

WYROK

z dnia 15 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2015 r. przez „**PREFABET EŁK**” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ełku w postępowaniu prowadzonym przez **Sinevia Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** przy udziale wykonawcy **J. K.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Sinevia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę J. K. i dokonanie ponownej oceny ofert
2. W pozostałym zakresie żądania odwołania oddala
3. Kosztami postępowania obciąża **Sinevia Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „**PREFABET EŁK**” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ełku tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Sinevia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz „**PREFABET EŁK**” **Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ełku** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Sinevia Sp. z o.o. w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę betonu wraz z rozładunkiem na przebudowę PST w Wierzbiniach.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą p.z.p.

W dniu 1 października 2015 roku wykonawca PREFABET EŁK Sp. z o.o. w Ełku (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art.7 ust.1 i ust.3, art.24 ust.2 pkt.3, art.24 ust.2 pkt.4, 26 ust.3, art.87 ust.2 pkt.3 w związku z art.89 ust.1 pkt.2 i art.85 ust.1 pkt.2, art.89 ust.1 pkt.2 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że skutkiem postępowania zamawiającego interes prawny w uzyskaniu zamówienia przez odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia określonych przepisów ustawy P.z.p. Oferta odwołującego, złożona w postępowaniu przetargowym w świetle określonych kryteriów badania i oceny ofert, jest najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy P.z.p.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert;
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawcy TRANS-ŻWIR J. K.
4. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę TRANS-ŻWIR J. K.
5. nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na zasadach określonych przepisami ustawy P.z.p., z uwzględnieniem postanowień zawartych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w dniu 23 września 2015 roku zamawiający powiadomił odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej za jaką uznał złożoną przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TRANS-ŻWIR J. K. . Jednocześnie zamawiający powiadomił, iż nie wykluczył z postępowania żadnego z uczestniczących w nim wykonawców oraz nie odrzucił żadnej oferty.

Zamawiający z zachowaniem postanowień ustawy P.z.p., a w szczególności treści art. 22 wskazanej powyżej ustawy w treści ogłoszenia o zamówieniu sekcja III.2.3, określił wymagany do spełnienia warunek udziału w postępowaniu wykonawców ubiegających się o jego udzielenie w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób następujący:

„Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów: Wykonawca wykaże się doświadczeniem w wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych w wykonywaniu dostaw - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 dostawy, odpowiadającą swoim rodzajem dostawie, stanowiącej przedmiot zamówienia. Za dostawą odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia uważa się dostawę wraz z rozładunkiem betonu o wartości brutto min. 1 000 000 PLN.”.

Warunek tak opisany zawarty został również w treści udostępnionej specyfikacji istotnych warunków zamówienia Część V ust.2 pkt.2:

„Warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się doświadczeniem w wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych w wykonaniu dostaw - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 dostawy, odpowiadającą swym rodzajem dostawie,

stanowiącej przedmiot zamówienia. Za dostawę odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia uważa się dostawę wraz z rozładunkiem betonu o wartości brutto min. 1.000.000,00 PLN.”.

Ponadto Zamawiający pismem znak ZRB/NDM/462063-2/2015 z dnia 17.07.2015 roku zamieszczonym na jego stronie internetowej powiadomił wykonawców, iż:

„(...) w opisie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (SIWZ część V ust.2 pkt.2) należy przedstawić 2 dostawy, każda o wartości brutto po min. 7.000.000,00 PLN.”.

W ocenie odwołującego, zamawiający tym samym nie dopuścił jakiegokolwiek sumowania poszczególnych dostaw (zamówień) w wymaganym terminie. Przedstawiony

natomiast przez przystępującego wykaz zrealizowanych dostaw wraz z przedłożonymi dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie, nie potwierdza spełnienia określonego przez zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia zawodowego wykonawcy.

Przystępujący, w celu wykazania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego, przedłożył wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 8 wraz z dokumentami mającymi potwierdzić, iż poszczególne dostawy wskazane w załączniku zostały wykonane należycie. Pod pozycją nr 1 przywołanego powyżej załącznika przystępujący wskazał na wykonanie dostawy betonu wraz z rozładunkiem o wartości 2.667.447,81 zł na rzecz GLOBAL ENERGY SERVICES S.A. Przystępujący zwrócił uwagę, iż jak wynika z treści załączonej referencji, która została podpisana jako oświadczenie GLOBAL ENERGY SERVICES S.A. przez osobę nie posiadającą praw do jej reprezentacji, zakresem dostaw objęte były dostawy zarówno betonu towarowego, jak i kruszyw. Tak więc brak jest pewności, czy w świetle przedłożonych dokumentów wartość określona w załączniku nr 8 odnosząca się do wskazanej dostawy obejmuje wyłącznie dostawy betonu, czy jest to wartość łączna całości dostaw betonu i kruszyw.

Odwołujący podkreślił, iż – jak wynika z dokumentu przedłożonego przez przystępującego – inwestycja dotyczyła budowy Farmy Wiatrowej Zgorzelec, a dostawy betonu towarowego zapewniała betoniarnia Sulików. Z ogólnie dostępnych informacji nie wynika by TRANS-ŻWIR J. K. prowadził jakąkolwiek działalność gospodarczą na terenie Sulikowa, a w szczególności posiadał „betoniarnię Sulików” wchodzącą w skład TRANS-ŻWIRU. Przywołana w treści referencji betoniarnia znajdująca się w miejscowości Sulików przy ul. Sportowej 2, jak wynika z ogólnie dostępnych informacji rejestrowych, w tym GUS, należy do przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Transportowo - Produkcyjno - Handlowa „OLD - TRANS” T. S. posługującej się numerem NIP 615-11-64-607.

Odwołujący wskazał, iż z treści przedłożonych wraz z ofertą przystępującego dokumentów mających potwierdzić wykonanie minimum 2 dostaw, każda o wartości brutto po min. 1.000.000,00 PLN w przypadku pozycji nr 2 Załącznika nr 8 dostawy betonu wraz z rozładunkiem na rzecz Przedsiębiorstwa Budowlanego M. M. M. M. Sp. J. Z siedzibą w Giżycku wynika, iż doszło najprawdopodobniej do zsumowania poszczególnych dostaw, które odbyły się we wskazanym czasie tj. od 1 stycznia 2014 roku do 31 grudnia 2014 roku, a wskazana wartość w załączniku nr 8 nie stanowi jednej dostawy o wartości powyżej 1.000.000,00 PLN brutto, a sumę poszczególnych dostaw zrealizowanych w tym okresie na rzecz wskazanego odbiorcy. Jednocześnie wskazał, iż – biorąc pod uwagę wyłącznie treść referencji – potwierdzenie tego stanu rzeczy zawarte jest w samym dokumencie: „(...)

TRANS - ŻWIR J. K. w 2014 roku zaopatrywała naszą firmę w beton w ramach realizacji wielu inwestycji, m.in. (...) Nasze zamówienia zawsze realizowane są szybko i terminowo.". Tak więc sam zapis w załączonym dokumencie świadczy o wielu odrębnych zamówieniach, które należy rozumieć w świetle przepisów ustawy P.z.p. jako wiele dostaw o wartościach poniżej wymaganej przez zamawiającego. Ponadto wątpliwość również budzi wskazana w załączniku łączna wysokość zamówień wskazana przez przystępującego jako kwota 1.220.736,27 zł brutto w świetle łącznej ilości betonu towarowego jaka została wskazana dla poszczególnych zamówień - 3.581 m³ betonu towarowego, co daje kwotę brutto z 1 m³ w wysokości 340,89 zł.

Odwołujący stwierdził, iż przystępujący w pkt.3 przedłożonego wykazu wykazał się rzekomą dostawą (jednym zamówieniem) o wartości 1.473.172,60 zł, które miało być zrealizowane w okresie poczynszy od dnia 01 września 2012 roku do 31 lipca 2015 roku na rzecz Spółdzielni wielobranżowej Niegocin. Jak wynika z treści przedłożonej referencji, we wskazanym czasie wykonawca dostarczył beton na łączną kwotę około 1.200.000,00 zł netto, co odpowiada wartości brutto 1.476.000,00 zł. Z przedłożonego dokumentu nie wynika, iż była to wyłącznie jedna dostawa w rozumieniu przepisów ustawy P.z.p., a uwzględniając charakter organizacyjno-prawny wskazanego odbiorcy, który jest spółdzielnią zrzeszającą zakłady rzemieślnicze oraz osoby prowadzące działalność gospodarczą na własne ryzyko i odpowiedzialność w zakresie budownictwa, rzeczywistymi odbiorcami dostarczanego betonu były poszczególne podmioty zrzeszone w Spółdzielni i realizujące różnego rodzaju zamówienia w różnych terminach i odstępach czasu. Wskazana przez wykonawcę dostawa jest w rzeczy samej sumą różnych dostaw o różnych wartościach na różne zadania inwestycyjne realizowane przez poszczególne podmioty gospodarcze zrzeszone w Spółdzielni, a wobec powyższego nie można uznać, iż wykonawca w tym zakresie wykazał się dostawą (zamówieniem) o wartości minimum 1.000.000,00 PLN.

Odwołujący stwierdził, iż w poz. nr 4 przystępujący jako odbiorcę wskazał ZRB WAM Sp. z o.o. wykazując jako jedną dostawę zrealizowaną w okresie od 01 września 2012 roku do 31 lipca 2015 roku o wartości 1.365.544,71 PLN brutto. Złożone w tym zakresie oświadczenie o jednej dostawie o wskazanej w Załączniku nr 8 wartości, gdzie odbiorcą jest obecny zamawiający budzi poważne wątpliwości w świetle jawnie prowadzonych przez zamawiającego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wynika z dokumentacji przeprowadzonych postępowań, zamawiający udzielił dwóch zamówień na dostawy betonu z rozładunkiem, w których to TRANS-ŻWIR J. K. był dostawcą odpowiednio betonu zwykłego klasy C20/25 w ilości 660m³ oraz w wyniku rozstrzygnięcia drugiego postępowania betonu zwykłego klasy C20/25 w ilości 130m³. Sumując zatem te dwie

dostawy, wartość jednostkowa, jaką zamawiający miałby zapłacić wynosiłaby 1.392 zł/m³ betonu, co jest czystym absurdem.

W ocenie odwołującego, przystępujący nie wykazał się wymaganym przez zamawiającego wykonaniem dwóch dostaw o wartości brutto 1.000.000,00 PLN każda, a w złożonych zamawiającemu informacjach w treści załącznika nr 8 zawarł nieprawdziwe informacje mające na celu wykazanie się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu w celu pozyskania przedmiotowego zamówienia. W ocenie odwołującego złożone wyjaśnienia przystępującego zawierają również nieprawdziwe informacje, złożone oświadczenie nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem w postaci chociażby przedłożenia stosownych umów, o których mowa w oświadczeniu.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający – pomimo posiadanych możliwości oraz w świetle przekazanych mu pisemnie wątpliwości co do zaistnienia złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji – ograniczył się wyłącznie do wybiórczego wezwania co do wyjaśnienia wskazanych dostaw - wskazując poz. 2 i 3 załącznika nr 8. Ponadto w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w sposób sugestywny żądał wyłącznie udzielenia odpowiedzi na postawione przystępującego pytanie, a nie wymagał wykazania się, iż wskazane dostawy spełniają jego wymagania oraz jakiegokolwiek udokumentowania tego faktu. Pomimo również posiadanych prawnych możliwości, zamawiający zaniechał wyjaśnienia powyższych wątpliwości sięgając na mocy §1 ust.5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 roku poz.231) do możliwości wyjaśnienia złożonych przez przystępującego oświadczeń bezpośrednio konfrontując je z informacjami i dokumentami, jakie mógł w tych konkretnych przypadkach pozyskać bezpośrednio od wystawców złożonych referencji.

Wskazując na powyższe, odwołujący stwierdził, iż zamawiający bezpodstawnie zaniechał wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt.3 ustawy P.z.p.

W przypadku nieuznania, że w treści złożonej oferty zawarto nieprawdziwe informacje, odwołujący zwrócił uwagę, że doszło do zaniechania czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., mających na celu wykazanie się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu opisanego wspomnianymi na wstępie dokumentami.

Odwołujący podniósł, że w treści złożonej zamawiającemu oferty, pomimo braku takich wymagań, przystępujący przedłożył karty techniczne wraz z odpowiednimi

deklaracjami producenta materiałów, kruszywa oraz pozostałych dodatków, jakie zamierza użyć do wykonania przedmiotowego zamówienia, a w szczególności wskazał na rodzaj i parametry włókien będących dodatkiem do mieszanki betonowej, która objęta jest zamówieniem w pozycji nr 7 załącznika cenowego nr 6 - Beton zwykły C25/30 (B-30) W8, F150 + włókno (fibrobeton) - włókna polipropylenowe w ilości 0,9 kg/m³.

Przystępujący w złożonej ofercie przewidział do zastosowania włókna niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia będące w obrocie pod nazwą handlową CHRYSO@FIBRE S40, które – jak wynika z załączonej do oferty dokumentacji – są włóknami polimerowymi zawierającymi w swym składzie mieszankę włókien polipropylenowych i polietylenowych. Oferowane przez przystępującego rozwiązanie jest tańsze od wymaganego przez zamawiającego, co jednoznacznie odzwierciedla wycena jednostkowa tej klasy betonu. Wskazany przez przystępującego sposób wykonania zamówienia z zastosowaniem odmiennych od wymaganych materiałów jest sprzeczny z założeniami zamawiającego oraz nie stanowi rozwiązania równoważnego, a tym samym treść złożonej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie odwołującego, zamawiający w sposób jednoznaczny określił skład mieszanki betonowej przy zastosowaniu włókien polipropylenowych i w żadnej części przedłożonej dokumentacji przetargowej nie dopuścił do zastosowania mieszanki włókien w postaci oferowanej przez przystępującego.

W wyniku wezwania skierowanego przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów pismem z dnia 10.09.2015 roku znak: ZRB/NDM/4620-63-18/2015 przystępujący wraz z pismem z dnia 16.09.2015 roku przedłożył między innymi dokument własny w postaci Deklaracji właściwości użytkowych Nr TŻ/15/09/2015/5 obejmującej mieszankę betonową C25/30 (B-30 W8 F150) + włókno polipropylenowe w ilości 0,9 km/m³. Załączona w uzupełnieniu dokumentów deklaracja wskazuje na właściwe do zastosowanie włókna, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Tym samym przystępujący dokonał zmiany treści oferty w zakresie stosowanych włókien podejmując próbę doprowadzenia swej oferty do jej zgodności z treścią s.i.w.z. Jak wynika z treści s.i.w.z. oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający nie dopuścił składanie ofert wariantowych. Mając na uwadze postanowienia art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p., który stanowi, iż treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zgodnie z art.84 ust.1 wykonawca ma możliwość dokonania zmiany treści oferty wyłącznie przed upływem terminu do składania ofert, zamawiający zaniechał odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą dopuszczając jednocześnie do jej zmiany w wyniku uzupełnienia dokumentów przez wybranego wykonawcę, czym też naruszył postanowienia art.89 ust.1 pkt.2 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że przystępujący w treści złożonej oferty, w szczególności na 1 stronie druku ofertowego, złożył ją oświadczając jednocześnie, iż pozostaje związany ofertą przez okres 30 dni. Wymagany przez zamawiającego okres związania ofertą przewidziany został w treści ogłoszenia o zamówienia i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez okres 60 dni. W ocenie odwołującego w tym zakresie zaistniała sprzeczność treści oferty z treścią s.i.w.z.

W ocenie odwołującego, wskazane powyżej okoliczności stanowią przesłanki do odrzucenia złożonej oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt.2 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał poprawienia treści złożonej oferty przez wykonawcę poprzez zastąpienie oświadczenia woli o pozostawaniu związaniu ofertą przez okres 30 dni zastępując go okresem 60 dniowym. Czynność ta została dokonana przez zamawiającego na podstawie art.87 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp, na tak dokonaną poprawkę przystępujący wyraził zgodę.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż okres związania ofertą stanowi istotną zmianę treści oferty. Określa on bowiem świadome działanie wykonawcy, w którym to jego oferta pozostaje ważna i wiążąca dla strony drugiej. Jednocześnie uznanie jako możliwe do dokonania korekty okresu związania ofertą umożliwia wykonawcom manipulacje polegające na wycofaniu się z postępowania bądź pozostania w postępowaniu w zależności od zajmowanej pozycji. W ocenie odwołującego określenie odmiennego od wymaganego przez zamawiającego okresu związania ofertą nie stanowi „omyłki”, a było celowym działaniem wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o zamówienie

Odwołujący wskazał, że zamawiający, zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu Sekcja 111.2.1. ust.4, wymagał następujących dokumentów:

„W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy/usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda: 1) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym (atesty, deklaracje zgodności i certyfikaty).”

W wyniku wyjaśnienia treści s.i.w.z., zamawiający pismem znak ZRB/NDM/4620-63- 5/2015 z dnia 31.07.2015 roku, udzielając odpowiedzi na postawione pytanie nr 2, w sposób jednoznaczny wskazał na wymagane dokumenty w postaci atestu, deklaracji zgodności lub certyfikatu, które to mają być potwierdzone przez niezależny podmiot uprawniony do kontroli

jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.

Złożona przez TRANS-ŻWIR J. K. oferta nie zawiera w tym zakresie wymaganych dokumentów. Zawarte w jej treści certyfikaty odnoszą się wyłącznie do kruszyw i innych składników, które to zamierza użyć do wykonania przedmiotu zamówienia. Oferta nie zawiera wymaganych atestów, deklaracji zgodności i certyfikatów wraz z wymaganym potwierdzeniem niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty (beton towarowy) odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym w odniesieniu do betonu towarowego. Złożone przez wykonawcę protokoły badań nie zastępują i nie są dokumentami równoważnymi mogącymi zastąpić żądane przez zamawiającego dokumenty w postaci atestu, deklaracji zgodności bądź certyfikatu.

Odwołujący wskazał, że zamawiający, uznając powyższe za zasadne, pismem z dnia 10.09.2015 roku znak: ZRB/NDM/4620-63-18/2015 wezwał TRANS-ŻWIR J. K. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom. Zamawiający zażądał przedłożenia zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z ust. 10.2 (1) normy PN-EN 206 Beton Wymagania, właściwości, produkcja i zgodność: „W przypadku, gdy w umowie albo przepisach obowiązujących w miejscu stosowania betonu wymaga się, aby kontrola produkcji dokonywana przez producenta była oceniana i nadzorowana przez akredytowaną jednostkę kontrolującą, a następnie była poświadczona przez akredytowaną jednostkę certyfikującą, stosuje się postanowienia dotyczące oceny, nadzoru oraz certyfikacji podane w Załączniku C.” (Załącznik C normatywny zawarty w normie PN-EN 206).

Przywołany powyżej normatywny Załącznik C zawiera między innymi postanowienia dotyczące oceny, nadzoru i certyfikacji produkcji wykonywanych przez akredytowaną jednostkę. Określa między innymi w ust.C.2.1 zadania jednostki kontrolującej w zakresie wstępnej oceny kontroli produkcji.

W ocenie odwołującego, pozostaje ponad wszelką wątpliwość, iż zamawiający, dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu, a w szczególności żądając zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym

oczekuje, iż wykonawcy składający ofertę oraz w przyszłości dostawca jest producentem, który posiada stosowny certyfikat i pozostaje pod ścisłą kontrolą niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości produkcji, a zatem spełnia wszystkie wymagania określone normą PN-EN 206. Odwołujący podkreślił, iż certyfikacja ta jest dobrowolna dla producenta betonu, tym niemniej jednak konieczna z punktu widzenia dostaw, dla których to zamawiający przewidział takie wymogi w celu pewności powtarzalności produkcji i zmniejszenia ryzyka dostaw nie spełniających wymagań normatywnych w tym projekcie.

TRANS-ŻWIR J. K. w odpowiedzi na pisemne wezwanie do uzupełnienia dokumentów wraz z pismem z dnia 16.09.2015 roku przedłożył Deklaracje właściwości użytkowych dla poszczególnych klas betonów oraz pisma z Instytutu Materiałów Budowlanych i Technologii Betonu oraz Stowarzyszenia Producentów Betonu Towarowego w Polsce. Jak wynika z treści pisma przystępującego, posiada on system Zakładowej Kontroli Produkcji, tym niemniej jednak nie pozostaje pod ścisłą kontrolą niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości produkcji. Zgodnie z treścią pisma wykonawcy inspekcja takiego podmiotu (Instytutu Materiałów Budowlanych i Technologii Betonu) zaplanowana została na dzień 14.10.2015 roku. Zatem jednostka kontrolująca w zakresie wstępnej oceny kontroli produkcji podejmie pierwsze czynności związane z jej oceną w zakresie zgodności z postanowieniami normy PN-EN 206 we wskazanym terminie, co oznacza, iż na dzień składania ofert, w którym to wykonawca miał wykazać się spełnieniem wszelkich wymagań zamawiającego TRANS-ŻWIR J. K. nie dysponował wymaganym przez Zamawiającego dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego.

Załączone w uzupełnieniu dokumentów przez przystępującego dodatkowo protokoły z badań próbek, zgodnie z samym oświadczeniem Laboratorium Betonów STACHEMA Sp. z o.o., dotyczą tylko i wyłącznie badanych próbek i nie zastępują innych dokumentów. W szczególności przedłożone dokumenty w postaci Deklaracji właściwości użytkowych oraz przedłożone protokoły z badania próbek są niewystarczające w świetle treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nie są dokumentami równoważnymi i nie zastępują

W ocenie odwołującego, przystępujący nie wykazał w złożonej ofercie, iż oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania zamawiającego, a wobec powyższego zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty złożonej przez TRANS-ŻWIR J. K. na podstawie art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy P.z.p., jak również wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust.2 pkt.4 ustawy P.z.p.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 października 2015 roku wniósł o:

- 1, Oddalenie odwołania w całości,
2. Obciążenie odwołującego kosztami postępowania, zgodnie z art. 186 ust.6 pkt 3a ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie. Według oceny zamawiającego nic ma to żadnego znaczenia, ponieważ dowody (referencje) mają wykazać, że dostawy, które zostały wymienione w wykazie dostaw, zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W wykazie dostaw (zał. nr 8 do s.i.w.z.) przystępujący przedstawił wykonanie dostaw betonu wraz y. rozładunkiem, co potwierdza spełnienie warunku opisanego w części V ust. 2 pkt 2 s.i.w.z.

Zamawiający zwrócił uwagę, że niezbyt często zdarza się nieprzerwane betonowanie i zazwyczaj dostawy betonu są wieloma dostawami. W tym przypadku zamawiający dysponuje oświadczeniem przystępującego, że dostawy w roku 2014 były realizowane w ramach jednej umowy i mimo iż dotyczyły różnych inwestycji są realizacją jednego zamówienia.

Podobna argumentacja dotyczy dalszej części odwołania dot. wykazu dostaw na rzecz Spółdzielni Niegocin. Zamówienie było realizowane na podstawie jednej umowy i stanowiło całość. Zwłaszcza w przypadku dostaw betonu naturalnym jest, że jest on dostarczany w różne miejsca w ramach jednego zamówienia, o czym odwołujący, jako firma działająca w branży budowlanej, doskonale wie.

W ocenie zamawiającego podniesiony zarzut podpisu referencji przez osobę nieposiadającą prawa do reprezentacji firmy, nie zasługuje na uznanie, ponieważ odwołujący nie wykazał, że osoba ta nie może podpisać referencji, a to może wynikać z np. z pełnomocnictw, regulaminu organizacyjnego itp.

Odwołujący podnosi również .sprawę własności lub związków betonami Sulików z Wykonawcą. Jak słusznie zauważył Odwołujący, w akapicie powyżej, warunek doświadczenia dotyczył dostaw, nie ma więc znaczenia stosunek Wykonawcy do betoniarni Sulików.

W ocenie zamawiającego za chybiony należy uznać zarzut zastosowania włókna niespełniającego zapisu s.i.w.z., ponieważ firma Trans-Żwir J. K.- w formularzu cenowym w poz. 7 wyceniła włókna polipropylenowe, a więc zgodnie z wymaganiami zamawiającego i na potwierdzenie tego załączyła w swojej ofercie na stronie 67 kartę charakterystyki z treści

której jednoznacznie wynika, że zastosowane włókna pn. CHRYSO Fibre S40 są włóknami w 100% polipropylenowymi.

Zamawiający wskazał, że przystępujący do swojej oferty dołączył deklaracje i karty techniczne materiałów, które będą użyte do produkcji betonu i wykonania przedmiotu zamówienia: piasek, kruszywa frakcji 2-8, 8-16, kruszywo bazaltowe frakcji 2-8, 8-16, plastyfikatory i domieszki do betonów oraz protokoły z badań próbek betonu wykonane przez niezależne Laboratorium Betonów STACHEM A Polska sp. z o.o. w Świdniku.

Zamawiający stwierdził, iż przystępujący posiada system Zakładowej Kontroli Produkcji. Odwołujący podnosi kwestię braku przez przystępującego Certyfikatu Zakładowej Kontroli Produkcji, jednak w świetle obowiązujących przepisów prawnych certyfikat taki nie jest obligatoryjny, gdyż beton nie jest wyrobem budowlanym. Zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r., ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EEG, betonu nie ma w grupie wyrobów i wymagań podlegających ocenie jednostek ds. oceny technicznej. Także zgodnie z rozporządzeniem ministra infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym betonu nie ma w grupie wyrobów budowlanych podlegających systemowi oceny zgodności. Na podstawie tych informacji, w tym przedstawionych wyników z badania próbek z niezależnego laboratorium oraz załączonych deklaracji zgodności materiałów używanych do produkcji betonów oraz kart technicznych dodatków i domieszek, zamawiający uznał ofertę przystępującego za spełniającą specyfikację istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego wskazania krótszego okresu związania oferta niż wymagany w s.i.w.z., zamawiający stwierdził, iż popełnił błąd, wynikający zapewne z kopiowania dokumentu, podając w dwu różnych miejscach s.i.w.z. dwa różne okresy związania ofertą: 30 i 60 dni. W trakcie publikacji ogłoszenia i s.i.w.z nikt z wykonawców nie zwrócił na to uwagi i nie zadał pytania na temat tej rozbieżności. Zważywszy, że 30-dniowy okres związania ofertą był w druku oferty będącym częścią s.i.w.z., zamawiający postanowił poprawić inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty na co otrzymał zgodę przystępującego, Ta pomyłka nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 13 października 2015 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, przystępujący wskazał, że zamawiający przyjął (część V ust. 2 pkt 2 s.i.w.z.), że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie uznany za spełniony, gdy wykonawca wykaże się doświadczeniem w wykonaniu, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych w wykonaniu dostaw — w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej 2 dostawy, odpowiadające swym rodzajem dostawie, stanowiącej przedmiot zamówienia. Za dostawę odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia uważa się dostawę wraz z rozładunkiem betonu o wartości brutto min. 1.000.000 PLN.

Przystępujący zauważył, że przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny. Umowa dostawy dopuszcza uzgodnienie, że będą one dostarczane w ustalonych ilościach okresowo, dostawa będzie obejmować rzeczy w określonej liczbie (o określonej wadze, rozmiarach itp. cechach gatunkowych), w z góry wskazanych terminach. Dostawa "częściami" oznacza, że może chodzić o ustaloną ilość rzeczy, które będą dostarczane partiami we wskazanych terminach dostawy albo według określonych kryteriów, które pozwolą na ustalenie czasu, w którym powstanie obowiązek świadczenia co do oznaczonych części.

W ocenie przystępującego jest oczywiste, iż realizacja dostawy betonu na kwotę 1.000.000 PLN jest rozłożona w czasie i odbywać się musi częściami albo okresowo, jest również oczywiste, iż umowa dostawy może być świadczeniem okresowym (w większości przypadków jest świadczeniem okresowym), może być również zawarta jako ramowa umowa dostawy, szczególnie w przypadku dostaw materiałów na potrzeby realizacji obiektów infrastrukturalnych.

Przystępujący wskazał, że nigdzie nie jest wymagane zarówno w przepisach, jak i w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, aby referencje (listy intencyjne, poświadczenia) były podpisywane zgodnie z reprezentacją wystawcy. W wyroku z dnia 4 listopada 2011 r. (sygn. KIO 2253/11) Izba stwierdziła, iż referencje są oświadczeniami wiedzy a nie woli. Ponadto KIO stwierdziła, iż przepisy P.z.p. (ani aktów wykonawczych) nie dają podstawy zamawiającemu do weryfikowania osób uprawnionych do działania w imieniu podmiotów, na rzecz których wykonane było zamówienie (analogiczne stanowisko zawarte jest również w orzeczeniach o sygn. KIO 1271/10 oraz KIO 1444/09). Tym samym nie ma również podstaw do tego, aby wykonawca musiał do referencji dołączać np. odpis z KRS-u, czy pełnomocnictwo do podpisania referencji. Dodatkowo przystępujący wskazał, że

dokument referencji (list intencyjny, poświadczenie) korzysta z domniemania prawdziwości zapisanych w nim stwierdzeń, do czasu dopóki te twierdzenia nie zostaną obalone przy pomocy innego dowodu lub dokumentu. Uprawnienie do podpisywania tego rodzaju dokumentów wynika z wewnętrznych uregulowań jednostki. Podpisanie go przez osobę nieupoważnioną nie powoduje z mocy prawa jego nieważności (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2010 r., sygn. KIO 2108/10).

Przystępujący wskazał, że z jego oświadczenia zawartego w załączniku nr 8 wynika jednoznacznie, jaka była wartość dostawy betonu wraz z rozładunkiem. Treść referencji (listu referencyjnego) koresponduje ze złożonym przez przystępującego oświadczeniem. Wynika jednoznacznie, że przedmiotem dostawy był beton wyprodukowany w Betoniarni w Sulikowie, podana jest również ilość dostarczonego betonu. Jeżeli zatem PREFABET nie ma „pewności”, że doszło do dostawy betonu na rzecz GLOBAL ENERGY SERVICES S.A. w ilości wskazanej w liście referencyjnym i wartości wskazanej w załączniku nr 8, winien przedłożyć dowód przeciwny, a nie powoływać twierdzenia wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania.

Przystępujący podniósł, że odwołujący nie wykazał, że „Betoniarnia Sulików” nie należy do przystępującego.

Odnosnie pozycji ujętej w pkt 2 wykazu zrealizowanych dostaw (załącznik 8) oraz załączonej referencji przystępujący podniósł, że list referencyjny wystawiony przez Przedsiębiorstwo Budowlane M. M., M. M. Spółka jawna z siedzibą w Giżycku („Spółka”) nie budzi wątpliwości odnośnie zrealizowanej dostawy betonu na rzecz Spółki i koresponduje z oświadczeniem przystępującego zawartym w załączniku nr 8. Wystawienie Listu Referencyjnego nastąpiło 17 lutego 2015 roku. TRANS-Żwir po tej dacie dalej dostarczał beton na rzecz Spółki w oparciu o umowę łączącą strony w związku z „Budową budynku dojrzewalni serów wraz z pomieszczeniami socjalnymi oraz infrastrukturą w Giżycku”. Dostawy następowały do 31 lipca 2015 roku. W związku z zakończeniem dostaw betonu Spółka wystawiła Wykonawcy list Referencyjny z dnia 31 lipca 2015 roku odnoszący się *stricto* do dostaw zrealizowanych na tej inwestycji,

Odnosnie pozycji ujętej w pkt 3 Wykazu zrealizowanych dostaw (załącznik 8) oraz załączonej referencji przystępujący wskazał, że odwołujący nie wykazał, że wskazana przez TRANS-Żwir dostawa jest sumą różnych dostaw o różnych wartościach i na różne zadania inwestycyjne realizowane przez poszczególne podmioty gospodarcze zrzeszone w Spółdzielni.

Odnosnie pozycji ujętej w pkt 4, przystępujący wskazał, że doszło do zrealizowania wskazanej dostawy na rzecz zamawiającego.

W zakresie zarzutu niezgodności oferty TRANS-Żwir z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia przystępujący wskazał, że pomimo braku wymagań przedłożenia kart technicznych wraz z deklaracjami producentami takie dokumenty przedłożył. Dokumenty te nie były wymagane w s.i.w.z., zatem trudno mówić o niezgodności treści oferty z s.i.w.z.. Ponadto dokumenty te nie stanowiły przecież treści oferty TRAN-Żwir, a załączone zostały poglądowo. Karty katalogowe mogą stanowić treść oferty w przypadku, gdy ich przedłożenie jest wymagane zgodnie z s.i.w.z., jak i wówczas gdy stanowią załączniki do wzoru umowy. Kryterium rozróżniającym i decydującym o odmiennej kwalifikacji dokumentów przedmiotowych jest cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści. Przystępujący powołał się m.in. na wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2014 r., sygn. KIO 2543/14.

Przystępujący wskazał, że przedłożył Deklarację właściwości użytkowych Nr TŻ/5/09/2015/5 wskazującą na właściwe do zastosowania włókna. Przedłożył też oświadczenie producenta w postaci „Deklaracji Właściwości Użytkowych” potwierdzające, że załączona pierwotnie karta katalogowa (karta charakterystyki włókna) była błędna i nie ma mowy o niezgodności z s.i.w.z. Jedynym polimerem z którego wytworzone jest włókno CHRYSO@FIBRE S40 jest bowiem polipropylen.

Błędnie zapisany skład w Deklaracji Właściwości Użytkowych i Karcie Technicznej (katalogowej) spowodowany był zwykłą pomyłką pracownika producenta działu Zakładowej Kontroli Produkcji, który błędną kartę załączył. Zatem twierdzenie odwołującego, iż przystępujący „zaoferował” włókna polipropylenowe i polietylenowe jest nieuprawnione. TRANS-Zwir bowiem nie „zaoferował”, gdyż karty nie stanowiły treści oferty. Mieszanka oferowana przez TRAN-Żwir jest właściwa i składa się wyłącznie w włókien polipropylenowych, zgodnie z Deklaracjami Właściwości Użytkowych producenta.

W ocenie przystępującego, mając na uwadze powyższe okoliczności, nie może być mowy o niezgodności treści oferty TRAN-Żwir z treścią s.i.w.z., jak i nie doszło do żadnej zmiany treści oferty. Treść oferty pozostawała bowiem na każdym etapie postępowania zgodna z treścią s.i.w.z. Błędnie załączone karty katalogowe przez producenta doprowadziły jedynie do ww. wątpliwości.

W zakresie zarzutu rzekomej niezgodności oferty TRANS-Żwir z treścią s.i.w.z z uwagi na 30 dniowy termin związania ofertą (zgodnie z wzorem formularza ofertowego załączonego do s.i.w.z.) oraz rzekomego braku możliwości zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. do sanowania tejże omyłki, przystępujący wskazał, że zamawiający

w treści wzoru formularza ofertowego załączonego do s.i.w.z. popełnił omyłkę, z której to omyłki odwołujący próbuje wywieść negatywne konsekwencje dla przystępującego.

Przystępujący podniósł, że co do zasady nie może samowolnie dokonywać zmian w formularzu. Termin związania ofertą na formularzu ofertowym wynosił 30 dni.

Poza tym przystępujący zaakceptował 60 dniowy okres związania ofertą (cz. IX ust. 1 s.i.w.z.).

Przystępujący wskazał, że w równoległym toczącym się postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego, o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę kamienia łamanego (kruszywo budowlane) i piasku wraz z rozładunkiem na przebudowę PST w Wierzbinach k. Orzysza”, pod numerem ZRB/NDM/4620-64/2015 zamawiający popełnił analogiczną omyłkę (przy czym nie dokonał poprawy ofert w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP). Co więcej, jeden z wykonawców wniósł odwołanie formułując analogiczny zarzut jak Odwołujący, jak i wniosek o odrzucenie oferty, której termin związania wynosił 30 dni. Krajowa Izba Odwoławcza uznała kategorycznie, że nie można czynić zarzutów wykonawcom i wyciągać wobec nich negatywnych konsekwencji, na skutek oczywistej omyłki zamawiającego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2015 roku, sygn. akt 1987/15, 1998/15).

W wyroku KIO z 28 października 2010 roku (sygn. akt KIO 2234/10) Izba uznała, że: „Fakt związania wykonawcy ofertą przez okres ustalony przez zamawiającego następuje zatem *ex lege*, przez sam fakt złożenia oferty. Skoro zatem przystępujący znając postanowienia siwz, przewidujące 60-dniowy termin związania ofertą, złożył ofertę, to związał się nią wobec zamawiającego na cały wymagany okres(...)”.

Przystępujący wskazał, że omyłka zamawiającego i jej sanowanie nie mają najmniejszego wpływu na wynik postępowania.

W ocenie przystępującego, szczytem arogancji jest twierdzenie przez odwołującego, iż TRANS-Żwir „celowo” określił odmienny termin związania ofertą, kiedy PREFABET ma pełną świadomość, że omyłkę w formularzu popełnił zamawiający.

W zakresie zarzutu braków w dokumentacji ofertowej TRANS-Żwir przystępujący stwierdził, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedłożył wszelkie wymagane dokumenty.

Pierwotnie do oferty przystępującego załączone zostało zaświadczenie niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzające, że produkty TRANS-Żwir

odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Następnie na skutek wezwania zamawiającego (pomimo braku takiego wymogu w s.i.w.z.) przystępujący przekazał deklaracje właściwości użytkowych oraz wyniki badań niezależnego podmiotu do kontroli jakości, potwierdzające, że produkty TRANS-Żwir odpowiadają normie PN-EN 206:2014-4. Ponadto wskazał, że posiada system Zakładowej Kontroli Produkcji począwszy od roku 2012. System ten funkcjonuje zgodnie z wymogami normy PN-EN 206, co zaświadcza informacja Instytutu Materiałów Budowlanych i Technologii Betonu przekazana zamawiającemu. Przedłożył również gwoźli wyjaśnień stanowisko Stowarzyszenia Producentów Betonu Towarowego w Polsce oraz Instytutu Materiałów Budowlanych i Technologii Betonu, z których wynika, iż certyfikacja produkcji betonu towarowego w Polsce jest nieobowiązkowa.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu sekcja III.2.3, określił wymagany do spełnienia warunek udziału w postępowaniu wykonawców ubiegających się o jego udzielenie w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób następujący:

„Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów: Wykonawca wykaże się doświadczeniem w wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych w wykonywaniu dostaw - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 dostawy, odpowiadającą swoim rodzajem dostawie, stanowiącej przedmiot zamówienia. Za dostawą odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia uważa się dostawę wraz z rozładunkiem betonu o wartości brutto min. 1 000 000 PLN.”.

Warunek tak opisany zawarty został również w treści udostępnionej specyfikacji istotnych warunków zamówienia Część V ust.2 pkt.2:

„Warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się doświadczeniem w wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych w wykonaniu dostaw - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 dostawy, odpowiadającą swym rodzajem dostawie, stanowiącej przedmiot zamówienia. Za dostawę odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia uważa się dostawę wraz z rozładunkiem betonu o wartości brutto min. 1.000.000,00 PLN.”.

Ponadto Zamawiający pismem znak ZRB/NDM/462063-2/2015 z dnia 17.07.2015 roku zamieszczonym na jego stronie internetowej powiadomił wykonawców, iż:

„(...) w opisie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (SIWZ część V ust.2 pkt.2) należy przedstawić 2 dostawy, każda o wartości brutto po min. 7.000.000,00 PLN.”.

Zgodnie z częścią VI pkt 2 s.i.w.z., wykonawcy obowiązani byli złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych w wykonaniu dostaw - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Przystępujący wraz z ofertą złożył wykaz wykonanych usług, w których zawarł następujące dostawy:

- 1) Dostawa betonu z rozładunkiem, wartość zamówienia brutto: 2667447,81 zł, data wykonania od 01.11.2012 do 13.05.2013 dla: Global Energy Services SA w Warszawie,
- 2) Dostawa betonu z rozładunkiem, wartość zamówienia: 1220736,27 zł, data wykonania od 01.01.2014 r. do 31.12.2014 r. dla: Przedsiębiorstwo Budowlane M. Sp. j. w Giżycku
- 3) Dostawa betonu z rozładunkiem, wartość zamówienia brutto 1473172,60 zł, data wykonania: od 01.09.2012 r. do 31.07.2015 r. dla: Spółdzielnia Wielobranżowa „Niegocin” w Giżycku,
- 4) Dostawa betonu z rozładunkiem, wartość zamówienia: 1365544,71 zł, data wykonania: od 01.09.2012 do 31.07.2015 dla: ZRB WAM Sp. z o.o. w Warszawie.

Przystępujący załączył list referencyjny wystawiony przez GES Polska Zgorzelec, z którego wynika, że przystępujący współpracował z GES Polska Zgorzelec w zakresie dostaw betonu i kruszywa na budowaną Farmę Wiatrową Zgorzelec. Wystawcę dokumentu obsługiwała Betoniarnia Sulików, wchodząca w skład Trans-Żwiru. Trans-Żwir dostarczał beton różnych klas w sposób systematyczny i całkowicie zgodny z wymaganiami norm budowlanych oraz wymaganiami wystawcy listu i nadzoru. Ilość dostarczonego betonu przekroczyła 8000 m³.

Przystępujący dostarczył list referencyjny z dnia 17 lutego 2015 roku, wystawiony przez Przedsiębiorstwo Budowlane M. M. M. M. Sp. j. w Giżycku, z którego wynika, że przystępujący dostarczył beton w ramach realizacji wielu inwestycji.

Przystępujący załączył pismo Pt. „Referencje”, z dnia 10 sierpnia 2015 roku, wystawiony przez Spółdzielnię Wielobranżową Niegocin, z którego wynika, że przystępujący w okresie 01.09.2012 – 31.07.2015 dostarczył beton na łączną wartość 1.200.000,00 zł netto.

Przystępujący złożył oświadczenie, że w okresie 01.09.2012 – 31.07.2015 dostarczył beton towarowy na budowy ZRB WAM Sp. z o.o. na łączną wartość ok. 1.100.000,00 zł netto.

Zamawiający w części III s.i.w.z. „Opis przedmiotu zamówienia” żądał dostarczenia betonu zwykłego C25/30 (B-30) W8, F-150 + włókno (fibrobeton) – włókna polipropylenowe w ilości 0,9 kg/m³ w ilości 260 m³.

Przystępujący wraz z ofertą złożył instrukcję CHRYSO Fibre S40, z której wynika, że produkt ten jest wytwarzany z polipropylenu i polietylenu.

Zamawiający, zgodnie z częścią IX pkt 1 s.i.w.z. wymagał od wykonawców 60-dniowego okresu związania ofertą.

W sporządzonym przez zamawiającego formularzu oferty w pkt 7 sformułowano oświadczenie o treści: „Oświadczamy, że jesteśmy związani niniejszą ofertą przez okres 30 dni od upływu terminu składania ofert”.

Zamawiający, zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu Sekcja 111.2.1. ust.4, wymagał następujących dokumentów:

„W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy/usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda: 1) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym (atesty, deklaracje zgodności i certyfikaty).”

Powyższy wymóg zawarty został również w części VI pkt 12 s.i.w.z.

W wyniku wyjaśnienia treści s.i.w.z., zamawiający pismem znak ZRB/NDM/4620-63-5/2015 z dnia 31.07.2015 roku, udzielając odpowiedzi na postawione pytanie nr 2, wskazał

na wymagane dokumenty w postaci atestu, deklaracji zgodności lub certyfikatu, które to mają być potwierdzone przez niezależny podmiot uprawniony do kontroli jakości potwierdzające, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.

Przystępujący złożył wraz z ofertą certyfikaty odnoszące się do kruszyw i innych składników, których zamierza użyć do wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w dniu 2 września 2015 roku poinformował wykonawców o wyborze oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 8 września 2015 roku zamawiający poinformował o unieważnieniu wyboru wykonawcy.

Pismem z dnia 10 września 2015 roku zamawiający poinformował przystępującego o poprawieniu jego oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez zmianę okresu związania ofertą wynoszącego 30 dni na okres 60 dni.

Zamawiający pismem z dnia 10.09.2015 roku znak: ZRB/NDM/4620-63-18/2015 wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom. Zamawiający zażądał przedłożenia zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym – certyfikat Zakładowej Kontroli produkcji wraz z oceną jakości betonu według PN-EN 206:2014-4.

Przystępujący w odpowiedzi, wraz z pismem z dnia 16.09.2015 roku, przedłożył Deklaracje właściwości użytkowych dla poszczególnych klas betonów oraz pisma z Instytutu Materiałów Budowlanych i Technologii Betonu oraz Stowarzyszenia Producentów Betonu Towarowego w Polsce. Jak wynika z treści pisma przystępującego, posiada on system Zakładowej Kontroli Produkcji. Zgodnie z treścią pisma przystępującego inspekcja Instytutu Materiałów Budowlanych i Technologii Betonu zaplanowana została na dzień 14.10.2015 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu braku potwierdzenia, iż oferowane dostawy/usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego poprzez niezłożenie zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczane

produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym (atesty, deklaracje zgodności i certyfikaty).

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania są bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do uwzględnionego przez Izbę zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niewykazania, że oferowane dostawy/usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego, podkreślić należy, że zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w s.i.w.z., wymagał złożenia zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym (atesty, deklaracje zgodności i certyfikaty).

Złożona przez przystępującego oferta nie zawiera wskazanych wyżej dokumentów. Zawarte w jej treści certyfikaty odnoszą się wyłącznie do kruszyw i innych składników, których przystępujący zamierza użyć do wykonania przedmiotu zamówienia. Oferta nie zawiera wymaganych atestów, deklaracji zgodności i certyfikatów wraz z wymaganym potwierdzeniem niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym w odniesieniu do betonu towarowego. Złożone przez wykonawcę protokoły badań nie zastępują i nie są dokumentami równoważnymi mogącymi zastąpić żądane przez zamawiającego dokumenty w postaci atestu, deklaracji zgodności bądź certyfikatu.

Dokumentami takimi nie są również dokumenty złożone przez przystępującego w wyniku wezwania przez zamawiającego. Przystępujący złożył deklaracje właściwości użytkowych dla poszczególnych klas betonów oraz pisma z Instytutu Materiałów Budowlanych i Technologii Betonu oraz Stowarzyszenia Producentów Betonu Towarowego w Polsce. W ocenie Izby złożone deklaracje nie są dokumentami żądanymi przez zamawiającego. Z kolei pisma niezależnych podmiotów uprawnionych do kontroli jakości potwierdzają, że przystępujący dopiero jest w trakcie postępowania zmierzającego do uzyskania dopiero odpowiedniego zaświadczenia. Oznacza to, że na dzień składania ofert przystępujący nie dysponował wymaganym przez zamawiającego dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego.

W ocenie Izby bez znaczenia jest podnoszony przez zamawiającego i przystępującego argument, iż certyfikacja produkcji betonu towarowego w Polsce jest

nieobowiązkowa. Bezsportna między stronami i uczestnikami sporu była bowiem okoliczność, że certyfikacja taka jest prawnie dopuszczalna i możliwa. Jeżeli wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie zgadzali się na zawarcie takiego wymogu w treści ogłoszenia i s.i.w.z., winni byli wnieść odwołanie na właściwe postanowienia zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu i s.i.w.z. Wobec braku takiego odwołania wymóg zamawiającego w tym zakresie należy uznać za skuteczny i obowiązujący uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, iż zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy nadawania jej zapisom innego znaczenia niż wynikająca z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert. Możliwość zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest określona przepisami art. 36 ust. 4 i następne ustawy Pzp i może mieć miejsce wyłącznie przed upływem terminu składania ofert.

Stwierdzić zatem należy, że zamawiający ocenił ofertę przystępującego niezgodnie z zasadami, które sam określił w s.i.w.z., przez co naruszył zarówno art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., jak i określone w art. 7 ust. 1 zasady prowadzenia postępowania z zapewnieniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oferta przystępującego winna była

zostać przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., a zaniechania zamawiającego w tym zakresie naruszają wskazany przepis ustawy.

Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania z powodu niewykazania przez niego spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Wskazać należy, iż wykonawcy, w celu wykazania spełniania powyższego warunku, winni byli złożyć obowiązkani byli złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych w wykonaniu dostaw - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Podkreślenia wymaga, że potwierdzeniu, iż wykonawca faktycznie wykonał wymagane dostawy, miał służyć dołączony do oferty wykaz. Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia mają jedynie potwierdzać wykonanie zamówień zgodnie z zawartymi umowami i standardami przyjętymi dla wykonywania określonego rodzaju zamówień.

Izba, oceniając złożony przez przystępującego wykaz, skonstatowała, że zawarte w nim informacje potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z wymogami zawartymi w s.i.w.z. O ile odwołujący kwestionował wykazane przez przystępującego dostawy, winien był swoje twierdzenia udowodnić. Odwołujący natomiast ograniczył się do zgłoszenia wątpliwości w zakresie wykonanych przez przystępującego dostaw, co – w ocenie Izby – nie jest wystarczające dla udowodnienia postawionych zarzutów. Podkreślić należy, że to na odwołującym, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p., spoczywał ciężar udowodnienia zasadności zarzutów odwołania. Tym samym stwierdzić należy, iż odwołujący nie wykazał, by przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba nie uwzględniła zarzutu bezpodstawnego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na zastosowanie włókna niezgodnego z treścią s.i.w.z. Wskazać należy, że podstawą zarzutu były informacje zawarte w dołączonej do oferty przystępującego instrukcji włókna polimerowego Chryso Fibre S40, z której wynika, że włókno wytwarzane jest z mieszaniny dwóch surowców, tj. polipropylenu i polietylenu. Podkreślenia wymaga, że taki dokument nie był przez zamawiającego wymagany, w związku z czym zamawiający nie powinien na jego podstawie oceniać złożonej oferty. Niezależnie od powyższego wskazać

należy, że przystępujący dołączył do pisma procesowego instrukcję potwierdzającą, iż włókno Chryso Fibre S40 wytwarzane jest z polipropylenu, co odpowiada wymogom s.i.w.z.

Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu wskazania w niej okresu związania ofertą przez okres 30 dni, zamiast – wymaganego w s.i.w.z. – okresu 60 dni.

Wskazać należy, iż w tym zakresie zamawiający w s.i.w.z. wskazał dwa różne okresy związania ofertą – w części IX pkt 1 s.i.w.z. – 60 dni, natomiast w pkt 7 formularza oferty – 30 dni.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem, wyrażanym wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych (por. np. wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 434/10), wszelkie wątpliwości interpretacyjne postanowień specyfikacji muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Skład Izby orzekający w niniejszej sprawie popiera to stanowisko i się z nim identyfikuje. Podkreślić należy, że wykonawcy, działając w zaufaniu do racjonalności działań zamawiającego, kalkulują ofertę i konstruują jej treść na podstawie zasad wyrażonych w s.i.w.z. Błędy i rozbieżności w dokumentach przygotowywanych przez zamawiającego nie mogą rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, który przygotował ofertę na ich podstawie. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia po stronie zamawiającego naruszenia polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego w powodów wskazanych wyżej.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku sprawy, oraz zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....