

Sygn. akt: KIO 1987/15
Sygn. akt: KIO 1998/15

WYROK
z dnia 24 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 września 2015 r. w Warszawie** odwołań
wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **11 września 2015 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J., Siedliska 6, 19-300 Elk** (sygn. akt: KIO 1987/15)
- B. w dniu **11 września 2015 r.** przez wykonawcę **M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS, ul. Wojska Polskiego 28C/2, Barczewo** (sygn. akt: KIO 1998/15)

w postępowaniu prowadzonym przez **SINEVIA Sp. z o.o., ul. Chałubińskiego 3a, 02-004 Warszawa** adres do doręczeń: **Kierownictwo Zespołu Budów, ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki**

przy udziale:

- A. wykonawcy **J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TRANS-Żwir J. K., ul. Suwalska 6A, Gajewo, 11- 500 Giżycko** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1987/15** oraz o sygn. akt: **KIO 1998/15** po stronie zamawiającego,

orzeka:

1A uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1987/15, nakazuje

1

Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 02.09.2015 r., nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego - Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego „MAM” J.J.M. M. Sp. J. W zakresie pozostałych zarzutów i żądań Odwołującego, odnoszących się do oferty Przystępującego – J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TRANS-Żwir J. K., Izba uznała je za niezasadne i podlegające oddaleniu;

1B. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1998/15, nakazuje unieważnienie czynności oferty Zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej z 02.09.2015 r., nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego - M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS. W zakresie pozostałych zarzutów i żądań odnoszących się do oferty Odwołującego, Odwołującego - Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego „MAM” J.J.M. M. Sp. J., Izba uznała je za niezasadne i podlegające oddaleniu.

2. kosztami postępowania obciąża SINEVIA Sp. z o.o., ul. Chałubińskiego 3a, 02-004 Warszawa adres do doręczeń: **Kierownictwo Zespołu Budów, ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J., Siedliska 6, 19-300 Elk** i **M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS, ul. Wojska Polskiego 28C/2, Barczewo** tytułem wpisu od odwołań,

- 2.2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS, ul. Wojska Polskiego 28C/2, Barczewo** stanowiącą nadmiarowo wpłacony wpis,
- 2.3. zasądza od **SINEVIA Sp. z o.o., ul. Chałubińskiego 3a, 02-004 Warszawa** adres do doręczeń: **Kierownictwo Zespołu Budów, ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki** kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy),
w tym:

2

- A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego „MAM” J.J.M. M. Sp. J., Siedliska 6, 19-300 Elk** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocników,
- B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS, ul. Wojska Polskiego 28C/2, Barczewo** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. 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

Sygn. akt: KIO 1987/15

Sygn. akt: KIO 1998/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Dostawa kamienia łamanego (kruszywo budowlane) i piasku wraz z rozładunkiem na przebudowę PST w Wierzbiniach k. Orzysza (zad. nr 34559)”*, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 132-242671 z 11.07.2015 r. przez SINEVIA Sp. z o.o., ul. Chałubińskiego 3a, 02-004 Warszawa adres do doręczeń: **Kierownictwo Zespołu Budów, ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór** zwana dalej: *„Zamawiającym”*.

W dniu 02.09.2015 r. (e-mailem) Zamawiający przesłał informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **TRANS-Żwir J. K.**, ul. Suwalska 6A, Gajewo, 11- 500 Giżycko, zwana dalej: *„TRANS-Żwir J. K.”* albo *„Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1987/15”*. Jednocześnie odrzucił m.in. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwaną dalej: *„Pzp”* oferty m.in. **Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego „MAM” J.J.M. M. Sp. J., Siedliska 6, 19-300 Elk** zwanego dalej: *„Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J.”* albo *„Odwołującym o sygn. akt: KIO 1987/15”* oraz **M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS, ul. Wojska Polskiego 28C/2, Barczewo** zwanego dalej: *„M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS”* albo *„Odwołującym o sygn. akt: KIO 1998/15”*. W każdym przypadku wskazując na niezgodność treści ofert z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: *„SIWZ”*. Stwierdził, że w pierwszym wypadku wyceniono kruszywo o uziarnieniu 90, potwierdzone deklaracją zgodności, a wymagane jest uziarnienie 100-0. W

drugim wypadku, stwierdził, że wyceniono kruszywo o uziarnieniu 80-20, potwierdzone deklaracją zgodności, a wymagane jest uziarnienie 100-0. Uznano, że ważna jest jedynie oferta wybrana. W dniu 09.09.2015 r. dokonano poprawy oczywistej omyłki w informacji z 02.09.2015 r. stwierdzając w pierwszym wypadku, że wyceniono kruszywo naturalne polodowcowe o przekruszeniu C 50/10, potwierdzone deklaracją zgodności, a wymagane jest przekruszenie 100/0. W drugim wypadku, stwierdzając, że wyceniono kruszywo

4

naturalne o przekruszeniu C 70/10, potwierdzone deklaracją zgodności, a wymagane jest przekruszenie 100/0. Dalej uznano, że ważna jest jedynie oferta wybrana.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1987/15 – Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J.:

W dniu 11.09.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego „MAM” J.J.M. M. Sp. J. wniosło odwołanie na czynność z 02.09.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 07.09.2015 r. (faxem). Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

A. Art. 87 ust. 1 Pzp, art. 14 Pzp w zw. z art. 56 oraz art. 65 § 1 i § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. - Kodeks Cywilny („KC”) poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny ofert a w konsekwencji odrzuceniu prawidłowej oferty Wykonawcy, która była ofertą najkorzystniejszą i wyborze oferty, która winna być odrzucona w związku z błędną interpretacją parametrów technicznych przez Zamawiającego, które miały wpływ na wybór oferty.

B. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności w ppostępowaniu,

C. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty firmy TRANS-Żwir J. K., w sytuacji, kiedy były ewidentne powody do dokonania takiej czynności.

D. Art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z faktem, że oferent TRANS-Żwir J. K., złożył nieprawdziwe informacje mające decydujący wpływ na wynik postępowania, a w związku z tym Zamawiający nie podjął czynności wykluczenia oferenta i odrzucenia jego oferty.

E. Art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z faktem, że oferent TRANS-Żwir J. K., nie wykazał posiadania uprawnień do określonej działalności - nie wykazał posiadania atestów i certyfikatów na posiadanie możliwości sprzedaży materiału wymaganego przez Zamawiającego w ppostępowaniu i w związku z tym Zamawiający nie podjął czynności wykluczenia tego oferenta i odrzucenia jego oferty.

F. Art. 91 ust. Pzp w zw. z art. 2 pkt 5) Pzp poprzez uznanie, że oferta Wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą. W związku z powyższym wnosimy o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie:

- a) Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Wykonawcy,
- b) Unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej w ppostępowaniu przez TRANS-Żwir J. K., jako oferty najkorzystniejszej,
- c) Dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Wykonawcy,
- d) Obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Wykonawcy, poprzez zasądzenie kwoty 22.200,00 PLN stanowiącej uzasadnione koszt Odwołujących się z tytułu

5

wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Argumentacja Odwołującego.

A) Zamawiający określił w SIWZ, że kruszywo 4/31,5 mm ma być w 100% przekruszone i spełniać normę PN-EN 13242. Kruszywo wycenione przez Wykonawcę o parametrze C70/10 spełnia warunki wzmiankowanej normy i jest w 100% przekruszone. Wyjaśnienie tego zagadnienia jest zawarte w normie. Kruszywo łamane z samej definicji jest to kruszywo uzyskane poprzez działanie mechaniczne z kruszywa naturalnego (otoczaki, głazy narzutowe itp. - dostępne na naszym terenie) lub litej skały (możliwe do uzyskania tylko w kamieniołomie). Kruszywo, przetworzone mechanicznie, norma określa jako 100% łamane lub przekruszone (o ziarnach powstałych w wyniku przekruszenia i łamania) Norma, określa 4 rodzaje ziaren występujących w takim kruszywie w zależności od wielkości powierzchni ziarna powstałej w wyniku łamania i przekruszenia. Norma przywołana przez

Zamawiającego do określenia przedmiotu zamówienia bierze pod uwagę tylko przekruszenia mechaniczne uzyskane w żwirowni, więc wynika z niej, że każde ziarno kruszywa łamanego jest łamane i przekruszone. Wynika stąd, że kruszywo jest w 100% łamane lub przekruszone, więc spełnia wymagania Zamawiającego. Norma określa:

t_c - ziarno całkowicie przekruszone lub łamane

c - ziarno przekruszone lub łamane

r - ziarno zaokrąglone

t_r - ziarno całkowicie zaokrąglone

Wg normy ziarno zaokrąglone to takie, którego więcej niż 90% powierzchni jest zaokrąglone (Przekruszenia naturalne ziarna w badaniach kruszywa są traktowane przez normę jako zaokrąglenia) Takie ziarno norma określa jako przekruszone i wlicza do bilansu kruszywa, jednak wyodrębniając: je dla potrzeb określenia parametrów kruszywa.

Kruszywo łamane o parametrze $C_{70/10}$ zawiera w swoim składzie od 70% do 100% kruszywa całkowicie przekruszonego lub łamanego i od 0% do 10% kruszywa zaokrąglonego.

Zamawiający w SIWZ nie podał parametru liczbowego przekruszenia kruszywa

wynikającego z normy ani wartości stopnia przekruszenia t_c , c , r , t_r , w związku z tym

kruszywo $C_{70/10}$ spełnia wymogi SIWZ bo jest w 100% przekruszone zgodnie z normą.

B) W związku z opisem j.w. Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty ze względu na parametr przekruszenia. Zamawiający w SIWZ nie zastrzegł rodzaju materiału (skały)

z której miało być wyprodukowane żądane kruszywo ani parametru liczbowego składu ziarn

o powierzchniach o różnym przekruszeniu. W związku z tym warunek 100% przekruszenia

kruszywa jest spełniony, bo każde ziarno kruszywa jest przekruszone, tylko w różnym

stopniu, ale tego Zamawiający nie określił. W związku z tym czynność Zamawiającego

polegająca na odrzuceniu ofert, w których nie występuje kruszywo $C_{100/0}$ jest bezpodstawna,

bo nigdzie w SIWZ Zamawiający nie zawarł tego parametru. Taki parametr kruszywa można

6

uzyskać jedynie w kamieniołomie krusząc litą skałę. Praktycznie na terenie Polski

(z wyjątkiem gór) kruszywo $C_{100/0}$ jest niemożliwe do uzyskania.

C) Oferta TRANS-Żwir J. K. jest niezgodna z SIWZ ponieważ nie spełnia warunku - Część

VI pkt. 12 SIWZ - gdyż Oferent nie dostarczył od niezależnego podmiotu uprawnionego do

kontroli jakości atestów, deklaracji zgodności ani certyfikatów potwierdzających, że

określone produkty (kruszywo) odpowiadają określonym normom. Ten oferent dostarczył

sprawozdanie badania (zał. nr 4) jednej próbki o wadze 40 kg (zał. nr 5) przez laboratorium

w Krakowie. Jest to tylko wynik badania jednej próbki dostarczonej do laboratorium prze

samego zainteresowanego. W gruncie rzeczy takie badanie może być wykonane dla

dowolnej firmy lub osoby prywatnej, która za to zapłaci. Wynik badania jednej próbki nie jest

ani atestem ani certyfikatem wymagany przez SIWZ. Nie wiadomo także

w jaki sposób próbka została pobrana i przygotowana, bo sam zlecający badanie to wykonał

(zał. nr 5).

D) Dokumentem dostarczonym przez TRANS-Żwir J. K. na potwierdzenie warunku SIWZ

(część VI pkt. 12) jest dokument (zał. nr 7) wystawiony przez samego oferenta

z wyszczególnieniem parametrów kruszywa, na podstawie, którego Zamawiający wybrał tę

ofertę. Jest to niezgodne z SIWZ (Część VI pkt. 12) bo oferent sam wystawił ten dokument,

a nie niezależny podmiot uprawniony do kontroli jakości. Jest kolejna wątpliwość,

a mianowicie, na jakiej podstawie Oferent TRANS-Żwir J. K. wystawił dokument podając

parametr przekruszenia kruszywa $C_{100/10}$ Wyniki badania tej jednej próbki nie potwierdzają

tego parametru. Norma określa, że kruszywo $C_{100/10}$ ma bezwzględny skład $C_{t_c} = 100\%$

(ziarno całkowicie przekruszone lub łamane) oraz $C_{t_r} = 0\%$ (ziarno całkowicie zaokrąglone)

W dostarczonym sprawozdaniu z badania próbki (zał. nr 6) czytamy, że

w zależności od frakcji $C_{t_c} = 94\%, 96\%, 96\%, 97\%$ - czyli nie spełnia normy oraz $C_{t_r} = 1\%$

(ziarno całkowicie zaokrąglone) dla frakcji 11,2/16 + 1% dla frakcji 22/4/31,5 - czyli nie

spełnia normy. W związku z powyższym dokument wystawiony przez TRANS-Żwir J. K.

świadczy nieprawdę i nie może być brany przez Zamawiającego pod uwagę - oferta powinna

zostać wykluczona. Logicznie rzecz biorąc kruszywo Ci owo możliwe jest do

wyprodukowania tylko w kamieniołomie, więc wyprodukowanie takiego kruszywa z kamieni

naturalnych jakie występują na badanym terenie jest niemożliwe.

E) TRANS-Żwir J. K., nie spełnił warunku SIWZ i nie wykazał posiadania atestów na

kruszywo do realizacji zamówienia, w związku z tym taka oferta powinna zostać odrzucona

przez Zamawiającego, który jednak nie wykonał takiej czynności.

F) Wybrana przez Zamawiającego oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą w oparciu o postawione kryterium w postępowaniu przetargowym.

7

Zamawiający w dniu 11.09.2015 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust 1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.09.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) TRANS-Żwir J. K. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zarzutu zawarte w odwołaniu stanowią nic innego jak pomówienia z próbą „przerzucenia” ciężaru dowodu na Wykonawcę (i Zamawiającego), ergo z klasycznym naruszeniem zasady z art. 6 KC. Skoro to Odwołujący podnosi konkretne fakty i zarzuty, ciężar ich udowodnienia spoczywa na nim, jako osobie prawnej, która z tych faktów wywodzi skutki prawne m.in. sugestię niespełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, jak i rzekome posłużenie się nieprawdziwymi informacjami przez Wykonawcę.

W dniu 23.09.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) bezpośredni do Prezesa KIO) TRANS-Żwir J. K. wniósł pismo procesowe, wnosząc zarazem o oddalenie odwołania w całości. Kopia pisma została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Odnosząc zarzut Ad. A. Należy zwrócić uwagę, iż zarzut ten („zarzut pkt A”) zupełnie nie koresponduje z uzasadnieniem przywoływanym przez Odwołującego („w części dla pkt A”). Na próżno bowiem szukać u Odwołującego uzasadnienia dla rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp, art. 14 Pzp w zw. z art. 56 i 65 § 1 i 2 kc. Trudno zatem Wykonawcy odnieść się merytorycznie do podniesionego przez Odwołującego zarzutu, ujętego w pkt A odwołania. Być może Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż ten nie zażądał od niego wyjaśnień odnośnie treści złożonej przez niego oferty (?). Wykonawca pragnie wskazać, iż w świetle jednoznacznego zaoferowania przez Odwołującego dostawy kruszywa o przekruszeniu C70/10, wzywając do składania wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty było bezprzedmiotowe. Przepis art. 87 Pzp dopuszcza wyjaśnianie przez wykonawców na żądanie zamawiającego treści złożonych ofert, nie zaś dokonywanie w nich jakichkolwiek zmian, poza poprawianiem oczywistych omyłek pisarskich, tudzież rachunkowych i innych. Wyjaśnienie ofert)? nie może prowadzić do zmiany jej treści lub uzupełnienia, co stanowiłoby obejście prawa tj. art. 82 ust. 1 i 84 Pzp (por. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Wyd. C.H.BECK, W-wa 2013 r., str. 320). Zatem Odwołujący nie mógł nagle w drodze wyjaśnień zaoferować wymaganą przez Zamawiającego dostawę kruszywa o przekruszeniu 100/0, bądź dokonać rozszerzenia lub uzupełnienia oferty tak, by odpowiadała ona treści SIWZ. Zakaz dokonywania zmian w ofercie w drodze wyjaśnień wynika explicite z art. 87 ust. 1 Pzp, co potwierdza również bogate i ugruntowane orzecznictwo (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 26.03.2015 r., sygn. akt: I ACa 960/14; wyrok z 09.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2281/13; wyrok z 23.08.2013 r., sygn. akt: KIO

8

1934/13). Z uwagi na zaoferowanie przez Odwołującego przedmiotu dostawy, nie odpowiadającego w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do jakości (o czym szerzej w dalszej części) w stopniu zaspakajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego, Zamawiający nie był zobowiązany przed zastosowaniem sankcji wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, podjąć postępowanie wyjaśniające z art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 65 k.c.

Odnosząc zarzut Ad. B. Zamawiający w piśmie z 23.07.2015 r. w odpowiedzi na zapytania wykonawców przedstawił odpowiedzi, wyjaśnienia do SIWZ. W odpowiedzi na pytanie nr 1 wyjaśnił, iż kruszywo 4/31,5 mm ma być w 100% przekruszone. Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 2 wyjaśnił, jaką normę ma spełniać kruszywo 4/31,5 mm, jak przyznał sam Odwołujący (s. 3 Odwołania) kruszywo łamane o parametrze C70/10 zawiera w swoim składzie od 70% do 100% kruszywa całkowicie przekruszonego lub łamanego i od 0% do 10% kruszywa zaokrąglonego, ergo zaoferowane kruszywo nie jest w 100% przekruszone. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna

oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego (wyrok z 06.03.2014 r., sygn. akt: KIO 264/14). Zaoferowane przez Odwołującego kruszywo nie odpowiada co do jakości (stopnia przekruszenia) przedmiotowi zamówienia, w świetle wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego. Należy zauważyć, iż zgodnie z częścią VII pkt 11 SIWZ: Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami Zamawiający przekazuje Wykonawcom, którym przekazał SIWZ, bez ujawnienia źródła zapytania, a także zamieszcza ją na stronie internetowej, na której zamieszczona jest SIWZ -Zamawiający niniejsze czynności zrealizował. Z kolei w części VII pkt 14 SIWZ stanowi, iż: Wszelkie modyfikacje, uzupełnienia oraz zmiany, w tym zmiany terminów, jak również pytania Wykonawców wraz z wyjaśnieniami stają się integralną częścią SIWZ i będą wiążące przy składaniu ofert. Wykonawcy w razie jakichkolwiek wątpliwości mają prawo zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienia i doprecyzowanie postanowień SIWZ. W orzecznictwie KIO utrwalił się pogląd, że wyjaśnienia udzielone wszystkim wykonawcom w trybie odpowiedzi na zapytania, mogą zarazem stanowić SIWZ. Nie ma znaczenia, czy zamawiający dokonał modyfikacji w SIWZ wprost czy w ramach

9

wyjaśnień udzielanych wykonawcom - w każdym przypadku wykonawcy zobowiązani są uwzględnić zmiany w dokumentacji (wyrok KIO z 12.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1175/08). Wszak w postępowaniu przetargowym biorą udział profesjonalści, zobowiązani do należytej staranności w przygotowywaniu ofert. Na marginesie wskazał, iż Odwołujący w swej ofercie przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego do realizacji zadania, tj. „wyprodukowania wymaganej ilości kruszywa”. Przy czym ani Odwołujący ani podmiot trzeci nie przedłożyli żadnego dokumentu, jakie kruszywo zostanie wyprodukowane i na podstawie jakiej normy kruszywo to będzie kwalifikowane. Zarówno podmiot trzeci, jak i Odwołujący nie załączyli żadnego certyfikatu ZKP na swoje kopalnie. W ofercie Odwołującego znajduje się certyfikat akredytacji laboratorium BARG, nie ma jednak załączonych wyników badań oferowanego kruszywa. Na protokole badań widnieje bowiem jedynie informacja dotycząca sprzedawanego asortymentu (żwir 2/8, żwir 8/16, żwir 16/32, mieszanka 0/31,5, piach płukany, pospółka. Brak jakiegokolwiek wzmianki i protokołu badań dla przedmiotu dostawy Postępowania. Tym bardziej decyzja Zamawiającego o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ jest zasadna.

Odnosnie zarzutu Ad. C, D, E. W ocenie Odwołującego oferta TRANS-Żwir jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. pkt 12 części VI SIWZ, jak i zawiera nieprawdziwe informacje. Otóż oferta TRANS-Żwir zawierała badania laboratoryjne (badania własne) wykonane przez wykwalifikowany personel laboratoryjny Wykonawcy oraz certyfikowaną niezależną jednostkę badawczą FERROCARBO sp. z o.o. Zakład Badań Laboratoryjnych („Spółka”): Pracownia Chemiczna, Pracownia Paliw, Pracownia Fizyczna, Pracownia Termiczna, Pracownia Materiałów Budowlanych i Kruszyw. Spółka ta ma udokumentowaną działalność jednostki badawczej na terenie Polski od kilkunastu lat. W ramach prowadzonej działalności świadczy profesjonalne usługi badawcze. Przedłożona Spółce próbka kruszywa o wadze 40 kg odpowiada założeniom normy dotyczącej próbki reprezentatywnej i jest odwzorowaniem wyprodukowanej partii materiałów u Wykonawcy. Materiał do badania został pobrany zgodnie z normą z różnych części hałdy a następnie „przesplutowany” i podzielony na stosowne jednostki badawcze. Spółka nie zgłosiła żadnych zastrzeżeń odnośnie przedłożonej próbki. Ponadto wskazał, iż na etapie przystąpienia do przetargu zgodnie z procedurą zatwierdzania materiałów na kontrakcie, Wykonawca/Dostawca jest zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu wyników badań materiału (wyniki badań własnych lub z innego niezależnego laboratorium). Na etapie wykonywania przedmiotowego zlecenia Wykonawca/Dostawca zgodnie z procedurami kontraktowymi wraz z przedstawicielem Zamawiającego ponownie pobierze materiał do sprawdzenia. Badanie

materiału zostanie sprawdzone przez jednostkę badawczą wskazaną przez Zamawiającego. Materiał zostanie zatwierdzony przez Zamawiającego dopiero po otrzymaniu badań zgodnych z PN-EN 13242. Insynuacja Odwołującego, iż badanie takie może być wykonane

10

dla dowolnej firmy, „która za to zapłaci” stanowi nadużycie i może być traktowane jako naruszenie dóbr osobistych Spółki, jako niezależnej jednostki badawczej. Wszystkie badania oraz sprawozdania realizowane przez Spółkę wykonywane były na podstawie dostarczonego materiału przez Wykonawcę. Jeżeli Odwołujący formułuje zarzuty i odmienne twierdzenia w powyższym zakresie, niech przedłoży na poparcie swego stanowiska konkretne dowody. Główny zarzut Odwołującego wobec wyboru oferty TRAN-Żwir jako najkorzystniejszej stanowią nic innego jak pomówienia z próbą „przerzucenia” ciężaru dowodu na Wykonawcę (i Zamawiającego), ergo z klasycznym naruszeniem zasady z art. 6 k.c. Skoro to Odwołujący podnosi konkretne fakty i zarzuty, ciężar ich udowodnienia spoczywa na nim, jako osobie prawnej, która z tych faktów wywodzi skutki prawne.

Odnośnie zarzutu Ad. F. Wybrana przez Zamawiającego oferta jest najkorzystniejsza, w świetle niezgodności pozostałych ofert wykonawców, w tym Odwołującego z treścią SIWZ.

Odnośnie wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów. Wykonawca pragnie wskazać, iż nie bardzo wiadomo na jakiej podstawie Odwołujący wnosi o zasądzenie kwoty 22.200 złotych z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Zgodnie z Rozporządzeniem 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, ustawodawca wskazał, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in.: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł (§ 3 Rozporządzenia). Zasądzone koszty wynagrodzenia nie mogą przekroczyć 3600 zł, a nie jak wnosi Odwołujący 7.200 zł (15.000 zł tytułem wpisu i 7.200 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika).

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1998/15 – M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS:

W dniu 11.09.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS wniosło odwołanie na czynność z 02.09.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 11.09.2015 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez przyjęcie, iż Odwołujący złożył ofertę niegodną z treścią SIWZ;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PHU „MAM” Spółki jawnej J.J.M. M. z powodu niezgodności oferty z art. 85 ust. 1 pkt 3 Pzp i w rezultacie jej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie terminu związania ofertą. Wskazując na powyższe wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

11

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. odrzucenia oferty wykonawcy PHU „MAM” Spółki jawnej J.J.M. M., na podstawie art. 89 ust. 1 i 2 Pzp wobec niezgodności terminu związania ofertą z art. 85 ust. 1 pkt 3 Pzp i treścią SIWZ,
4. dokonania powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,
5. zwrotu przez Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Zgodnie treścią ust. 1 części III SIWZ jego przedmiotem jest dostawa kamienia łamanego (kruszywa budowlanego) i piasku- w określonych ilościach - wraz z rozładunkiem z uwzględnieniem: 1/ kamienia łamanego (kruszywo budowlane) sort. uziarnienie 4-31,5 mm 2/ piasku uziarnienie 0-2 mm. W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający powtórzył zarówno rodzaj wymaganego kruszywa jak i jego uziarnienia. Nie wskazywał przy tym jakiegokolwiek

kategorię przekruszenia kruszywa. Nadto, Zamawiający w ust. 14 części VII SIWZ wskazał, że wszelkie modyfikacje, uzupełnienia oraz zmiany, w tym zmiany terminów, jak również pytania wykonawców wraz z wyjaśnieniami stają się integralną częścią SIWZ i będą wiążące przy składaniu ofert. Cytowany wyżej zapis SIWZ w żadnym razie nie pozwala na automatyczne kształtowanie nowych, dodatkowych warunków zamówienia lub ich zmiany. Wyjaśnienia w powołanym zakresie winny odnosić się do istniejącej treści SIWZ mogąc stać się - w uzasadnionych przypadkach - powodem zmiany treści SIWZ.

Konsekwencją powyższego Zamawiający wyjaśniając, iż oczekuje dostawy kruszywa - kłińca kamiennego łamanego o frakcji 4-31,5 mm zgodnie z m.in. normą PN- EN 13242 - Kruszywa do niezwiązanych i związanych hydraulicznie materiałów stosowanych w obiektach budowlanych i budownictwie drogowym, w sposób niedopuszczalny zmienił treść SIWZ wprowadzając zmianę polegającą na wprowadzeniu dodatkowego warunku, że kruszywo to ma być przekruszone w 100% (100-0). Warunek 100% przekruszenia został zastrzeżony pomimo tego, iż jego osiągnięcie jest niemożliwe, co wynika z ustalonej przez zamawiającego jako obowiązującej normy PN-EN 13242, która wskazuje dla 100% masy ziarn przekruszonych lub łamanych kategorii 90-3; 50-10 i 50-30, w żadnym zaś razie 100-0. Warunek ustalający kategorię przekruszenia ma cechy istotnej zmiany warunków zamówienia, wobec czego winien być wprowadzony jako zmiana treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 4 Pzp, nie zaś jako wyjaśnienie istniejącej treści SIWZ, gdyż ten warunek nie został w SIWZ zawarty. Dla oceny spełniania warunków zamawiający powinien brać pod uwagę zgodność ze wskazanymi normami, w tym normą PN-EN 13242 niezależnie od kategorii przekruszenia. Wyjaśnienie Zamawiającego w kwestii stosowania norm jest skonkretyzowaniem treści SIWZ.

12

Odwołujący się złożył ofertę zgodną z warunkami SIWZ wskazując, na żądanie Zamawiającego, kategorię przekruszenia 50-10 zgodną z normą PN-EN 13242. Odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło na skutek nieuzasadnionego przyjęcia przez zamawiającego, iż jej treść nie jest zgodna z warunkami SIWZ w zakresie kategorii wymaganego przekruszenia, tj. 100-0. Wskazał, że o niezgodności oferty z postanowieniami SIWZ nie może być mowy w sytuacji, gdy zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazuje na niespełnienie kryterium, które z postanowień SIWZ nie wynika. Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ niezgodność ta musi dotyczyć zapisów specyfikacji i być oczywista (tak: KIO/UZP 569/15; KIO 218/11; KIO 2328/11). W konsekwencji zatem, zamawiający przyjmując w sposób nieuzasadniony, iż odwołujący złożył ofertę nie odpowiadającą treści SIWZ odrzucił jego ofertę, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający - w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty - wskazał, że odrzuca - w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ofertę PHU „MAM” Sp. j. J.J.M. M. z tożsamyh powodów jak przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego. Wobec tego, iż przesłanka dla odrzucenia obydwu ofert nie zachodzi, w konsekwencji również ofert złożona przez tę Spółkę nie może być skutecznie odrzucona wobec niezachowania wymagań kategorii przekruszenia.

Uwzględnienie wniosków niniejszego odwołania oraz brak wiedzy o przedsięwziętych czynnościach w ramach ochrony prawnej przez PHU „MAM” Sp. j. J.J.M. M. (jedyne oferent proponujący cenę korzystniejszą niż Odwołujący), z ostrożności procesowej, czynią koniecznym sformułowanie wniosku o nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty tej Spółki, ale z odmiennych niż rozstrzygnięciu przyczyn. W/w Spółka w ust. 7 formularza ofertowego oświadczyła, że jest związana ofertą przez okres 30 dni od upływu terminu składania ofert, co jest niezgodne z dyspozycją art. 85 ust. 1 pkt 3 Pzp i ust. 1 części IX recypującym ten zapis ustawowy kształtując okres związania na 60 dni. Wprawdzie formularz ofertowy zawierał w powołanym ust. 7 błąd, jednakże oferent sporządzający ofertę przy pomocy formularza nie może złożyć podpisu pod ofertą w sposób bezkrytyczny zobowiązując się do zawartych tam warunków i treści oświadczeń. Oferent składając oświadczenie woli winien je zweryfikować zarówno pod względem merytorycznym, jak i formalnym. W rezultacie oferta złożona przez PHU „MAM” J.J.M. M. winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 i 2 wobec niezgodności terminu związania ofertą z treścią SIWZ i art. 85 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zamawiający nie dokonał czynności do której był zobowiązany art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 z powyższej przyczyny, co wyczerpuje przesłanki jego naruszenia.

Zamawiający w dniu 15.09.2015 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17.09.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) bezpośredni do Prezesa KIO) TRANS-Żwir J. K. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 23.09.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) bezpośredni do Prezesa KIO) TRANS-Żwir J. K. wniósł pismo procesowe, wnosząc zarazem o oddalenie odwołania w całości. Kopia pisma została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezgodne procedowanie z Pzp, tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w wyniku czego doszło do odrzucenia oferty MAR TRANS, jako nie odpowiadającej treści SIWZ. Tymczasem Zamawiający w piśmie z 23.07.2015 r. w odpowiedzi na zapytania wykonawców przedstawił odpowiedzi, wyjaśnienia do SIWZ. W odpowiedzi na pytanie nr 1 wyjaśnił, iż kruszywo 4/31,5 mm ma być w 100% przekruszone. Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 2 wyjaśnił, jaką normę ma spełniać kruszywo 4/31,5 mm. Odwołujący zaoferował kruszywo łamane o parametrze C50/10, które zawiera w swoim składzie od % do % kruszywa całkowicie przekruszonego lub łamanego, ergo zaoferowane kruszywo nie jest w 100% przekruszone. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego (wyrok z 06.03.2014 r., sygn. akt: KIO 264/14). Zaoferowane przez Odwołującego kruszywo nie odpowiada co do jakości (stopnia przekruszenia) przedmiotowi zamówienia, w świetle wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego. Należy zauważyć, iż zgodnie z częścią VII pkt 11 SIWZ: Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami Zamawiający przekazuje Wykonawcom, którym przekazał SIWZ, bez ujawnienia źródła zapytania, a także zamieszcza ją na stronie internetowej, na której zamieszczona jest SIWZ -Zamawiający niniejsze czynności

zrealizował. Z kolei w części VII pkt 14 SIWZ stanowi, iż: Wszelkie modyfikacje, uzupełnienia oraz zmiany, w tym zmiany terminów, jak również pytania Wykonawców wraz z wyjaśnieniami stają się integralną częścią SIWZ i będą wiążące przy składaniu ofert. Twierdzenie Odwołującego, iż w sposób niedopuszczalny zmienił treść SIWZ wprowadzając zmianę polegającą na wprowadzeniu dodatkowego warunku, jak i, że warunek ten mógł być wprowadzony jako zmiana SIWZ w trybie art. 38 ust. 4 Pzp nie znajduje oparcia w ugruntowanym orzecznictwie KIO. Po pierwsze, Odwołujący winien zwrócić uwagę, iż każdorazowo jeżeli wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia mamy do czynienia z modyfikacją lub zmianą jej treści (wyrok o sygn. akt: KIO 368/11). Zamawiający nie musi także za każdym razem pisać, że w danym zakresie modyfikuje, zmienia postanowienia specyfikacji, gdyż i bez takich formuł wykonawcy i zamawiający muszą się stosować do wyjaśnień, na co uwagę zwróciła KIO w wyroku z 02.06.2010 r., sygn. akt: KIO 917/10. Po drugie, wyjaśnienia treści specyfikacji stanowią jej integralną część i na równi z pozostałymi jej postanowieniami wiążą wszystkich wykonawców (wyrok KIO z 07.03.2012 r., sygn. akt: KIO 388/12). Po trzecie, KIO w wyroku z 16.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1648/11, zwróciła uwagę, że: "wszystkie odpowiedzi na pytania wykonawców udzielane w ramach wyjaśniania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców. Odpowiedzi te

ze swojej istoty często w pewien sposób zmieniają specyfikację, choćby przez to, że uszczegóławiają wymagania zamawiającego lub wskazują na ich interpretację. Art. 38 ust. 4 Pzp wskazuje na uprawnienie zmiany przez zamawiającego treści specyfikacji po jej publicznym ogłoszeniu, a to, czy zmiana taka została dokonana, ocenia się nie poprzez oficjalne powołanie się na ten przepis, lecz ocenę faktyczną oświadczeń złożonych przez zamawiającego. Zatem możliwe jest, aby zamawiający dokonał zmiany specyfikacji, o której mowa w art. 38 ust. 4 Pzp odpowiadając na pytania wykonawców - nie są to instytucje rozłączne i wyłączające się nawzajem. Po czwarte, udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia oraz podane informacje skutkujące wprowadzeniem zmiany lub rozszerzeniem regulacji o inne, sprecyzowane parametry stają się wiążące dla wykonawców niezależnie od tego czy została dokonana modyfikacja Specyfikacji, Udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi, wyjaśnienia lub wyjaśnienia poczynione przez samego Zamawiającego stają się wiążące dla wykonawców, bowiem ich istotą jest uzupełnienie SIWZ poprzez jej skonkretyzowanie, dopuszczenie innego parametru itp. Wyjaśnienia jakich udzielił Zamawiający winny być brane przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia pod uwagę przy sporządzaniu oferty (wyrok KIO z 14.03.2011 r., sygn. akt: KIO 387/11). Po piąte, wykonawcy w razie jakichkolwiek wątpliwości mają prawo zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienia i doprecyzowanie postanowień SIWZ. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrwalił się pogląd, że wyjaśnienia udzielone wszystkim

15

wykonawcom w trybie odpowiedzi na zapytania, mogą zarazem stanowić SIWZ. Nie ma znaczenia, czy zamawiający dokonał modyfikacji w SIWZ wprost czy w ramach wyjaśnień udzielanych wykonawcom - w każdym przypadku wykonawcy zobowiązani są uwzględnić zmiany w dokumentacji (wyrok KIO z 12.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1175/08). Wszak w postępowaniu przetargowym biorą udział profesjonaliści, zobowiązani do należytej staranności w przygotowywaniu ofert.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1987/15_1998/15:

W dniu 23.09.2015 r. (faxem oraz wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec obu wniesionych odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołania, w której wnosił o oddalenie w całości obu odwołań. Kopia została przekazana Odwołującym oraz Przystępującemu. Ustosunkowując się do zarzutów podnoszonych w obu odwołaniach wyjaśnił co następuje. Przedmiotem zamówienia - nr sprawy ZRB/NDM/4620-64/2015 był Kliniec - kruszywo łamane zwykłe - kruszywo uzyskane w wyniku co najmniej jednokrotnego przekruszenia skał litych i rozszania na frakcje lub grupy frakcji, charakteryzujące się ziarnami ostrokrawędziastymi o nieforemnych kształtach o wielkości ziaren od 4 mm do 31,5 mm spełniające normy: PN-EN 13043:2004 - Kruszywa do mieszanek bitumicznych i powierzchniowych utwaleń stosowanych na drogach, lotniskach i innych powierzchniach przeznaczonych do ruchu lub PN-EN 13242+A1:2010 - Kruszywa do niezwiązanych i związanych hydraulicznie materiałów stosowanych w obiektach budowlanych i budownictwie drogowym. Parametrem kruszywa ocenianym przez Zamawiającego jest procentowa zawartość ziaren o powierzchniach przekruszonych lub łamanych oraz ziaren całkowicie zaokrąglonych w kruszywach grubych, który należy oznaczać wg PN-EN 933-5 i deklarować zgodnie z odpowiednią kategorią określoną w tablicy 9 zgodnie z normą PN-EN 13043:2004 gdzie należy przyjmować, że kruszywa uzyskane z przekruszenia skały są kruszywami kategorii C_{100/0} i nie wymagają badania zawartości ziaren o powierzchni przekruszonej, lub deklarować zgodnie z odpowiednią kategorią określoną w tablicy 7 zgodnie z normą PN-EN 13242+A1:2010 gdzie należy przyjmować, że kruszywa uzyskane z przekruszenia skały są kruszywami kategorii C_{90/3} i nie wymagają dalszych badań. Przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego spełniły dwie oferty następujących firm:

1. TRANS-Żwir J., 11-500 Giżycko Gajewo, ul. Suwalska 6A (na podstawie badania próbki przez laboratorium)
2. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe REMBET Sp. z o.o. (na podstawie certyfikatu i współczynnika C90/3 wg. Normy PN-EN 13242+A1:2010)

16

Firma PHU „MAM” sp. J.J.M. M. Sp. J. zaoferowało kruszywo o parametrze $C_{70/10}$ co oznacza, że kruszywo nie zostało przekruszone ze skały, gdyż zgodnie z normą PN-EN 13242+A1:2010 współczynnik ten powinien wynosić $C_{90/3}$. Argument podnoszony przez oferenta, że takie kruszywo nie jest dostępne na terenie działalności firmy PHU „MAM” sp. J.J.M. M. Sp. J. jest bez znaczenia, gdyż Zamawiający ogłaszając postępowanie przetargowe nie wskazuje skąd oferenci mają dostarczać kruszywo. Zamawiający nie określił rodzaju skały, z jakiej ma być oferowane kruszywo 4/31,5 mm, ale wymaga aby była to skała, a nie otoczaki, głązy narzutowe itp. Firma Handlowo-Usługowa MAR-TRANS zaoferowała kruszywo o parametrze $C_{50/10}$ co oznacza, że kruszywo nie zostało przekruszone ze skały, gdyż zgodnie z normą PN-EN 13242+A1:2010 współczynnik ten powinien wynosić $C_{90/3}$. Firma M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS podnosi również zarzut, że firma TRANS-ŻWIR J. K. w swojej ofercie oświadczyła, że jest związana ofertą 30 dni. W SIWZ Zamawiający popełnił błąd, wynikający zapewne z kopiowania dokumentu, podając w dwu różnych miejscach SIWZ dwa różne okresy związania ofertą: 30 i 60 dni. W trakcie publikacji ogłoszenia i SIWZ nikt z wykonawców nie zwrócił na to uwagi i nie zadał pytania na temat tej rozbieżności. Zważywszy, że 30 dniowy okres związania ofertą był w druku oferty będącym częścią SIWZ, zamawiający postanowił akceptować obydwa okresy związania ofertą aby żaden z wykonawców nie poniósł szkody wynikającej z błędu Zamawiającego. Ta pomyłka nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 18.09.2015 r. sprawy o sygn. akt: KIO 1987/15, KIO 1998/15 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1987/15 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1998/15 złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp a Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań, przy założeniu rozpatrywania tej kwestii osobno dla każdego z nich.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym

17

w szczególności postanowień SIWZ, zał. nr 1 i 2 do SIWZ, odpowiedzi na pytania (pismo z 23.07.2015 r.), oferty TRANS-Żwir J. K., oferty Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego „MAM” J.J.M. M. Sp. J., oferty M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 02.09.2015 r., informacji o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej z 09.09.2015 r.

Izba dopuściła jako dowód załączniki do odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1987/15 będące częścią oferty TRANS-Żwir J. K. (str. 27, 34, 37, 40). Nadto, dopuszczono jako dowód do obu odwołań o sygn. akt: KIO 1987/15 oraz o sygn. akt: KIO 1998/15 – wydruk normy PN-EN 13242:2004 (grudzień 2004).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie o sygn. akt: KIO 1987/15, przystąpienie do odwołania o sygn. akt: KIO 1987/15, pismo procesowe Przystępującego do odwołania o sygn. akt: KIO 1987/15, odwołanie o sygn. akt: KIO 1998/15, przystąpienie do odwołania o sygn. akt: KIO 1998/15, pismo procesowe Przystępującego do odwołania o sygn. akt: KIO 1998/15, odpowiedź na oba odwołania o sygn. akt: KIO 1987/15 oraz o sygn. akt: KIO 1998/15, a także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego tak w sprawie o sygn. akt: KIO 1987/15, jak i w sprawie o sygn. akt: KIO 1998/15 złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1987/15 – Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J.:

Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J. zarzuciło Zamawiającemu

naruszenie następujących przepisów:

[zarzuty wobec oferty Odwołującego - Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J.]

A. Art. 87 ust. 1 Pzp, art. 14 Pzp w zw. z art. 56 oraz art. 65 § 1 i § 2 KC poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzuceniu prawidłowej oferty Wykonawcy, która była ofertą najkorzystniejszą i wyborze oferty, która winna być odrzucona w związku z błędną interpretacją parametrów technicznych przez Zamawiającego, które miały wpływ na wybór oferty.

B. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności w ppostępowaniu,
[zarzuty wobec oferty TRANS-Żwir J. K.]

C. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty firmy TRANS-Żwir J. K., w sytuacji, kiedy były ewidentne powody do dokonania takiej czynności.

18

D. Art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z faktem, że oferent TRANS-Żwir J. K., złożył nieprawdziwe informacje mające decydujący wpływ na wynik postępowania, a w związku z tym Zamawiający nie podjął czynności wykluczenia oferenta i odrzucenia jego oferty.

E. Art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z faktem, że oferent TRANS-Żwir J. K., nie wykazał posiadania uprawnień do określonej działalności - nie wykazał posiadania atestów i certyfikatów na posiadanie możliwości sprzedaży materiału wymaganego przez Zamawiającego w postępowaniu i w związku z tym Zamawiający nie podjął czynności wykluczenia tego oferenta i odrzucenia jego oferty.

F. Art. 91 ust. Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez uznanie, że oferta Wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego postanowienia SIWZ – cz. III ust.1, cz. VI ust.12, cz. VII ust.1 cz. IX ust.1, zał. nr 1 i 2 do SIWZ, odpowiedzi na pytania z 23.07.2015 r. Poza tym, Izba wskazuje na treść oferty Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1987/15 - - Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J. (str. 3, 33) oraz treść oferty Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1987/15 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1998/15 - TRANS-Żwir J. K. (str. 3, 33-41). Nadto, ważne jest też zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 02.09.2015 r. oraz informacja o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej z 09.09.2015 r. Istotna jest również treść normy PN-EN 13242:2004 (grudzień 2004) /jej wydruk przedłożono na rozprawie/ - tabela 7, druga norma PN-EN 13243:2004 Zamawiający nie kwestionował na rozprawie treści tabeli 9 – Kategorie procentowych zawartości ziarn o powierzchniach przekruszonych lub łamanych oraz ziarn całkowicie zaokrąglonych w kruszywach grubych. Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

[zarzuty wobec oferty Odwołującego - Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J.]

A. Art. 87 ust. 1 Pzp, art. 14 Pzp w zw. z art. 56 oraz art. 65 §1 i § 2 KC poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzuceniu prawidłowej oferty Wykonawcy, która była ofertą najkorzystniejszą i wyborze oferty, która winna być odrzucona w związku z błędną interpretacją parametrów technicznych przez Zamawiającego, które miały wpływ na wybór oferty. Izba uznała zarzut za zasadny.

19

W ocenie Izby, istotą zarzutu jest brak działania Zamawiającego, który przed odrzuceniem oferty Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J. nie wezwał przedmiotowego Wykonawcę do wyjaśnienia treści jego oferty. Uznając naturalnie za trafne stanowisko Przystępującego, że wyjaśnienia nie mogą zmienić jej treści, to czynność odrzucenia, w ocenie Izby, jak w tym przypadku winna być poprzedzona wezwaniem do

wyjaśnienia, tak aby Zamawiający miał pełną wiedzę, co do okoliczności i powodów zaofiarowania takiego asortymentu, jak uczynił to Odwołujący w sprawie KIO 1987/15 - Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

B. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności w postępowaniu. Izba uznała zarzut za zasadny.

Należy wskazać, że czynnikiem decydującym o uwzględnieniu zarzutu, a w konsekwencji całego odwołania były błędy Zamawiającego i niejednoznaczne postanowienia SIWZ. Te niejednoznaczności były jedynie przejawem wielu innych niedopatrzeń i uchybień Zamawiającego, które nie są jednak przedmiotem tego zarzutu lub zarzutów zawartych w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1987/15, czy też KIO 1998/15. W istocie zasadniczą kwestią sporną jest, czy odpowiedzi na pytania – pismo z 23.07.2015 r. dawały wystarczającą podstawę do oceny oferty Odwołującego w sprawie KIO 1987/15 - Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J. skutkującą odrzuceniem jego oferty. W ocenie Izby, udzielone odpowiedzi były niejednoznaczne. Odpowiedź na pytanie 3 odnosi się do skały, ale stwierdza się w niej – bez określonej preferencji – trudno więc uznać, że jest to lita skała, tylko i wyłącznie, jak uważa Zamawiający (wskazując to dopiero precyzyjnie na etapie odpowiedzi na odwołanie). Do tego pochodząca z kamieniołomów, czy też że Zamawiający nie dopuszcza kruszywa polodowcowego (ale na pewno nie piasku z uwagi na parametr 4/31,5 mm). Niewątpliwie nie można było zaofiarować kruszywa sztucznego lub z recyklingu. Jednocześnie, Zamawiający przy odpowiedzi na pytanie 2 – odesłał do 2 (dwóch) norm, ale także w tym wypadku jego działanie było niejednoznaczne – albowiem nie wskazał, że wymaga aby przedmiot zamówienia spełniał najwyższą kategorię przekruszenia z obu norm, czy też jednej z nich. Pośrednim przejawem niejednoznaczności odpowiedzi z 23.07.2015 r. było działanie samego Zamawiającego, który czynnością z 02.09.2015 r. stwierdza, że tylko 1 oferta jest ważna, przy poprawieniu omyłki pisarskiej 09.09.2015 r. dalej twierdzi, że tylko 1 oferta jest ważna, a w ramach odpowiedzi na odwołanie, zmienia zdanie i bez unieważnienia wcześniejszych czynności, stwierdza, że były 2 ważne oferty. Nadto, skoro kwestii stopnia przekruszenia była kluczowym parametrem, to została ona prawidłowo wskazana przez Zamawiającego dopiero po poprawie 09.09.2015 r. Wynika więc z powyższego, że sam Zamawiający nie wiedział do końca, czym ma się

20

kierować przy ocenie zaofiarowanego na potrzeby przedmiotowego postępowania asortymentu, czy kategoria uziarnienia, czy też parametrem przekruszenia. Nie wiedział także, ile ma ważnych ofert, gdyż sam nie rozumiał udzielonych przez siebie odpowiedzi z 23.07.2015 r. Odpowiedź na pytanie 1 – odpowiedzi z 23.07.2015 r. - nie wskazywała określonej kategorii przekruszenia, nawet jeśli uznać, że za taką uznawał wskazaną wartość,

z to przeczyła temu

odpowiedź na pytanie 2, skoro w jednej przywołanych norm najwyższa kategoria jest C_{90/3}, czyli kategorii 100% nie ma. Należy także ponownie podkreślić, że z udzielonych odpowiedzi nie wynika, że należało zaofiarować produkt o najwyższych kategoriach przekruszenia z tych norm. W konsekwencji, Izba kierując się swoistą "świętą" zasadą, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść Wykonawców (m.in. wyrok KIO 16.04.2015 r., sygn. akt: KIO 660/15) została niejako zmuszona uznać ofertę Odwołującego w sprawie KIO 1987/15 - Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J. za ważną. Równie dobrze bowiem można było uznać, że dopuszczalne jest zaofiarowanie produktu w przedziale kategorii przekruszenia wynikających z jednej z dwóch norm (pierwsza norma tabela 7, druga tabela 9 – Kategorie procentowych zawartości ziarn o powierzchniach przekruszonych lub łamanych oraz ziarn całkowicie zaokrąglonych w kruszywach grubych), co miało miejsce u Odwołującego w sprawie KIO 1987/15 - Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J. (asortyment z kategorią przekruszenia C_{70/10}).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

[zarzuty wobec oferty TRANS-Żwir J. K.]

C. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty firmy TRANS-Żwir J. K., w

sytuacji, kiedy były ewidentne powody do dokonania takiej czynności. Izba uznała zarzut za chybiony.

D. Art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z faktem, że oferent TRANS-Żwir J. K., złożył nieprawdziwe informacje mające decydujący wpływ na wynik postępowania, a w związku z tym Zamawiający nie podjął czynności wykluczenia oferenta i odrzucenia jego oferty. Izba uznała zarzut za chybiony.

E. Art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z faktem, że oferent TRANS-Żwir J. K., nie wykazał posiadania uprawnień do określonej działalności - nie wykazał posiadania atestów i certyfikatów na posiadanie możliwości sprzedaży materiału wymaganego przez Zamawiającego w postępowaniu i w związku z tym Zamawiający nie podjął czynności wykluczenia tego oferenta i odrzucenia jego oferty. Izba uznała zarzut za chybiony.

F. Art. 91 ust. Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez uznanie, że oferta Wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą. Izba uznała zarzut za tylko częściowo zasadny.

21

W ocenie Izby, sprawozdanie z badań laboratoryjnych certyfikowanej jednostki załączone do oferty Przystępującego (str. od 31 do 39) - TRANS-Żwir J. K. czyni zadość wymaganiom wynikającym z cz. VI pkt 12 SIWZ, także w kontekście przywołanych wieloznacznych odpowiedzi na pytania – pismo z 23.07.2015 r.

W kwestii złożenia nieprawdziwej informacji – Przystępujący, jako producent mógł złożyć stosowną deklarację w formie sprawozdania z własnych badań (str. 40 oferty), także w kontekście certyfikatu ZKP ze str. 41 oferty. Niewątpliwie także sprawozdanie było składane na potrzeby wykazania normy dotyczącej uziarnienia kruszywa, zaś deklaracja producenta stopnia przekruszenia. W przedmiotowym stanie faktycznym, generalnie abstrahując od braku przedłożenia przez Odwołującego w sprawie KIO 1987/15 - Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J. - dowodów na potwierdzenia nieprawdziwego charakteru informacji wynikającej z oświadczenia Przystępującego złożonego w ramach deklaracji zgodności, co niewątpliwie nie miało miejsca. Należy wskazać, że wobec uznania złożenia nieprawdziwej informacji nie jest możliwe wieloznaczności postanowień SIWZ. Zgodnie bowiem z orzecznictwem ta okoliczność wyklucza możliwość tak jednoznacznej oceny oświadczenia składanego przez Wykonawcę w postępowaniu.

Wskazując w tym zakresie za wyrokiem z 13.05.2015 r., sygn. akt: KIO 842/15, KIO 862/15: „W tym wypadku, należy dodatkowo podnieść, że *jakikolwiek niejednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia w ramach postanowień SIWZ, także działają na korzyść Wykonawców i nie pozwalają na definitywne stwierdzenie złożenia nieprawdziwej informacji. W tym kontekście Izba przywołuje orzecznictwo - wyrok KIO z 14.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2826/14, czy też wyrok KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14: "Identyfikacyjnie należy odnieść się do kwestii złożenia nieprawdziwej informacji wobec nieprecyzyjności postanowień SIWZ będących ewentualną podstawą stwierdzenia takiej nieprawdziwości. W tym zakresie Izba wskazuje na wyrok z dnia 14.04.2011 r., sygn. akt: KIO 706.11: "Art. 24 ust. 2 pkt 3 stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność wykluczenia na podstawie przywołanego przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Wpływ może mieć charakter bezpośredni (verba legis "mające wpływ"), gdy wprost rzutuje na wynik postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty lub pośredni (verba legis "mogące mieć wpływ"), gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę. Informacja są nieprawdziwe kiedy prezentują stan inny, niż rzeczywistości. Niezgodność powinna mieć charakter obiektywny w danych*

22

okolicznościach faktycznych i prawnych. Nie można mówić o nieprawdziwości informacji, w sytuacji, gdy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia mogą być rozbieżnie interpretowane, a wykonawca działający z należytą starannością rozumie je inaczej, niż zamawiający." Podobnie Izba stwierdziła w wyroku KIO z dnia

28.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2548/12, czy też w wyroku KIO z dnia 03.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2005/13."

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W konsekwencji, należy uznać zasadność zarzutu naruszenia art. 91 ust.1 Pzp, przy czym kwestia uznawania oferty Odwołującego w sprawie KIO 1987/15 - Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J. za najkorzystniejszą nie leży w gestii Izby, lecz Zamawiającego przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności przy ponownym badaniu i ocenie ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Izba dodatkowo podnosi względem zarzutów formułowanych podczas rozprawy przez Przystępującego względem doświadczenia Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1987/15 - za wyrokiem KIO z 05.05.2010 r., sygn. akt: KIO/ 636 /10: „Izba pozostawiła bez rozpoznania nowe okoliczności zgłoszone w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, a mianowicie wskazujące na dodatkowe przesłanki nie wskazane przez Zamawiającego w informacji o rozstrzygnięciu postępowania, które w ocenie Przystępującego mogły uzasadniać odrzucenie oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Przystąpienie dotyczy zatem przyłączenia się do postępowania wszczętego wniesieniem konkretnego odwołania zawierającego określone zarzuty i żądania dotyczące czynności lub zaniechania zamawiającego. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać o zarzutach nie zawartych w odwołaniu. Ponadto na podstawie art. 185 ust. 3 ustawy Pzp czynności uczestnika postępowania nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp przez uczestnika, który przystąpił po stronie zamawiającego. Wprawdzie obecnie obowiązująca ustawa nie powtarza w zakresie przystąpienia do postępowania odwoławczego regulacji zawartej poprzednio w art. 181 ust. 5 ustawy Pzp, a mianowicie, że zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania toczącego się

23

w wyniku wniesienia protestu wskazuje się swój interes prawny w przystąpieniu i określa swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście, jednak w opinii Izby nie oznacza to wprowadzenia merytorycznej zmiany w charakterze samego przystąpienia jako immanentnie związanego z danym odwołaniem. Celem instytucji przystąpienia pozostaje nadal uzyskanie rozstrzygnięcia postępowania wywołanego określonym odwołaniem na korzyść strony, do której się przystępuje poprzez odpowiednio poparcie lub opozycję w stosunku do zarzutów zawartych w odwołaniu (zależnie od strony, do której uczestnik przystąpił). Nie jest zatem celem przystąpienia zgłaszanie nowych zarzutów, lecz odniesienie się do zarzutów podniesionych w odwołaniu. Ponadto należy zwrócić uwagę, że za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzuty należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wskazuje on na istnienie okoliczności, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Z tego względu wskazanie innych okoliczności jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut (postanowienie KIO z dnia 30 lipca 2009 r. KIO/UZP 935/09). Uzasadniając akcesoryjny wobec postępowania odwoławczego charakter przystąpienia warto także wskazać, że dopuszczenie podnoszenia w przystąpieniu nowych zarzutów zwalczających ofertę oznaczałoby ograniczenie uprawnień odwołującego wykonawcy wnoszącego odwołanie i ponoszącego jego koszty. Wykonawca w odwołaniu odnosi się bowiem tylko do tych okoliczności, które zostały dokonane lub zaniechane przez zamawiającego, a nie takich, które hipotetycznie powinny być mieć miejsce, i pod tym kątem ocenia swoje potencjalne szanse w postępowaniu odwoławczym. Przyznanie prawa do podnoszenia nowych zarzutów zwalczających ofertę odwołującego, które nie były mu znane

na etapie poprzedzającym odwołanie oznaczałoby także przerzucenie na odwołującego kosztów i ryzyka niezgodnych z ustawą Pzp czynności lub zaniechań zamawiającego. Ponadto dopuszczenie zgłaszania nowych zarzutów w przystąpieniu oznaczałoby de facto przedłużenie terminu na wniesienie odwołania oraz unikanie kosztów jego wniesienia. Należy zatem uznać, że w przypadku stwierdzenia dodatkowych okoliczności zwalczających ofertę Odwołującego, które nie były przedmiotem analizy i rozstrzygnięcia zamawiającego właściwą drogą jest wniesienie własnego odwołania, do czego Przystępujący miał pełne prawo.”

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 1987/15 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

24

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1998/15 – M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS:

M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

[zarzuty wobec oferty Odwołującego – M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS]

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez przyjęcie, iż Odwołujący złożył ofertę niegodną z treścią SIWZ.

[zarzuty wobec oferty Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J.]

2. art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego „MAM” J.J.M. M. Sp. J. z powodu niezgodności oferty z art. 85 ust. 1 pkt 3 Pzp i w rezultacie jej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie terminu związania ofertą.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego postanowienia SIWZ – cz. III ust.1, cz. VI ust.12, cz. VII ust.1 cz. IX ust.1, zał. nr 1 i 2 do SIWZ, odpowiedzi na pytania z 23.07.2015 r. Poza tym, Izba wskazuje na treść oferty Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1998/15 – M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS (str. 8, 30-31) oraz treść oferty Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1987/15 - Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J. (formularz ofertowy – str.1-2, 3 oraz str. 33). Nadto, ważne jest też zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 02.09.2015 r. oraz informacja o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej z 09.09.2015 r. Istotna jest również treść normy PN-EN 13242:2004 (grudzień 2004) /jej wydruk przedłożono na rozprawie/ - tabela 7, druga norma PN-EN 13243:2004 Zamawiający nie kwestionował na rozprawie stanowiska Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1998/15 względem treści tabeli 9 – Kategorie procentowych zawartości ziarn o powierzchniach przekuszonych lub łamanych oraz ziarn całkowicie zaokrąglonych w kruszywach grubych. Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

[zarzuty wobec oferty Odwołującego – M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS]

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez przyjęcie, iż Odwołujący złożył ofertę niegodną z treścią SIWZ. Izba uznał niniejszy zarzut za zasadny.

W tym zakresie, Izba przywołuje uzasadnienie przedstawione w ramach

25

rozpatrywania zarzutu B do odwołania o sygn. akt: KIO 1987/15 uznając je za adekwatne do przedmiotowego odwołania – w zakresie rozpatrywanego zarzutu. Podkreślając, że niejednoznaczne postanowienia SIWZ, w tym wypadku odpowiedzi na pytania – pismo z 23.07.2015 r. – nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawcy, w tym wypadku Odwołującego – M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS. Równie dobrze bowiem można było uznać, że dopuszczalne jest zaoferowanie produktu w przedziale kategorii przekruszenia wynikających z jednej z dwóch norm (pierwsza norma tabela 7, druga tabela 9 – Kategorie procentowych zawartości ziarn o powierzchniach przekuszonych lub łamanych

oraz ziarn całkowicie zaokrąglonych w kruszywach grubych), co miało miejsce u Odwołującego w sprawie KIO 1998/15 – M. J. Firma Handlowo- Usługowa MAR-TRANS (asortyment z kategorią przekruszenia C 50/10).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

[zarzuty wobec oferty Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „MAM” J.J.M. M. Sp. J.]
2. art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego „MAM” J.J.M. M. Sp. J. z powodu niezgodności oferty z art. 85 ust. 1 pkt 3 Pzp i w rezultacie jej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie terminu związania ofertą. Izba uznał niniejszy zarzut za chybiony.

W tym zakresie, Izba podzieliła stanowisko przedstawione na rozprawie przez Zamawiającego, że *de facto* Wykonawca zaakceptował 60 dniowy okres związania ofertą (cz. IX ust. 1 SIWZ), z uwagi na oświadczenie z pkt 8 formularza ofertowego, jako mające swoje oparcie w orzecznictwie. W wyroku KIO z 28.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2234/10, stwierdzając, że: *"Fakt związania wykonawcy ofertą przez okres ustalony przez zamawiającego następuje zatem ex lege, przez sam fakt złożenia oferty. Skoro zatem przystępujący znając postanowienia siwz, przewidujące 60-dniowy termin związania ofertą, złożył ofertę, to związał się nią wobec zamawiającego na cały wymagany okres. (...) Izba ocenia zatem, że skoro przystępujący związał się przez złożone oświadczenie wymaganiami siwz, uczynił to również w odniesieniu do terminu związania ofertą stanowiącego z mocy prawa element sine qua non siwz. To na zamawiającym spoczywa ustawowy obowiązek przygotowania dokumentów postępowania z należytą starannością. Sprzeczności istnieją w siwz wskutek błędów zamawiającego i nie mogą obciążać wykonawcy. Skoro przystępujący był związany ofertą przez okres wymagany w siwz, to złożył ofertę zgodną z przepisami ustawy oraz wymaganiami siwz. Czynność wezwania do złożenia oświadczenia w sprawie terminu związania ofertą pozbawiona jest, w okolicznościach sporu, istotności, pozostaje bowiem bez wpływu na fakt związania się ofertą przez przystępującego do upływu okresu wyznaczonego w siwz."* Z kolei wyroku KIO z 16.10.2014 r., sygn. akt: KIO 2054/14, zważyła, iż: *"Skoro wykonawca wybrany uznał się za związanego wszystkimi określonymi*

26

w siwz zasadami i postanowieniami, a rozdział 1 pkt 13 siwz zawierał postanowienia dotyczące wymaganego przez zamawiającego terminu związania ofertą, to słusznie zamawiający uznał, że wykonawca czuje się związany postanowieniami siwz o terminie związania ofertą, określającymi ten termin na 60 dni. To, że rozumowanie zamawiającego było prawidłowe potwierdziło także oświadczenie wykonawcy wybranego z dnia 17 września 2014 r., w który oświadczył on o przedłużeniu terminu związania ofertą i przedłużeniu ważności wadium, zatem składając ofertę składał ją uznając się za związanego ofertą przez okres wymagany w siwz. Tym samym Izba w działaniu zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ani art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy."

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 1998/15 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Izba na marginesie poucza Zamawiającego, że wszelkie postępowanie wyjaśniające po zakończeniu etapu badania i oceny ofert są co do zasady niedopuszczalne, aby takie postępowanie mogło być prowadzone musi nastąpić unieważnienie wcześniejszego wyboru. Wszelkie zaś zmiany merytoryczne w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie można dokonywać poprzez poprawienie omyłki pisarskiej, ani też w odpowiedzi na odwołanie. Konieczne jest unieważnienie wcześniejszej czynności i przeprowadzenie nowej, od której biegnie termin na wnoszenie środków ochrony prawnej, w szczególności dotyczy to zmiany liczby ważnych ofert w postępowaniu i unieważnienia odrzucenia oferty jakiegokolwiek Wykonawcy.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 poz. 964), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 1987/15, sygn. akt: KIO 1998/15 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 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). Izba uznała wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1987/15

27

o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Izba uznała wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1998/15 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

28