

Sygn. akt: KIO 336/17

**WYROK**  
**z dnia 3 marca 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:   Andrzej Niwicki**

**Protokolant:       Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron dnia 2 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Trankpol-B. i R. M. Sp. j., ul. Piłsudskiego 54, 33-320 Szczucin**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Targowa 74, 03-743 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Olan Sp. z o.o., Firma Handlowo-Produkcyjna MTD M. D., ul. Marii Curie-Skłodowskiej 32/2, 20-029 Lublin** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Olan Sp. z o.o., Firma Handlowo-Produkcyjna MTD M. D., ul. Marii Curie-Skłodowskiej 32/2, 20-029 Lublin** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Trankpol-B. i R. M. Sp. j., ul. Piłsudskiego 54, 33-320 Szczucin** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.1 Zasądza od **Konsorcjum: Olan Sp. z o.o., Firma Handlowo-Produkcyjna MTD M. D., ul. Marii Curie-Skłodowskiej 32/2, 20-029 Lublin** na rzecz **Trankpol-B. i R.**

**M. Sp. j., ul. Piłsudskiego 54, 33-320 Szczucin** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2. Zasądza od **Konsorcjum: Olan Sp. z o.o., Firma Handlowo-Produkcyjna MTD M. D., ul. Marii Curie-Skłodowskiej 32/2, 20-029 Lublin** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Targowa 74, 03-743 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 336/17**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.; Centralne Biuro Zamówień; Ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie przetargowe sektorowe na „Dostawę w latach 2017 i 2018 podsypki tłuczniowej naturalnej” - nr ICZlb-231-13/2016.

Ogłoszenie o zamówieniu: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr 2016/S 195-351730.

Odwołujący: TANKPOL - B. i R. M. Sp. j., w Szczucinie wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w postępowaniu w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2 polegających na niezgodnych z prawem odrzuceniu oferty Odwołującego, zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy konsorcjum Olan (Olan Sp. z o.o. i Firma Handlowo - Produkcyjna MTD M. D.), zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej oraz na niezgodnym z prawem wyborze oferty Wykonawcy konsorcjum Olan jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie obowiązujących przepisów w tym względzie. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta konsorcjum Olan zostałaby odrzucona, zaś oferta Odwołującego uznana za najkorzystniejszą. W razie uwzględnienia odwołania, czynności Zamawiającego polegające na wyborze oferty konsorcjum Olan jako oferty najkorzystniejszej zostaną unieważnione, zaś oferta Odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą, co pozwoli zawrzeć umowę o zamówienie publiczne.

Interes we wniesieniu odwołania w zakresie roszczenia alternatywnego - o unieważnienie czynności Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty Wykonawcy Konsorcjum Olan jako oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie zaproszenie Odwołującego do udziału w dynamicznym systemie zakupów.

Odwołujący wnosząc - jako roszczenie alternatywne - o unieważnienie czynności Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty Wykonawcy Konsorcjum Olan jako oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie zaproszenie Odwołującego do udziału w dynamicznym systemie zakupów wyjaśnia, iż w takim przypadku również będzie posiadać bezpośredni interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wnosząc - jako kolejne roszczenie alternatywne - o unieważnienie czynności Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty Wykonawcy Konsorcjum Olan jako oferty najkorzystniejszej, a następnie o unieważnienie postępowania wyjaśnia, iż w takiej sytuacji również będzie posiadać interes we wniesieniu odwołania. Unieważnienie postępowania przez Zamawiającego z powodu tego, iż nie wpłynęła żadna oferta

niepodlegająca odrzuceniu, pozwoli Odwołującemu na uczestnictwo w kolejnym postępowaniu, które w powyższym zakresie Zamawiający ogłosi, a następnie konkurowanie o uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy o zamówienie publiczne.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzuca naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, tj.: Odwołującego oraz Wykonawcy Konsorcjum Olan;
- b) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Konsorcjum Ola niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych;
- c) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie w błąd Odwołującego, czego konsekwencją było odrzucenie oferty Odwołującego;
- d) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego, której treść - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - odpowiada treści siwz, bowiem Odwołujący wykazał, iż zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia - podsypka naturalna spełnia wszystkie wymogi wskazane przez Zamawiającego;
- e) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie Wykonawców w trakcie przeprowadzonej oceny złożonej przez Wykonawców dokumentacji dotyczącej spełnienia przez oferowaną podsypkę wymogów stawianych przez Zamawiającego;
- f) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty Wykonawcy Konsorcjum Olan, której treść nie odpowiada treści siwz, bowiem Wykonawca konsorcjum Olan nie wykazał, że zaoferowana przez niego podsypka naturalna została przebadana przez akredytowaną jednostkę badawczą i próbki do badania zostały pobrane przez jednostkę posiadającą akredytację do pobierania próbek;
- g) z ostrożności (na wypadek, gdyby Skład Orzekający KIO uznał, iż Wykonawca Konsorcjum Olan nie został wezwany do uzupełnienia dokumentów) Odwołujący podnosi zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z zapisami Rozdziału III pkt.3 siwz, poprzez niewezwanie Wykonawcy Konsorcjum Olan do uzupełnienia oferty o wyniki badań spełniające wszystkie wymogi siwz (określone w Rozdziale III pkt 3 siwz) w zakresie oferowanej podsypki naturalnej pochodzącej z Kopalni Wiśniówka;
- h) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez nie wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia w zakresie określenia od którego producenta będzie dostarczał podsypkę naturalną ewentualnie niewezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści załączonego przez Odwołującego dokumentu stanowiącego wyniki badań wydane przez IBDiM dla Kopalni PCC Silicium S.A.;

i) alternatywnie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, w której nie wpłynęła żadna oferta niepolegająca odrzuceniu z postępowania.

5. Mając wyżej wymienione naruszenia na uwadze Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu :

5.1.

a) unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy Konsorcjum Olan jako najkorzystniejszej,

b) odrzucenie oferty Konsorcjum Olan jako niezgodnej z siwz,

c) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

d) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

5.2. alternatywnie, w razie nieuwzględniania wniosków jw.: wnosi o:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Olan jako najkorzystniejszej,

b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

5.3) alternatywnie, w razie nieuwzględniania wniosków, o z pkt. 5.1) i 5.2), wnosi o:

a) unieważnienie czynności Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty Wykonawcy Konsorcjum Olan jako oferty najkorzystniejszej,

b) unieważnienie postępowania, poprzez uznanie, że nie wpłynęła żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu.

Odwołujący podnosi co następuje i zarzuca Zamawiającemu:

I. Zarzuty dotyczące wniosków Odwołującego objętych pkt. 5.1) Odwołania, tj. wniosków o unieważnienie czynności Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty Wykonawcy Konsorcjum Olan jako oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie odrzucenie oferty Wykonawcy Konsorcjum Olan i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, tj. zarzuty dotyczące naruszenia:

- art. 7 ust. 1, art 7 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 w zw. z Rozdziałem III pkt 3 siwz oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp w związku z zapisami rozdziału III pkt 3 siwz poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią siwz w przedmiocie niepotwierdzenia, że badania podsypki naturalnej wykonało laboratorium badawcze posiadające uprawnienia do wykonywania badań mrozoodporności kruszyw według norm przewidzianych przez WTWiO nr ILK3b-5100/10/07

W dniu 08.02.2017r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał jako podstawę odrzucenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. W zakresie podstawy faktycznej Zamawiający stwierdził, iż dokumenty przedstawione dla Kopalni PCC Silicium S.A. nie spełniają wymagań zawartych w siwz.

Odwołujący zaproponował w ofercie objętą zamówieniem podsypkę tłuczniową, która miała pochodzić od siedmiu producentów (z siedmiu kopalni). Na wezwanie Zamawiającego z 15.12.2016r., pismem datowanym na dzień 29.12.2016 r. uzupełnił dokumenty dotyczące podsypki naturalnej produkowanej w dwóch kopalniach, mianowicie:

1) dla producenta - Kopalni PCC Silicium S.A.:vdeklarację zgodności dla producenta Kopalni PCC Silicium S.A.; badania sporządzone przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów Zakład Geotechniki i Fundamentowania Laboratorium Geotechniki w Warszawie, 2) dla producenta - Kopalni Porfiru „Zalas”: - deklarację zgodności dla producenta Kopalni Porfiru „Zalas”; raport z badań Laboratorium Inżynierii Lądowej Multilab w Olkuszu.

Do pozostałych wskazanych w ofercie pięciu rodzajów podsypki naturalnych (pięciu producentów) Odwołujący nie dołączył dokumentów. Pismem z dnia 29.12.2016r., Zamawiający stwierdził, iż: „został przekazany komplet dokumentów jedynie dla Kopalni PCC Silicium S.A. i dla Kopalni Porfiru „Zalas”. Pozostałe pięć kopalni zaproponowanych przez Odwołującego nie zostało pozytywnie zweryfikowanych przez Zamawiającego. Jednocześnie w tym samym piśmie Zamawiający wezwał: „Wobec powyższego Zamawiający na podstawie art. 26 ust 4 ustawy Pzp wzywa Państwa o wyjaśnienie z jakich kopalni byłaby dostarczana podsypka tłuczniowa w przypadku wyboru Państwa oferty jako najkorzystniejszej”. Na tak postawione pytanie, Odwołujący, działając w dobrej wierze co do prawdziwości zapewnienia Zamawiającego o pozytywnej weryfikacji i akceptacji dokumentacji dla dwóch podsypki naturalnych z kopalń PCC i „Zalas”, poinformował Zamawiającego pismem z dnia 02.01.2017r, iż podsypka tłuczniowa dostarczana będzie właśnie z tych kopalń, tj. z Kopalni PCC Silicium S.A. i Kopalni Porfiru „Zalas”.

W konsekwencji, w dniu 3.01.2017r. Zamawiający poinformował Wykonawców o dopuszczeniu ich do udziału w aukcji. Następnie, czynność dopuszczenia obu Wykonawców Zamawiający bez podania uzasadnienia unieważnił w dniu 12.01.2017r.

W piśmie z 8.02.2017 r. zawiadamiającym o wyniku postępowania Zamawiający stwierdził, że przedłożone przez Odwołującego badania wykonane dla obu kopalń zawierały pełny zakres badań wymaganych przez WTWiO, terminy badań odpowiadają wymogom siwz, próbki podsypki do badań zostały pobrane u producentów przez uprawnionego przedstawiciela laboratorium badawczego, a same laboratoria są - też zgodnie z wymaganiami siwz - akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji. Następnie Zamawiający stwierdza w zawiadomieniu o wyniku postępowania, że badania dla Kopalni PCC Silicium S.A. wykonane przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów Zakład Geotechniki i Fundamentowania Laboratorium Geotechniki w Warszawie, które choć jest akredytowane przez PCA (nr akredytacji AB 421) - nie posiada pełnego i właściwego dopuszczenia do działalności badawczej w zakresie kruszyw - wymaganego przez WTWiO - a zakres tego

dopuszczenia jest określony (i ograniczony) przez dokument akredytacyjny. Dokument ten zezwala wspomnianemu laboratorium na prowadzenie badań mrozoodporności kruszyw, lecz nie według norm przewidzianych przez WTWiO nr ILK3b-5100/10/07 (czyli normy PN-EN 1367 i PN-EN 1097-6), ale tylko według starej normy PN-B-06714-19:1978. W swoim sprawozdaniu z badań Laboratorium Geotechniki podało, że badanie mrozoodporności F wykonało wg procedury z normy PN-EN 1376-1, a więc według metody, na którą nie posiada zezwolenia w dokumencie akredytacyjnym. Laboratorium Geotechniki podaje też, że wykonało badania nasiąkliwości kruszywa według PN-EN 1097-6 (jest to badanie wstępne w ocenie mrozoodporności), a na takie badanie również nie posiada zezwolenia w dokumencie akredytacyjnym. A zatem, jak stwierdza Zamawiający, część badań dla Kopalni PCC Silicium S. A. została wykonana w sposób niezgodny z posiadaną akredytacją, tym samym badania te nie spełniły wymogów siwz i z tego powodu oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 87 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, odrzucenie oferty Odwołującego należy uznać za działanie niezgodne z zasadą równego traktowania Wykonawców, dobrymi obyczajami i narusza uczciwą konkurencję. Mianowicie, w toku postępowania Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w taki sposób, że pomimo tego, iż Odwołujący złożył ważną i odpowiadającą treści SIWZ ofertę, Zamawiający ją odrzucił.

Przede wszystkim, Odwołujący podnosi naruszenie przez Zamawiającego normy art. 26 ust. 4 w związku z art. 87 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie negocjacji z Odwołującym w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia i doprowadzenie do złożenia oświadczenia przez Odwołującego, którego treść w ocenie Zamawiającego była podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający unieważniając czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 12.01.2017r., i przystępując do kolejnego badania ofert Wykonawców miał możliwość wyjaśnić treść złożonych dokumentów, szczególnie że w ocenie Zamawiającego zmienił się stan faktyczny postępowania. Żadna norma ustawy Pzp nie sprzeciwia się temu, by wyjaśnić treść oferty, szczególnie w sytuacji gdy wątpliwości spowodowane są działaniami Zamawiającego. Co najważniejsze, oferta Odwołującego niezmiennie, przez cały czas trwania postępowania była zgodna z siwz w zakresie podsypki oferowanej z Kopalni „Zalas”. Odwołujący w zakresie podsypki naturalnej z Kopalni „Zalas” spełnia wszystkie wymogi siwz, co potwierdził Zamawiający pismem z dnia 08.02.2017 r., jest zatem w stanie wykonać prawidłowo całe zamówienie. Obowiązkiem Zamawiającego było zatem uznać spełnienie przez ofertę Odwołującego wszystkich wymogów siwz w zakresie podsypki z Kopalni „Zalas”, i zaproszenie Odwołującego do udziału w dynamicznym systemie zakupów (bez żądania wyjaśnień w zakresie kopalni, z których będzie realizowane

zamówienie) lub konsekwentnie, jak za pierwszym razem zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie (w sytuacji, gdy Zamawiający obrał jednak ścieżkę wnoszenia o wyjaśnienia w tym zakresie).

Odwołujący pragnie w tym miejscu wyjaśnić, iż przedmiotem zamówienia była dostawa podsypki oznaczonej co do gatunku (bez wskazania na indywidualne cechy). Mając powyższe na uwadze, Odwołujący podnosi, iż wyjaśnienia Odwołującego nie mogły i nie prowadziły do zmiany treści jego oferty. Zamawiający żądał potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia będzie zgodny ze specyfikacją i w dniu 29.12.2016r. w ocenie Zamawiającego dwie wskazane w ofercie Odwołującego kopalnie produkowały podsypkę zgodną z wymaganiami

Zamawiającego. W odpowiedzi Odwołujący potwierdził, że dostarczy przedmiot zamówienia o parametrach zgodnych z wymaganiami Zamawiającego. Podkreślić przy tym należy, że żądania Zamawiającego, w ramach postępowania naprawczego, powinny być adekwatne do stopnia wadliwości zarówno oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jak i samej oferty w ścisłym tego słowa znaczeniu. W niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia oferowany przez Odwołującego był i jest zgodny ze specyfikacją.

Co więcej, Zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia oświadczenia, z której kopalni będzie pochodziła podsypka, co jest bez znaczenia dla realizacji zamówienia. Istotne jest aby choć jeden producent wskazywany przez Odwołującego w swojej ofercie gwarantował dostawę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami siwz.

Podkreślenia wymaga, że art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie daje Zamawiającemu swobody przy ocenie czy ma on wzywać wykonawcę czy też nie, ale stanowi obowiązek wezwania w sytuacji, gdy Zamawiający ma wątpliwości związane ze złożonymi przez wykonawców dokumentami lub oświadczeniami (por. wyrok KIO, sygn. akt KIO 213/15, KIO 214/15, KIO 215/15).

Na koniec, należy wskazać na praktykę stosowaną przez Zamawiającego w poprzednim, prowadzonym w 2014 r. postępowaniu na „Dostawę w latach 2015 i 2016 tłuczniwa kolejowego”, w którym Zamawiający dwukrotnie zwracał się z zapytaniem do Odwołującego w zakresie wskazania producenta tłuczniwa, od którego będzie realizowana dostawa. Sytuacja bowiem była analogiczna, jak w obecnym postępowaniu, tj. po pierwszym wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień, Zamawiający zmienił decyzję w zakresie oceny ofert, zatem po tym fakcie, wystąpił ponownie do Odwołującego o złożenie kolejnych - aktualnych wyjaśnień, informując jednocześnie Odwołującego o zmienionej sytuacji w zakresie oceny ofert.. Działanie takie nie było przedmiotem zaskarżenia przez uczestników postępowania.

W tych okolicznościach, wywołuje zdziwienie zachowanie Zamawiającego w obecnie prowadzonym postępowaniu, w którym Zamawiający już nie dał szansy Odwołującemu



zweryfikować swojego stanowiska, jak również nie poinformował Odwołującego o tym, iż zmienił przyjętą wcześniej ocenę co do poprawności jego oferty. W ocenie Odwołującego, opisany wyżej brak konsekwencji Zamawiającego nie może obciążać skutkami Odwołującego, bowiem odrzucenie oferty Odwołującego nie może zależeć od tego, czy w danym momencie Zamawiający będzie miał życzenie jeszcze raz dopytać o coś Wykonawcę, czy nie.

Dowód: korespondencja Zamawiającego z Odwołującym w trakcie postępowania przetargowego prowadzonego w 2014r.

Reasumując, Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, powtórzenie badania i oceny ofert wraz z ofertą Odwołującego.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp w zw. z zapisami R 3 pkt. 3 siwz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Olan jako niezgodnej z treścią SIWZ pomimo tego, iż Wykonawca ten nie potwierdził, że badania podsypki naturalnej wykonała jednostka badawcza posiadająca uprawnienia do wykonywania badań mrozoodporności kruszyw według norm przewidzianych przez WTWiO nr ILK3b-5100/10/07, jak również że próbki pobierał uprawniony przedstawiciel tego laboratorium, które faktycznie przeprowadziło badanie.

Odwołujący zarzuca, iż Wykonawca Konsorcjum Olan nie zdołał spełnić wymogu, tym samym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrżucenie jego oferty. Dokumenty przedstawione przez Konsorcjum Olan nie spełniają wymagań zawartych w zapisach siwz. Konsorcjum Olan na wezwanie Zamawiającego z 15.12 2016r., pismem datowanym na dzień 20.12.2016 r. uzupełnił ofertę o dokument dotyczący wyników badań IDM-TGF-G1-55- 1/16 podsypki z Kopalni Wiśniówka sporządzony przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów Zakład Geotechniki i Fundamentowania Laboratorium Geotechniki w Warszawie (IDM-TGF-G1-55-2/16). W piśmie tym Instytut wyraźnie wskazuje, że nie posiada akredytacji do wykonania wymaganych badań i zlecił je innemu podmiotowi - Laboratorium Inżynierii Lądowej „LABOTEST” z siedzibą w Warszawie. Przedmiotowe pismo bezsprzecznie oznacza, że Wykonawca Konsorcjum Olan nie przedłożył badań wykonanych przez akredytowane laboratorium. Uzupełniona dokumentacja wskazuje jedynie, że Instytut Geotechniki stwierdza, że inny podmiot wykonał badania, jednak badania te (podpisane przez autora tych badań) nie zostały dołączone ani do oferty ani nie zostały uzupełnione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Badania dla Kopalni Wiśniówka wykonane przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów Zakład Geotechniki i Fundamentowania Laboratorium Geotechniki w Warszawie, które choć jest akredytowane przez PC A (nr akredytacji AB 421) - nie posiada pełnego i właściwego dopuszczenia do działalności badawczej w zakresie kruszyw - wymaganego przez WTWiO -

a zakres tego dopuszczenia jest określony (i ograniczony) przez dokument akredytacyjny. Dokument ten zezwala wspomnianemu laboratorium na prowadzenie badań mrozoodporności kruszyw, lecz nie według norm przewidzianych przez WTWiO nr ILK3b-5100/10/07 (czyli normy PN-EN 1367 i PN-EN 1097-6), ale tylko według starej normy PN-B-06714-19:1978. W swoim sprawozdaniu z badań Laboratorium Geotechniki podało, że badanie mrozoodporności F wykonało wg procedury z normy PN-EN 1376-1, a więc według metody, na którą nie posiada zezwolenia w dokumencie akredytacyjnym.

Laboratorium Geotechniki podaje też, że wykonało badania nasiąkliwości kruszywa według PN-EN 1097-6 (jest to badanie wstępne w ocenie mrozoodporności), a na takie badanie również nie posiada zezwolenia w dokumencie akredytacyjnym. A zatem część badań dla Kopalni Wiśniówka została wykonana w sposób niezgodny z posiadaną akredytacją, tym samym badania te nie spełniły wymogów siwz i z tego powodu oferta Konsorcjum Olan powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 87 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, iż załączone do oferty przez Wykonawcę Konsorcjum Olan badania z dnia 15 listopada 2016 r. firmowane przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów Zakład Geotechniki i Fundamentowania Laboratorium Geotechniki w Warszawie dla producenta podsypki Kopalni Eurovia Kruszywa S.A. - Kopalnia Wiśniówka są niezgodne z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia również z innych względów.

Zgodnie z zapisami Rozdziału III pkt. 3 siwz, Zamawiający żądał załączenia do oferty kopii wyników laboratoryjnych badań okresowych podsypki tłuczniowej wykonanych przez uprawnione, niezależne od producenta kruszyw, laboratorium akredytowane.

Tymczasem wyniki badań kruszywa pobranego w Kopalni Eurovia Kruszywa S.A. - Kopalnia Wiśniówka firmowane przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów Zakład Geotechniki i Fundamentowania Laboratorium Geotechniki w Warszawie nie spełniają wyżej wskazanego wymogu siwz. Mianowicie, Instytut Badawczy Dróg i Mostów Zakład Geotechniki i Fundamentowania Laboratorium Geotechniki w Warszawie firmując badania uwzględnione w pkt. 9, 10 i 11 tabeli nr 1 w powyższym zakresie nie posiadał wymaganej akredytacji. Niniejszy fakt potwierdza pismo IBDiM z dnia 18 listopada 2016 r., które załączył Wykonawca Konsorcjum Olan do dokumentacji przetargowej. W rezultacie, w powyższym zakresie Instytut Badawczy Dróg i Mostów Zakład Geotechniki i Fundamentowania Laboratorium Geotechniki w Warszawie nie miał prawa firmować tej części badań, a co więcej, nie miał prawa oznaczać całego zakresu badań wydanych na zlecenie Wykonawcy Konsorcjum Olan godłem akredytacji.

Zgodnie bowiem ze stanowiskiem Polskiego Centrum Akredytacji z dnia 31 lipca 2013 r. wystarczy, że akredytowana jednostka badawcza lub akredytowana jednostka certyfikująca

nie posiada akredytacji na jedną z wymienionych norm to należy przyjąć, że cały protokół badania jak> cały certyfikat jest wydany bez prawa użycia godła akredytacji.

W świetle powyższego przedmiotowy protokół z badań, w sposób nieuprawniony został opatrzony godłem Polskiego Centrum Akredytacji, nie spełnia zatem wymagań Zamawiającego, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum Olan.

Odwołujący stoi na stanowisku, że oferta Wykonawcy Konsorcjum Olan winna podlegać bezwzględniemu odrzuceniu, bowiem Wykonawca ten został już wezwany o uzupełnienie dokumentów w zakresie oferowanego tłucznia i nie sprostął wezwaniu Zamawiającego.

Zarzuty dotyczące wniosków Odwołującego objętych pkt. 5.2) Odwołania, tj. wniosków o unieważnienie czynności Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty Wykonawcy Konsorcjum Olan jako oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie zaproszenie Odwołującego do udziału w dynamicznym systemie zakupów, tj. zarzuty dotyczące naruszenia:

- art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp,

Odwołujący z ostrożności, w sytuacji nieuwzględnienia zarzutów objętych pkt. I niniejszego uzasadnienia, tj. nieprzyznania, iż oferta Wykonawcy Konsorcjum Olan podlega odrzuceniu, wnosi o unieważnienie czynności Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty Wykonawcy Konsorcjum Olan jako oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie zaproszenie Odwołującego do udziału w dynamicznym systemie zakupów.

1. Zarzut nierównego traktowania wykonawców w zakresie dokumentów wystawionych przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów Zakład Geotechniki i Fundamentowania Laboratorium Geotechniki w Warszawie dotyczących badań podsypki produkowanej w Kopalni PCC Silicium S.A. dla Odwołującego i dotyczących badań podsypki produkowanej w Kopalni Euroyia Kruszywa S.A. dla Wykonawcy Konsorcjum Olan oraz zarzut bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego /

W dniu 08.02.2017r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał jako podstawę prawną odrzucenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W zakresie podstawy faktycznej Zamawiający stwierdził, iż dokumenty przedstawione przez Odwołującego dla Kopalni PCC Silicium S.A. nie spełniają wymagań zawartych w zapisach siwz.

Odwołujący na wezwanie Zamawiającego z dnia 15.12 2016r., pismem datowanym na dzień 29.12.2016 r. uzupełnił dokumenty dla dwóch kopalni:

- 1) dla producenta Kopalni PCC Silicium S.A.:
- deklarację zgodności dla producenta Kopalni PCC Silicium S.A.;
  - badania sporządzone przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów Zakład Geotechniki i

Fundamentowania Laboratorium Geotechniki w Warszawie,

2) dla producenta Kopalni Porfiru „Zalas”:

- deklarację zgodności dla producenta Kopalni Porfiru „Zalas”;

- raport z badań sporządzony przez Laboratorium Inżynierii Lądowej Multilab w

Odwołujący podnosi zarzut nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Badania wykonane dla Kopalni PCC Silicium S.A. (Odwołujący) i dla Kopalni Wiśniówka (Wykonawca konsorcjum Olan) wykonała ta sama jednostka badawcza - Instytut Badawczy Dróg i Mostów Zakład Geotechniki i Fundamentowania Laboratorium Geotechniki w Warszawie, posiadającą w obu przypadkach taką samą akredytację. Przy czym Zamawiający zaakceptował badania dla Kopalni Wiśniówka przyjmując, że zostały dokonane zgodnie z wymogami siwz, a w odniesieniu do Kopalni PCC Silicium SA odmówił przyznania tego faktu. Odwołujący podnosi, iż skoro Zamawiający zaakceptował badania przedłożone przez Wykonawcę Konsorcjum Olan jako w całości wykonane przez jednostkę akredytowaną, to identyczna sytuacja powinna mieć zastosowanie do badań przedłożonych przez Odwołującego. W przeciwnym razie Zamawiający w rażący sposób naruszy zasadę równości i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, iż analogicznie, zarówno w ofercie złożonej przez Odwołującego, jak również w ofercie Wykonawcy Konsorcjum Olan jedynym dokumentem potwierdzającym wykonanie badań zgodnie z wymogami siwz jest wynik badań przedstawiony przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów Zakład Geotechniki i Fundamentowania Laboratorium Geotechniki w Warszawie. Co istotne, żaden z Wykonawców nie przedłożył dokumentu sygnowanego przez Laboratorium Inżynierii Lądowej "LABOTEST", a jedynie wyniki badań autoryzowane przez Laboratorium Geotechniki.

Należy dodać, iż zgodnie z zapisami Rozdziału III pkt. 3 siwz, Zamawiający żądał załączenia do oferty kopii wyników laboratoryjnych badań okresowych podsypki tłuczniowej wykonanych przez uprawnione, niezależne od producenta kruszyw, laboratorium akredytowane.

Obaj Wykonawcy dostarczyli żądane wyniki badań wykonane przez laboratoria akredytowane.

Na poświadczenie tego faktu Wykonawca Konsorcjum Olan przedłożył pismo Instytutu Badawczego Dróg i Mostów Zakład Geotechniki i Fundamentowania Laboratorium Geotechniki w Warszawie, które poświadcza, iż badania w zakresie mrozoodporności i nasiąkliwości wykonało również laboratorium akredytowane, tj. Laboratorium Inżynierii Lądowej "LABOTEST".

Tymczasem, na poświadczenie tego samego faktu, tj. wykonania badań (w pełnym zakresie, a zatem również w zakresie mrozoodporności i nasiąkliwości kruszywa) przez laboratorium

akredytowane, Odwołujący przedłożył swoje pismo z dnia 29.12.2016 r., w którym sam zapewnia, iż dokumenty załączone do tego pisma spełniają wszystkie wymogi Rozdziału II i III siwz. W rezultacie, Odwołujący potwierdzając w swoim piśmie z dnia 29.12.2016 r., że badania wykonała jednostka akredytowana, złożył identyczne oświadczenie w treści jak Instytut Badawczy Dróg i Mostów Zakład Geotechniki i Fundamentowania Laboratorium Geotechniki w Warszawie dla Wykonawcy Konsorcjum Olan.

Odwołujący podnosi, iż skoro Zamawiający uznał zapewnienie złożone przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów Zakład Geotechniki i Fundamentowania Laboratorium Geotechniki w Warszawie w zakresie oferty Konsorcjum Olan, to taką samą procedurę musi zastosować do zapewnienia złożonego przez Odwołującego w zakresie wyników badań wykonanych dla Kopalni PCC Silicium S.A. firmowanych przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów Zakład Geotechniki i Fundamentowania Laboratorium Geotechniki w Warszawie.

W powyższej sytuacji Odwołujący zarzuca Zamawiającemu nierówne traktowanie wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców jest jedną z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych i jako taka musi być respektowana w pełnym zakresie, począwszy od etapu przygotowania zamówienia, przez procedurę, aż po wybór oferty najkorzystniejszej. Zasadę tę statuuje art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w którym ustawodawca nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł Sąd Okręgowy w Bydgoszczy (postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 r., VIII Ga 22/08), oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez preferowania jednych i dyskryminowania innych wykonawców ze względu na ich właściwości. Przestrzeganie tej zasady polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (zob. też wyrok KIO 2272/12, KIO 2333/12, KIO 2349/12, KIO 2350/12). Wszelkie rygory stosowane wobec wykonawców mogą mieć swe źródło wyłącznie w przepisach określonych w ustawie Pzp. Nierówne traktowanie wykonawców przejawia się przede wszystkim w odmiennej ocenie tych samych faktów lub w wyciąganiu różnych następstw z takich samych okoliczności (zob. wyrok KIO 589/13). A z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie ponownej oceny ofert i dopuszczenie Odwołującego do udziału w aukcji.

2. Zarzut wprowadzenia w błąd Odwołującego przez Zamawiającego, w wyniku czego Zamawiający odrzucił ofertę tego Wykonawcy.

Zamawiający w toku badania ofert pismami z dnia 15.12.2016r. wezwał Odwołującego i Wykonawcę Konsorcjum Olan do uzupełnienia treści złożonych ofert. Wykonawcy uzupełnili oferty w wyznaczonym terminie.

W odniesieniu do Wykonawcy Konsorcjum Olan, po zbadaniu dokumentacji przedłożonej przez tego Wykonawcę Zamawiający stwierdza: "Państwo nie posiadają właściwych dokumentów dla kopalni Gnejsu Pomianów - Doboszowice Sp. z o.o. oraz Kopalni Wieśnica Berger Bau Polska Sp. z o.o. Jedynie dla Kopalni Eurovia Kruszywa S.A. - Kopalnia Wiśniówka dokumenty oferowane są zgodne z wymaganiami siwz. Wobec powyższego Zamawiający na podstawie art. 26 ust 4 ustawy Pzp wzywa Państwa o wyjaśnienie z jakich kopalni byłaby dostarczana podsypka tłuczniowa w przypadku wyboru Państwa oferty jako najkorzystniejszej". Na tak postawione pytanie, Wykonawca Olan Sp. z o.o. wiedząc, która kopalnia przeszła weryfikację i została zaakceptowana przez Zamawiającego, pismem z dnia 30.12.2016r poinformował Zamawiającego, iż podsypka tłuczniowa dostarczana będzie z Kopalni Wiśniówka - Eurovia Kruszywa S.A.

W odniesieniu do Odwołującego, w wyniku badania jego oferty oraz dokumentów złożonych w trybie uzupełnienia oferty, Zamawiający stwierdził, iż: został przekazany komplet dokumentów jedynie dla Kopalni PCC Silicium S.A. i dla Kopalni Porfiru „Zalas”. Zatem pozostałe, wskazane przez Odwołującego w ofercie kopalnie nie zostały przez Zamawiającego pozytywnie zweryfikowane. Jednocześnie Zamawiający w piśmie z dnia 29.12.2016 r. dodaje: „Wobec powyższego Zamawiający na podstawie art. 26 ust 4 ustawy Pzp wzywa Państwa o wyjaśnienie z jakich kopalni byłaby dostarczana podsypka tłuczniowa w przypadku wyboru Państwa oferty jako najkorzystniejszej”. Na tak postawione pytanie, Odwołujący, działając w dobrej wierze co do prawdziwości zapewnienia Zamawiającego o pozytywnej weryfikacji i akceptacji dokumentacji dla dwóch kopalń, pismem z dnia 02.01.2017r poinformował Zamawiającego, iż podsypka tłuczniowa dostarczana będzie właśnie z tych kopalń, tj. z Kopalni PCC Silicium S.A. i Kopalni Porfiru „Zalas”.

Warto w tym miejscu również dodać, iż Zamawiający po dacie uzupełnienia ofert w dniu 29.12.2016 r. nie wymagał od Wykonawców żadnych dodatkowych dokumentów ani wyjaśnień. W konsekwencji, w dniu 03.01.2017r. Zamawiający poinformował Wykonawców o dopuszczeniu ich do udziału w dynamicznym systemie zakupów. Następnie, czynność dopuszczenia obu Wykonawców Zamawiający unieważnił w piśmie z dnia 12.01.2017r.

W dniu 08.02.2017r, Zamawiający poinformował Odwołującego o wyniku postępowania i o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast w zakresie podstawy faktycznej odrzucenia

Zamawiający podniósł, iż dokumenty przedstawione przez Odwołującego dla Kopalni PCC Silicium S.A. nie spełniają wymagań zawartych w zapisach siwz.

Z powyższego bezsprzecznie wynika, że Zamawiający wysyłając do Wykonawców pismo z dnia 29.12.2016r. dokonał już oceny dokumentów uzupełnionych przez Wykonawcę Konsorcjum Olan i stwierdził, iż spełniają one wymagania Zamawiającego, Natomiast w odniesieniu do Odwołującego, Zamawiający wprowadził Odwołującego w błąd informując, że dwie oferowane przez niego kopalnie spełniają warunki siwz. Taka odmienne zachowanie wobec obu Wykonawców stawia ich w nierównej pozycji względem Zamawiającego. Zamawiający powinien był wskazać, że jedynie Kopalnia Porfiru „Zalas” spełnia warunki siwz (podobnie jak uczynił to w przypadku/Kopalni Wiśniówka dla Wykonawcy Konsorcjum Olan ). Pismo z dnia 29.12.2016 było jednoznaczne i wiążące dla Wykonawców, zatem w dobrej wierze potraktowali oni treść pisma jako stanowisko Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający po kolejnej weryfikacji dokumentacji zmienił zdanie, powinien był ponownie zawiadomić Odwołującego o tym, iż zmienił swoje stanowisko i obecnie, w jego ocenie jedynie Kopalnia Porfiru „Zalas” spełnia wymogi siwz. Następnie Zamawiający winien analogicznie jak to miało miejsce za pierwszym razem, zgodnie z art. 26 ust 4 ustawy Pzp zwrócić się do Odwołującego o wskazanie, z których kopalni będzie dostarczana podsypka tłuczniowa.

Biorąc pod uwagę powyższe, odrzucenie oferty Odwołującego należy uznać za działanie niezgodne z zasadą równego traktowaniem wykonawców, dobrymi obyczajami oraz zasadą uczciwej konkurencji. W toku postępowania Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w taki sposób, że pomimo tego, że Odwołujący złożył ważną i odpowiadającą treści SIWZ ofertę, Zamawiający ją odrzucił. Wprowadzenie w błąd przez Zamawiającego nie może i nie powinno obciążać Odwołującego, którego oferta w pełni odpowiada treści siwz. Konsekwencje błędu Zamawiającego skutkują odrzuceniem oferty z postępowania i w świetle ustawy Pzp są niedopuszczalne. Zamawiający wprowadził Wykonawcę w błąd co do kopalń, które spełniają warunki stawiane przez Zamawiającego. Treść odpowiedzi Odwołującego i Wykonawcy Konsorcjum Olan była zgodna ze stanowiskiem Zamawiającego i wskazywała jedynie na te kopalnie, które pozytywnie przeszły weryfikację i zostały wskazane przez Zamawiającego jak spełniające warunki siwz. W sytuacji gdy Zamawiający zdecydował się unieważnić czynność dopuszczenia ofert obu Wykonawców do dynamicznego systemu zakupów oraz zmienił zdanie w zakresie oceny dokumentacji przedłożonej dla oferowanych przez Odwołującego kopalń, konsekwentnie jak poprzednio powinien o tym poinformować Odwołującego oraz zwrócić się do niego o weryfikację swojego stanowiska.

Reasumując, Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji omyłek Zamawiającego, tym samym jego oferta nie powinna być na tej podstawie odrzucona.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie pozwalają na przerzucanie na Wykonawców konsekwencji błędów popełnianych przez Zamawiającego. To Zamawiający powinien dążyć do tego i czuwać nad tym, aby pisma kierowane do Wykonawców były precyzyjne, spójne i nie wprowadzały Wykonawców w błąd co do stanu faktycznego i prawnego sprawy. Skutkiem działania Zamawiającego jest fakt, że prawidłowo złożone oferty zostały potraktowane w odmiennie (por. wyrok KIO z dnia 18.04.2012 r., sygn. akt KIO 661/12).

Biorąc pod uwagę powyższe, zasadne jest żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz ponownego dokonania czynności oceny ofert i dopuszczenia Odwołującego do udziału w dynamicznym systemie zakupów.

Załączył do odwołania powołane dowody tj.:

- kopia korespondencji Zamawiającego z Odwołującym z przetargu prowadzonego w 2014 r.  
Wezwanie Zamawiającego z dnia 15.12.2016 r. do Odwołującego o uzupełnienie dokumentów,

Wezwania z dnia 15.12.2016 r. do Konsorcjum Olan o uzupełnienie dokumentów,

Pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 21.12.2016 r.

Pismo Konsorcjum Olan do Zamawiającego z dnia 20.12.2016 r.

Wezwanie Zamawiającego z dnia 29.12.2016 r. do wyjaśnień obu Wykonawców,

Pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 2.01.2017 r.,

Pismo Konsorcjum Olan do Zamawiającego z dnia 30.12.2016 r.,

Zawiadomienie Zamawiającego z dnia 3.01.2016 r. o wyniku postępowania,

Unieważnienie wyniku postępowania z dnia 12.01.2017 r.

Ponowne zawiadomienie Zamawiającego z dnia 8.02.2016 r. o wyniku postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło przystąpienie konsorcjum Olan sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (pełnomocnik – lider) i Firma Handlowo-Produkcyjna MTD M. D. z siedzibą w Szczucinie. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, która wpłynęła do Izby dnia 1 marca 2017 r., oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, art. 7 ust. 1 i 3 pzp skutkującego odrzuceniem oferty odwołującego i wyborem jako najkorzystniejszej oferty przystępującego i jednocześnie poinformował, że w konsekwencji uznania wskazanych zarzutów odwołania zamawiający zamierza wykonać dalsze czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem alternatywnym zawartym w pkt 5.2. odwołania poprzez:



- 1/ unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2/ unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Olan jako najkorzystniejszej,
- 3/ zaproszenie odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej.

Na posiedzeniu i rozprawie strony i uczestnicy postępowania złożyli następujące oświadczenia:

**Zamawiający** złożył do akt pisemną odpowiedź na odwołanie, o treści opisanej powyżej, która w formie maila wpłynęła do Izby w dniu 1.03.2017r, w której uwzględnił odwołanie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, art. 7 ust. 1 i 3 pzp skutkującego odrzuceniem oferty odwołującego i wyborem jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

**Przystępujący** oświadczył, że zgłasza sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego.

**Odwołujący poparł odwołanie** wraz z zawartą w niej argumentacją.

Odnosnie niezasadnego odrzucenia jego oferty wskazał na przebieg procedury wyjaśnień prowadzonej przez Zamawiającego po dniu otwarcia ofert, jako niedopuszczalnej, a zwłaszcza niewynikającej z postanowień SIWZ. Ta określała parametry przedmiotu zamówienia w rozdziale III i Odwołujący do ich zachowania zobowiązał się składając ofertę. W ofercie przedstawiono wystarczające dokumenty na potwierdzenie spełnienia wymaganych warunków przedmiotowych niezależnie od faktu, iż niektóre źródła dostaw nie uzyskały akceptacji Zamawiającego. Przypomniał praktykę Zamawiającego z lat poprzednich na analogiczny przedmiot zamówienia. Na poparcie powołał orzeczenie KIO 1388/15.

Podtrzymał zarzuty wobec oferty Przystępującego, sprecyzowane na str. 9 i następnych odwołania. Wskazał na zasady stosowania symboli akredytacji składając fragment dokumentacji PCA z zaznaczeniami mającymi znaczenie dla rozpatrywanej sprawy. Wskazał na wyniki badań w ofercie Przystępującego oraz pismo tego wykonawcy, z których wynika naruszenie powyższych zasad oraz zapisu rozdziału III pkt 3, uwaga 2 SIWZ.

Złożył dokument dotyczący zakresu akredytacji laboratorium, które wykonywało badania jako główny zleceniobiorca (oprócz podwykonawcy, którym się posłużyło) wskazując na brak akredytacji do pobierania próbek. Zakwestionował metody badań jako niedotyczące odporności na rozdrabnianie i niespełniające warunków technicznych (WTWiO). Wskazał z ostrożnością, iż wobec samodzielnego uzupełnienia przez Przystępującego dokumentów w tym zakresie, procedura z art. 26 ust. 3 PZP została wyczerpana. Złożył pismo uzyskane z

kopalni PCC SILICIUM z 3.08.2016r. potwierdzające podzlecenie badań poprzez laboratorium i przypomniał argumentację ze str. 8 odwołania na okoliczność nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego w zakresie oceny wyników badań.

Podtrzymuje zarzut alternatywny dotyczący unieważnienia postępowania. Nie neguje prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień, lecz kwestionuje skutek w postaci bezzasadnego odrzucenia jego oferty. Stwierdził, że ocena ofert została już dokonana przez Zamawiającego, w tym co do pozytywnej oceny kopalni ZALAS, stąd nie jest to kwestia objęta zarzutami i sporem. Ponownie wskazuje na wymóg uprawnienia do pobierania próbek.

**Zamawiający** przyznał, że nie miał podstaw żądać od wykonawców wskazywania źródeł dostaw z więcej niż jednej kopalni. W szczególności wskazał na rozdział 3 SIWZ opisujący warunki techniczne i wymogi co do przedłożenia stosownych dokumentów.

Podtrzymał pisemne oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania opisanych jako alternatywa 5.2. Oceniał, że powyższe sformułowanie oznacza uznanie w całości żądania odwołania zgodnie z powołanym wcześniej punktem 5.2.

Dodał, że w świetle wymogów specyfikacji oferta Odwołującego nie powinna być odrzucona. Podkreślił, że parametry kruszywa z kopalni ZALAS nie były kwestionowane, nie stanowiły podstawy do odrzucenia oferty. Wyjaśnił przy tym, iż w jego ocenie zbędne były badania na długość ziarna i mrozoodporność w kontekście wyniku badań w punkcie 1 i 9 oraz brak wymogu odnośnie odporności na ścieranie. Zauważył, że Przystępujący sformułował na rozprawie nowe zarzuty wobec oferty Odwołującego, które nie podlegają rozpatrzeniu na rozprawie.

Niezależnie od powyższego nie kwestionuje wyników badań przedstawionych przez Przystępującego.

**Przystępujący** stwierdził, że Zamawiający miał podstawę by prowadzić postępowanie wyjaśniające na podstawie art. 26 ust. 4 i wykonał takie czynności traktując wykonawców równorzędnie. Bezsporne jest to, że Odwołujący wskazał na dwie kopalnie jako swoich dostawców. Przystępujący wskazał na dopuszczalność prowadzenia badań laboratoryjnych z uwzględnieniem podwykonawstwa. Przyznał, że w pozycji z wynikami odporności na rozdrobnienia wskazano omyłkowo błędną normę natomiast wynik badań jest poprawny. Złożył wyjaśnienie laboratorium z dnia 9.01.17r. Wskazał także na zapytanie i odpowiedź PCA dot. badań i akredytacji w sytuacji podzlecenia badań. Zakwestionował wyniki badań tłuczni z kopalni ZALAS przedstawione w uzupełnieniu przez Odwołującego wskazując na brak akredytacji w parametrach długość ziarna, odporność na ścieranie mikroDEVAL i

mrozoodporność. Laboratorium wykonujące te badania nie posiada akredytacji w tym zakresie. Złożył dokument z LABOTEST.

Stwierdził, że co do zasady akredytacja na badanie określonego materiału określa jednocześnie akredytację na pobieranie próbek do tego badania. Stwierdził, że według WTWiO nie istniał wymóg przedstawienia akredytacji do pobierania próbek.

W konsekwencji stoi na stanowisku, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty i wyjaśnienia złożone zamawiającemu przez odwołującego i przystępującego, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Odnosząc się do zarzutów i żądań odwołania skład orzekający stwierdza, że zostały one przedstawione w formie alternatyw (vide strona 5 powyżej), które z uwagi na ich sformułowanie należy odczytywać, stosownie do reguł logiki klasycznej, jako alternatywa rozłączna. W tym miejscu należy stwierdzić, że zarzut, którego konsekwencją jest żądanie nakazania unieważnienia postępowania prima facie nie jest zasadny i podlega oddaleniu jako nie znajdujący podstawy prawnej w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy tj. wobec braku interesu, o którym mowa powyżej.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez czynność odrzucenia oferty Odwołującego, której treść odpowiada treści siwz, bowiem Odwołujący wykazał, iż zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia - podsypka naturalna spełnia wszystkie wymogi wskazane przez Zamawiającego oraz naruszenia tego samego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zastosowania i nieodrzućenie oferty Wykonawcy Konsorcjum Olan, której treść nie odpowiada treści siwz, bowiem Wykonawca konsorcjum Olan nie wykazał, że zaoferowana przez niego podsypka

naturalna została przebadana przez akredytowaną jednostkę badawczą i próbki do badania zostały pobrane przez jednostkę posiadającą akredytację do pobierania próbek, skład orzekający uznaje zarzut w części za uzasadniony.

Stanowisko to dotyczy stwierdzenia, że zamawiający niezasadnie i nie mając ku temu podstaw w postanowieniach siwz, odrzucił ofertę odwołującego się wykonawcy. W szczególności na aprobatę zasługuje stwierdzenie i ustalenie w dokumentacji postępowania, że nie było sformułowanego wymogu wskazania kilku dostawców surowca, a skoro materiał deklarowany od co najmniej jednego miał wymagane potwierdzenie pozytywnego badania laboratoryjnego, to fakt, że od innego takiego wyniku nie przedstawiono, nie mógł być powodem odrzucenia oferty.

Sposób i zakres potwierdzenia wymogu opisany w rozdziale III siwz został przez odwołującego dochowany, zatem odrzucenie oferty stanowiło czynność wykonaną z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. W tym miejscu należy zauważyć, że próby przystępującego zmierzające do zakwestionowania w toku rozprawy spełnienia określonych parametrów przedmiotowych przez próbki, co do których nie przedstawiano z żadnej ze stron zarzutów, muszą być bezskuteczne jako wykraczające poza granice zarzutów odwołania, ergo nie mogą być rozpatrzone stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy pzp.

Ponadto Izba stwierdza, że zarzuty odwołania podniesione wobec oferty przystępującego, nie zostały udowodnione. W szczególności ocena ta wynika z faktu uznania, na podstawie treści czynności badania i oceny ofert, że zamawiający, uwzględniając jego stanowisko przedstawione w toku postępowania odwoławczego, prowadził postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, tj.: Odwołującego oraz Wykonawcy przystępującego, tj. z uwzględnieniem zasady zamówień publicznych sformułowanej w art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

W wyniku złożonych wyjaśnień obydwaj wykonawcy skutecznie wyjaśnili i potwierdzili wymaganymi dokumentami zawierającymi oczekiwane wyniki badań laboratoryjnych, że oferowany przedmiot zamówienia będzie zgodny ze specyfikacją i zawartymi w niej wymaganiami.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz §5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....