

WYROK
z dnia 3 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 czerwca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2014 r. przez wykonawcę: **Alpida sp. z o.o., ul. Portofino 10 lok. 30, 02-764 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego działa jednostka organizacyjna: Zakład Remontów i Konserwacji Dróg, Plac Czerwca 1976 r. nr 1, 02-495 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **GMB Inwestycje sp. z o.o. ul. Sokolska 70A, 41-219 Sosnowiec** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Alpida sp. z o.o., ul. Portofino 10 lok. 30, 02-764 Warszawa, i :**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Alpida sp. z o.o., ul. Portofino 10 lok. 30, 02-764 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego działa jednostka organizacyjna: Zakład Remontów i Konserwacji Dróg w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę wyrobów kamiennych dotyczących remontu ul. Świętokrzyskiej”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 107023-2014 w dniu 31 marca 2014 r.

Zamawiający w dniu 9 maja 2014 r. dokonał wyboru oferty złożonej przez GMB Inwestycje sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Oferta złożona przez wykonawcę Alpida sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie została odrzucona z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca Alpida sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom,
2. zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy GMB Inwestycje sp. z o.o., a tym samym zaniechania uznania oferty za odrzuconą,
3. czynności wyboru oferty GMB Inwestycje sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, podczas gdy ww. wykonawca winien zostać wykluczony, a jego oferta uznana za odrzuconą,
4. zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 26 ust. 4 w związku z art. 25 ust. 1 Pzp w związku z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2013 r. nr 231), poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, czy zawarta w deklaracji właściwości użytkowych wielkość „≥ 14” spełnia wymagania określone w polskich normach i dodatkowe wymagania dotyczące jakości wykonania oraz uznanie, że oferowane dostawy nie będą spełniać wymagań zawartych w SIWZ,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GMB Inwestycje sp. z o.o., pomimo złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych

informacji, mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w zakresie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia,

3. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie czynności badania i oceny ofert w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez GMB Inwestycje,
3. odrzucenia oferty GMB Inwestycje,
4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a następnie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu i których oferty nie podlegają odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu oraz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wyjaśnił, że oferta odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza z uwagi na zaoferowaną cenę i kryterium oceny ofert, które stanowi - 100% cena. Podniósł, że poprzez dokonanie wyboru oferty GMB Inwestycje i niewybranie oferty odwołującego, zamawiający naruszył przepisy Pzp oraz pozbawił odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przedmiot zamówienia miał być zgodny z wymogami norm:

- 1) PN-EN 1343:2003 dotyczącej krawężników,
- 2) PN-EN 1341:2003 dotyczącej płyt do zewnętrznych nawierzchni drogowych,
- 3) PN-EN 1342:2003 dotyczącej kostki kamiennej.

Wykonawca zobowiązany został do załączenia do oferty Deklaracji właściwości użytkowych lub Deklaracji Zgodności z PN dla wszystkich oferowanych wyrobów, zawierającą orzeczenie o jakości wykorzystanego do produkcji surowca, potwierdzającą zgodność oferowanych wyrobów ze wskazanymi normami i dodatkowymi wymaganiami dotyczącymi jakości wykonania (w szczególności KL.../F1). (Opis Przedmiotu Zamówienia - załącznik nr 2 do SIWZ)

W dniu 15 kwietnia 2014 r. zamawiający dokonał zmiany SIWZ w ten sposób, że wprowadził dodatkowe wymagania polegające na tym m.in., że materiał (granit) musi spełniać następujące minimalne wartości:

1. Wytrzymałość na ściskanie w stanie powietrzno-suchym - 175 MPa (norma PN-EN 1926),

2. Wytrzymałość na zginanie w stanie powietrzno-suchym – min. 19 MPa (norma PN-EN 12372).

Ponadto, wszystkie wyroby, z wyjątkiem pozycji K muszą zostać wykonane z granitu jasnoszarego, średnioziarnistego.

Odwołujący podniósł w odwołaniu następujące zarzuty:

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 Pzp w związku z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane

Odwołujący stwierdził, że złożył w postępowaniu ofertę, zgodnie z którą wytrzymałość materiałów na zginanie jest większa lub równa 14,10 MPa. Jest to typowe określenie wytrzymałości materiału, co oznacza, że towar posiada co najmniej wskazane parametry lub większe, a nie równe tej wartości. Stwierdzenie to oznacza, że wytrzymałość kamienia na zginanie mogła równie dobrze przekraczać wskazany przez zamawiającego parametr 19 MPa. Odwołujący wskazał, że złożył Deklaracje właściwości użytkowych, które zgodnie z pkt 6 lit. a) część IV SIWZ są dokumentami potwierdzającymi, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym przez zamawiającego wymaganiom. Powyższe deklaracje są dokumentami, których zamawiający mógł żądać na podstawie § 6 ust 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający powinien zatem w przypadku braku jednoznacznego brzmienia dokumentu, wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie Deklaracji właściwości użytkowych, w szczególności w zakresie, czy oferowane dostawy spełniają parametry określone w załączniku nr 2 do SIWZ. Stosownie do zapisów art. 26 ust. 4 Pzp zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Zamawiający zaniechał tej czynności, czym dopuścił się naruszenia przepisów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienie wątpliwości nie jest uprawnieniem zamawiającego, lecz jego obowiązkiem, co wynika z orzecznictwa KIO. Odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2014 r. sygn. sprawy KIO 62/14.

Z Deklaracji właściwości użytkowych złożonych przez odwołującego nie wynika wprost, że oferowane dostawy nie spełniają wymagań zamawiającego, w związku z czym zaistniała wątpliwość, którą zamawiający winien był wyjaśnić, zgodnie z procedurą określoną w art. 26 ust. 4 Pzp. Nie ulega zatem wątpliwości, że zamawiający zobowiązany był do wyjaśnienia niejednoznacznego brzmienia Deklaracji właściwości użytkowych. Zamawiający

natomiast w piśmie z dnia 8 maja 2014 r. ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że materiał odwołującego „może mieć wartości niższe od wymaganej wartości 19,0 MPa”. Stanowisko to odwołujący poparł wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2013 r. sygn. akt KIO 1463/13; KIO 1468/13; KIO 1476/13.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp

Wykonawca GMB Inwestycje sp. z o.o. złożył ofertę, załączając do niej Deklaracje Zgodności z Polskimi Normami. We wszystkich tych deklaracjach wykonawca wskazał, że granit strzegomski Graniczna z kamieniołomu Graniczna II, powiat Świdnica, posiada następującą charakterystykę:

- 1) wytrzymałość na ściskanie w stanie powietrzno-suchym -179,9 Mpa,
- 2) wytrzymałość na zginanie w stanie powietrzno-suchym - 20,9 Mpa

Odwołujący podniósł, że nie jest możliwe dostarczenie granitu strzegomskiego Graniczna z kamieniołomu Graniczna o ww. parametrach.

Odwołujący wyjaśnił, że zwrócił się do rzeczoznawcy do spraw jakości produktów lub usług w specjalności kamieniarstwo inż. M..... F..... o udzielenie odpowiedzi na pytanie: Czy istnieje granit szary średnioziarnisty, którego wytrzymałość na zginanie przekracza 19 MPa? W odpowiedzi inż. M..... F....., który jest biegłym sądowym z zakresu kamieniarstwa przy Sądzie Okręgowym w Świdnicy, wyjaśnił, że „w nawiązaniu do Państwa pytania dot. Dostępności na rynku szarego granitu średnioziarnistego o dolnej spodziewanej wartości (EI) wytrzymałości na zginanie (Rf) w wysokości 19.0 MPa mierzonej zgodnie z aktualna norma EN 12372 informuję, że zgodnie z posiadana wiedza nie istnieje żadna kopalnia na terenie Polski, która by obecnie eksploatowała materiał o takich parametrach" oraz „dla granitów strzegomskich parametr ten przyjmuje się najczęściej wartości 11,0-16,0 MPa i jest wystarczający dla wykonywania elementów kamiennych stosowanych z powodzeniem w budownictwie drogowym". Ponadto, jak wynika z opinii, co potwierdzają również właściwe normy w tym zakresie, w przypadku płyt chodnikowych według normy PN- EN 1341:2003, minimalne obciążenie niszczące element nie powinno być mniejsze niż 25,0 kN, co po obliczeniu, zgodnie z obowiązującym wzorem, wskazuje, że całkowicie wystarczającym dla tego zamówienia jest użycie surowca o wytrzymałości na zginanie powyżej 10,6 MPa. Odwołujący załączył pismo inż. M..... F..... z dnia 10 maja 2014 r. oraz wyciąg z polskich norm PN-EN 1341:2003 i PN-EN 1343:2003.

Po uzyskaniu wskazanej powyżej opinii rzeczoznawcy z zakresu kamieniarstwa, odwołujący przeprowadził badania porównawcze wszystkich dostępnych źródeł surowca w Polsce. Badania te dotyczyły wyników wytrzymałości na zginanie w stanie powietrzno-suchym granitu strzegomskiego. Z uzyskanych dokumentów wynika, że w żadnym wypadku,

granit ten, który zaoferowała GMB Inwestycje sp. z o.o. nie spełnia warunku wytrzymałości na zginanie w stanie powietrzno-suchym 20,9 MPa. Co więcej, badania, które uzyskał odwołujący, zostały przeprowadzone w oparciu o normę PN-EN 12372, na którą powołuje się GMB Inwestycje w złożonych Deklaracjach Zgodności. Odwołujący załączył wyniki przeprowadzonych badań wraz z zestawieniem przeprowadzonych badań.

Z załączonych wyników badań wprost wynika, że GMB Inwestycje sp. z o.o. złożyła wraz z ofertą informacje nieprawdziwe. Nie sposób bowiem przyjąć, że w konfrontacji z tak wieloma niezależnymi badaniami, informacje zawarta przez GMB Inwestycje sp. z o.o. w Deklaracjach Zgodności są prawdziwe.

W związku z powyższym, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, wykonawca GMB Inwestycje sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania, gdyż informacje podane przez ww. wykonawcę w zakresie spełnienia warunków SIWZ miały bezpośredni i niekwestionowany wpływ na wynik rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjąć należy, że gdyby wykonawca GMB Inwestycje sp. z o.o. podał informacje zgodne z rzeczywistym stanem faktycznym w zakresie wytrzymałości na zginanie w stanie powietrzno-suchym, oferta tego wykonawcy zostałaby odrzucona.

Mając na uwadze, iż GMB Inwestycje sp. z o.o. jest profesjonalnym przedsiębiorcą trudniącym się dostawami kamienia, nie sposób przyjąć, iż wykonawca ten nie miał świadomości faktu podawania informacji odbiegających od stanu rzeczywistego. Na potwierdzenie tego faktu odwołujący wskazał, że Granit Graniczna, który zaoferował wykonawca GMB Inwestycje sp. z o.o., wydobywa Granimex sp. z o.o., w której to spółce udział posiada wspólnik GMB Inwestycje Z..... K..... Dodatkowo należy wskazać, że Z..... K..... dodatkowo sprzedaje Granit Graniczna. Z informacji zawartych w „Atlasie kamieni naturalnych dostępnych na rynku polskim” - wydawnictwo H.G. Braune, IV wydanie - wynika, że Granit Graniczna posiada daleko mniejsze parametry w zakresie wytrzymałości na ściskanie niż to zostało przedstawione przez GMB Inwestycje sp. z o.o., a mianowicie wytrzymałość na ściskanie, zgodnie z informacjami z powołanego atlasu wynosi 119 MPa, a w Deklaracji Zgodności podano 179,9 MPa.

Biorąc pod uwagę, że wykonawca jest podmiotem niewątpliwie posiadającym rozległą wiedzę w zakresie kamieniarstwa, trudno przyjąć, iż nie znał on właściwych parametrów oferowanych towarów. Odwołujący załączył wydruk z KRS Granimex sp. z o.o., wydruk z CEIDG Z..... K..... Kamieniarstwo, wydruk ze strony Granimex.

Odwołujący podkreślił, że parametry wskazane przez GMB Inwestycje są rażąco zawyżone w stosunku do pozostałych badań przeprowadzonych niezależnie. Trudno zatem przyjąć, iż było to wynikiem omyłki.

Zarzutek naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w trakcie trwania postępowania zmienił treść SIWZ i wskazał zawyżone normy w stosunku do wymaganych dostaw. Zgodnie ze „Specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych” wytrzymałość na zginanie zalecana w jednostce kN wynosi 25, co zgodnie z pismem rzeczoznawcy w zakresie kamieniarstwa inż. M..... F..... powoduje, że wystarczającym jest użycie surowca powyżej 10,6 MPa, a nie jak podwyższył zamawiający 19 MPa. Zgodnie z powołanymi polskimi normami, dla wyrobów o najwyższej klasie wytrzymałości wystarczającym jest, aby materiał użyty wytrzymał obciążenie 25 kN. Zmiana przez zamawiającego treści SIWZ na etapie postępowania rodzi uzasadnione wątpliwości, gdyż żaden dostawca kamienia, w wyjątkiem Granimex (zgodnie ze złożoną ofertą), nie posiada kamienia o podobnych parametrach, jak wskazane w zmienionym SIWZ. Odwołujący zaznaczył, że wszystkie wyniki badań wskazane powyżej wykazały, że oferowany przez dany przedsiębiorców granit badany według normy PN-EN 12372 spełnia wymogi stawiane przez normy PN-EN 1341:2003 oraz PN-EN 1343:2003. Na uwagę szczególną zasługuje fakt, iż badania materiału kamiennego sporządzone na zlecenie Z..... K..... - udziałowca zarówno w firmie Granimex, jak i GMB Inwestycje sp. z o.o. wskazują, że granit z kamieniołomu Graniczna II posiada wytrzymałość na ściskanie w stanie powietrzno-suchym 166.6 MPa. natomiast wytrzymałość na zginanie w stanie powietrzno-suchym wynosi 14.9 MPa.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie odwołującego, zmiana SIWZ na etapie po przystąpieniu przez odwołującego do postępowania przetargowego przy udzielaniu odpowiedzi na pytania, jak również dokonanie oceny ofert w sposób nierzetelny polegający na przyjęciu, że odwołujący nie spełnia wymagań SIWZ ze względu na użycie sformułowania większe lub równe 14,10 MPa i brak wyjaśnienia powyższego, pomimo istnienia takiego obowiązku, rodzi uzasadnione wątpliwości, co do równego traktowania uczestników postępowania przetargowego.

Wykonawca GMB Inwestycje sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. W ocenie przystępującego Deklaracje właściwości użytkowych złożone przez Alpida sp. z o.o., potwierdzające, że oferowane wyroby posiadają wytrzymałość na zginanie w stanie powietrzno-suchym na poziomie większe lub równe 14 MPa, nie potwierdzają spełnienia wymogu zamawiającego, tj. nie posiadają ww. wytrzymałości na poziomie min. 19 MPa. Przystępujący podniósł, że przy wartości ww. parametru większe lub równe 14 MPa wytrzymałość oferowanego surowca może przewyższać wymaganie zamawiającego jak również może być niższa niż wymagana. Możliwość spełnienia wymagania nie jest tożsama z pewnością (potwierdzeniem) spełniania tego wymagania. Zdaniem przystępującego nie

zaistniały wątpliwości wymagające wyjaśnienia złożonych przez odwołującego w ofercie deklaracji.

Przystępujący wskazał, że opinia załączona do odwołania jest opinią o charakterze prywatnym. Wskazał, że ww. opinia jest sprzeczna z twierdzeniem odwołującego, iż zaoferowane przez odwołującego wyroby w tym postępowaniu spełniają wymaganie zamawiającego w zakresie wytrzymałości na zginanie w wysokości 19 MPa (zarzut dot. odrzucenia oferty odwołującego). Odwołujący nie przeprowadził żadnych badań, a jedynie zebrał przykładowe (przypadkowe) wyniki badań, z różnych miejsc, złóż, partii i okresów czasowych, a z ich zestawienia wyciąga daleko idące i niczym nie poparte wnioski. Przedłożone wyniki badań świadczą wyłącznie o tym, że kamień pochodzący z danego złoża, którego próbki były poddane badaniu posiada określone właściwości. Nie świadczy natomiast o tym, że nie jest możliwe występowanie kamienia o innych, w tym wyższych parametrach w innych złożach, tak na terenie Polski, jak i poza jej granicami. Jak stwierdził biegły w opinii złożonej przez odwołującego „właściwości surowca skalnego mogą się zmieniać wraz z postępem eksploatacji w zakładzie górniczym, gdyż w różnych częściach złoża i na różnych jego głębokościach mogą występować odmienne warunki, w których krystalizowała się magma. Z tego też powodu należy dokonywać inspekcji surowca, aby sprawdzać jego zmienność”. Przystępujący dysponuje badaniami wykonanymi na przestrzeni ostatnich kilku lat potwierdzającymi, że oferowany przez niego surowiec posiada wymagane przez zamawiającego parametry (badania wykonane dla: Zkusebna kameniva s.r.o z 29.06.2006 r., Politechnika Wroclawska Instytut Górnictwa z 23.01.2007 r., Politechnika Wroclawska Instytut Górnictwa z 20.09.2010 r.). Przystępujący złożył pismo z dnia 20.05.2014 r. inż.. M. F....., w którym po analizie wyników badań Politechniki Wroclawskiej Instytut Górnictwa z 20.09.2010 r. potwierdził, że wyniki badań potwierdzają, że poddany badaniom „materiał Graniczna II spełnia wymagania SIWZ zawarte w opisie przedmiotu zamówienia pkt 1.1”. Dodatkowo przystępujący podniósł, że nie było żadnych przeszkód aby odwołujący mógł nawiązać współpracę z firma Granimex i skorzystać z surowca pochodzącego od tej spółki, spełniającego parametry określone przez zamawiającego. Na zakończenie przystępujący zauważył dwoistość argumentacji odwołującego w uzasadnieniu zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podniósł brak interesu odwołującego do wniesienia odwołania z uwagi na niezaskarżenie czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i brak stosownego żądania w powyższym zakresie. Ponadto zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z wymaganiami SIWZ. Wskazał, że nie zaistniały w niniejszej sprawie wątpliwości

podlegające wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp dotyczące treści deklaracji właściwości użytkowych złożonych w ofercie odwołującego. Zamawiający wyjaśnił, że w postępowaniu prowadzonym w 2013 r., którego przedmiotem była dostawa wyrobów kamiennych (granitowych) zarówno odwołujący jak i przystępujący złożyli oferty, w których zostały złożone deklaracje zgodności potwierdzające wytrzymałość granitu na zginanie w wysokości 19,8 MPa (odwołujący) i 20,9 MPa (przystępujący), co potwierdza zasadność wymagania zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, jak i możliwość zaoferowania materiału spełniającego powyższe wymaganie. Zamawiający załączył deklaracje zgodności z dnia 12.11.2013 r. wystawione przez Alpida sp. z o.o., deklaracje zgodności z dnia 12.11.2013 r. wystawione przez GMB Inwestycje sp. z o.o. oraz protokół z badań kamienia nr 534/12 z dnia 12.06.2012 r. Załączona przez odwołującego prywatna opinia w tym zakresie pozostaje w sprzeczności z ww. dokumentami. Zamawiający podniósł, że twierdzenia odwołującego co do nierzetelności oceny ofert nie są uzasadnione. Odwołujący nie uprawdopodobnił naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w tym zakresie. Zamawiający wskazał również na wewnętrzną sprzeczność argumentacji odwołującego zawartej w odwołaniu. Z jednej strony odwołujący twierdzi, że oferowany przez niego materiał spełnia wymagania zamawiającego, a z drugiej – próbuje wykazać, że nie ma możliwości dostarczenia polskiego granitu, który spełniałby te wymagania. Z przedłożonej przez odwołującego opinii inż. M. F..... nie wynika w sposób niewątpliwy, że nie można obecnie w Polsce pozyskać kamienia o wskazanych przez zamawiającego parametrach.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący wykazał, że posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. W przypadku uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu zaniechania czynności wyjaśnienia treści dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, złożonych w ofercie odwołującego, w konsekwencji oferta odwołującego mogłaby podlegać przywróceniu do postępowania oraz uznaniu za najkorzystniejszą w tym postępowaniu. Żądanie w odwołaniu powtórzenia przez zamawiającego czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej obejmuje powtórzenie oceny ofert w szerokim zakresie dokonanej oceny ofert, w tym również w zakresie czynności odrzucenia oferty odwołującego, zatem niezgłoszenie odrębnego żądania dotyczącego unieważnienia czynności odrzucenia oferty

odwołującego nie stanowi przeszkody w przyznaniu odwołującemu legitymacji do wniesienia niniejszego odwołania.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, odwołanie zostało rozpoznane w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy GMB Inwestycje sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zgłoszone stosownie do art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu złożone zostały dwie oferty. Oferta odwołującego zawiera najniższą cenę. Zgodnie z postanowieniami SIWZ, jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest cena z wagą 100%.

Zgodnie z treścią SIWZ, zamawiający wymagał zgodności przedmiotu zamówienia z wymogami następujących norm: PN-EN 1343:2003 dotyczącej krawężników, PN-EN 1341:2003 dotyczącej płyt do zewnętrznych nawierzchni drogowych, PN-EN 1342:2003 dotyczącej kostki kamiennej. Zgodnie z pkt 6a) części IV SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w opisie przedmiotu zamówienia, wykonawcy zobowiązani byli do załączenia do oferty Deklaracji właściwości użytkowych lub Deklaracji zgodności z PN dla wszystkich oferowanych wyrobów, zawierające orzeczenie o jakości wykorzystanego do produkcji surowca, potwierdzającą zgodność oferowanych wyrobów ze wskazanymi normami i dodatkowymi wymaganiami dotyczącymi jakości wykonania. (Opis Przedmiotu Zamówienia - załącznik nr 2 do SIWZ).

W dniu 15 kwietnia 2014 r. zamawiający dokonał zmiany SIWZ, wprowadzając dodatkowe szczegółowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, polegające na tym m.in., że materiał (granit) musi spełniać następujące minimalne wartości:

- wytrzymałość na ściskanie w stanie powietrzno-suchym - 175 MPa (norma PN-EN 1926),
- wytrzymałość na zginanie w stanie powietrzno-suchym – min. 19 MPa (norma PN- EN 12372).

Zamawiający postawił także wymóg, aby wszystkie wyroby, z wyjątkiem pozycji K były wykonane z granitu jasnoszarego, średnioziarnistego.

W wyjaśnieniach z dnia 25 kwietnia 2014 r., w odpowiedzi na pytania nr 4 zamawiający podał, że: „Oferowane wyroby mają spełniać wymagania jakościowe, określone w SIWZ, tj. mają być zgodne z wymaganiami norm wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia oraz być przebadane według metod badawczych we wskazanych normach określonych”, przy czym ww. wyjaśnienia zostały udzielone w odpowiedzi na pytania o treści: 1. czy zamawiający dopuszcza dostawę całości materiału z importu (Chiny)?, 2. czy zamawiający dopuszcza dostawę materiału częściowo z importu (Chiny), a częściowo

z Polski?, 3. czy materiał opisany w opisie przedmiotu zamówienia w punkcie „J” to kostka cięta (wszystkie boki cięte jak w opisie), czy cięto-lupana (jak na rysunku w dokumentacji)?

Okoliczności, że w celu potwierdzenia zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ, odwołujący złożył w ofercie Deklaracje właściwości użytkowych, potwierdzające m.in. wytrzymałość oferowanego surowca na zginanie w stanie powietrzno-suchym większą lub równą 14,10 MPa, natomiast przystępujący złożył Deklaracje zgodności z PN potwierdzające m.in. wytrzymałość oferowanego surowca na zginanie w stanie powietrzno-suchym 20,9 MPa, nie były sporne pomiędzy stronami w przedmiotowym postępowaniu.

Izba dopuściła dowody wskazane przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania i dołączone do odwołania: pismo inż. M..... F..... z dnia 10 maja 2014 r. oraz wyciąg z polskich norm PN-EN 1341:2003 i PN-EN 1343:2003, wyniki przeprowadzonych badań wraz z zestawieniem przeprowadzonych badań, dokumenty złożone przez przystępującego w załączeniu do przystąpienia: badania wykonane dla: Zkusebna kameniva s.r.o z 29.06.2006 r., Politechnika Wroclawska Instytut Górnictwa z 23.01.2007 r., Politechnika Wroclawska Instytut Górnictwa z 20.09.2010 r., pismo z dnia 20.05.2014 r. inż. M. F..... oraz złożone przez zamawiającego w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie: deklaracje zgodności z dnia 12.11.2013 r. wystawione przez Alpida sp. z o.o., deklaracje zgodności z dnia 12.11.2013 r. wystawione przez GMB Inwestycje sp. z o.o. oraz protokół z badań kamienia nr 534/12 z dnia 12.06.2012 r.

Izba nie uwzględniła złożonego w piśmie z dnia 27 maja 2014 r. oraz podtrzymanego na rozprawie wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kamieniarstwa, ewentualnie zakresu budownictwa drogowego oraz z opinii Instytutu Dróg i Mostów w zakresie pkt c)., na okoliczność ustalenia:

- a) Czy możliwe jest wyprodukowanie płyt chodnikowych o łącznej powierzchni, jak mowa w opisie przedmiotu zamówienia oraz krawężników o łącznej długości, jak w opisie przedmiotu zamówienia, z wytrzymałością na zginanie w stanie powietrzno-suchym minimum 19 MPa?
- b) Jak często należy przeprowadzać badanie granitu w celu potwierdzenia ich aktualnych właściwości oraz jak długo takie badania są ważne?
- c) Czy oferowane przez przystępującego surowce spełniają parametry deklarowane przez GMB Inwestycje Sp. z o.o. z tym zastrzeżeniem, że to biegły wybierze próbny materiał przeznaczony do badania?

Izba zważyła, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwala na dokonanie oceny kwestii spornych w postępowaniu. Ponadto, zagadnienie wskazane w pkt a) nie stanowi istotnej okoliczności w świetle treści zarzutów odwołania. Płyty i krawężniki nie musiały spełniać parametru na zginanie minimum 19 MPa - był to parametr określony dla

materiału. Kwestia, określona w pkt b) nie była sporna pomiędzy stronami. Zagadnienie, o którym mowa w pkt c) zostało dostatecznie wyjaśnione za pomocą dokumentów przedłożonych do akt sprawy przez wszystkie strony postępowania. Przeprowadzenie kolejnych badań oferowanego przez przystępującego surowca, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, służyłoby jedynie przewlekłości postępowania.

Oceniając zgromadzony materiał dowodowy, w szczególności dokumenty złożone przez odwołującego, Izba wzięła pod uwagę liczne sprzeczności stanowiska odwołującego prezentowanego w odwołaniu oraz kolejnych pismach procesowych.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, Izba zważyła, jak poniżej.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 w związku z art. 25 ust. 1 Pzp w związku z § 6 ust 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2013 r. nr 231), poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie, czy zawarta w deklaracji właściwości użytkowych wielkość „ ≥ 14 MPa” spełnia wymagania określone w polskich normach i dodatkowe wymagania dotyczące jakości wykonania oraz uznanie, że oferowane dostawy nie spełniają wymagań zawartych w SIWZ.

Izba stwierdziła, że zarzut powyższy nie jest zasadny.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że treść SIWZ jest wiążąca z uwzględnieniem zmian wprowadzonych przez zamawiającego w dniu 15 kwietnia 2014 r., które nie zostały zaskarżone przez wykonawców, a tym samym podnoszenie nieprawidłowości w tym zakresie na obecnym etapie jest stanowczo spóźnione.

Dokumenty przedłożone przez odwołującego, zgodnie z pkt 6 lit. a) część IV SIWZ w celu potwierdzenia spełniania parametru - wytrzymałość na zginanie w stanie powietrzno-suchym – min. 19 MPa (norma PN- EN 12372), tj. Deklaracje właściwości użytkowych potwierdzają, że w ofercie odwołującego przedmiot zamówienia obejmuje wyroby wykonane z materiałów, których wytrzymałość na zginanie jest większa lub równa 14,10 MPa. Powyższe oznacza, że wytrzymałość tych materiałów, zgodnie z przedłożonymi deklaracjami, mogła być wyższa niż 14 MPA, ale mogła też być niższa niż wymagana przez zamawiającego – min. 19 MPa. W tym zakresie brzmienie złożonych przez odwołującego dokumentów jest jednoznaczne i nie budzi wątpliwości.

Wymaganie - min. 19 MPa, oznacza, że zamawiający nie dopuścił możliwości, aby materiały do wykonania zamawianych wyrobów miały niższą wytrzymałość niż 19 MPa, co oznacza, że deklaracje potwierdzające zgodność z tym wymaganiami musiały potwierdzać wytrzymałość na poziomie równym lub wyższym od 19 MPa. W świetle powyższego, deklaracje złożone przez odwołującego, potwierdzające wytrzymałość na zginanie materiałów większą lub równą 14,10 MPa nie potwierdzają spełniania wymagania, ponieważ

nie wykluczają przypadku, że materiały użyte do wykonania przedmiotu zamówienia miały wytrzymałość na zginanie znacznie niższą niż wymagana.

W tej sytuacji nie jest możliwe konwalidowanie treści przedłożonych przez odwołującego deklaracji, poprzez złożenie wyjaśnień dotyczących ich treści. Wyjaśnienia co do wysokości oznaczonego w nich parametru stanowiłyby de facto zmianę ich treści, co jest niedopuszczalne w postępowaniu o zamówienie publiczne. Również możliwość uzupełnienia dokumentów, poprzez złożenie deklaracji potwierdzających jednoznacznie spełnienie omawianego wymagania nasuwa istotne wątpliwości w zakresie, czy nie prowadziłoby to do zmiany treści oferty co do oferowanego przedmiotu zamówienia. Kwestia ta nie była jednak przedmiotem rozpoznania przez Izbę, ponieważ zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia Deklaracji właściwości użytkowych w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie został podniesiony w odwołaniu.

Twierdzenie odwołującego, że zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 25 kwietnia 2014 r. potwierdził wymagania jedynie w zakresie zgodności z wymienionymi w SIWZ normami, nie znajduje oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym. Jak wynika z treści ww. wyjaśnień, odpowiedź zamawiającego na pytania nr 4 dotyczą zagadnień całkowicie niezwiązanych z omawianym wymaganiem. Dlatego też wyjaśnienia te należy odczytywać i interpretować wyłącznie w kontekście treści konkretnych pytań, na które stanowią one odpowiedź. Wyjaśnienia te w żadnym razie nie stanowią odstępienia przez zamawiającego od spornego wymagania. Zatem nie jest możliwe uznanie, że oferta odwołującego spełnia wymagania norm wskazanych w SIWZ i tym samym jest zgodna z wymaganiami.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy - GMB Inwestycje sp. z o.o., pomimo złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Wykonawca GMB Inwestycje sp. z o.o. złożył ofertę, załączając do niej Deklaracje zgodności z Polskimi Normami, w których wskazał, że granit strzegomski Graniczna z kamieniołomu Graniczna II, powiat Świdnica, posiada: wytrzymałość na ściskanie w stanie powietrzno-suchym -179,9 Mpa oraz wytrzymałość na zginanie w stanie powietrzno-suchym - 20,9 Mpa.

Odwołujący podnosił w odwołaniu, że nie jest możliwe dostarczenie granitu strzegomskiego Graniczna z kamieniołomu Graniczna II o ww. parametrach, po czym wskazywał, że w ogóle nie jest możliwe dostarczenia kamienia z Polski o tych parametrach.

Opinia rzeczoznawcy do spraw jakości produktów lub usług w specjalności kamieniarstwo inż. M..... F..... przedłożona przez odwołującego (pismo z dnia 10 maja 2014 r.) wskazuje, że „zgodnie z posiadaną wiedzą nie istnieje żadna kopalnia na terenie Polski, która by obecnie eksploatowała materiał o takich parametrach” oraz „dla granitów

strzegomskich parametr ten przyjmuje się najczęściej wartości 11,0-16,0 MPa i jest wystarczający dla wykonywania elementów kamiennych stosowanych z powodzeniem w budownictwie drogowym". Opinia ta nie wyklucza zatem okoliczności, że chociaż dla granitów strzegomskich parametr ten przyjmuje najczęściej wartości 11,0-16,0 MPa, to jest możliwe jednak pozyskanie granitu o wytrzymałości na zginanie w wysokości 19 MPa. Potwierdza powyższe w sposób bezsprzeczny pismo ww. biegłego z dnia 20 maja 2014 r. przedłożone do akt sprawy przez przystępującego.

Przedłożone przez odwołującego wyniki badań wytrzymałości na zginanie w stanie powietrzno-suchym granitu strzegomskiego zostały przedstawione w sposób wybiórczy, pochodzą z różnych lat, z różnych pokładów granitu, a zatem nie stanowią dostatecznego dowodu na okoliczność, że nie jest w ogóle dostępny granit o parametrach wymaganych przez zamawiającego. Dokumenty złożone przez zamawiającego, w tym pochodzące od odwołującego i przystępującego z wcześniej prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w podobnym zakresie przedmiotowym, potwierdzają jednoznacznie, że granit spełniający parametr wytrzymałości na zginanie min. 19 MPa jest dostępny. Sam odwołujący wskazał również w odwołaniu, że Granit Graniczna, który zaoferowała GMB Inwestycje sp. z o.o. wydobywa Granimex sp. z o.o. (w której udziały posiada wspólnik GMB Inwestycje), która to firma jako jedyna posiada kamień „o podobnych parametrach, jak wskazane w zmienionym SIWZ”.

W oparciu o powyższe nie można zatem wykluczyć, że granit zaoferowany przez GMB Inwestycje sp. z o.o. posiada wytrzymałość na zginanie w stanie powietrzno-suchym 20,9 MPa, jak wskazał przystępujący w złożonych deklaracjach zgodności. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdza, że jest możliwe zaoferowanie granitu spełniającego ten parametr. Nie ma zatem podstaw do uznania, że wykonawca GMB Inwestycje sp. z o.o. złożył w omawianym zakresie nieprawdziwe informacje i zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie czynności badania i oceny ofert w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Zarzuty dotyczące zmiany treści SIWZ w zakresie wymagania wytrzymałości granitu na zginanie o wartości 19 MPa nie były przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie, jako że zostały podniesione po upływie ustawowego terminu na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ. Wątpliwości odwołującego co do zasadności wprowadzenia tej zmiany do SIWZ na obecnym etapie nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów zawartych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, a także fakt, że nie potwierdziły zarzuty zawarte w odwołaniu, nie ma podstaw do stwierdzenia, że zamawiający w sposób nierzetelny

dokonał oceny ofert. W tych okolicznościach Izba nie stwierdziła naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania przetargowego.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: