Sygn. akt KIO 1179/17

WYROK
z dnia 28 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2017 r. przez **wykonawcę MOTO-ARMIA Sp. z o.o. z siedzibą w Wałczu, ul. Kilińszczaków 40B, 78-600 Wałcz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

---

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **MOTO-ARMIA Sp. z o.o., ul. Kilińszczaków 40B, 78-600 Wałcz**
i:
zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście tysięcy** złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę MOTO-ARMIA Sp. z o.o., ul. Kilińszczaków 40B, 78-600 Wałcz** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1179/17

Uzasadnienie

Zamawiający 3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3 30-901 Kraków wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa ogumienia«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17.02.2017 r. pod nrem 2017/S 034-061197.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 30.05.2017 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum Pionier K.P. [pełnomocnik], PPUH ARKA Z.W., ul. Dębowa 11, 16-002 Dobrzyniewo Duże (dalej wykonawca Konsorcjum).

Wykonawca MOTO-ARMIA Sp. z o.o. z siedzibą w Wałczu, ul. Kilińszczaków 40 B, 78-600 Wałcz (dalej odwołujący lub wykonawca MOTO-ARMIA), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 09.06.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie w zakresie zadania nr 15 na:

1) wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum;
2) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy Moto Budrex sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej wykonawca Moto Budrex) i zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Moto Budrex.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 26 ust. 3 Pzp przez jego niezastosowanie skutkujące zaniechaniem wezwania wykonawcy Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień odnośnie treści dokumentu załączonego do pisma wykonawcy Konsorcjum z 12.05.2017 r. określonego przez wykonawcę Konsorcjum jako „tłumaczenie homologacji", zatytułowanego „Zawiadomienie" i zaoferowanego przez wykonawcę Konsorcjum jako homologacja do opony „Neumaster W-16 158G 14PR", mimo że dokument dotyczy zupełnie innego produktu – opony „Marcher; Chemlon" typ MP913W16, a nadto uważna analiza treści dokumentu prowadzi do wniosku, że jest to dokument sfałszowany i poświadczający nieprawdę w zakresie treści w nim zawartych;

2) art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Moto Budrex sp. z o.o. i wykonawcy Konsorcjum, mimo że:
   a) wykonawcy nie byli w stanie złożyć na wezwanie zamawiającego dokumentów poświadczających, że oferowane przez nich w ramach zadania nr 15 ogumienie posiada homologację, w sytuacji gdy zamawiający wymagał w rozdz. X ust. 1 pkt 5 SIWZ aby oferowany do dostawy asortyment posiadł parametry techniczne zgodne z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w zakresie między innymi posiadania przez opony aktualnej homologacji wydanej na podstawie Regulaminu EKG ONZ 30 lub 54;
   b) K.P. działając w imieniu wykonawcy Konsorcjum celowo wprowadził zamawiającego w błąd poświadczając jednocześnie nieprawdę odnośnie posiadania homologacji przez oferowane przez niego ogumienie oraz posługując się fałszywym dokumentem homologacji;
3) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców Moto Burex i Konsorcjum, mimo że wykonawcy wprowadzili zamawiającego w błąd przedstawiając zamawiającemu oświadczenia i informacje świadczące o posiadaniu przez oferowane przez nich opony homologacji, w sytuacji, w której oferowane ogumienie w rzeczywistości homologacji nie posiada;
4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie skutkujące zaniechaniem odrzucenia ofert wykonawców Moto Budrex i Konsorcjum, mimo że zaoferowane przez nich w zakresie zadania nr 15 ogumienie nie posiada aktualnej homologacji, a zatem nie spełnia warunku określonego w rozdz. X ust. 1 pkt 5 SIWZ;
5) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez poprawienie oferty wykonawcy Konsorcjum polegającej na zmianie indeksu nośności z 160 na 158 oraz liczby przekładek z 16 na 14, mimo że podane przez wykonawcę Konsorcjum wartości nie powodowały niezgodności oferty ze SIWZ, gdyż wskazane początkowo wartości były zgodne z treścią SIWZ stawiającą wymagania odnośnie minimalnej liczby przekładek w liczebności 14 oraz minimalnego indeksu nośności 158, a zatem nie powinny być one poprawiane w tym trybie, zwłaszcza bez zawiadomienia wykonawcy Konsorcjum o dokonaniu poprawienia oferty wykonawcy Konsorcjum.

Odwołujący wniósł o:
1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 15;
2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania ofert, a w konsekwencji wykluczenia z postępowania wykonawców Moto Budrex i Konsorcjum, ewentualnie o nakazanie odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców;

3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów
   w tym kosztów adwokackiego norm postępowania, zastępstwa według
   przepisanych.

Ponadto, na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów załączonych do odwołania:
1) oryginalnego dokumentu homologacji nr H4-54R-0021746 na okoliczność

wykazania jak wygląda prawidłowo wystawiona homologacja udzielona w Holandii, rozbieżności pomiędzy homologacją oryginalną a złożoną przez wykonawcę Konsorcjum;

2) e-maila z 7.06.2017 r. godz. 10:36 wraz z tłumaczeniem
3) e-maila z 7.06.2017 r. godz. 10:23 wraz z tłumaczeniem
4) e-maila z 6.06.2017 r. godz. 13:00:34 wraz z tłumaczeniem
5) e-maila z 6.06.2017 r. godz. 14:46 wraz z tłumaczeniem
6) e-maila z 6.06.2017 r. godz. 14:07 wraz z tłumaczeniem
7) e-maila z 6.06.2017 r. godz. 10:58 wraz z tłumaczeniem

dokumenty z pkt 2-7 na okoliczność posługiwania się przez lidera wykonawcy Konsorcjum fałszywym dokumentem homologacji, zwracania się przez przedstawiciela odwołującego bezpośrednio do podmiotu wskazanego w treści homologacji o jej autentyczność, uzyskania odpowiedzi wykluczającej autentyczność dokumentu;

8) e-maila z 8.06.2017 r. godz. 10:26:45 wraz z tłumaczeniem
9) e-maila z 8.06.2017 r. godz. 9:34 wraz z tłumaczeniem
10) e-maila z 7.06.2017 r. godz. 14:48 wraz z tłumaczeniem
11) e-maila z 7.06.2017 r. godz. 13:56 wraz z tłumaczeniem
12) e-maila z 6.06.2017 r. godz.17:05 wraz z tłumaczeniem

dokumenty z pkt 8-12 na okoliczność posługiwania się przez lidera wykonawcy Konsorcjum fałszywym dokumentem homologacji, zwracania się przez przedstawiciela odwołującego bezpośrednio do podmiotu wskazanego w treści homologacji o jej autentyczność, treści uzyskanej odpowiedzi;

13) zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z 7.06.2017 r. wraz z potwierdzeniem nadania listem poleconym na okoliczność złożenia do Prokuratury Rejonowej w Białymstoku zawiadomienia odnośnie możliwości popełnienia przestępstwa przez lidera wykonawcy Konsorcjum – K.P. w przedmiotowym postępowaniu.

Argumentacja odwołującego

Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez zamawiającego w postępowaniu, ponieważ oferta odwołującego powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu – z liczbą punktów 59,37. W przypadku potwierdzenia się podnoszonych przez odwołującego zarzutów ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, a w konsekwencji zamawiający ma interes we wniesieniu odwołania.

Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty odwołującemu najkorzystniejszej 30.05.2017 r. W tym samym dniu odwołujący dowiedział się, że zamawiający nie odrzucił ofert pozostałych wykonawców oraz nie wykluczył ich z udziału w postępowaniu.

Odwołanie zostaje wniesione 9.06.2017 r., czyli w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu 9.06.2017 r. (dowód w załączeniu).

UZASADNIENIE

Zamawiający – 3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa ogumienia”, numer sprawy 39/2017 o wartości powyżej kwoty określonej na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zamówienie zostało podzielone na części (zadania od 1 do 15). Wykonawca – Moto-Armia w wyznaczonym w SIWZ terminie złożył ofertę – w zakresie Zadania nr 15 – dotyczącego dostawy opony terenowej do pojazdu Tatra /Nur/. W ramach wskazanego zadania oferty złożyli również inni wykonawcy – Konsorcjum, a także Moto Budrex.

30.05.2017 r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonując w ramach Zadania nr 15 wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum.

Wybór został dokonany przez zamawiającego z naruszeniem szeregu przepisów ustawy

Prawo zamówień publicznych oraz stanowi konsekwencję zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum, a także braku odrzucenia jego oferty pomimo oczywistej niezgodności ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ).

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał należy, że zamawiający wymagał od każdego z wykonawców, aby oferowane przez nich ogumienie posiadało aktualną homologację. Wymóg ten wynika bezpośrednio z rozdz. X ust. 1 pkt 5 SIWZ, zgodnie z którym zamawiający wymaga złożenia przez wykonawców oświadczeń (wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 10 do Oferty) do każdego rodzaju oferowanej do dostawy opony,

że „oferowany do dostawy asortyment posiada parametry techniczne zgodne z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w zakresie (...) posiadania przez opony aktualnej homologacji wydanej na podstawie Regulaminu EKG ONZ 30 lub 54 – w zależności wg jakiego z ww. regulaminów winna być homologowana opona".

Reasumując zamawiający wymaga aby oferowane ogumienie posiadało aktualną homologację. Wykonawca Konsorcjum, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza zaoferował dostawę ogumienia producenta Neumaster, posiadającego typ bieżnika W-16, Indeks nośności 160, symbol prędkości G oraz liczbę przekładek 16. Jednocześnie wykonawca Konsorcjum złożył oświadczenie (Załącznik nr 10 do oferty), że oferowane przez niego ogumienie posiada homologację.

9.05.2017 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy Konsorcjum z wezwaniem o udzielenie wyjaśnień odnoszących się do treści złożonej oferty oraz wezwał wykonawcę do złożenia homologacji do modelu oferowanej opony. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył wyjaśnienia, w których powołał się na „błąd piśmienniczy podczas wypełniania formularza". Jednocześnie wskazał, że „właściwa nazwa brzmi NEUMASTER W-16158G 14 PR, załącznikiem do pisma jest tłumaczenie homologacji. Załączona przez wykonawcę „homologacja", a właściwie jej tłumaczenie to poświadczony za zgodność dokument odnoszący się do opony „Marcher; Chemlon" (a nie do opony Neumaster), a nadto o typie „MP913W16" (zamiast W16). Dodatkowo jego treść już po powierzchownej analizie budzi wątpliwości co do jej autentyczności. Z treści tłumaczenia wynika bowiem, że jest to homologacja pochodząca z Holandii (Niderlandy). Homologacje pochodzące z tego kraju zawsze posiadają oznaczenie E4 (oznaczenie w lewej górnej części). W przedmiotowej homologacji pojawia się oznaczenie E32, które jest oznaczeniem przyporządkowanym dla innego kraju (Łotwy).

Prawidłowo homologacja holenderska oznaczona jest zawsze symbolem E4. Oryginalna homologacja holenderska (przykładowa) posiadana przez odwołującego dla innego modelu została dla porównania załączona do odwołania. Okoliczność, że E4 oznacza homologację holenderską wynika bezpośrednio z Regulaminu nr 117 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) – Jednolite przepisy dotyczące homologacji opon w odniesieniu do emisji hałasu toczenia i przyczepności na mokrych nawierzchniach lub oporu toczenia (vide: Załącznik nr 2, Dodatek 1, Przykład 1) oraz norm odnoszących się do homologacji.

Równocześnie w załączonej przez odwołującego homologacji pojawia się wyłącznie symbol E4 (bez symbolu E32, zastrzeżonego dla Łotwy). Mając na uwadze, że dokument od początku wzbudził podejrzenia odwołującego co do jego autentyczności, zwrócono się bezpośrednio do podmiotu mającego wydać przedmiotowy dokument (wskazanego na samym końcu kwestionowanego dokumentu: PO Box 777, 2700 AT-Zoetermeer, Holandia,

www.rdw.nl) z zapytaniem o jego autentyczność). W odpowiedzi ze wskazanego w dokumencie adresu mailowego otrzymano informację od jego posiadacza – Państwowego Urzędu Ruchu Drogowego i Rejestracji Pojazdów (RDW) w Holandii, o tym że dokument o tym numerze musiał zostać wystawiony co najmniej 25 lat temu i nie jest możliwe aby miało to miejsce w dniu 5.07.2015 r. (data wskazana jako data wydania raportu). Po dalszej weryfikacji okazało się, że przedstawiciel RDW odnalazł w swoich zbiorach jedyny ważny dokument (homologację) odnoszącą się do opony producenta wskazanego w treści homologacji (Qingdao Quizhou Co. Ltd.) i jest to numer E4-54R-003Q738 ext 00. Numer ten w żaden sposób nie odpowiada numerowi wskazanemu w tłumaczeniu homologacji złożonej

przez wykonawcę (E4 00-0005) i nie wiadomo jakiego konkretnie dotyczy modelu.

W rezultacie Urząd, który rzekomo miał udzielać homologacji wskazanej przez wykonawcę (RDW w Holandii) wykluczył jej autentyczność. O nieprawdziwości tego dokumentu świadczy między innymi oznaczenie (E32 zamiast E4), błędna nazwa producenta (Marcher, Chemlon) oraz nieznane oznaczenie typu opony (MP913W16), a także numer pierwszych homologacji wystawionych przez RDW). W ocenie odwołującego – wykonawca Konsorcjum celowo posłużył się dokumentem fałszywym, poświadczającym nieprawdę – chcąc za wszelką cenę uzyskać zamówienie. W związku z tym zostało złożone zawiadomienie do Prokuratury Rejonowej w Białymstoku o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 297 § 1 Kodeksu karnego.

Dowód: dokumenty wymienione w pkt 1-12 powyżej

Powyższe okoliczności powinny wzbudzić wątpliwości po stronie zamawiającego, który obowiązany był takiej sytuacji przynajmniej wezwać wykonawcę Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, powołując się, brak zgodności informacji zawartych w tłumaczeniu homologacji z treścią złożonej oferty, a także na ich niekompletność (wykonawca złożył jedynie «umączenie homologacji, bez jej oryginalnej wersji). Tłumaczenie nie zawiera żadnego podpisu, żadnych znaków graficznych. Są to immanentne cechy homologacji, której zażądał zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowany produkt spełnia warunki określone w treści SIWZ.

Z uwagi posłużenie się przez wykonawcę dokumentem fałszywym, poświadczającym nieprawdę i niedotyczącym zaoferowanej opony (Neumaster), zamawiający powinien był wykluczyć wykonawcę w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

Wykonawcę wyklucza się każdorazowo, gdy przedstawia informacje wprowadzające w błąd, składa fałszywe oświadczenia lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Wykonawca Konsorcjum nie tylko nieprawdziwie oświadczył, że oferowane przez niego ogumienie posiada homologację, lecz również w celu wykazania tej nieprawdziwej informacji posłużył się fałszywym dokumentem. Powinno to prowadzić do

wykluczenia wykonawcy Konsorcjum, a nie do dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Jak przyjmuje się w doktrynie wymienione w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w postaci winy, w postaci lekkomyślności i niedbalstwa nie mają charakteru zamkniętego i stanowią minimalny stopień winy skutkujący wykluczeniem. Działanie podjęte przez wykonawców umyślnie w celu wprowadzeniu w błąd zamawiającego lub ze świadomością wprowadzenia w błąd i godzenia się na to oraz w wyniku rażącego niedbalstwa, również mają zastosowanie w odniesieniu do tego przepisu (zasada wnioskowania *a minore ad maius)*. Jednocześnie wskazać należy, że przepis ten ma zastosowanie tylko do oceny podejmowania przez zamawiających wszystkich istotnych czynności, które nie zostały wymienione w treści art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp (por. Tomasz Saganowski, Wprowadzenie w błąd zamawiającego cz. II Zam.Pub.Dor. 2016/11/54-63). Ustawodawca przesądza, że podanie lub zatajenie informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd, godzi w rzetelność wykonawcy, a w konsekwencji uniemożliwia udzielenie temu podmiotowi zamówienia. W ocenie odwołującego taka sytuacja wystąpiła w rozpoznawanym postępowaniu.

Z ostrożności procesowej odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy Konsorcjum powinna zostać odrzucona nie tylko jako oferta wykonawcy wykluczonego (art. 24 ust. 4 Pzp) lecz również w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niespełniająca warunków określonych w SIWZ. Zaoferowany przedmiot nie posiada bowiem homologacji wymaganej przez zamawiającego.

Zamiast tego zamawiający poprawił ofertę wykonawcy Konsorcjum, mimo że poprawiane parametry (indeks nośności, liczba przekładek) nie powodowały niezgodności z SIWZ. Tę niezgodność powoduje brak posiadania przez wykonawcę Konsorcjum homologacji do oferowanego ogumienia. Zaoferowany produkt – określony jako „Neumaster W16158 G 14 PR" nie posiada homologacji, a zatem nie odpowiada jednemu z wymagań stawianych przez zamawiającego. Zgodnie natomiast z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada SIWZ. Warunku posiadania przez oponę homologacji nie spełnia również ogumienie zaoferowane przez innego wykonawcę – wykonawcę Moto Budrex. Wykonawca ten, pomimo wezwania skierowanego przez zamawiającego z żądaniem złożenia aktualnej homologacji takiej homologacji nie złożył. Z

wyjaśnień z 12.05.2017 r. wynika, że »na etapie realizacji wykonawca Moto Budrex dostarczy przedmiotowe ogumienie wraz z dokumentami homologacji«. Jednocześnie wskazano, że »W SIWZ zamawiający oczekuje dokumentów na etapie odbioru wojskowego«. Odwołujący takiego zastrzeżenia w treści SIWZ nie odszukał. Jednocześnie należy mieć na względzie, że oświadczenie o posiadaniu przez oferowany produkt homologacji zostało złożone wraz z ofertą i stanowiło Załącznik nr 10 do oferty. W

oświadczeniu wykonawca Moto Budrex zapewnił że ogumienie posiada homologację (a nie będzie posiadać przy realizowaniu dostawy).

W istocie zatem wykonawca Moto Budrex poświadczył nieprawdę, zapewniając że oferowany produkt posiada homologację, w sytuacji gdy taka homologacja do dnia dzisiejszego nie została pozyskana. Zamawiający uprawniony był do żądania dokumentów potwierdzających zgodność oferty z treścią SIWZ na etapie dokonywania badania i oceny ofert. Takich dokumentów zażądał, jednakże wykonawca Moto Budrex ich nie przedstawił. Dodatkowo wykonawca Moto Budrex oświadczył nieprawdę zapewniając o istnieniu homologacji (na etapie składania ofert), zaś już w toku składania wyjaśnień przyznał pośrednio, że taką homologacją produkt nie dysponuje. Wykonawca Moto Budrex w załączeniu do wyjaśnień złożył jedynie oświadczenie producenta, że „wraz z wyżej wspomnianą oponą zostanie dostarczony e-certyfikat". Podnieść należy, że zamawiający postawił wymóg uzyskania homologacji, a nie e-certyfikat. Z niewiadomych przyczyn zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy Moto Budrex z udziału postępowania mimo niezłożenia przez niego wymaganych dokumentów oraz złożenia nieprawdziwego oświadczenia o posiadaniu przez oferowany produkt homologacji. Nadto oferta, mimo że niespełniająca warunków określonych w SIWZ powinna podlegać odrzuceniu – z uwagi na brak posiadania przez oponę wymaganych parametrów technicznych (homologacji).

Podsumowując odwołujący wskazał, że w wyniku niezgodnych z przepisami Pzp czynności zamawiającego określonych w odwołaniu, doszło do wyboru najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona, zaś jej wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania oraz innych naruszeń wskazanych w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 09.06.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom .2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

12.06.2017 r. wykonawca Konsorcjum Pionier K.P. [pełnomocnik], PPUH ARKA Z.W. ul. Dębowa 11, 16-002 Dobrzyniewo Duże złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp). Kopia pisma o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego nie została złożona do

odwołującego, czyli wykonawca nie mógł stać się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 14.06.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania ze względu na brak interesu. Ponadto ze względu na bezzasadność zarzutów.

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:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

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. Jednocześnie Izba stwierdza, że nie może przychylić się do wniosku zamawiającego o oddalenie odwołania ze względu na brak interesu, gdyż odwołujący zaoferował cenę ofertową przewyższającą kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Izba wskazuje, że zaoferowanie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia przewyższającej kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie jest jedyną przesłanką do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli […] cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty«.

Drugą przesłanką, która musi wystąpić łącznie z pierwszą przesłanką jest wykazanie przez zamawiającego, że zamawiający nie może zwiększyć kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty i zaistnienia tej przesłanki zamawiający nie wykazał.

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.

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

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez odwołującego:

A) pismo z 12.06.2017 r. z RDW w Holandii, czyli autora homologacji, załączone do pisma z 12.05.2017 r. tłumaczenie, na okoliczność wykazania, że RDW nie wystawiło homologacji wskazanej przez wykonawcę Konsorcjum na okoliczność, że wykonawca ten złożył dokument poświadczający nieprawdę;

B) mail z 08.06.2017 r. tłumaczenie, które zostało złożone na etapie odwołania na okoliczności posługiwania się fałszywym dokumentem homologacji i zwracania się przez odwołującego bezpośrednio do podmiotu wskazanego w treści homologacji z prośbą o potwierdzenie autentyczności homologacji oraz treści uzyskanej odpowiedzi;

C) wydruk bez daty ze strony internetowej producenta Marcher z parametrami dla opony W16 zaoferowanej przez konsorcjum w celu porównywania parametrów z treścią homologacji załączone przez konsorcjum do pisma z 09.06.2017 r. na okoliczność wykazania różnic w parametrach i właściwościach opony zaoferowanej przez konsorcjum a opony, której dot. homologacja;

D) pismo z 22.06.2017 r. TDT [Transportowy Dozór Techniczny] w Warszawie na okoliczność wykazania, że nie ma możliwości posługiwania się inną nazwą handlową niż w treści dokumentu homologacji;

E) pismo z 21.06.2017 r. odwołującego do TDT na okoliczność treści uzyskanej odpowiedzi na zapytanie odwołującego;

oraz dowód złożony przez zamawiającego:

1) oświadczenie i dokumenty dot. homologacji na wykazanie, że opony które zaoferował wykonawca konsorcjum są zgodne z wymaganiami zawartymi w SIWZ.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp – przez zaniechanie wezwania wykonawcy Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień odnośnie treści dokumentu załączonego do pisma wykonawcy Konsorcjum z 12.05.2017 r. określonego przez wykonawcę Konsorcjum jako „tłumaczenie homologacji”, zatytułowanego „Zawiadomienie” i zaoferowanego przez wykonawcę Konsorcjum jako homologacja do opony „Neumaster W-16 158G 14PR”, mimo że dokument dotyczy zupełnie innego produktu – opony „Marcher; Chemlon” typ MP913W16, a nadto uważna analiza treści dokumentu prowadzi do wniosku, że jest to dokument sfałszowany i poświadczający nieprawdę w zakresie treści w nim

zawartych – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że wykonawca Konsorcjum, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą przedstawił z ofertą dokumentny, z których wynika, że zaoferowane opony, produkcji Qingdao Qizhon Rubber Co., Ltd. występują pod dwiema nazwami handlowymi MARCHER i NEUMASTER 913, co zresztą jest bezsporne. Na stronie producenta w zakładce opony dla wojska ta opona występuje pod symbolem katalogowym W-16, co również zostało zobrazowane częściowo dowodem C. Tak więc opony zaproponowane przez wykonawcę Konsorcjum posiadają wymaganą homologację wg EKG-ONZ-54 i spełniają wymagania zamawiającego określone w SIWZ i w załączniku nr 1 Wymagania Eksploatacyjno-Techniczne (WET). Ponadto odwołujący nie wykazał sfałszowania dokumentów przez wykonawcę Konsorcjum.

Wobec tego Izba nie może uwzględnić zarzutu pierwszego zaniechania wezwania wykonawcy Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień (na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp) odnośnie treści dokumentu załączonego do pisma wykonawcy Konsorcjum z 12.05.2017 r.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Moto Budrex sp. z o.o. i wykonawcy Konsorcjum, mimo że (a) wykonawcy nie byli w stanie złożyć na wezwanie zamawiającego dokumentów poświadczających, że oferowane przez nich ogumienie posiada homologację, w sytuacji gdy zamawiający wymagał w rozdz. X ust. 1 pkt 5 SIWZ aby oferowany asortyment posiadł parametry techniczne zgodne z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w zakresie między innymi posiadania przez opony aktualnej homologacji wydanej na podstawie Regulaminu EKG ONZ 30 lub 54 oraz (b) wykonawca Konsorcjum celowo wprowadził zamawiającego w błąd poświadczając jednocześnie nieprawdę odnośnie posiadania homologacji przez oferowane przez niego ogumienie oraz posługując się fałszywym dokumentem homologacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający w rozdz. X ust. 1 pkt 5 dziesiąta kropka SIWZ aby oferta zawierała oświadczenie, że cyt. „oferowany do dostawy asortyment posiada parametry techniczne zgodne z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w zakresie […] posiadania przez opony aktualnej homologacji wydanej na podstawie Regulaminu EKG ONZ 30 lub 54 – w zależności wg jakiego z ww. regulaminów winna być homologowana opona”. Takie oświadczenia zostały złożone. Zamawiający nie może wprowadzić nowego wymagania po upływie terminu składania ofert, a więc wymagania od wykonawców złożenia dokumentów poświadczających, że oferowane ogumienie posiada homologację.

Odwołujący zarzucił, że Wykonawca Konsorcjum złożył jedynie tłumaczenie homologacji bez jej oryginalnej wersji, ale odwołujący nie wziął pod uwagę, treści wymagania postawionego przez zamawiającego w rozdz. X ust. 1 pkt 5 SIWZ, które nie obejmowało

wymagania załączenia do oświadczenia jakichkolwiek dokumentów. Dlatego zarzut musi być uznany przez Izbę za bezzasadny.

Również zarzut odwołującego, że wykonawca Konsorcjum sfałszował dokument homologacji nie może być uwzględniony przez Izbę, bo przesłany – przez wykonawcę Konsorcjum przy wyjaśnieniach oferty – dokument był tłumaczeniem innego dokumentu traktującego o parametrach opony. Dlatego brak było podstaw do uznania przez zamawiającego, że przedmiotowy dokument jest fałszywy.

Z tych względów Izba nie może stwierdzić, że wykonawca Konsorcjum będąc zobowiązanym do złożenia homologacji nie złożył jej, dlatego wykonawca ten nie podlega wykluczeniu. Także odwołujący nie dowiódł, że wykonawca Konsorcjum sfałszował omawiany dokument homologacji.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawców Konsorcjum i Moto Burex, mimo że wykonawcy wprowadzili zamawiającego w błąd przedstawiając zamawiającemu oświadczenia i informacje świadczące o posiadaniu przez oferowane przez nich opony homologacji, w sytuacji, w której oferowane ogumienie w rzeczywistości homologacji nie posiada – nie zasługuje na

uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zarzut braku posiadania homologacji przez wykonawcę Konsorcjum nie może się utrzymać, gdyż zamawiający przedstawił jako dowód nr 1 homologację złożoną przez wykonawcę Konsorcjum na przedmiotowe opony. Homologacja została wystawiona przez podmiot łotewski, a nie przez podmiot holenderski, czego doszukiwał się odwołujący.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Moto Budrex i Konsorcjum, mimo że zaoferowane przez nich ogumienie nie posiada aktualnej homologacji, a zatem nie spełnia warunku określonego w rozdz. X ust. 1 pkt 5 SIWZ – nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak to Izba wykazała w uzasadnieniu do oddalenia zarzutu drugiego zamawiający nie żądał w rozdz. 10 ust. 1 pkt 5 SIWZ dołączenia do oferty homologacji, ale wymagał złożenia oświadczenia o posiadaniu przez oferowane opony homologacji. Stąd również zarzut czwarty jest zdaniem Izby bezpodstawny.

W ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – przez poprawienie oferty wykonawcy Konsorcjum polegającej na zmianie indeksu nośności z 160 na 158 oraz liczby przekładek z 16 na 14, mimo że podane przez wykonawcę Konsorcjum wartości nie powodowały niezgodności oferty ze SIWZ, gdyż wskazane początkowo wartości były zgodne z treścią SIWZ stawiającą wymagania odnośnie minimalnej liczby przekładek w liczebności

---

14 oraz minimalnego indeksu nośności 158, a zatem nie powinny być one poprawiane w tym trybie, zwłaszcza bez zawiadomienia wykonawcy Konsorcjum o dokonaniu poprawienia oferty wykonawcy Konsorcjum – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez poprawę oferty wykonawcy [Konsorcjum] mimo, że pierwotnie wskazane parametry nie powodowały niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Ponadto odwołujący zarzucił, że zamawiający nie zawiadomił wykonawcy o dokonaniu poprawy jego oferty.

Izba podkreśla, że art. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie […] inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty […] niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona« i nakazuje zamawiającemu dokonanie poprawy omyłek niezależnie od tego czy treść oferty w pierwotnym brzmieniu wykazuje spełnienie warunków czy wymagań zawartych w SIWZ. Istotne jest stwierdzenie przez zamawiającego omyłek występujących w ofercie i to bez względu na to czy zamawiający samodzielnie natknął się na te omyłki czy został przez kogoś na to naprowadzony np. przez wykonawcę, w którego ofercie znalazły się te omyłki. Ponadto na zamawiającym ciąży drugi obowiązek – zawiadomienia o dokonanej poprawie wykonawcy, którego oferta została poprawiona, o poprawie omyłki.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający zawiadomił wykonawcę Konsorcjum pisemnie 15.05.2017 r. o dokonanych poprawieniach, a więc zamawiający wypełnił dyspozycje art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i zarzut piąty naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może zostać przez Izbę uwzględniony.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……