

WYROK
z dnia 27 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 maja 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **30 listopada 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa,**

przy udziale

wykonawcy **CENREX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy CENREX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej;**
- 2) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę**

CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa na rzecz wykonawcy CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zakup amunicji kal. 9 mm – nr postępowania 41/Cut/15/LW (zadanie nr 1)«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **21.02.2015 r.** pod nrem **2015/S 037-062917**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **05.05.2015 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty **wykonawcy CENTREX Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie **art. 180 ust. 1 Pzp** wniósł odwołanie od:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **wykonawcę CENTREX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zwanego dalej **wykonawcą CENTREX**, mimo że treść oferty **wykonawcy CENTREX** nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej SIWZ lub specyfikacją bez bliższego określenia SIWZ i podlegała odrzuceniu, czyli oferta **wykonawcy CENTREX** została wybrana z naruszeniem przepisów ustawy;
- 2) niezgodnej z przepisami ustawy zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez **wykonawcę CENTREX**, mimo, że:
 - a) treść oferty **wykonawcy CENTREX** nie odpowiadała treści specyfikacji, a oferowany przedmiot zamówienia był niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Załączniku nr 5 do SIWZ,
 - b) **wykonawca CENTREX** nie odwołał się od czynności odrzucenia jego oferty przez **zamawiającego**, a **zamawiający** po dokonaniu czynności unieważnienia wyboru oferty złożonej przez **odwołującego** jednocześnie nie unieważnił czynności odrzucenia oferty **wykonawcy CENTREX**;
- 3) niezgodnej z przepisami ustawy czynności przyjęcia od **wykonawcy CENTREX** w trybie **art. 87 ust. 1 Pzp** dokumentów i wyjaśnień odnoszących się do kwestii

3

zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia ze specyfikacją oraz zmierzających do dokonania zmian w treści złożonej oferty;

- 4) niezgodnej z przepisami ustawy czynności uwzględnienia zarzutów i wyjaśnień złożonych przez **wykonawcę CENTREX** w trybie **art. 181 ust. 1 Pzp** w sytuacji gdy instytucja przewidziana wyżej powołanym przepisem nie mogła być zastosowana z uwagi na fakt, że przetarg dotyczył wartości powyżej **134.000 EURO**, a **wykonawcy CENTREX** przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania od czynności **zamawiającego** polegającej na odrzuceniu oferty.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy CENTREX**, mimo, że oferta ta nie odpowiadała treści SIWZ, a oferowany przedmiot zamówienia był niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Załączniku nr 5 do SIWZ;
- 2) **art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp**, przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **wykonawcę CENTREX**, niezgodnej z treścią SIWZ i podlegającej odrzuceniu oraz wybranej z naruszeniem przepisów Pzp;
- 3) **art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp** przez umożliwienie **wykonawcy CENTREX** uzupełnienie dokumentacji i dokonanie zmian w treści oferty po upływie terminu składania ofert, w następstwie wezwania do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- 4) **art. 181 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez uwzględnienie zarzutów i wyjaśnień złożonych przez **wykonawcę CENTREX** w piśmie z **17 kwietnia 2015 r.**, dotyczących braku podstaw do odrzucenia jego oferty oraz dokonujących zmian w treści złożonej oferty.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **wykonawcę CENTREX**;
- 3) odrzucenie oferty złożonej przez **wykonawcę CENTREX** jako niezgodnej z treścią

SIWZ;

- 4) dokonanie ponownej oceny ofert;
- 5) wybór oferty **odwołującego** jako najkorzystniejszej;
- 6) zasądzenie od **zamawiającego** kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa prawnego, według norm przepisanych.

4

Argumentacja **odwołującego**

Opis przedmiotu zamówienia znajdował się w rozdziale III SIWZ i w zakresie zadania nr 1 obejmował nabój pistoletowy kal. 9x19 mm Parabellum z pociskiem całkowicie pokrytym płaszczem – w liczbie 4 079 000 sztuk, wykonany zgodnie ze „Specyfikacją Techniczną. Nabój pistoletowy kal. 9x19 mm Parabellum” stanowiącą załącznik nr 5 do SIWZ. W ww. Specyfikacji Technicznej w kryterium „Bezpieczeństwo użytkowania” **zamawiający** wskazał, że nabój pistoletowy kal. 9x19 mm Parabellum musi być bezpieczny w użytkowaniu, nie może powodować uszkodzeń broni sprawnej technicznie oraz że masa inicjująca zastosowana w spłonce nie może zawierać związków metali ciężkich (ołów, antymon, bar, rtęć). Ponadto w rozdziale VI pkt 4 SIWZ **zamawiający** wymagał, aby oprócz dokumentów i oświadczeń składanych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, wykonawcy złożyli:

- 1) oświadczenie o dostarczeniu dokumentu potwierdzającego przeprowadzenie oceny zgodności wyrobu (OiB) w trybie III wystawionego zgodnie z ustawą o systemie zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (w przypadku dostaw sukcesywnych oryginał deklaracji OiB dla każdej dostawy);
- 2) dokument potwierdzający spełnianie przez wyrób wymaganych parametrów technicznych wydany przez producenta lub uprawniony niezależny od wykonawcy podmiot;
- 3) Kartę charakterystyki wyrobu (dla każdego zadania oddzielnie);
- 4) Kartę katalogową wyrobu (dla każdego zadania oddzielnie).

W postępowaniu w zakresie zadania nr 1 oferty złożyło dwóch wykonawców:

odwołujący i wykonawca CENREX.

Oferta złożona przez **odwołującego** zawierała każdy z wyżej wymienionych dokumentów, z których bezspornie wynikało, że oferowany przedmiot zamówienia jest bezpieczny w użytkowaniu, a masa inicjująca zastosowana w spłonce nie zawiera związków metali ciężkich. Z kolei **wykonawca CENREX** złożył ofertę, załączając:

- 1) kartę informacyjną bezpieczeństwa produktu z 2007 roku wersja A, z której wynikało, że oferowane przez **wykonawcę CENREX** naboje zawierają substancje niebezpieczne w postaci ołowiu (str. 31-34);
- 2) kartę katalogową, z której wynikało, że spłonka stanowi mieszkankę, w której zawartość ołowiu nie przekracza 0,10% całkowitej wagi spłonki (str. 35-36);
- 3) oświadczenie **wykonawcy CENREX** o dostarczeniu wraz z zamówioną amunicją oryginału deklaracji OiB (str. 38);

5

- 4) oświadczenie **wykonawcy CENREX**, że oferowany przez niego wyrób FIOCCHI spełnia wymagania zamawiającego (str. 7).

Oferta **wykonawcy CENREX** nie zawierała dokumentu potwierdzającego spełnianie przez wyrób wymaganych parametrów technicznych wydany przez producenta lub uprawniony niezależny od wykonawcy podmiot (**wykonawca CENREX** złożył w tym zakresie swoje oświadczenie), jak również karty charakterystyki wyrobu wskazującej, że oferowany przedmiot zamówienia był zgodny z SIWZ w zakresie bezpieczeństwa użytkowania; z karty informacyjnej bezpieczeństwa produktu oraz karty katalogowej wynikało bowiem, że spłonka stworzona została z mieszanki zawierającej do 0,10% ołowiu.

Pismem z **14 kwietnia 2015 r.** **zamawiający** poinformował wykonawców, że w zakresie zadania nr 1 jako najkorzystniejsza została wybrana oferta **odwołującego**, jednocześnie wskazując, że odrzucono ofertę **wykonawcy CENREX** z uwagi na fakt, że **wykonawca CENREX** zaoferował amunicję niezgodną z opisem przedmiotu zamówienia (masa inicjująca

zastosowana w spłonce zawierała do 0,10% ołowiu).

Pismem z **17 kwietnia 2015 r.** **wykonawca CENREX** poinformował **zamawiającego**, że ten naruszył przepisy ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania **wykonawcy CENREX** do wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz bezprawne odrzucenie jego oferty mimo spełnienia wymagań **zamawiającego** i przedstawienia oferty najkorzystniejszej w ramach kryteriów oceny ofert. W uzasadnieniu powyższego **wykonawca CENREX** wyjaśnił, że informacja z karty katalogowej o zawartości ołowiu w spłonce nie oznacza, że w masie inicjującej zawarte są związki metali ciężkich. Śladowe ilości ołowiu mogą, ale nie muszą występować w spłonce i mogą pochodzić od drobnych domieszek metalicznego ołowiu w mosiężnej miseczce, co jest następstwem procesów technologicznych wytwarzania stopów wpływających na występowanie śladowych ilości innych metali w każdym stopie. **wykonawca CENREX** podkreślił, że amunicja produkowana seryjnie jako amunicja o spłonce bezołowiowej zawsze zawiera śladowe ilości ołowiu, co wynika z uwarunkowań produkcyjnych i dostępnych materiałów, powołując się w tym zakresie na informację uzyskaną z Wojskowego Instytutu Technicznego Uzbrojenia. Końcowo **wykonawca CENREX** wniósł o unieważnienie procedury wyboru ofert, uznanie jego oferty za spełniającą wymagania oraz dokonanie ponownej oceny ofert. **Wykonawca CENREX** nie złożył odwołania od czynności **zamawiającego** polegającej na odrzuceniu jego oferty.

Pismem z **27 kwietnia 2015 r.** **zamawiający** zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty dla zadania nr 1, przy czym pismo skierowane do **odwołującego** nie zawierało uzasadnienia dokonanej czynności. Z kolei w piśmie skierowanym do **drugiego wykonawcy**, **zamawiający** wyjaśnił, że powodem unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej było złożenie **20 kwietnia 2015 r.** przez **wykonawcę CENREX** pisma informującego o spełnianiu przez oferowany produkt wymagań **zamawiającego**.

6

Jednocześnie **zamawiający** na podstawie **art. 87 ust. 1 Pzp** wezwał **wykonawcę CENREX** do wyjaśnienia treści złożonej oferty, tj. rozbieżności pomiędzy kartą katalogową i kartą charakterystyki, z których wynikało, że masa inicjująca w spłonce zawiera metale ciężkie, w tym ołów, a oświadczeniem **wykonawcy CENREX** zawartym w formularzu ofertowym, że zamówienie będzie realizowane zgodnie z wszystkimi wymaganiami **zamawiającego** określonymi w SIWZ i jej załącznikach.

Zamawiający w powyższej korespondencji nie poinformował **wykonawców**, że unieważnia czynność odrzucenia oferty **wykonawcy CENREX**.

Pismem z **30 kwietnia 2015 r.** **wykonawca CENREX** złożył wyjaśnienia do treści złożonej oferty powielając argumentację zawartą w piśmie z 17 kwietnia 2015 r. oraz złożył **zamawiającemu** Kartę Informacyjną Wyrobu wydaną dla amunicji będącej przedmiotem oferty z **31 maja 2013 r.** i deklarację producenta z **17 kwietnia 2015 r.** o niestosowaniu przy produkcji spłonki metali ciężkich.

Pismem z **5 maja 2015 r.** skierowanym do wszystkich **wykonawców** **zamawiający** poinformował, że dla zadania 1 jako najkorzystniejszą wybrano ofertę **wykonawcy CENREX** oraz że żadna oferta nie została odrzucona.

Powyższe zawiadomienie zostało przesłane do **odwołującego** faksem **5 maja 2015 r.**

W ocenie **odwołującego** czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **wykonawcę CENREX** została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych.

Po pierwsze wskazać należy, że oferta złożona przez **wykonawcę CENREX** nie spełniała wymagań SIWZ, ponieważ nie zawierała części dokumentacji określonej w **rozdziale VI pkt 4 SIWZ**, a oferowany przez **wykonawcę CENREX** przedmiot zamówienia był niezgodny ze Specyfikacją Techniczną zawartą w załączniku nr 5 do SIWZ.

Wykonawca CENREX wraz z ofertą nie złożył: dokumentu potwierdzającego spełnianie przez wyrób wymaganych parametrów technicznych wydanego przez producenta lub uprawniony niezależny od wykonawcy podmiot oraz karty charakterystyki wyrobu. Z kolei ze złożonych przez niego dokumentów (karty katalogowej, karty informacyjnej bezpieczeństwa produktu z 2007) dotyczących właściwości oferowanego wyrobu wynikało, że spłonka naboju produkowanego przez firmę FIOCCHI zbudowana jest z mieszanki zawierającej ołów. Oznaczało to, że przedmiot zamówienia oferowany przez **wykonawcę CENREX** nie spełniał wymogów określonych przez **zamawiającego** w Specyfikacji Technicznej w zakresie

bezpieczeństwa użytkowania. W związku z tym **zamawiający** słusznie odrzucił ofertę tego **wykonawcy CENREX**. Zgodnie bowiem z **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** **zamawiający** odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W zaistniałej sytuacji **wykonawca CENREX** przysługiwało prawo wniesienia środków

7

odwoławczych do Krajowej Izby Odwoławczej od czynności odrzucenia jego oferty, z którego to prawa **wykonawca CENREX** nie skorzystał.

Wykonawca CENREX złożył jedynie pismo – wydaje się że w trybie **art. 181 ust. 1 Pzp** informujące **zamawiającego** o naruszeniu przepisów ustawy Pzp w związku z odrzuceniem oferty **wykonawcy CENREX** oraz odnoszące się do zawartości ołowiu w produkcie oferowanym przez **wykonawcę CENREX**. Pismo to *de facto* miało na celu poprawienie i uzupełnienie oferty złożonej przez **wykonawcę CENREX**, co na tym etapie postępowania było niedopuszczalne. Tym bardziej, że w świetle **art. 181 ust. 1 Pzp**, wykonawca może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować **zamawiającego** o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez **zamawiającego** lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, jeżeli na te działania nie przysługuje odwołanie na podstawie **art. 180 ust. 2 Pzp** oraz przetarg dotyczy wartość **poniżej 134.000 EURO**. Tymczasem **zamawiający**, na podstawie pisma z **17 kwietnia 2015 r.** uwzględnił wyjaśnienia **CENREX**, unieważnił czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **odwołującego** oraz wezwał **wykonawcę CENREX** do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

W tym miejscu należy podkreślić, że oferta **wykonawcy CENREX** formalnie nadal posiadała status odrzuconej, bowiem **zamawiający** nie unieważnił czynności odrzucenia oferty, a **wykonawca CENREX** w trybie i terminie określony ustawą Pzp nie wniósł odwołania od czynności odrzucenia oferty.

Zgodnie z **art. 87 ust. 1 Pzp**, w toku badania i oceny ofert **zamawiający** może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między **zamawiającym** a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W orzecznictwie podkreśla się, że **zamawiający** nie powinien brać pod uwagę wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę z własnej inicjatywy, a nie na żądanie **zamawiającego**, bowiem wyjaśnienia takie nie mają podstawy prawnej i zmierzają do poprawienia oferty przez wykonawcę (por. wyrok KIO z 6 marca 2009 r., **KIO/UZP 200/09**). Ponadto wyjaśnienie treści złożonej oferty nie może prowadzić do dokonania jakichkolwiek zmian w złożonej ofercie – nawet jeżeli zmiany te byłyby korzystne dla **zamawiającego** ani do uzupełnienia oferty o wymagane w SIWZ dokumenty, bowiem przepisy ustawy Pzp nie pozwalają wykonawcy po otwarciu ofert na jakąkolwiek ingerencję w treść złożonej oferty (wyrok KIO z 18 października 2012 r., **KIO 2146/12**). **Zamawiający** jest związany wymaganiami postawionymi wykonawcom w SIWZ i przy ocenie musi stosować te same kryteria wobec nich, co oznacza obowiązek posługiwania się tylko dokumentami i informacjami, które uzyskał od wykonawców w ofertach lub w inny zgodny z procedurą sposób (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. C.H. Beck Warszawa 2015).

8

W rozpoznawanym postępowaniu **zamawiający** w wyniku wyjaśnień treści oferty udzielonych przez **wykonawcę CENREX** z własnej inicjatywy, po unieważnieniu czynności wyboru oferty **odwołującego**, wezwał **wykonawcę CENREX** – w trybie **art. 87 ust. 1 Pzp** – do wyjaśnienia treści oferty złożonej w postępowaniu w zakresie rozbieżności dotyczących zawierania przez spółkę oferowanego naboju metali ciężkich, w tym ołowiu. Mimo, że stanowisko przedstawione w odpowiedzi przez **wykonawcę CENREX** dokonywało zmiany treści oferty złożonej przez **wykonawcę CENREX**, a załączona dokumentacja stanowiła uzupełnienie dokumentacji wymaganej przez SIWZ, **Zamawiający** uwzględnił je i na tej podstawie uznał, że przedmiot zamówienia oferowany przez **wykonawcę CENREX** spełnia wymagania określone w Specyfikacji Technicznej. Działanie to było niezgodne z przepisem **art. 87 ust. 1 Pzp**, mimo to **zamawiający** dokonał wyboru oferty **wykonawcy CENREX** jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreśla, że treść oferty złożonej przez **wykonawcę CENREX** była

niezgodna z treścią SIWZ oraz opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik do SIWZ. **Zamawiający** wymagał bowiem, by oferowany wyrób posiadał spłonkę nie zawierającą metali ciężkich, w tym ołowiu, podczas gdy z karty katalogowej wyrobu i karty informacyjnej bezpieczeństwa produktu wynikało, że spłonka zawiera ołów, przy czym jego ilość nie przekracza 0,10%. Bezsprzecznie więc naboje oferowane przez **wykonawcę CENREX** nie spełniały wymogów SIWZ dotyczących właściwości przedmiotu zamówienia w zakresie bezpieczeństwa użytkowania. **Zamawiający** w Specyfikacji Technicznej w sposób jednoznaczny i zrozumiały opisał, że masa inicjująca zawarta w spłonce nie może zawierać związków metali ciężkich. Tym samym nie dopuszczał w spłonce nawet śladowych ilości powyższych związków. **Wykonawca CENREX** nie kwestionował postanowień SIWZ w powyższym zakresie, jak również nie składał żadnych zapytań do treści SIWZ, co oznacza, że nie miał żadnych wątpliwości do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 5 do SIWZ. Mimo to do swojej oferty załączył dokumentację – nota bene niekompletną – z której bezsprzecznie wynikało, że wyrób oferowany przez **wykonawcę CENREX** nie spełnia wymagań określonych przez **zamawiającego** w Specyfikacji Technicznej. Zarówno karta informacyjna bezpieczeństwa produktu, jak i karta katalogowa wyrobu wskazywały na zawartość ołowiu w masie inicjującej zastosowanej w spłonce. W związku z tym, że **wykonawca CENREX** nie przedstawił wymaganego przez SIWZ dokumentu przez wyrób wymaganych technicznych potwierdzającego spełniania parametrów wystawionego przez producenta lub uprawniony podmiot, nie udowodnił, aby oferowane przez niego naboje nie zawierały ołowiu w spłonce. Należy podkreślić, że w sytuacji, gdy w karcie katalogowej zawarta jest informacja, że mieszanka zastosowana w spłonce zawiera ołów, bezprzedmiotowe są wyjaśnienia **wykonawcy CENREX** wskazujące, że śladowe ilości ołowiu mogą, ale nie muszą występować w spłonce i mogą pochodzić od drobnych

9

domieszek metalicznego ołowiu w mosiężnej miseczce, co jest następstwem procesu technologicznego wytwarzania stopów. Wobec jasnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, którego **wykonawca CENREX** nie kwestionował, informacja o występowaniu w spłonce ołowiu, nawet w stosunkowo niewielkich ilościach, dowodzi, że naboje firmy FIOCCHI nie spełniają wymogów bezpieczeństwa użytkowania określonych przez **zamawiającego**.

Nic nie stało na przeszkodzie, aby **wykonawca CENREX** w terminie składania ofert zwrócił się do **zamawiającego** z zapytaniem, czy zawartość ołowiu nie przekraczająca 0,10% całkowitej wagi spłonki jest dopuszczalna i będzie zgodna z opisem przedmiotu zamówienia. **Wykonawca** ten nie skorzystał z takiej możliwości, co więcej złożył niekompletną ofertę, której treść nie odpowiadała treści SIWZ. Powyższe obliowało **zamawiającego** do odrzucenia takiej oferty na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, co **zamawiający** uczynił, jednakże w wyniku unieważnienia czynności wyrobu najkorzystniejszej oferty **zamawiający** zmienił zdanie i dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty **wykonawcy CENREX**, której treść nie odpowiadała treści specyfikacji, czym naruszył ww. przepisy.

Co więcej **zamawiający** w wyniku wezwania **wykonawcy CENREX** do wyjaśnienia treści oferty, naruszył przepis **art. 89 ust. 1 Pzp**, umożliwiając **wykonawcy CENREX** uzupełnienie dokumentacji, która powinna stanowić integralną część oferty oraz wyjaśnień ingerujących w treść złożonej oferty. Do pisma z **30 kwietnia 2015 r.** **wykonawca CENREX** dołączył bowiem deklarację producenta, że przy produkcji masy spłonek „zetapi” nie używa w ogóle ołowiu, baru, antymonu, cynku, bizmutu ani ich pochodnych (nie wyjaśniając jednak skąd stwierdzenie w karcie katalogowej o zawartości ołowiu do 0,10%) oraz kartę informacyjną wyrobu z **31.05.2013 r.** **Odwolujący** podkreśla, że przepisy Pzp nie pozwalają wykonawcy po otwarciu ofert na jakąkolwiek ingerencję w treść złożonej oferty. Wszelkie wyjaśnienia czy poprawki mogą nastąpić jedynie na skutek działania **zamawiającego**, przy czym działanie to musi być zgodne z przepisami ustawy, co w rozpoznawanej sprawie nie miało miejsca. Właściwym trybem do uzupełniania dokumentacji, która nie została złożona w odpowiednim terminie, a była wymagana przez **zamawiającego** w SIWZ, jest **art. 26 ust. 3 Pzp**. Również złożenie wyjaśnień dotyczących ww. dokumentów lub oświadczeń powinno nastąpić na podstawie **art. 26 ust. 4 Pzp**.

Zamawiający pominął całkowicie powyższe regulacje, umożliwiając **wykonawcy CENREX** w trybie **art. 89 ust. 1 Pzp** dokonanie zmian w złożonej ofercie oraz złożenie

brakującej dokumentacji. Następnie **zamawiający** dokonał wyboru oferty **wykonawcy CENREX** jako najkorzystniejszej, mimo, że w piśmie z **30 kwietnia 2015 r.** stanowiącym odpowiedź na wezwania do wyjaśnienia treści oferty, **wykonawca CENREX** w żaden sposób nie wyjaśnił rozbieżności dotyczących zawartości ołowiu w spłonce naboju, a zatem treść

10

złożonej przez niego oferty nadal nie odpowiadała treści SIWZ i powinna podlegać odrzuceniu. Przepis **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** ma bowiem charakter obligatoryjny, co oznacza, że zaistnienie przesłanki w nim wymienionej, tj. niezgodności oferty z treścią SIWZ, musi skutkować odrzuceniem oferty.

Zgodność treści oferty z treścią SIWZ oznacza, że oferta musi odpowiadać wszystkim wymogom merytorycznym, m.in. zawierać wszystkie prawidłowe pod względem treści dokumenty, dokumentować fakt spełnienia merytorycznych warunków zawartych w SIWZ czy odnosić się do zawartego w SIWZ przedmiotu zamówienia. W sytuacji więc gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia jako niezgodna z treścią SIWZ powinna podlegać odrzuceniu. Mimo tej niezgodności **zamawiający** wybrał ofertę **wykonawcy CENREX**, naruszając swoim działaniem przepisy Pzp.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest dokonanie wyboru oferty oferującej wykonanie zamówienia stosownie do wymagań opisanych przez zamawiającego i najkorzystniejszej w przyjętych kryteriach oceny. Taką ofertą była oferta **odwołującego**, który przedstawił dokumentację bezspornie wskazującą, że masa inicjująca zastosowana w spłonce oferowanego naboju nie zawiera żadnych związków metali ciężkich.

Mając na uwadze powyższe odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 15.05.2015 r.** (art. **180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp**).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **18.05.2015 r.** (art. **185 ust. 1 in initio Pzp**).

21.05.2015 r. wykonawca CENREX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. **185 ust. 2 Pzp**).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu pierwszego i drugiego przez dokonanie wyboru oferty przystępującego podczas gdy oferta ta jako niespełniająca wymogów specyfikacji podlegała odrzuceniu.

11

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy CENREX**, mimo, że oferta ta nie odpowiadała treści SIWZ, a oferowany przedmiot zamówienia był niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Załączniku nr 5 do SIWZ i zarzut drugi naruszenia **art. 7**

ust. 3 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp, przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **wykonawcę CENREX**, niezgodnej z treścią SIWZ i podlegającej odrzuceniu oraz wybranej z naruszeniem przepisów Pzp – zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zamawiający wymagał w **sekcji III.2.1.II ust. 4 lit. c (str. 8/12) ogłoszenia** cyt. »Wykonawca musi złożyć [...] Dokumentu potwierdzającego spełnienie przez wyrób wymaganych parametrów technicznych wydanego przez producenta lub uprawniony niezależny od Wykonawcy podmiot« [pisownia oryginalna – KIO].

Wykonawca CENREX na str. 35 oferty przedstawił kartę katalogową przedmiotu podpisaną tylko przez samego siebie czyli tego **wykonawcę CENREX**. Zgodnie z wymaganiami ogłoszenia taki dokument musi być wydany przez producenta lub uprawniony, niezależny od wykonawcy podmiot.

Wobec braku wymaganego w ogłoszeniu przez zamawiającego dokumentu zamawiający nie może wybrać takiej oferty jako najkorzystniejszej. Jednak Izba stwierdza, że zamawiający nie wystąpił z wezwaniem do **wykonawcy CENREX** o złożenie dokumentu we wskazanym terminie na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp**, który brzmi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w

12

art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert«. Dlatego zamawiający powinien unieważnić swoją decyzję dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i zastosować się do **art. 26 ust. 3 Pzp**, a następnie – zależnie od wyniku uzupełnienia braków w ofertach – zamawiający powinien dokonać odrzucenia oferty albo stwierdziwszy, że wykonawca właściwie uzupełnił ofertę o wymagany dokument zamawiający powinien dopuścić tę ofertę (na równi z pozostałymi ofertami) do oceny ofert zgodnie z kryteriami postawionymi w ogłoszeniu i specyfikacji.

Również Izba zauważa, że dokument załączony na **str. 35 oferty** nie został w pełni przetłumaczony na język polski, gdyż dolne 3 wersy pozostały nie przetłumaczone, a więc wykonawca nie może się powoływać na całość dokumentu, jak to uczynił na rozprawie, że należy też brać pod uwagę zawarte w ostatnich trzech wersach stwierdzenia, bo zamawiający nie dopuścił możliwości składania oferty w innym języku, co jest uregulowane w **art. 9 ust. 3 Pzp**, który to przepis brzmi »W szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane«. Dlatego w całej rozciągłości obowiązuje przepis **art. 9 ust. 2 Pzp**, który to przepis brzmi »Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim«.

Ponadto Izba zauważa, że zamawiający ustanowił wymaganie w kółku drugim rubryka jedenasta załącznika nr 5 do SIWZ cyt. »Masa inicjująca zastosowana w spłonce nie może zawierać związków metali ciężkich (ołów, antymon, bar, rtęć)«. Z oferty **wykonawcy CENREX** wynika, że **masa może zawierać śladowe ilości ołowiu**. Izba stwierdza, że **zamawiający** wymagał, aby w oferowanym produkcie nie było związków metali ciężkich, a nie samych metali ciężkich. Zgodnie z powszechnym rozumieniem czysty pierwiastek nie jest związkiem tego pierwiastka, dlatego nie można się domagać uznania oferty za niezgodną ze specyfikacją, bo w ofercie nie ma mowy o związkach metalu ciężkiego, ale o występowaniu śladowych ilości samego pierwiastka – ołowiu.

13

Izba też musi stwierdzić, że zamówieniowe procedury przetargowe są mocno sformalizowane. Jednak formalizm ten wynika z przepisów prawa i nie może być stosowany tylko jako sztuka dla sztuki, ale musi służyć prawidłowemu wyborowi najkorzystniejszej oferty. Dlatego nie można postawić skutecznego zarzutu, że zamawiający nie unieważnił formalnie jakiejś czynności, a tylko faktycznie ją powtórzył i powiadomił o jej wyniku, czym naruszył przepisy ustawy.

Izba stwierdza, że postępowanie zamówieniowe kończy się unieważnieniem postępowania lub podpisaniem umowy, o czym **zamawiający** powinien ogłosić w odpowiednim organie (w BZP lub w Dzienniku Urzędowym UE). Do czasu zakończenia postępowania zamawiający może wykonywać wszystkie czynności, a także je powtarzać bez nadmiernego dbania o ogłaszanie podjęcia wszystkich działań czy unieważniania czynności.

Izba stwierdza, że w rozpoznawanym postępowaniu brak powiadomienia wykonawców o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty **wykonawcy CENREX** nie miał wpływu na wynik postępowania, dlatego **zamawiający** nie musiał powiadamiać wszystkich zainteresowanych o unieważnieniu odrzucenia oferty. **Zamawiający** powiadomił we właściwym terminie o dokonaniu wyboru oferty wcześniej uznanej za odrzuconą, a w domyśle później „przywróconą” do postępowania. Takie działanie **zamawiającego** nie stało w sprzeczności z żadnymi przepisami i dlatego zarzut **odwołującego** w tym zakresie nie może zostać uwzględniony.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp** – przez umożliwienie **wykonawcy CENREX** uzupełnienie dokumentacji i dokonanie zmian w treści oferty po upływie terminu składania ofert, w następstwie wezwania do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stoi na stanowisku, że przepis **art. 87 ust. 1 Pzp** zakazuje dokonywania jakiegokolwiek zmiany treści oferty z wyjątkiem zmian, które wynikają z **art. 87 ust. 1a i 2 Pzp** (przepisy **art. 87 ust. 1a i 2 Pzp** nie mają zastosowania w rozpoznawanym problemie) oraz **art. 26 ust. 3 Pzp**. Ponadto należy wziąć pod uwagę, że na ostateczną treść oferty też będą miały wpływ wyjaśnienia składane w trybie **art. 26 ust. 4 Pzp** (przepis **art. 26 ust. 4 Pzp** nie ma zastosowania w rozpoznawanym problemie) oraz **art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp**.

Przepis **art. 87 ust. 1 Pzp** brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«.

W związku z możliwością złożenia oświadczeń i dokumentów do oferty mimo upływu terminu składania ofert zamawiający wzywa do złożenia takich oświadczeń i dokumentów

14

gdy natknie się na braki w ofertach. Jednak, zgodnie z orzecznictwem, sam **wykonawca** może wnieść takie uzupełnienie oferty bez wezwania **zamawiającego** i **zamawiający** bez zbytniego formalizmu i wystosowania – zbędnego w takich okolicznościach – nowego wezwania może te oświadczenia i dokumenty brać pod uwagę w trakcie oceny spełnienia warunków w postępowaniu i badania ofert. Tak też się stało w rozpoznawanym postępowaniu i **wykonawca** złożył uzupełniające dokumenty po upływie terminu składania ofert i **zamawiający** wziął pod uwagę te dokumenty podczas oceny spełnienia warunków i badania ofert. Jednak samodzielne wniesienie przez **wykonawcę** dokumentów może narazić **wykonawcę** na późniejszą blokadę możliwości zastosowania **art. 26 ust. 3 Pzp** do danego zakresu braków w ofercie. Podobnie np. wyrok KIO z 13 września 2011 r., sygn. **akt KIO 1837/11, KIO 1841/11, KIO 1853/11, KIO 1854/11, KIO 1855/11 »Uzupełnienie** dokumentów bez wezwania zamawiającego, obciąża ryzykiem wykonawcę, który nie będzie mógł być ponownie wezwany do uzupełnienia w tym zakresie dokumentów, co naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców«.

Zdaniem Izby w nowym zakresie odkrytych braków oferty **zamawiający** będzie w dalszym ciągu zobowiązany do wezwania **wykonawcy CENREX** do uzupełnienia oferty. Takim zagadnieniem jest wykazany przez **odwołującego** brak w ofercie dokumentu potwierdzającego cechy zaoferowanego przedmiotu i wystawionego przez producenta lub uprawnioną, niezależną od **wykonawcy** podmiot, o czym była mowa wyżej. Dlatego **zamawiający** ma obowiązek zastosowania się do **art. 26 ust. 3 Pzp** i wezwać przystępującego do złożenia właściwego dokumentu wystawionego przez producenta lub

uprawniony, niezależny od wykonawcy podmiot i z dokumentu musi wynikać potwierdzenie osiągnięcia wymaganych cech przez oferowany przedmiot.

W związku z powyższym zdaniem Izby, zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp** nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 181 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** – przez uwzględnienie zarzutów i wyjaśnień złożonych przez **wykonawcę CENREX** w piśmie z **17 kwietnia 2015 r.**, dotyczących braku podstaw do odrzucenia jego oferty oraz dokonujących zmian w treści złożonej oferty – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, a strony również nie mają do tego stwierdzenia zastrzeżeń, że wartość postępowania przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp [wartość większa niż **690 000 euro – czyli wartość większa niż przewidziana w § 1 pkt 1 lit. a (134 000 euro), a nawet § 1 pkt 4 lit. a (414 000 euro)** rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi

15

Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 282, poz. 1735)]. Dlatego w rozpoznawanym postępowaniu wykonawcy mogą wnosić środki ochrony prawnej i nie dotyczą ich ograniczenia wynikające z art. 180 ust. 2 Pzp, który brzmi »Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego«.

Nie znaczy to jednak, że **wykonawcy** nie mogą się kontaktować z **zamawiającym** po upływie terminu składania ofert w inny sposób niż tylko przez wnoszenie środków ochrony prawnej. To zgodnie z **art. 36 ust. 1 pkt 7 Pzp** **zamawiający** przedstawia sposoby porozumiewania się z **nim** i informacje przedstawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zachowują swoją aktualność przez cały czas prowadzenia postępowania od wszczęcia procedury aż do unieważnienia postępowania albo zawarcia umowy i zamieszczenia o tym ogłoszenia w odpowiednim miejscu. Podobnie pozostałe informacje zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zachowują swoją moc przez cały czas trwania postępowania. **Art. 36 ust. 1 pkt 7 Pzp** brzmi »Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej [...] informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami«.

Również **zamawiający** nie jest ograniczony w swoim postępowaniu do wykonywania czynności spowodowanych tylko przez jakieś czynniki określone ścisłymi procedurami. Wprost przeciwnie – zamawiający za podstawę do swoich poczynąń może brać pod uwagę nieokreślone bliżej czynniki. Służy temu nawet obligatoryjność powoływania komisji do rozpatrywania zamówień, aby m.in. większa liczba osób mogła dysponować większą liczbą informacji i większymi zasobami wiedzy czy nawet po prostu ludzkiego doświadczenia.

Co najwyżej **wykonawca** zwracając się do zamawiającego w sposób nieprzewidziany w ustawie naraża się na zlekceważenie danego wystąpienia i na minięcie okresu przysługującego na wniesienie środków ochrony prawnej. Jednak za podjęcie takiego ryzyka nie są przewidziane żadne konsekwencje.

W rozpoznawanym przypadku **zamawiający** bez powoływania się na żaden przepis zasygnalizował **zamawiającemu**, że **zamawiający** może w postępowaniu popełnić błąd i zamawiający zmienił swoją decyzję, do czego **zamawiający** jest uprawniony aż do czasu zakończenia postępowania czyli do unieważnienia postępowania lub zawarcia umowy i zamieszczenia o tym fakcie ogłoszenia.

Wobec powyższego zdaniem Izby, zarzut naruszenia **art. 181 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

16

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10**

Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: