnił w sposób następujący:

Odwołujący ubiega się o przedmiotowe zamówienie i jak wynika z zestawienia ofert, po dokonaniu przez zamawiającego prawidłowej oceny ofert oferta OTS-IP Sp. z o.o. i EPC CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o., zostałaby oceniona jako oferta najkorzystniejsza. Objęta odwołaniem czynność zamawiającego uniemożliwia odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazuje ponadto, iż objęte odwołaniem

15

czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia przez odwołującego szkody, polegającej na uniemożliwieniu uzyskania zamówienia. Odwołujący ma zatem interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą czynność zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na interes odwołującego w postępowaniu. Należy również stwierdzić, że wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy ma istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy, a efektem naruszenia przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy, jest uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Izba stwierdziła, że oferta odwołującego OTS-IP Sp. z o.o. i EPC CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o., została sklasyfikowana na drugiej pozycji, fakt potwierdzenia zarzutów odwołania czy to w stosunku do nieprawidłowej oceny oferty obecnie najkorzystniejszej czy to oferty odwołującego, zmieniłyby ranking ofert.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołujący posiadają legitymację do

wniesienia przedmiotowych odwołań, kwalifikowaną wykazaniem interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwością poniesienia szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: *"Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia"*.

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniach, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołujących zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie sygn. akt: **KIO 2518/17 I.**

Spór w zakresie sprawy sygn. akt: KIO 2518/17 zawiązał się na kanwie czynności zamawiającego jaką było odrzucenie oferty wykonawcy MGGP S.A. w tym stanie faktycznym, że zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie badania, czy cena zawarta w jego ofercie nie jest rażąco niska. Wykonawca twierdził przy tym, że wyjaśnień tych zamawiającemu udzielił, choć spóźnił się z ich przesłaniem, zaś zamawiający

16

uznał, że zaistniałą sytuację należy ocenić w ten sposób, że wyjaśnienia te nie zostały skutecznie złożone.

Na tym polu odwołujący sformułował podniesione w odwołaniu dwa zarzuty:

- 1) naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 p.z.p. poprzez uznanie, że odwołujący nie złożył wyjaśnień w zakresie wyjaśnienia ceny ofertowej, oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę a w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że zawiera prawidłowo obliczoną cenę, co odwołujący wykazał w wyjaśnieniach z dnia 10 października 2017 r.,
- 2) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 p.z.p. poprzez niedopełnienie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami p.z.p., polegające na wybraniu jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Górnicze Biuro Projektów PANGAZ Sp. z o.o., w sytuacji gdy za ofertę powinna uznana oferta najkorzystniejszą zostać odwołującego.

Między stronami postępowanie nie było sporne, co znalazło również odzwierciedlenie w materiale dowodowym w postaci dokumentacji postępowania, że w dniu 2 października 2017 r. zamawiający wezwał odwołującego MGGP S.A. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, tj. 11 047 206,87 zł brutto. Podstawę wezwania stanowił art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 p.z.p., zaś w treści podstawy faktycznej wezwania zamawiający opisał okoliczności faktyczne, które wyczerpują obligatoryjną przesłankę wezwania do złożenia wyjaśnień, w przypadku kiedy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Zamawiający określił termin na złożenie wyjaśnień, wraz z dowodami dotyczącymi wyliczenia ceny oferty „do dnia 10 października 2017 r. do godziny 10:00”. Zamawiający określił również rygor co do formy - wyjaśnienia należało wysłać faksem lub drogą elektroniczną i niezwłocznie w formie pisemnej, na dane wskazane w wezwaniu.

Izba ustaliła, na podstawie dokumentacji postępowania, że w dniu 2 października 2017 r. skutecznie doręczono odwołującemu MGGP S.A. przedmiotowe wezwanie.

W dniu 17 listopada 2017 r. zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego MGGP S.A., wskazując jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. W ocenie zamawiającego przekazanie wyjaśnień w formie elektronicznej po wyznaczonej w wezwaniu godzinie, przy uwzględnieniu treści z art. 61 § 2 k.c., świadczy o tym, że „Zamawiający nie miał możliwości zapoznania się z treścią wyjaśnień MGGP S.A. przed godziną 10:00 dnia 10 października 2017 r., tj. wpłynęły one po terminie wyznaczonym

badaniu realności zaofferowanych cen.” Ponadto zamawiający przytoczył brzmienie art. 90 ust 3 p.z.p. i treść uwagi z rozdz. VII ust. 5 SIWZ: Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane za pośrednictwem faksu lub na adres poczty elektronicznej uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarł do adresata przed upływem terminu. W konsekwencji powyższego uznano, że MGGP S.A. nie wykazała, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 p.z.p. *„Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”* Wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 3 p.z.p. zostały przez Ustawodawcę uregulowane w art. 90 ust. 1 p.z.p., gdzie unormowano wezwanie do złożenia wyjaśnień określane przez pryzmat wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami, a także w art. 90 ust. 1a p.z.p., gdzie w pkt 1 (który znalazł zastosowanie w niniejszej sprawie) Ustawodawca określił przesłankę do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień *ex lege*, kwantyfikowaną procentową różnicą pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia z doliczonym podatkiem od towarów i usług lub średnią arytmetyczną złożonych w postępowaniu ofert, chyba, że zamawiający uzna, iż rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych i różnica co najmniej 30% pomiędzy ww. wartościami nie wymaga wyjaśnienia.

Zatem wskazana w art. 90 ust. 3 ustawy p.z.p. sankcja *„zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień”* jest bezpośrednio związana jest z procedurą wezwania, unormowaną w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p., a wyznaczenie terminu, w przypadku kierowania do danego wykonawcy wezwania, jest obowiązkiem zamawiającego, nałożonym na niego na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p. Ustawodawca nie przewidział przy tym szczególnej regulacji dotyczącej wezwania w zakresie możliwości wyznaczenia terminu na dokonanie czynności oraz rygoru jego bezskutecznego upływu – w tym zakresie polegając na powszechnie obowiązujących przepisach prawa, tj. art. 110 k.c., który stanowi, że *„Jeżeli ustawa (...) czynność prawna oznacza termin nie określając sposobu jego obliczania, stosuje się przepisy poniższe”* oraz art. 116 § 1 k.c., który stanowi, że *„Jeżeli skutki czynności prawnej mają powstać w oznaczonym terminie, stosuje się odpowiednio przepisy o warunku zawieszającym.”*, co należy powiązać z art. 89 k.c. stanowiącym, iż *„Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej można uzależnić od zdarzenia przyszłego i niepewnego (warunek).”*, a także art. 90 k.c., który stanowi, że *„Ziszczenie się warunku nie ma mocy wstecznej, chyba że inaczej zastrzeżono.”* Powyższe

oznacza, że zastrzeżenie terminu na złożenie wyjaśnień odnosi co do zasady ten skutek, że dokonanie czynności po terminie nie wywołuje skutków jakie ustawa lub umowa wiąże z jej dokonaniem – tak więc czynność po terminie uznawana jest za niedokonaną. Skoro zatem zamawiający może – w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy prawa – wyznaczyć termin na złożenie przez wykonawcę wyjaśnień, to naturalną konsekwencją przekroczenia tego terminu jest uznanie tych wyjaśnień za niebyłe. Poza przypadkami określonymi przez czynność prawną (tu: SIWZ) oraz ustawę, nie jest możliwe uchylenie się od powyższego skutku, stąd też - na zasadzie wyjątku, Ustawodawca często gwarantuje stronom rozmaitych postępowań dostęp do instrumentu jakim jest przywrócenie terminu. Instrumentu takiego ustawa p.z.p. jednakże nie zawiera.

Mając powyższe na względzie, w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego oraz art. 90 ust. 3 p.z.p., stwierdzenie przez zamawiającego faktu niezłożenia wyjaśnień może być w pierwszej kolejności konsekwencją stwierdzenia niezłożenia takich wyjaśnień w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, zaś w drugiej kolejności konsekwencją złożenia co prawda „wyjaśnień” w terminie, jednak takich, które wyjaśnieniami w sensie materialnym w rzeczywistości nie są – czy z uwagi na nieadekwatną treść, błędny zakres, ich ogólną niezgodność z przedmiotem, który ma być wyjaśniony (nieprzydatność) lub wręcz brak

związku z celem, któremu ma służyć, tj. ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską. Zarówno w pierwszym, jak i drugim przypadku niezbędnym dla ustalenia właściwego złożenia wyjaśnień jest odniesienie się do terminu, w jakim wyjaśnienia te miały zostać złożone jeśli zamawiający taki termin zastrzegł. (vide wyrok KIO z 10.10.2014, KIO 2003/14)

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wobec braku zaskarżenia samej czynności zamawiającego jaką było wezwanie powiązane z wyznaczeniem terminu, termin określony w wezwaniu został zastrzeżony w sposób skuteczny. Należy przy tym, mając na uwadze okoliczności faktyczne podniesione przez odwołującego, wyraźnie podkreślić, że nie podważał on skuteczności zastrzeżenia terminu i nie objął tej okoliczności zarzutami odwołania. Powyższe należy uwzględnić, mając na uwadze termin zawity wynikający z art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p. na podważanie samej czynności i treści wezwania do złożenia wyjaśnień, który skutecznie upłynął 12 października 2017 r., co oznacza, że nawet gdyby takie zarzuty odwołujący sformułował, nie mogłyby one odnieść skutku w niniejszym postępowaniu. Co jednak bardziej istotne brak kwestionowania, czy możliwości zakwestionowania, skuteczności zastrzeżenia terminu, w tym uprawnienia zamawiającego do jego zastrzeżenia w godzinach (a więc w jednostkach czasu mniejszych niż dzień, który jest najmniejszą jednostką czasu w jakiej termin można zastrzec zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującymi – art. 110 i nast. k.c.), pozbawił odwołującego możliwości powoływania się na tę okoliczność w związku z postawionymi zarzutami.

19

Aby skutecznie zakwestionować odrzucenie oferty w wyniku niezłożenia wyjaśnień, wykonawca musi w sposób skuteczny wykazać, mając na uwadze art. 190 ust. 1 p.z.p., złożenie wyjaśnień w terminie – co jest okolicznością faktyczną – przy czym: □

jeśli zamawiający zastrzegł w SIWZ, na zasadzie art. 353 ¹ Kodeksu cywilnego, uprawnienie do bardziej precyzyjnego określenia terminu niż wynikające z art. 111 k.c. – np. w godzinach, a nawet minutach czy sekundach – wówczas kwestią sporną może być czy rzeczywiście przedmiot postępowania uzasadnia wyznaczanie terminu w sposób zaproponowany przez zamawiającego, co powinno być ewentualnie kwestionowane na etapie opublikowania SIWZ,

- w braku powyższego – wykonawca może twierdzić, po otrzymaniu wezwania zamawiającego, że termin przez niego wyznaczony, np. w dniach, godzinach i minutach, został wyznaczony bezprawnie – w tym jednak wypadku środek ochrony prawnej powinien zostać wniesiony po otrzymaniu wezwania z poszanowaniem terminów ustawowych na podnoszenie zarzutu co do czynności i treści wezwania – ta bowiem czynność zamawiającego jest kwestionowana przez wykonawcę.

Podkreślenia wymaga, że w niniejszej sprawie odwołujący zarzucił zamawiającemu, że odrzucenie jego oferty odbyło się z naruszeniem prawa, przy czym nie zakwestionował ani skuteczności zastrzeżenia terminu w godzinach, ani sankcji ustawowej (uznanie, wobec bezskutecznego upływu terminu, że wyjaśnienia nie zostały złożone). Ostatecznie, odwołujący nie kwestionował również faktu, że wyznaczonemu terminowi uchybił – niesporne między stronami było bowiem, że wyjaśnienia zostały przez odwołującego złożone po godzinie wyznaczonej przez zamawiającego.

W takim stanie faktycznym i prawnym, Krajowa Izba Odwoławcza, mając na względzie art. 192 ust. 7 p.z.p., nie była władna orzekać co do skuteczności zastrzeżenia terminu nie tylko w dniach, ale i w godzinach – zarzut taki, nawet gdyby został podniesiony, byłby zarzutem spóźnionym – zawity termin na zaskarżenie tej czynności zamawiającego, obejmującej również skuteczność zastrzeżenia terminu wyznaczonego na złożenie wyjaśnień upłynął, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p., 12 października 2017 r. Skoro zatem możliwość wyznaczenia terminu w taki sposób wykonawca mógłby kwestionować wnosząc odwołanie po otrzymaniu wezwania zawierającego termin ustalony w sposób inny niż wynikający z SIWZ, a w braku regulacji – przepisów powszechnie obowiązujących, Izba orzekając w niniejszej sprawie musiała przyjąć, że termin ten zastrzeżono skutecznie.

Poza sporem była okoliczność kiedy zamawiający otrzymał wyjaśnienia w zakresie ceny oferty od odwołującego MGGP S.A. – obie strony wskazały zgodnie, że doręczenie na adres poczty elektronicznej zamawiającego (wskazany w wezwaniu do złożenia wyjaśnień) odbyło się 10 października 2017 r. o godzinie 10:09 i ponownie o 10:13, znalazło to

20

potwierdzenie w raporcie z weryfikacji godziny i wydrukach z poczty elektronicznej. Wyjaśnienia w formie pisemnej wysłane 10 października 2017 r. wpłynęły do zamawiającego 11 października 2017 r.

Złożenie wyjaśnień z uchybieniem terminu wyznaczonego przez zamawiającego jest tożsame w skutkach z ich brakiem i stanowi odrębną przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 p.z.p. oraz art. 14 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 110 w zw. z art. 116 § 1 w zw. z art. 89 i art. 90 k.c.

Nie mogły zatem odnieść zamierzonego skutku twierdzenia odwołującego MGGP S.A., że odrzucenie oferty przez zamawiającego jako oferty obarczonej rażąco niską ceną, pomimo złożenia przez odwołującego wyjaśnień i dowodów co do ceny, oraz odstąpienie od oceny złożonych wyjaśnień i dowodów ze względu na kilkuminutowe opóźnienie w doręczeniu dokumentów jest działaniem naruszającym przepisy prawa.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że dalsze twierdzenia odwołującego pozostawały bez żadnego wpływu na *meritum* niniejszej sprawy – skoro bowiem odwołujący nie zakwestionował ani skuteczności zastrzeżenia terminu, ani rygoru uznania przez zamawiającego wyjaśnień, które wpłynęły po terminie za niezłożone (co zamawiający niewątpliwie ma prawo przyjąć – wynika to nie tylko z ustawy, ale z samej istoty zastrzegania terminów na czynności jako takiej w systemie prawa polskiego), nie twierdząc przy tym, że terminu dochował, to musiał mieć świadomość, że podnoszone przez niego zarzuty nie będą mogły stanowić, w świetle art. 192 ust. 2 p.z.p., podstawy do wydania korzystnego dla niego orzeczenia.

Pobocznie godzi się wskazać, że stanowisko odwołującego oraz przywoływana przez niego interpretacja przepisów prawa, z powołaniem na tezy orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczyła stanów faktycznych w których *meritum* sporu zamykało się w kwestii ustaleń faktycznych – tj. konkretnego momentu złożenia wyjaśnień, gdzie jedna ze stron twierdziła, że termin został dochowany, zaś druga kwestionowała to stanowisko. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie wystąpiła, ponieważ fakt przekroczenia terminu był niesporny i znalazł potwierdzenie również w materiale dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy (art. 190 ust. 5 p.z.p.).

Ponadto warto nadmienić, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień nie tylko odwołującego. We wszystkich wysłanych wezwaniach określono ten sam termin (i tą samą godzinę), a wykonawcy wyznaczonego terminu dochowali. Jedynie odwołujący terminowi uchybił. Przyjęcie jako prawidłowego działania odwołującego, wbrew ustawie, godziłoby również w naczelną zasadę zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 p.z.p.

W konsekwencji uznania, że zamawiający w sposób zgodny z prawem, odrzucił ofertę odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., nie

21

potwierdził się również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 p.z.p., który odwołujący sformułował jako niedopełnienie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami p.z.p., polegające na wybraniu jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Górnictwo Biuro Projektów PANGAZ Sp. z o.o. w sytuacji gdy za ofertę najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta odwołującego.

II. Odwołanie sygn. akt: **KIO 2531/17**

Izba, w oparciu o obszerne uzasadnienie zarzutów odwołania oraz replikę zamawiającego, doprecyzowane w toku rozprawy, uznała że zarzuty odwołania prowadzą problematykę naruszenia art. 91 ust. 1 p.z.p. jako czynności niezgodnej oceny ofert w kryterium jakości (próbka ofertowa) do dwóch osi sporu:

1) przyznanie 5 punktów w kryterium wykonawcy Górnictwo Biuro Projektów „PANGAZ”

Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta ta, w ocenie odwołującego w kryterium powinna otrzymać nie więcej niż 3 punktów, przy czym zarzut dotyczył błędnej oceny przez zamawiającego próbki w zakresie:

- a) jej specyfikacji materiałowej,
- b) kompletności rysunku 3D;

2) przyznanie 0 punktów w kryterium odwołującemu OTS-IP Sp. z o.o. i EPC

CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta odwołującego, w jego opinii, w kryterium powinna otrzymać 5 punktów.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 p.z.p.: "Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia." Aby wyłożyć treść tego przepisu, należy odwołać się do podstawowych cech, jakie muszą spełniać kryteria - muszą być one związane z przedmiotem zamówienia (art. 91 ust. 2c p.z.p.), jednoznaczne i zrozumiałe (art. 91 ust. 2d p.z.p.), muszą mieć charakter przedmiotowy, nie zaś podmiotowy (art. 91 ust. 3 p.z.p.) - por. opinia UZP „Kryteria oceny ofert a warunki udziału w postępowaniu w kontekście wymagania przez zamawiającego od wykonawców określonego doświadczenia” oraz zapewniać zgodność oceny z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Z powyższych cech wyprowadzić należy bodaj najważniejszą, logicznie z nich wypływającą - obiektywizm. Kryteria bowiem muszą służyć ocenie dokonywanej wedle ustalonego, zakomunikowanego uczestnikom postępowania wzorca i zapewniać obiektywny miernik analizowanej cechy oferowanego przedmiotu lub usługi.

22

Powyższe rozważania są o tyle istotne, że zasady formułowania kryteriów należy odnosić również, *mutatis mutandis*, do ich praktycznego zastosowania. W szczególności dokonując, w toku odtworzenia modelowego procesu zastosowania oceny danego kryterium w świetle zapisów SIWZ, wykładni zapisów SIWZ regulujących ocenę ofert w pozacenowych kryteriach, powyższe zasady mają istotne, wręcz fundamentalne znaczenie, dla oceny okoliczności, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów w świetle art. 14 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 65 § 1 k.c., stosowanego w powiązaniu z art. 65 § 2 k.c. w ramach tzw. wykładni kombinowanej oświadczeń woli w przypadku, gdy wykładnia językowa nie prowadzi do jednoznacznych rezultatów lub z innych przyczyn należy przypuszczać, że literalne brzmienie zapisu nie oddaje rzeczywistej woli stron (lub jego twórcy). Przy tym fakt, że SIWZ stanowi oświadczenie woli zamawiającego, i jako taka podlega wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 k.c. nie budzi w praktyce żadnych wątpliwości (vide wyrok KIO z 31.03.2014 r. sygn. akt KIO 503/14).

Podsumowując, przy analizie i rekonstrukcji modelowego postępowania na potrzeby badania zgodności z prawem konkretnego postępowania, w ramach oceny ofert należy mieć na uwadze, że w toku wykładni podstaw tej oceny konieczne jest zachowanie podstawowych zasad konstrukcji kryteriów i zmierzać do ich interpretacji w zgodzie z prawem krajowym i unijnym. Przyjęcie innego modelu interpretacyjnego obarczone byłoby wadą przyjęcia *a priori*, że zamawiający, dokonując czynności, nie chciał zachować się zgodnie z prawem. Założenie takie należy zatem z góry odrzucić jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz kryterium minimum staranności zachowywanej w profesjonalnym obrocie.

Przenosząc powyższe rozważania na stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego Izba wskazuje jak niżej.

1) Zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 p.z.p. jako czynności niezgodnej oceny ofert w kryterium jakości (próbka ofertowa) poprzez przyznanie 5 punktów w kryterium wykonawcy Górnictwo Biuro Projektów „PANGAZ” Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta ta, w ocenie odwołującego w kryterium powinna otrzymać nie więcej niż 3 punktów.

a) Błędna ocena przez zamawiającego próbki w zakresie jej specyfikacji materiałowej:

Na wstępie należy zauważyć, iż rozpoznawany stan sprawy uległ zmianie w stosunku co do zakresu zarzutów podniesionych w odwołaniu, w związku z oświadczeniem pełnomocnika odwołującego, złożonym na rozprawie, w przedmiocie cofnięcia zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1. p.z.p. poprzez dokonanie oceny oferty firmy Górnictwo Biuro

23

w sytuacji, gdy oferta Pangaz w tym kryterium powinna otrzymać nie więcej niż 3 pkt, w zakresie następujących błędów specyfikacji materiałowej:

1. błąd nr 5, pozycja specyfikacji 5, opis błędu: brak podania wielkości średnicy orurowania (DN), podstawa oceny SIWZ pkt XIX.3.2.3.2.1,
2. błąd nr 29, opis błędu: brak punktu pomiaru ciśnienia na rurze upustowej DN150, manometr jest elementem armatury pomiarowej na rurociągu DN150, podstawa oceny SIWZ pkt XIX.3.2.3.2.1,
3. błąd nr 30, opis błędu: brak punktu pomiaru ciśnienia na rurze upustowej DN200, manometr jest elementem armatury pomiarowej na rurociągu DN200, podstawa oceny SIWZ pkt XIX.3.2.3.2.1,

wobec powyższego, zgodnie z art. 187 ust 8 p.z.p., postępowanie wywołane odwołaniem w cofniętym zakresie podlegało umorzeniu.

Nie było pomiędzy stronami sporu w zakresie błędów specyfikacji materiałowej oznaczonych, przez odwołującego OTS-IP Sp. z o.o. i EPC CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o. w tabeli odwołania, jako nr 1 - 4 w zakresie braku podanej wielkości orurowania co do pozycji 1 - 4 specyfikacji próbki wykonawcy Górnice Biuro Projektów „PANGAZ” Sp. z o.o. Zamawiający przyznał, iż uwagi w tych pozycjach są zasadne, co jednak nie ma wpływu na prawidłowe przyznanie próbie wykonawcy 5 punktów. Izba pominęła w tym zakresie stanowisko przystępującego, jako niezgodne ze stanowiskiem strony do której przystąpił.

Izba stwierdziła, że zgodnie z rozdz. XIX pkt 1.2) ppkt 3.3.5 SIWZ ilość punktów jaką zamawiający może przyznać w kryterium jakości (próbka projektowa) wynosi 5 pkt, gdy „rysunek 3D zawiera wszystkie wymagania określone w pkt. 3.3.2, została sporządzona specyfikacja materiałowa, o której mowa w pkt. 3.2.4 i nie zawiera ona więcej niż 4 błędy w odniesieniu do wymagań określonych w pkt. 3.2.3.1 oraz 3.2.3.2”, zaś wobec braku potwierdzenia się pozostałych zarzutów błędnej oceny próbki przystępującego, przyznanie 5 punktów, przy 4 zasadnych błędach, było czynnością prawidłową.

Pozostałe zarzuty co do specyfikacji materiałowej próbki przystępującego można zaklasyfikować w cztery poniższe grupy.

Grupa 1 - brak podania wielkości orurowania w pozycjach 12, 13 i 14 specyfikacji materiałowej próbki, podstawa oceny odwołującego XIX pkt 3.2.3.2.1 SIWZ.

Pod pozycjami 12, 13 i 14 próbki znajdują się zwężki symetryczne (kształtki) typu b, wyrażone poprzez zapis w formie średnicy zewnętrznej Dz.

24

Odwołujący formułując zarzut wskazał na rozdział XIX pkt 3.2.3.2.1 SIWZ o treści: *wszystkie wielkości średnic orurowania (DN) użytych do zaprojektowania ZZU (wielkości średnic dla poszczególnych elementów powinny być zgodne z wymaganiami GAZ-SYSTEM S.A.)* Jednakże jest to wybiórcze cytowanie fragmentu specyfikacji dotyczącego oceny próbki, który należy czytać łącznie z innymi punktami rozdziału XIX SIWZ, dotyczącymi oceny w kryterium 2) J- „jakość (próbka projektowa)”:

- „pkt 2. Rysunek 3D ma zostać opracowany na bazie:

2.1. Warunków Technicznych nr 8A-2017 - pkt 2.9.1; 2.9.3;

2.2. Instrukcji GAZ-SYSTEM S.A. nr PE-DY-I02 (wydanie 3, wersja 1) – pkt 1.1.1; 1.3.2; schematu liniowego (strona 20); pkt 8.10; 8.11.1; 8.11.2.

W wyżej wymienionych dokumentach określona została treść merytoryczna oraz rozwiązania techniczne do zastosowania przy projektowaniu zespołu zaporowo – upustowego.”

- „ppkt 3.2.3: Na rysunku 3D należy zamieścić specyfikację materiałową w formie tabeli dla każdej armatury większej lub równej DN 100 oraz każdego orurowania większego lub równego DN 100. Wyszczegółowiona armatura oraz orurowanie o średnicach mniejszych niż DN 100 nie będą podlegały ocenie.”

- „pkt 3.2.3.1. „Specyfikacja armatury powinna rozróżniać i zawierać:

3.2.3.1.1.: wszystkie rodzaje armatury użytej do zaprojektowania ZZU - zawór kulowy, zasuw klinowa (nie należy projektować zasuw płytowych);”

- „pkt 3.2.3.2 Specyfikacja orurowania powinna rozróżniać i zawierać

3.2.3.2.1: wszystkie wielkości średnic orurowania (DN) użytych do zaprojektowania ZZU (wielkości średnic dla poszczególnych elementów powinny być zgodne z wymaganiami GAZ-SYSTEM S.A.).”

Zatem z treści SIWZ wynika jednoznacznie, że wykonawcy w specyfikacji materiałowej mieli zamieścić armaturę i orurowanie, zaś inne elementy zespołu zaporowo-upustowego nie podlegają ocenie zamawiającego.

Odwołujący podnosił, iż zwężki stanowią element orurowania, co nie znalazło odzwierciedlenia w dokumencie Warunków Technicznych nr 8A-2017, w którym - zgodnie z pkt 2 oceny kryterium 2) J – „jakość (próbka projektowa)” rozdziału XIX SIWZ - zamawiający określił treść merytoryczną i rozwiązania techniczne, które wykonawcy powinny zastosować przy projektowaniu próbki. W wymaganych projektowych dla części technologicznej w pkt 2.2, 2.3 oraz 2.5 zamawiający rozróżnił wymagania dla rur (pkt 2.2), kształtek (pkt 2.3) oraz armatury zaporowej i regulacyjnej (pkt 2.5), z treści tej wynika, że kształtki nie są więc ani elementem orurowania, ani elementem armatury, a wskazany przez odwołującego błąd nie znalazł potwierdzenia w zapisach specyfikacji. Warto również

25

podkreślić, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, dokonali rozróżnienia tożsamesgo z warunkami technicznymi w złożonych próbkach – odwołujący również wyraźnie rozróżnił orurowanie od innych elementów.

Zatem z treści SIWZ wynika, że zamawiający nie ocenił - w zakresie specyfikacji materiałowej próbki - innych elementów niż orurowanie i armatura, wobec czego wykonawcy nie byli zobowiązani do podania wielkości orurowania co do zwęzek, które są oddzielnym elementem, nie wchodzącym w skład elementów ocenianych, w konsekwencji powyższego zarzut braku podania wielkości orurowania w pozycjach 12, 13 i 14 specyfikacji materiałowej próbki przystępującego nie potwierdził się w konfrontacji z zebrany w sprawie materiałem dowodowym.

Grupa 2 - błędnie podana ilość elementów w pozycji 14 specyfikacji materiałowej próbki - na rysunku znajduje się 1 sztuka, a w specyfikacji ujęto 2 sztuki, podstawa oceny odwołującego XIX pkt 3.2.3 SIWZ.

Pod pozycją nr 14 specyfikacji materiałowej próbki przystępującego ujęto: zwężkę symetryczną typu b 219,1x7,1-168,3x5,6, w ilości 2 sztuk, zaś na rysunku znajduje się 1 sztuka zwężki. Zgodnie z wcześniejszymi rozważaniami dotyczącymi zarzutów z grupy 1, z treści SIWZ (w szczególności z podanego przez odwołującego pkt 3.2.3 dotyczącego oceny w kryterium 2) J – „jakość (próbka projektowa)” z rozdziału XIX SIWZ), wynika, że zamawiający nie ocenił zwęzek, które nie stanowią ani orurowania ani armatury, co skutkuje nieistotną wadą specyfikacji materiałowej, bez wpływu na ocenę próbki i nie może stanowić o obniżeniu punktacji przyznanej przystępującemu w świetle treści brzmienia zapisów dotyczących kryterium jakości, wobec czego zarzut ten nie potwierdził się.

Grupa 3 - brak wskazania odniesienia do normy PN-EN 12266-1 w zakresie klasy szczelności zamknięcia w pozycjach 15, 16, 17, 18 i 19 specyfikacji materiałowej próbki, podstawa oceny odwołującego XIX pkt 3.2.3.1.3 SIWZ.

Pod pozycjami 15 - 19 próbki przystępującego znajdują się:

Pozycja 15 – kurek kulowy podziemny DN700 PN 100 (...) klasa szczelności A (...)

Pozycja 16 – kurek kulowy podziemny DN200 ANSI 600 (...) klasa szczelności A (...)

Pozycja 17 - kurek kulowy podziemny DN150 ANSI 600 (...) klasa szczelności A (...)

Pozycja 18 – zasuwka klinowa DN200 ANSI600 (...) kl. szczel. C,

Pozycja 19 - zasuwka klinowa DN150 ANSI600 (...) kl. szczel. C;

26

Niewątpliwie z treści specyfikacji materiałowej próbki przystępującego wynika, że w pozycjach 15 - 19 została podana klasa szczelności.

Zarzut dotyczył braku wskazania odniesienia do normy PN-EN 12266-1 w zakresie klasy szczelności, zaś podstawą oceny odwołującego jest pkt 3.2.3.1.3 SIWZ – „specyfikacja armatury powinna rozróżniać i zawierać klasę szczelności zamknięcia wg normy PN-EN 12266-1 dla każdego rodzaju armatury zgodnie z wymaganiami GAZ-SYSTEM S.A.”

Zgodnie z literalnym brzmieniem tego zapisu SIWZ zamawiający w sposób jednoznaczny określił, że wymaga klasy szczelności armatury wg normy PN-EN 12266-1. Dodano też, że rzeczony klasy szczelności armatury mają być zgodne z wymaganiami GAZ-

SYSTEM S.A.

Próbka, zgodnie z wymaganiami określonymi we wcześniej przywołanym pkt 2 oceny kryterium 2) J – „jakość (próbka projektowa)” rozdziału XIX SIWZ, powinna zostać opracowana - pkt 2.2 oceny kryterium – na bazie „Instrukcji GAZ-SYSTEM S.A. nr PE-DY-102 (wydanie 3, wersja 1) - pkt 1.1.1; 1.3.2; schemat ZZU liniowego (strona 20); pkt. 8.10; 8.11.1; 8.11.2.” – zwaną dalej „Instrukcją GAZ-SYSTEM S.A.”

W pkt 1.3.2, ppkt 1.3.2.9 Instrukcji GAZ-SYSTEM S.A. stanowi „Zawory kulowe i zasuwki płytowe powinny zapewniać klasę szczelności zamknięcia typu A wg PN-EN 12266-1 oraz C dla zasuw klinowych wg PN-EN 12266-1.”

W konsekwencji powyższego przystępujący wypełnił wymóg określony przez zamawiającego i wskazał w specyfikacji materiałowej próbki wymóg klasy szczelności, w pozycjach 15 - 17 klasa szczelności A, zaś w pozycjach 18-19 klasa szczelności C, wg normy wskazanej przez zamawiającego PN-EN 12266-1, co skutkuje stwierdzeniem, że zarzut jest niezasadny.

Grupa 4 - podano normę określającą wymagania dla rur niezgodnie z wymaganiami Gaz-System. Podano PN-EN ISO 3183:2013-05, zamiast wymaganej PN EN 1594:2014 zgodnie z Warunkami Technicznymi nr 8A-2017 pkt. 2.9.1; 2.9.3, w pozycjach 1 - 14 specyfikacji materiałowej próbki, podstawa oceny odwołującego XIX pkt 3.2.3.2.2 SIWZ.

W pozycjach 1 - 5 specyfikacji materiałowej przystępujący wskazał normę PN-EN ISO 3183:2013-05, zaś w pozycjach 6 - 14 normę PN-EN 10253-3 PN-EN ISO 3183.

Przywołane przez odwołującego punkty 2.9.1; 2.9.3 Warunków Technicznych nr 8A-2017 nie określają bezpośrednich wymagań GAZ-SYSTEM S.A. dla rur: pkt 2.9.1 określa wymagania ogólne dla zespołów zaporowo-upustowych (ZZU) oraz zespołów zaporowo-upustowych przyłączeniowych (ZZUP), zaś pkt 2.9.3 określa wymagania w zakresie podłączenia mobilnego zespołu do przetłaczania gazu.

27

Ponadto próbka, jak wcześniej wskazano, powinna zostać opracowana na bazie „Instrukcji GAZ-SYSTEM S.A. nr PE-DY-102 (wydanie 3, wersja 1) - pkt 1.1.1; 1.3.2; schemat ZZU liniowego (strona 20); pkt. 8.10; 8.11.1; 8.11.2.” W pkt 1.1.1 Instrukcji wskazano, że „Rury stalowe przewodowe powinny spełniać wymagania normy PN-EN ISO 3183 (...)”. Warto zauważyć również, że pkt 8.2 normy PN-EN 1594 stanowi, iż „Rury powinny być zgodne z EN ISO 3183”.

Wobec powyższego normą właściwą dla rur jest wskazana przez przystępującego, a nie jak wskazał odwołujący norma PN-EN 1594:2014, co wskazuje, że zarzuty w tym zakresie są bezzasadne, ponadto stawiane zarzuty nie znalazły potwierdzenia w treści SIWZ. Należy również podkreślić, że odwołujący w swojej próbce projektowej również odwołał się do normy PN-EN ISO 3183 jako normy przedmiotowej dla rur.

Dodatkowo, co do pozycji 6 - 14 specyfikacji materiałowej, zgodnie z rozważaniami co do zarzutów z grupy nr 1 i 2, warto nadmienić, że zamawiający nie dokonywał oceny elementów, które zawarł tam przystępujący, gdyż nie stanowią one orurowania czy armatury, mieszczącej się w pkt 3.2.3 oceny kryterium 2) J – „jakość (próbka projektowa)” rozdziału XIX SIWZ.

b) Błędna oceny przez zamawiającego próbki w zakresie kompletności rysunku 3D;

Odwołujący zarzucił, że próbka - rysunek 3D przystępującego jest niezgodny ze schematem liniowego ZZU (zespołu zaporowo upustowego) wg Instrukcji nr PE-DY-102 str. 20, gdyż na rysunku wrysowano dodatkową armaturę na rurociągu DN150 pomiędzy poz. 17 a poz. 20 tj. wrysowano dodatkowe manometry na układzie przyłączeniowym, podczas gdy ww. schemat Zamawiającego nie przewiduje takich elementów.

Izba ustaliła, że rysunek 3D przystępującego posiada rzeczony manometry - między armaturą odcinającą DN150, a kołnierzem i kurkiem kulowym.

Zgodnie z treścią SIWZ, jak wcześniej wskazano, zamawiający wymagał, aby wykonawcy opracowali rysunek 3D na bazie warunków technicznych nr 8A-2017 – pkt 2.9.1; 2.9.3. i instrukcji GAZ-SYSTEM S.A.

W punkcie 2.9.3 warunków technicznych („Podłączenie mobilnego zespołu do przetłaczania gazu”) wskazano, iż „do obsługi mobilnej sprężarki zaprojektować należy

króćce przyłączeniowe DN 150 zakończone kołnierzem przyłączeniowym. Należy je zlokalizować po dwóch stronach zaworu odcinającego. Na króćcach należy zaprojektować: (...) c) manometr miejscowy między armaturą odcinającą DN 150, a kołnierzem i przeciwkołnierzem; ”.

Wobec powyższego z treści SIWZ wynika, że nie elementem dodatkowym jak podnosi odwołujący, a wymaganiem zamawiającego było zaprojektowanie manometrów

28

miejscowych na tym elemencie ZZU, a w konsekwencji zarzut błędnej oceny próbki w zakresie kompletności rysunku 3D nie zasługuje na uwzględnienie.

Ponadto zaznaczyć należy, że schemat ZZU liniowego (strona 20) nie odnosi się do przyłączenia mobilnego zespołu do przetłaczania, zaś wykonawca przygotowując rysunek 3D, chcąc uzyskać więcej niż 1 pkt w ramach kryterium oceny ofert „Jakość (próbka projektowa)” zobowiązany był wziąć pod uwagę wszystkie opracowania wymienione w Rozdziale XIX ust. 1 pkt 2) ppkt 2 SIWZ tj. ww. instrukcję i warunki techniczne.

2) Zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 p.z.p. jako czynności niezgodnej oceny ofert w kryterium jakość (próbka ofertowa) poprzez przyznanie 0 punktów w kryterium odwołującemu OTS-IP Sp. z o.o. i EPC CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta odwołującego, w jego opinii, w kryterium powinna otrzymać 5 punktów,

Nie było pomiędzy stronami spornym, co też znalazło odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania, że odwołujący jako próbkę przedstawił pięć arkuszy:

1 Zespół zaporowo upustowy (ZZU) liniowy DN 700.

1.1. Rurociąg DN 700. Rysunek izometryczny

1.2. Rurociąg DN 200. Rysunek izometryczny

1.3. Rurociąg DN 200-2. Rysunek izometryczny

1.4. Rurociąg DN 200-3. Rysunek izometryczny

wraz z tabelaryczną specyfikacją.

Zgodnie z treścią rozdziału XIX SIWZ, dotyczącymi oceny w kryterium 2) J- „jakość (próbka projektowa)” zamawiający w sposób następujący określił wymagania dla ocenianej próbki:

- „ppkt 1. Próbką jest: rysunek zespołu zaporowo upustowego (ZZU) liniowego DN 700 w formacie 3D opracowany przez Wykonawcę (zwany dalej rysunkiem 3D).”

- „pkt 2. Rysunek 3D ma zostać opracowany na bazie:

2.1. Warunków Technicznych nr 8A-2017 - pkt 2.9.1; 2.9.3;

2.2. Instrukcji GAZ-SYSTEM S.A. nr PE-DY-I02 (wydanie 3, wersja 1) – pkt 1.1.1; 1.3.2; schematu liniowego (strona 20); pkt 8.10; 8.11.1; 8.11.2.

W wyżej wymienionych dokumentach określona została treść merytoryczna oraz rozwiązania techniczne do zastosowania przy projektowaniu zespołu zaporowo – upustowego.”

- „pkt 3. Kwantyfikatory (kryteria) oceny jakości próbki wraz z informacją o ilości punktów, jaką może przyznać Zamawiający w danym kryterium Jakości.

29

3.1. Kompletność rysunku 3D - pod pojęciem kompletnego rysunku 3D Zamawiający rozumie rysunek izometryczny ZZU liniowego DN 700 wykonany w formacie 3D, który powinien zawierać wszystkie elementy wchodzące w skład ZZU liniowego DN 700 wraz z zachowaniem jego funkcjonalności określonej w dokumentach przetargowych, o których mowa w pkt. 2.1 oraz 2.2. powyżej. Nie jest wymagane rysowanie napędów na armaturze. Rysunek 3D należy przedstawić w min. dwóch różnych widokach tak aby widoczne były wszystkie elementy wchodzące w jego skład.

3.2. Dodatkowo rysunek 3D należy wykonać zgodnie z poniższymi wymaganiami.

3.2.1. Na rysunku 3D należy zaznaczyć w wymiarach nominalnych (DN) średnice każdej wielkości orurowania o wielkości większej lub równej DN 50. Wielkości średnic na poszczególnych elementach ZZU powinny być zgodne z wymaganiami GAZ-SYSTEM S.A. określonymi w dokumentach przetargowych, o których mowa w pkt. 2.1 oraz 2.2 powyżej.

3.2.2. Na rysunku 3D należy zamieścić metrykę rysunku.

3.2.3. Na rysunku 3D należy zamieścić specyfikację materiałową w formie tabeli dla każdej armatury większej lub równej DN 100 oraz każdego orurowania większego lub równego DN 100. Wyszczegółowana armatura oraz orurowanie o średnicach mniejszych niż DN 100 nie będą podlegały ocenie.

(...)

3.2.4. Na rysunku 3D nie należy rysować układu przedstawionego linią kropkową - zgodnie z uwagą nr 1 do schematu liniowego ZZU przedstawionego w instrukcji PE-DY-102.

3.3. Ilość punktów, jaką może przyznać Zamawiający w ww. kryterium Jakości

3.3.1. 0 pkt - brak rysunku 3D lub rysunek 3D nie zawiera wszystkich elementów określonych na schemacie liniowym ZZU w instrukcji PE-DY-102 (strona 20 – z zastrzeżeniem pkt. 3.2.4 powyżej i/lub na rysunku 3D nie oznaczono co najmniej 3 wielkości średnic orurowania zgodnie z pkt. 3.2.1 powyżej.

3.3.2. 1 pkt - rysunek 3D zawiera wszystkie wymagania określone w pkt. 3.3.1, ale nie zawiera rozwiązań funkcjonalnych związanych z możliwością podłączenia mobilnego zespołu do przetwarzania gazu wskazanych w WT 8A-2017,

3.3.3. 2 pkt - rysunek 3D zawiera wszystkie wymagania określone w pkt. 3.3.2, ale nie została sporządzona specyfikacja materiałowa, o której mowa w pkt. 3.2.4.

3 pkt - 3.3.4. rysunek 3D zawiera wszystkie wymagania określone w pkt. 3.3.2, została sporządzona specyfikacja materiałowa, o której mowa w pkt. 3.2.4, ale zawiera ona więcej niż 4 błędy w odniesieniu do wymagań określonych w pkt. 3.2.4.1 oraz 3.2.4.2.

3.3.5. 5 pkt - rysunek 3D zawiera wszystkie wymagania określone w pkt. 3.3.2, została sporządzona specyfikacja materiałowa, o której mowa w pkt. 3.2.4 i nie zawiera ona więcej niż 4 błędy w odniesieniu do wymagań określonych w pkt. 3.2.4.1 oraz 3.2.4.2.”

30

„Uwaga I:

Wymagania formalne dla Próbk: 1. Rysunek 3D - w formie papierowej, w formacie A3 lub większym.”

„Uwaga II: Ocena ofert w kryterium „Jakość” będzie dokonywana wg następujących zasad:

1. Zamawiający przyzna badanej ofercie, w kryterium Jakość, ilość punktów, zgodnie z zasadami określonymi powyżej.(...)”

Odwołujący podniósł, iż zamawiający błędnie ocenił jego ofertę, przyznając mu 0 punktów w kryterium jakości. Podniesiono, iż w treści SIWZ zamawiający zastosował „szereg zamiennie występujących nieprecyzyjnych i sprzecznych ze sobą określeń dotyczących próbki projektowej: str. 24 pkt 1 Próbka jest: rysunek zespołu zaporowo upustowego (ZZU) liniowego DN 700 w formacie 3D opracowany przez Wykonawcę (zwany dalej rysunkiem 3D), str. 24 pkt 3.3 Kompletność rysunku 3D - pod pojęciem kompletnego rysunku 3D Zamawiający rozumie rysunek izometryczny ZZU liniowego DN 700 wykonany w formacie 3D...., Odpowiedź na pytanie nr 13 Pełen rysunek w 3D zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.”

Twierdzenie odwołującego jest nieuprawnione i nie znajduje potwierdzenia już w literalnym brzmieniu treści SIWZ, gdzie zgodnie z powyżej zacytowanymi fragmentami specyfikacji, jednoznacznie określono czym jest próbka – rysunkiem 3D, a *contrario* nie spełniają tej definicji, zgodnie z przytoczonymi fragmentami SIWZ rysunki izometryczne przedstawione przez odwołującego.

Dodatkowo odwołujący pominął, iż zamawiający wprost wskazał, że nie dopuszcza zwykłych rysunków izometrycznych, takich jak złożone przez odwołującego, w ramach warunków wskazanych dla próbki – zamawiający dokonał sprecyzowania treści SIWZ w tym zakresie, wiążącego zamawiającego i wykonawców. Zamawiający przekazał wykonawcom wyjaśnienie treści specyfikacji poprzez odpowiedź na następujące pytanie:

„Pytanie nr 13.

Prosimy o wyjaśnienie pojęcia „rysunek izometryczny w formacie 3D” - czy to ma być zwykły rysunek izometryczny, czy też pełen rysunek ZZU w 3D?

Odpowiedź. Pełen rysunek w 3D zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.”

Ponadto zamawiający w sposób prawidłowy przyznał odwołującemu 0 punktów w kryterium (powyżej zacytowany ppkt 3.3.1), po pierwsze jak wyżej wskazano z powodu

braku rysunku 3D – próbka nie spełniająca wymagań zamawiającego w ocenie Izby traktowana jest jak jej brak, po wtóre nawet, gdyby próbować przyjąć błędną koncepcję

31

odwołującego, to wypełniona została druga część oceny w kryterium dla 0 punktów tj. „i/lub na rysunku 3D nie oznaczono co najmniej 3 wielkości średnic orurowania zgodnie z pkt. 3.2.1 powyżej” – próbka odwołującego posiada odnośniki do rysunków izometrycznych – brak jest średnic bezpośrednio na rysunku. Argumentacja odwołującego w zakresie próby zachowania czytelności próbki, konieczność połączenia stron zawierających próbkę rysunkową z całością oferty czy sporządzenia próbki przy użyciu specjalistycznego programu, nie może uzasadniać braku spełnienia formatu próbki zgodnie z treścią specyfikacji. Ponadto pozostali wykonawcy, którzy złożyli ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożyli próbkę we właściwej formie rysunku 3D, nie zaś rysunków izometrycznych.

Działanie odwołującego, które sprowadzało się do przeniesienia na barki zamawiającego konieczności nie tylko interpretacji, ale w zasadzie całościowej rekonstrukcji dostarczonej przez wykonawcę w niekompletnych częściach próbki, jako działanie sprzeczne z SIWZ nie mogło odnieść skutku – a zatem zarzut, że hipotetycznie taka rekonstrukcja mogłaby zostać w jakiś sposób przeprowadzona nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zachowanie zamawiającego nie było sprzeczne z ustawą. Co więcej, działanie zamawiającego było z ustawą oraz zapisami SIWZ wprost zgodne – dokonanie, za wykonawcę, rekonstrukcji dostarczonej przez niego w niekompletnych częściach próbki na jego korzyść byłoby działaniem naruszającym naczelną zasadę zamówień publicznych jaką jest zasada konkurencyjności statuowana przez art. 7 ust. 1 p.z.p. W związku z tym, działanie, którego odwołujący oczekiwał od zamawiającego było by sprzeczne z prawem.

Izba w związku z powyższym stwierdziła, że podnoszony zarzut nie znalazł odzwierciedlenia w treści SIWZ, w szczególności w treści dotyczącej oceny w kryterium jakość – próbka projektowa, w związku z czym został oddalony.

Przedłożone przez odwołującego dowody okazały się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy, w szczególności w świetle wcześniej przywołanego zapisu SIWZ „Ocena ofert w kryterium „Jakość” będzie dokonywana wg następujących zasad: Zamawiający przyzna badanej ofercie, w kryterium Jakość, ilość punktów, zgodnie z zasadami określonymi powyżej.(...)” – str. 26 specyfikacji, więc wyłącznie na zasadach określonych w pkt 1 ppkt 2) dot. kryterium jakość w XIX rozdz. SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w obu odwołaniach powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie

32

została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. i oba odwołania zostały oddalone.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) zaliczając na poczet kosztów postępowania uiszczone przez odwołujących wpisy oraz nakazując odwołującym zwrot zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z przedłożonymi fakturami VAT, w kwocie 3600,00 zł w każdej ze spraw połączonych do wspólnego rozpoznania.

Przewodniczący:

.....

33