

**Sygn. akt: KIO 370/14**  
**KIO 371/14**

**WYROK**  
**z dnia 10 marca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2014 r. odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2014 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 24 lutego 2014 r. przez wykonawcę: **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,**
- B. w dniu 24 lutego 2014 r. przez wykonawcę: **AWBUD S.A., Fugasówka, ul. Reja 4, 42-440 Ogrodzieniec,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Międzygminne Składowisko Odpadów Komunalnych Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 2, 62-100 Wągrowiec,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **AWBUD S.A., Fugasówka, ul. Reja 4, 42-440 Ogrodzieniec** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 370/14 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 371/14 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. oddala odwołania:
  - A. o sygn. akt KIO 370/14,
  - B. o sygn. akt KIO 371/14,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** (sygn. akt KIO 370/14) oraz wykonawcę **AWBUD S.A., Fugasówka, ul. Reja 4, 42-440 Ogrodzieniec** (sygn. akt KIO 371/14), i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących się, w tym:

**A** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

**B** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AWBUD S.A., Fugasówka, ul. Reja 4, 42-440 Ogrodzieniec** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt: KIO 370/14**

**KIO 371/14**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Międzygminne Składowisko Odpadów Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Wągrowcu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Kontynuacja Budowy Zakładu Zagospodarowania Odpadów Nowe - Toniszewo - Kopaszyn”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 grudnia 2013 r. pod numerem 2013/S 244- 423727.

Zamawiający w dniu 14 lutego 2014 r. poinformował wykonawców o odrzuceniu ofert złożonych przez czterech wykonawców uczestniczących w postępowaniu oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

W odniesieniu do oferty złożonej przez Budimex S.A. zamawiający wskazał, że wykonawca w swojej ofercie zaproponował ładowarkę teleskopową model Merlo Panoramie P 75.9 CS, posiadającą obie osie skrętne podczas gdy wykonawcy byli zobowiązani do zaoferowania ładowarki przegubowej, a ponadto oferta nie zawiera potwierdzenia spełniania parametru systemu oświetlenia gwarantującego maksymalną temperaturę na przenośniku.

Zamawiający odrzucił także ofertę złożoną przez wykonawcę AWBUD S.A. ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, polegającą na zaoferowaniu ładowarki kołowej przegubowej, która nie spełnia wymagań odnośnie: wysokości podnoszenia, która jest niższa niż opisana w SIWZ (min. 6,00 m), oraz silnika, który nie jest ustawiony bocznie, a centralnie. Ponadto zamawiający stwierdził brak haka oraz informacji, czy maszyna posiada przekładnię hydrostatyczną.

### **KIO 370/14**

Wykonawca BUDIMEX S.A. wniósł odwołanie wobec czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż podejmując ww. czynności, naruszył przepisy:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez uznanie, iż treść oferty złożonej przez odwołującego nie odpowiada treści SIWZ;
- art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez bezprawne unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy oferta złożona przez odwołującego nie podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności badania

i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że złożył w postępowaniu jedyną ofertę, która nie podlega odrzuceniu. Mimo to, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego i unieważnił postępowanie. W interesie odwołującego pozostaje uzyskanie zgodnego z prawem rozstrzygnięcia, które pozwoli mu uzyskać przedmiotowe zamówienie.

W trakcie czynności badania i oceny ofert zamawiający dwukrotnie wzywał odwołującego do wyjaśnień i uzupełnień. Odwołujący złożył odpowiednie dokumenty i udzielił stosownych wyjaśnień na wezwanie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, ze względu na fakt, iż odwołujący zaproponował ładowarkę teleskopową zamiast przegubowej.

Odwołujący podniósł, że twierdzenie, iż wykonawcy byli zobowiązani do zaoferowania ładowarki przegubowej, jest niezgodne ze stanem faktycznym i zapisami Specyfikacji. Jak wynika z działu IV pkt 3.2. (tabela na końcu) SIWZ szczegółowy opis i zakres wykonania przedmiotu zamówienia wraz z wytycznymi do sporządzenia projektów wykonawczych zawiera komplet dokumentacji projektowej. Komplet dokumentacji projektowej oraz STWiORB został wskazany jako Załącznik nr 17 do Specyfikacji. Dokumentacja projektowa oraz STWiORB miały służyć jako podstawa do wyceny oferty.

W skład przekazanej dokumentacji projektowej wchodził dokument - przedmiar z dn. 28 sierpnia 2013 r. (Przedmiar\_Nowe\_Toniszewo\_Kopas\_tehnologia.pdf), w którym zawarto informację, iż wykonawcy są zobowiązani do dostarczenia ładowarki teleskopowej lub przegubowej (pkt 22). Z kolei na stronie 52 opisu technologii, również będącego częścią zamieszczonej dokumentacji projektowej (Opis\_tehnologii\_23\_10\_13.pdf), zamawiający w ogóle nie wspomina o ładowarce przegubowej, określając jedynie, iż wymaga ładowarek teleskopowych. Należy podkreślić, iż oferta odwołującego jest zgodna z zapisami dokumentacji projektowej.

Odrzucając ofertę odwołującego, zamawiający powołał się wyłącznie na zapisy zawarte w Załączniku nr 11 do SIWZ, który jest jedynie częścią opisu przedmiotu zamówienia i jego treść nie jest w pełni zbieżna z treścią ww. dokumentów. Zamawiający nie ma prawa do wybiórczego interpretowania zapisów specyfikacji, niezgodnego z jej literalnym brzemieniem, w celu zmiany, zawężenia wymagań, co do przedmiotu zamówienia. Przeciwnie, w razie jakichkolwiek wątpliwości, co do treści SIWZ, winny one być rozstrzygane na korzyść wykonawców, (por. np. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2012 r., KIO 975/12),

Zgodnie z działem IV pkt 7 ust. 2 SIWZ w ramach wynagrodzenia wykonawca jest zobowiązany do wykonania zakresu rzeczowego zamówienia wynikającego z dokumentacji projektowej, wskazań i wytycznych zawartych w SIWZ i STWiORB. Odwołujący starając się

zadośćuczynić wymaganiom zamawiającego opisanym w ww. dokumentacji przedstawił ofertę w konkretnym kształcie. Odwołujący nie może ponosić odpowiedzialności za niejasne lub nierzetelne przygotowanie dokumentacji postępowania przez zamawiającego - co zachodzi w przypadku odrzucenia oferty, ze względu na niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, ze względu na fakt, iż oferta odwołującego nie zawiera potwierdzenia spełnienia parametru systemu oświetlenia gwarantującego maksymalną temperaturę na przenośniku

Na stronie 236 oferty odwołującego znajduje się oświadczenie firmy Pellenc Selective Technologies, producenta separatora optycznego NIR, o spełnianiu przez oferowane urządzenie wymagań zawartych w Specyfikacji. Pismem z dnia 4 lutego 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia i wyjaśnienia treści tego dokumentu, poprzez wskazanie konkretnego typu i rodzaju separatora optycznego. W odpowiedzi odwołujący ponownie złożył oświadczenie firmy Pellenc Selective Technologies, w którym wskazano model separatora - Mistral M2800T NIR. Zgodnie ze złożonymi oświadczeniami, urządzenie to spełnia wymagania zawarte w SIWZ. Wobec tego, nie można uznać, iż oferta odwołującego nie zawiera potwierdzenia spełnienia parametru systemu oświetlenia gwarantującego maksymalną temperaturę na przenośniku.

Odwołujący podkreślił, że pismem z dnia 4 lutego 2014 r. zamawiający zobowiązał odwołującego jedynie do wskazania konkretnego typu i rodzaju separatora optycznego. Zamawiający nie podnosił kwestii maksymalnej temperatury na przenośniku. Tymczasem urządzenie Mistral M2800T NIR posiada odpowiednie systemy i zabezpieczenia spełniające wymagania zamawiającego, co zostało poświadczane przez producenta. Jeżeli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie, powinien był skorzystać z przysługujących mu uprawnień dotyczących trybu wyjaśniania i uzupełniania dokumentów.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez bezprawne unieważnienie postępowania.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zamawiający błędnie przyjął, iż w przedmiotowym postępowaniu wszystkie złożone oferty podlegają odrzuceniu. Powyższe nie zachodzi wobec oferty odwołującego. Tym samym przepis art 93 ust. 1 pkt 1 Pzp nie znajduje zastosowania.

Wykonawca AWBUD S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez Budimex S.A. po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że zaoferowana przez Budimex S.A. ładowarka kołowa teleskopowa nie odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ co do dostarczenia w ramach przedmiotu zamówienia ładowarki kołowej przegubowej.

## **KIO 371/14**

Wykonawca AWBUD S.A. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego:

- 1) odrzucenia oferty odwołującego, z uwagi na to, że treść oferty nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 2) unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp ze względu na fakt, iż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż oferta odpowiadała treści SIWZ,
- 2) art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez brak wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentacji w zakresie ładowarki kołowej przegubowej, na skutek błędnego przyjęcia, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu,
- 3) art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane urządzenia spełniają wymagania zamawiającego, a z ostrożności procesowej także naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty,
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania, pomimo iż co najmniej jedna oferta (odwołującego) odpowiadała treści SIWZ;
- 5) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że spełnia przesłanki z art. 179 Pzp. W przypadku uwzględnienia odwołania istnieje możliwość uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą (odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną spośród wszystkich pozostałych wykonawców) i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W wyniku podjęcia przez zamawiającego czynności niezgodnych z ustawą Pzp odwołujący pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia.

### Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przyczyną odrzucenia oferty odwołującego jest niezgodność z treścią SIWZ, polegająca na zaoferowaniu ładowarki kołowej przegubowej - wysokość podnoszenia, która jest niższa niż opisana w SIWZ (m.in. 6,00 m), oraz silnik, który nie jest ustawiony bocznie, a centralnie, a ponadto braku informacji, czy maszyna posiada przekładnię hydrostatyczną. Z taką oceną urządzenia zaoferowanego przez odwołującego (tj. ładowarka kołowa

przegubowa model LiuGong CLG 856 IV) nie sposób się zgodzić. Postawione przez zamawiającego wymogi w zakresie ładowarki kołowej przegubowej są bowiem niemożliwe do spełnienia. Ładowarka kołowa przegubowa o parametrach określonych przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej nie istnieje na rynku, nie może zostać zaprojektowana i wyprodukowana. Parametry te spełnia ładowarka kołowa teleskopowa, zaoferowana przez Budimex S.A., której zamawiający również nie zaakceptował. Oznacza to, że istnieje sprzeczność w treści SIWZ - z jednej strony zamawiający oczekuje ładowarki przegubowej kołowej, a z drugiej podaje parametry techniczno-użytkowe jak dla ładowarki kołowej teleskopowej. W związku z istniejącymi wątpliwościami dotyczącymi postanowień SIWZ, należy je tłumaczyć na korzyść wykonawców. Zamawiający powinien był zaakceptować zaoferowane przez odwołującego urządzenie. Zdaniem odwołującego, to ładowarka kołowa przegubowa spełnia oczekiwania zamawiającego. Oferowana przez odwołującego ładowarka nie spełnia tylko dwóch parametrów oczekiwanych przez zamawiającego, podczas gdy ładowarka kołowa teleskopowa w ogóle nie odpowiada wymaganiom zamawiającego, gdyż nie jest ładowarką przegubową. Po drugie, zobowiązanie do dostarczenia ładowarki kołowej przegubowej o parametrach wskazanych w dokumentacji przetargowej jest świadczeniem obiektywnie niemożliwym w rozumieniu art. 387 Kodeksu cywilnego. Świadczenie to nie może zostać spełnione przez żaden podmiot (por. wyrok SA w Poznaniu z dnia 27.05.1992 r. 1 ACr 162/92: „Niemożność świadczenia w rozumieniu art. 387 § 1 k.c. oznacza, że świadczenie jest niemożliwe do spełnienia obiektywnie, nie tylko zatem nie może go spełnić dłużnik, ale także inna osoba”).

Znajduje to odzwierciedlenie m.in. w uzasadnieniu czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, w świetle którego wszystkie oferty w zakresie dostarczenia ładowarki kołowej nie spełniały oczekiwań zamawiającego (zarówno te, które oferowały ładowarkę kołową przegubową, jak i te, które oferowały ładowarkę kołową teleskopową). Jeżeli przyjąć, że zamawiający nie mógł zaakceptować oferty odwołującego z powodu niezgodności parametrów ładowarki kołowej przegubowej z SIWZ, to nie powinien oceniać oferty w tej części. Stosownie bowiem do art. 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Przedmiotem oceny zamawiającego winna być wyłącznie pozostała część oferty, która jest w pełni zgodna z SIWZ. Z przedstawionych powyżej względów zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

#### Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp.

Nawet jeżeli założyć, że odwołujący zaoferował ładowarkę kołową przegubową, niespełniającą wymogów SIWZ, to zamawiający przed odrzuceniem oferty winien był go wezwać w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Instytucja wezwania do uzupełnienia dokumentów jest instytucją obligatoryjną. Zamawiający zaniechał wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie ładowarki kołowej przegubowej. Zamawiający w SIWZ (str. 20)

podkreślił, że wraz z ofertą należy złożyć: karty katalogowe lub specyfikacje techniczne producenta potwierdzające, że oferowane urządzenia i maszyny spełniają wymagania parametrów techniczno - użytkowych, jakie zostały określone w załącznikach Nr 12 i Nr 11 do SIWZ; zdjęcia lub foldery obrazujące oferowane urządzenia i maszyny wymienione w załącznikach Nr 12 i Nr 11; wykaz punktów serwisowych, które mogą świadczyć obsługę dostarczanych urządzeń i maszyn wymienionych w załącznikach Nr 12 i Nr 11. Biorąc pod uwagę fakt, że ładowarka kołowa przegubowa została wymieniona w załączniku nr 11 do oferty, należy uznać, że wszystkie wymienione wyżej dokumenty były dokumentami potwierdzającymi, że oferowana przez odwołującego ładowarka odpowiada wymogom SIWZ. Wspomniane dokumenty miały służyć potwierdzeniu spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, co implikuje wniosek, że dokumenty te nie były składane w celu dokonania na ich podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy też jakościowego. Brak jednoznacznego określenia charakteru dokumentów dotyczących ładowarki kołowej przegubowej nie może być obecnie interpretowany na niekorzyść wykonawcy. Orzecznictwo sądowe wypracowało stanowisko, że jeśli w drodze ogólnych reguł interpretacyjnych nie da się usunąć wątpliwości, to należy rozstrzygnąć je na niekorzyść tej strony, która zredagowała tekst wywołujący wątpliwości - w tym wypadku na niekorzyść zamawiającego (wyrok SN z dnia 08.01/2010 r., IV CSK 269/09, Lex nr 668919; wyrok SN z dnia 05.03.2010 r., IV CSK 382/09. Lex nr 852584; wyrok SA w Katowicach z dnia 13.12.2010 r., V ACa 389/10, Lex nr 846528; wyrok SN z dnia 21.12.2010 r., III CSK 47/10, Lex nr 738108; wyrok SN z dnia 03.02.2011 r., I CSK 348/10, Lex nr 936479, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26.09.2012 r. sygn. akt: I ACa 426/12).

#### Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie wezwał go do złożenia wyjaśnień odnośnie ładowarki kołowej przegubowej, chociaż zaistniały przesłanki umożliwiające zastosowanie tego przepisu. Zamawiający miał bowiem wątpliwości, czy ładowarka kołowa przegubowa spełnia wymagania SIWZ (w szczególności w odniesieniu do przekładni hydrostatycznej). W przekonaniu odwołującego karty katalogowe (zdjęcia, foldery, wykaz punktów serwisowych) ładowarki kołowej przegubowej są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, które podlegały wyjaśnieniu. Odwołujący podniósł, że zamawiający nie podjął jakichkolwiek działań w celu ustalenia zgodności urządzenia zaproponowanego przez odwołującego z SIWZ w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp.

#### Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Na skutek bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, ponieważ unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, mimo iż przynajmniej jedna oferta (oferta odwołującego) w pełni odpowiadała



wymogom SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Zdaniem odwołującego, wskutek unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (tj. błąd w SIWZ w zakresie opisu parametrów ładowarki kołowej przegubowej), zamawiający naruszył zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Budimex S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez AWBUD S.A. po stronie zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że zaoferowana przez AWBUD S.A. ładowarka kołowa przegubowa nie odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ co zostało przyznane przez ww. wykonawcę w treści odwołania.

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

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi (wykonawcy), który wykaze, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, iż obaj odwołujący się, wykazali spełnienie przesłanek, określonych w art. 179 ust. 1 Pzp uprawniających do wniesienia odwołania.

Izba uznała za skuteczne przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 370/14 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 371/14 po stronie zamawiającego, zgłoszone odpowiednio przez AWBUD S.A. i Budimex S.A. Izba nie uwzględniła opozycji zgłoszonej przez odwołującego BUDIMEX S.A. wobec przystąpienia wykonawcy AWBUD S.A. po stronie zamawiającego. Izba uznała, że przystępujący wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego w szczególności poprzez rozstrzygnięcie, że ładowarka kołowa teleskopowa nie odpowiada wymaganiu dostarczenia ładowarki kołowej przegubowej.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołania w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniach.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z postanowieniami rozdziału IV. SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia jest dokończenie robót budowlanych dla zadania pn.: „Kontynuacja Budowy Zakładu Zagospodarowania Odpadów Nowe – Toniszewo – Kopaszyn”, wyposażenie Zakładu w maszyny i urządzenia niezbędne do jego funkcjonowania oraz stworzenie infrastruktury z zakresu zagospodarowania odpadów, dzięki której powstaną warunki do odzysku i unieszkodliwiania odpadów z gmin: m. Wągrowiec, gm. Wągrowiec, m. i gm. Skoki, gm. Mieleszyn, m. i gm. Szamocin, m. Chodzież, gm. Chodzież, gm. Budzyń, gm. Damasławek, gm. Margonin, m. i gm. Gołańcz, gm. Wapno, gm. Ryczywół, gm. Mieścisko, m. i gm. Rogoźno.

Budowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów na terenie Międzygminnego Składowiska Odpadów Komunalnych Sp. z o.o. w miejscowościach Nowe - Toniszewo - Kopaszyn, gm. Wągrowiec obejmować będzie budowę i wyposażenie w niezbędne urządzenia, sprzęt i materiały obiektów technicznych, administracyjnego i technologicznych oraz towarzyszącej infrastruktury ZZO, dostawę i montaż maszyn, urządzeń i sprzętu, rozruch i przeszkolenie załogi oraz przekazanie obiektu zamawiającemu. Część robót została wykonana przez wykonawcę wybranego we wcześniej przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „Budowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów Nowe – Toniszewo – Kopaszyn”. Zamawiający wskazał, że „Zakres przedmiotowego zamówienia zmienił się w stosunku do zamówienia pierwotnego, w związku z czym wykonawca musi wycenić koszt dokończenia robót w oparciu o podstawową dokumentację projektową i zamienną dokumentację projektową. Pomocniczo Zamawiający udostępnia Przedmiar robót dla niniejszego Zamówienia.”

W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi również m.in. „dostawa i montaż urządzeń technologicznych oraz dostawa sprzętu ruchomego niezbędnych do funkcjonowania Zakładu”.

W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł postanowienie o treści „Szczegółowy opis i zakres wykonania przedmiotu zamówienia wraz z wytycznymi do sporządzenia projektów wykonawczych zawiera komplet dokumentacji projektowej, w skład której wchodzi projekt architektoniczno – budowlany, projekty zamienne, przedmiary robót oraz dodatkowo Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót budowlanych (dalej STWiORB), a także załączniki opisujące urządzenia technologiczne i ruchome, które są załącznikami do niniejszej specyfikacji.”

Zgodnie z pkt 6 „Wykonanie przedmiotu zamówienia” ppkt 1) „Roboty budowlane należy wykonać zgodnie z załączoną dokumentacją projektową, w skład której wchodzi podstawowy projekt architektoniczno – budowlany, projekty wykonawcze branżowe, projekt architektoniczno – budowlany zamienny, dokumentacją projektową i warsztatową sporządzoną przez Wykonawcę, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót

budowlanych (dalej STWiORB), wytycznymi określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), z należytą starannością oraz z wiedzą i sztuką budowlaną, przepisami BHP, ppoż. oraz poleceniami Nadzoru Inwestorskiego i Nadzoru Autorskiego.”

Zgodnie natomiast z postanowieniem ppkt 14) „Wymagania minimalne urządzeń i sprzętu mobilnego zawarte są w załącznikach nr 11 i 12”. Wśród załączników do SIWZ wskazano Załącznik nr 11 – wykaz sprzętu ruchomego niezbędnego do funkcjonowania Zakładu oraz Załącznik nr 12 – wykaz maszyn i urządzeń technologii zakładu.

W załączniku nr 11 w pkt.1 „ładowarka kołowa teleskopowa” i w pkt. 2 „ładowarka kołowa przegubowa” zamawiający opisał m.in. wymagane minimalne parametry techniczne dla ww. maszyn, które wchodziły w zakres dostawy w ramach przedmiotu zamówienia.

Odwołujący się wykonawcy i zamawiający zgodnie potwierdzili w toku postępowania, że w odniesieniu do ładowarki kołowej przegubowej zamawiający wskazał parametry techniczne: wysokość podnoszenia minimum 6.0m przy udźwigu minimum 5,0t oraz tryb sterowania łyżką ładowarki m.in. do przodu i do tyłu, które są charakterystyczne dla ładowarki kołowej teleskopowej. Tych parametrów nie spełnia bowiem żadna z produkowanych i dostępnych na rynku ładowarek kołowych przegubowych.

Na etapie ogłoszenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia do zamawiającego wykonawcy nie zgłosili żadnych zapytań czy wątpliwości odnośnie treści SIWZ w zakresie parametrów technicznych wymaganych przez zamawiającego w odniesieniu do ładowarki kołowej przegubowej.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły do zamawiającego cztery oferty. Wszystkie oferty zostały odrzucone. Trzech wykonawców, w tym odwołujący AWBUD S.A., zaoferowało ładowarkę kołową przegubową, która nie spełnia wskazanych powyżej dwóch parametrów technicznych, natomiast wykonawca Budimex S.A. zaoferował ładowarkę kołową teleskopową, która odpowiada parametrom wskazanym w pkt 2 załącznika nr 11 dla ładowarki przegubowej, natomiast stanowi inny typ ładowarki, posiada inną konstrukcję i w związku z tym inne właściwości użytkowe.

#### **KIO 370/14**

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, ze względu na fakt, iż odwołujący zaproponował ładowarkę teleskopową zamiast przegubowej.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, dokumentacja projektowa oraz STWiORB (Załącznik nr 17 do SIWZ) miały służyć wykonawcom, jako podstawa do wyceny oferty. Przedmiary załączone do ww. dokumentacji miały charakter jedynie pomocniczy. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że informacja zawarta w przedmiarze „Nowe\_Toniszewo\_Kopas\_technologia.pdf”, iż wykonawcy są zobowiązani do dostarczenia

ładowarki teleskopowej lub przegubowej (pkt 22) przesądza o tym, że w miejsce ładowarki przegubowej zamawiający dopuścił zaoferowanie kolejnej ładowarki teleskopowej, wbrew postanowieniom zawartym w pkt 2 załącznika nr 11. O ile dokumentacja projektowa oraz STWiORB mają podstawowe znaczenie dla przedmiotu zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych, o tyle w odniesieniu do maszyn i urządzeń, opis wymagań został jednoznacznie przedstawiony przez zamawiającego w załącznikach nr 11 i 12, które zawierają szczegółowe parametry i opis zastosowania sprzętu. Jakikolwiek wątpliwości lub braki wynikające z treści jedynie pomocniczo załączonych do SIWZ przedmiarów lub opisu technologii wykonania robót nie mogą wpłynąć na zmianę jednoznacznej treści opisu urządzeń zawartego w załączniku nr 11 w pkt 1 i 2 oraz postanowień SIWZ wskazujących, że wymagania te są wiążące dla wykonawców. W ocenie Izby, nie można zatem przyjąć, że warunki zamówienia w omawianym zakresie zostały sformułowane w sposób niejasny, budzący wątpliwości, który uzasadniałby dopuszczalność zaoferowania innego typu ładowarki niż wymagany przez zamawiającego w pkt 2 załącznika nr 11, nawet wówczas gdy maszyna ta spełniałaby minimalne parametry techniczne przedstawione przez zamawiającego dla ładowarki kołowej przegubowej. Typ ładowarki (przegubowa lub teleskopowa) determinuje sposób jej użytkowania i możliwość zastosowania w odmiennych warunkach pracy, co potwierdza opis zamieszczony przez zamawiającego w pkt 1 i pkt 2 załącznika nr 11.

Zaoferowana przez odwołującego ładowarka kołowa teleskopowa model Merlo Panoramic P 75.9 CS nie jest ładowarką przegubową, posiada inną konstrukcję, przez co, pomimo, że spełnia parametry techniczne, jej użytkowanie w miejscu pracy nie będzie w pełni odpowiadało wymaganiom i oczekiwaniom zamawiającego. Nie ma zatem podstaw by przyjąć, że oferta odwołującego jest zgodna z wymaganiami zawartymi w SIWZ, w szczególności w załączniku nr 11 do SIWZ, które w odniesieniu do urządzeń i maszyn dostarczanych w ramach przedmiotu zamówienia stanowią podstawowy zakres i opis wymagań zamawiającego. Jest to zupełnie inny rodzaj ładowarki. W związku z powyższym nie można uznać, że oferta odwołującego spełnia wymagania SIWZ w powyższym zakresie, a tym samym Izba stwierdziła, że oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego ze względu na fakt, iż oferta odwołującego nie zawiera potwierdzenia spełnienia parametru systemu oświetlenia gwarantującego maksymalną temperaturę na przenośniku.

Zarzut powyższy został uznany przez zamawiającego w toku rozprawy za uzasadniony. Zamawiający potwierdził, w świetle argumentacji przedstawionej przez odwołującego, że złożone w ofercie i w ramach uzupełnienia na wezwanie zamawiającego z dnia 4 lutego 2014 r. dokumenty potwierdzają, że wykonawca Budimex S.A. zaoferował

model separatora - Mistral M2800T NIR, który spełnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, stosownie do treści złożonego w ofercie (str. 236) oświadczenia producenta tego urządzenia - firmy Pellenc Selective Technologies.

Pomimo uwzględnienia powyższego zarzutu, oferta odwołującego i tak podlega odrzuceniu w związku z niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymogu zaoferowania ładowarki kołowej przegubowej. Z tego względu stwierdzenie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w przypadku drugiego zarzutu nie ma i nie może mieć wpływu na ostateczną ocenę oferty odwołującego, a tym samym na wynik postępowania. Stosownie zatem do brzmienia art. 192 ust. 2 Pzp, odwołanie nie podlegało uwzględnieniu.

#### **KIO 371/14**

##### Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W odpowiedzi na wymagania zawarte w pkt 2 załącznika nr 11 do SIWZ, wskazanych powyżej, odwołujący AWBUD S.A. zaferował zamawiającemu ładowarkę kołową przegubową model LiuGong CLG 856 IV. Maszyna ta nie spełnia wymagań postawionych przez zamawiającego w zakresie:

- wysokość podnoszenia, która jest niższa niż opisana w SIWZ (min. 6,00 m),
- silnik nie jest ustawiony bocznie lecz centralnie.

Odwołujący w sposób niebudzący wątpliwości jednoznacznie przyznał zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie, że powyższa maszyna nie spełnia ww. parametrów technicznych wymaganych przez zamawiającego. Odwołujący wskazywał jednak, że wymogi powyższe w odniesieniu do ładowarki kołowej przegubowej nie są możliwe do spełnienia, gdyż ładowarka przegubowa o tych parametrach technicznych nie występuje na rynku. Zdaniem odwołującego, ze względu na powyższe okoliczności, zamawiający powinien był zaakceptować zaferowane przez odwołującego urządzenie lub pominąć tę część oferty w ramach oceny ofert, gdyż obejmuje ona świadczenie niemożliwe do spełnienia.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie może zaakceptować oferty odwołującego w przypadku gdy zaferowana ładowarka przegubowa nie spełnia wszystkich wymaganych parametrów określonych w SIWZ dla tego typu maszyny. Nie może również pominąć tej części oferty w ramach dokonywanej w postępowaniu oceny ofert. Przepisy ustawy Pzp nie dopuszczają możliwości zmiany lub ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia na etapie oceny ofert.

Biorąc zatem pod uwagę niebudzące wątpliwości okoliczności dotyczące braku spełnienia wymagań technicznych opisanych w SIWZ dla ładowarki kołowej przegubowej przez zaferowaną przez odwołującego ładowarkę LiuGong CLG 856 IV, zamawiający był

zobowiązany odrzucić ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba uznała jednocześnie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp za niezasadny. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp ma zastosowanie w okolicznościach objętych hipotezą tego przepisu, tj. między innymi wówczas, gdy wykonawca nie złożył w ofercie wymaganych dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, potwierdzających spełnianie przez zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ lub złożył dokumenty zawierające błędy. Zgodnie z orzecznictwem Izby uznaje się, że złożenie dokumentu, który nie potwierdza wymagań należy co do zasady traktować na równi z brakiem złożenia takiego dokumentu.

Odwołujący złożył w ofercie (str. 103 – 109) wymagane dokumenty, z których jednoznacznie wynika typ i model zaoferowanej ładowarki kołowej przegubowej LiuGong CLG 856 IV – tj. oświadczenie producenta i specyfikacje techniczne. Dokumenty powyższe zostały złożone na potwierdzenie, że oferowana maszyna spełnia wymagania parametrów techniczno - użytkowych, jakie zostały określone w załączniku nr 11 do SIWZ. Zarówno zamawiający, jak i wykonawca zgodnie potwierdzili, że ten model ładowarki nie spełnia dwóch wymagań technicznych oraz że nie ma rynku innego modelu ładowarki przegubowej spełniającej te wymagania. Zamawiający przyznał, że dopiero na etapie oceny ofert powziął informację, że ładowarka kołowa przegubowa spełniająca powyższe wymagania nie jest w ogóle dostępna na rynku.

Wobec powyższego za niecelowe i nieuzasadnione należy uznać wzywianie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, w przypadku gdy ich złożenie jest obiektywnie niemożliwe. Ponadto, gdyby przyjąć że złożenie dokumentów potwierdzających spełnienie wszystkich parametrów jest możliwe dla innego modelu ładowarki przegubowej, to wezwanie do uzupełnienia takich dokumentów musiałoby de facto prowadzić do zmiany treści oferty w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia. W przypadku, gdy bezsporne jest, że zaoferowany model maszyny nie spełnia wymagań, a złożone dokumenty zawierają jednoznaczne określenie konkretnego typu i modelu zaoferowanego urządzenia, niedopuszczalne jest dokonanie zmiany przedmiotu oferty (treści oferty), poprzez złożenie w ramach „uzupełnienia” w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów dla innego modelu maszyny. Instytucja wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów jest instytucją obligatoryjną, lecz wyłącznie w okolicznościach wskazanych w przepisie (art. 26 ust. 3 Pzp).

Izba podziela stanowisko odwołującego, że dokumenty wymagane przez zamawiającego, o których mowa powyżej, stanowią dokumenty potwierdzające, że oferowana przez odwołującego maszyna (przedmiot zamówienia) odpowiada wymaganiom SIWZ, a zatem są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. W powyższym zakresie treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie budzi żadnych wątpliwości. W pkt 3. (rozdział VII. SIWZ Informacja o oświadczeniach

i dokumentach, jakie powinni złożyć Wykonawcy do oferty) zamawiający wymagał złożenia m.in. ppkt 2) Wypełniony załącznik nr 8 do SIWZ. Oświadczenie Producenta/Dostawcy, 4) Karty katalogowe lub specyfikacje techniczne producenta potwierdzające, że oferowane urządzenia i maszyny spełniają wymagania parametrów techniczno – użytkowych, jakie zostały określone w załącznikach Nr 12 i Nr 11 do SIWZ, ppkt 5) Zdjęcia lub foldery obrazujące oferowane urządzenia i maszyny wymienione w załącznikach Nr 12 i Nr 11, ppkt 6) Wykaz punktów serwisowych, które mogą świadczyć obsługę dostarczanych urządzeń i maszyn wymienionych w załącznikach Nr 12 i Nr 11.

Co do zasady dokumenty te podlegają trybowi uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Nie mogą podlegać jednak uzupełnieniu wówczas, gdy potwierdzają, że oferowany przez wykonawcę, jednoznacznie określony w tych dokumentach, przedmiot zamówienia nie spełnia części wymagań, a informacja taka jest powszechnie dostępna i niebudząca wątpliwości. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów w tym przypadku prowadziłoby do nieuprawnionej zmiany treści złożonej oferty na etapie badania i oceny ofert.

#### Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 Pzp.

Zarzut nie jest uzasadniony. Nawet jeśli uznać, że zamawiający miał wątpliwości, czy zaoferowana ładowarka kołowa przegubowa spełnia wymagania SIWZ w odniesieniu do przekładni hydrostatycznej, to wobec braku spełnienia dwóch innych istotnych parametrów technicznych przez oferowany przedmiot zamówienia, wezwanie do wyjaśnienia treści dokumentów złożonych w celu potwierdzenia, że oferowana ładowarka kołowa przegubowa spełnia wymagania zamawiającego było nieuzasadnione, gdyż oferta odwołującego i tak podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Potwierdzenie natomiast spełnienia wymagań nie mogło nastąpić w trybie wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 Pzp, wbrew treści złożonych dokumentów, a jedynie ewentualnie w trybie ich uzupełnienia, gdyby takie uzupełnienie było uzasadnione i możliwe, stosownie do art. 26 ust. 3 Pzp.

Jedynie na marginesie należy wskazać, gdyż nie było to podniesione w ramach zarzutów odwołania, że z uwagi na treść złożonego przez odwołującego w ofercie oświadczenia producenta/dostawcy – firmy Waryński-Trade Sp. z o.o. (str. 103 oferty), iż oferowany sprzęt (ładowarka kołowa LiuGong CLG 856 IV) spełnia wymagania SIWZ, zamawiający mógł wezwać odwołującego do wyjaśnienia treści tego dokumentu w kontekście ewentualnego zarzutu złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, w odniesieniu do obu odwołań należało uznać za niezasadny zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, w wyniku czynności unieważnienia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły cztery oferty. Dwóch wykonawców wniosło odwołania wobec czynności odrzucenia złożonych przez nich ofert. Dokonane przez Izbę w toku postępowania odwoławczego ustalenia potwierdzają, że oferty złożone przez odwołujących: Budimax S.A. i AWBUD S.A. nie mogą być uznane za spełniające wymagania SIWZ, a zatem podlegają również odrzuceniu. Skoro w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie została złożona żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu, to tym samym zastosowanie znajduje przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, który nakazuje zamawiającemu unieważnienie prowadzonego postępowania.

W danym stanie faktycznym Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp poprzez unieważnienie przedmiotowego postępowania. W toku postępowania nie zostało wykazane naruszenie przez zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający dokonał czynności oceny ofert stosownie do wymagań zawartych w SIWZ, w równym zakresie i według takich samych zasad do wszystkich wykonawców. Czynność unieważnienia postępowania była konsekwencją dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych ofert (odrzucenia wszystkich ofert) i braku możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba oddaliła oba odwołania, orzekając, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp. Izba wydała łączne orzeczenie na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 8, 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....