

Sygn. akt: **KIO 584/12**

**KIO 594/12**

**WYROK**  
**z dnia 5 kwietnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 kwietnia 2012 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **28.03.2012 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

**A.** w dniu **26.03.2012 r.** przez wykonawcę **Anna Kosteczko** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **PPUH Elektro-Instal Anna Kosteczko, ul. Rolnicza 23. 44-200 Rybnik (sygn. akt. KIO 584/12);**

**B.** w dniu **26.03.2012 r.** przez wykonawcę **Fayat Bomag Spółka z o.o., ul. Szyszkowa 52, 02-258 Warszawa (sygn. akt KIO 594/12)**

w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego - **Związek Gmin Karkonoskich, Pałac-Bukowiec, ul. Robotnicza 6, 58-533 Myślakowice** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zakup sprzętu do obsługi ZUK ZGK oraz zakup pojemników do selektywnej zbiórki odpadów w ramach zadania

inwestycyjnego pn. Rozbudowa Karkonoskiego Centrum Gospodarki Odpadami w Ściegnach - Kostrzycy” (znak I.271-13/11).

**B.**

przy udziale wykonawcy **Tamtron S.A., ul. Sobocińskiego 19a, 40-687 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 594/12;

**orzeka:**

**A. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 584/12 i nakazuje Zamawiającemu, w odniesieniu do części V zamówienia, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnie czynności badania i oceny ofert, jak również czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego;**

**B. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 594/12 i nakazuje Zamawiającemu, w odniesieniu do części III zamówienia, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnie czynności badania i oceny ofert, w tym nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy Tamtron S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak również nakazuje dokonanie powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego;**

2. Kosztami postępowania obciąża

**A. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 584/12 Zamawiającego - Związek Gmin Karkonoskich, Pałac-Bukowiec, ul. Robotnicza 6, 58-533 Mysłakowice;**

**B. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 594/12 Zamawiającego - Związek Gmin Karkonoskich, Pałac-Bukowiec, ul. Robotnicza 6, 58-533 Mysłakowice i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez Odwołujących się, w tym:
  - A** wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **Anna Kosteczko** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **PPUH Elektro-Instal Anna Kosteczko, ul. Rolnicza 23. 44-200 Rybnik (sygn. akt KIO 584/12),**
  - B** wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **Fayat Bomag Spółka z o.o., ul. Szyszkowa 52, 02-258 Warszawa (sygn. akt KIO 594/12),**
  
- 2)
  - A** dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Związek Gmin Karkonoskich, Pałac-Bukowiec, ul. Robotnicza 6, 58-533 Mysłakowice** na rzecz **Anna Kosteczko** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **PPUH Elektro-Instal Anna Kosteczko, ul. Rolnicza 23. 44-200 Rybnik** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
  - B** dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Związek Gmin Karkonoskich, Pałac-Bukowiec, ul. Robotnicza 6, 58-533 Mysłakowice** na rzecz **Fayat Bomag Spółka z o.o., ul. Szyszkowa 52, 02-258 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Jeleniej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

### **do wyroku z dnia 5 kwietnia 2012 r. w sprawie KIO 584/12 i KIO 594/12**

Zamawiający – Związek Gmin Karkonoskich, Pałac-Bukowiec, ul. Robotnicza 6, 58-533 Mysłakowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zakup sprzętu do obsługi ZUK ZGK oraz zakup pojemników do selektywnej zbiórki odpadów w ramach zadania inwestycyjnego pn. Rozbudowa Karkonoskiego Centrum Gospodarki Odpadami w Ściegnach - Kostrzycy” (znak I.271-13/11).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 22.12.2011 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu 22.12.2011 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem ogłoszenia 2011/S 248-403447.

#### **Sygn. akt KIO 584/12**

W dniu **15.03.2012 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty dla części 5 (samochód dostawczy z żurawiem) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz o wyborze w zakresie powyższej części jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę HEWEA Centrum Techniki Cargo Spółka z o.o.

W dniu **26.03.2012 r.** odwołanie na powyższą czynność wniósł wykonawca Anna Kosteczko prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PPUH Elektro-Instal Anna Kosteczko.

W treści odwołania zostało wskazane, iż dotyczy ono czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, iż zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 87, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91, art. 92 ustawy Pzp poprzez:

- zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów,
- zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień,
- bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego,
- dokonanie wyboru oferty z naruszeniem przyjętych kryteriów oceny ofert,

- zaniechanie poinformowania o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o:

- 1) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w szczególności oferty Odwołującego, treści SIWZ oraz informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego na okoliczności wskazane w uzasadnieniu;
- 2) uwzględnienie odwołania;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 4) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 5) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 6) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 7) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego;
- 8) zwrot kosztów postępowania.

Odwołujący podniósł, iż w wyniku dokonania przez Zamawiającego niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Odwołującemu uniemożliwiono uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Prawidłowa ocena oferty Odwołującego powinna prowadzić do jej wyboru, co prowadziłoby do uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp narażono Odwołującego na szkodę. Szkada ta polegała na niezyskaniu zamówienia i w konsekwencji niezyskaniu spodziewanych dochodów.

W uzasadnieniu odwołania zostało wskazane, że dotyczy części V - samochód dostawczy z żurawiem.

Następnie Odwołujący podniósł, że zgodnie z wymaganiami SIWZ (pkt 14.3) wykonawcy mieli złożyć oferty z wykorzystaniem formularza ofert. Ponadto - zgodnie z dopiskiem zawartym w formularzu oferty - do formularza ofert należało załączyć wypełniony załącznik - adekwatny do części na którą składana jest oferta. Był to załącznik zamieszczony na str. 41-43 SIWZ. Załącznik ten zawierał w lewej kolumnie parametry wymagane przez Zamawiającego od przedmiotu zamówienia (oferowanego samochodu), natomiast w prawej kolumnie pozostawiono wolne miejsce, aby wykonawca wpisał oferowane parametry.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący podniósł, że do złożonej oferty załączył wymagany załącznik dla części V, zaś w kolumnie z prawej strony załącznika do formularza oferty wpisał parametry techniczne. W kilku miejscach Odwołujący wpisał wyraz "TAK", w kilku "TAK" i dodał oferowany parametr albo podał parametr bez wpisywania wyrazu "TAK".

Następnie podniósł, iż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że powodem odrzucenia jest wypełnienie prawej kolumny załącznika do formularza oferty słowem "TAK". W ocenie Odwołującego nie można zgodzić się z taką decyzją Zamawiającego z kilku powodów.

Nie jest prawdą, że Odwołujący ograniczył się do wpisania wyrazu "Tak" w prawej kolumnie załącznika, ani że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i zaniechał wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ustawy Pzp. Jego zdaniem brak jest niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Następnie podniósł, iż w załączniku do formularza oferty określono szereg parametrów. Parametry te można podzielić na dwie grupy. Pierwszą grupę stanowią takie wymagane parametry, których skonkretyzowanie ze strony wykonawcy było możliwe. Takimi parametrami są np. "fabrycznie nowy, rok produkcji 2011 lub 2012" albo "wysięg maksymalny min. 4,5 m". Druga grupa parametrów to parametry, których konkretyzacja w ofercie nie była możliwa, np. "koła tylnie bliźniacze" czy "Instrukcja obsługi". W odniesieniu do pierwszej grupy parametrów Odwołujący dokonał ich konkretyzacji wpisując konkretne wartości, np. "TAK 2012" (w odniesieniu do parametru "fabrycznie nowy, rok produkcji 2011 lub 2012") albo "7,8 m" w odniesieniu do parametru wymaganego "wysięg maksymalny min. 4,5 m". W odniesieniu do drugiej grupy Odwołujący istotnie poprzestał w wielu przypadkach na potwierdzeniu parametru wyrazem "TAK", np. przy parametrze wymaganym "koła tylnie bliźniacze" czy "Instrukcja obsługi".

W ocenie Odwołującego wpisanie wyrazu "TAK" przy parametrze z drugiej grupy jest wystarczającym potwierdzeniem jego spełnienia. Alternatywą dla wyrazu "TAK" było jedynie przepisanie parametru, a więc przy parametrze "koła tylnie bliźniacze" można by wpisać "koła tylnie bliźniacze". Takie przepisywanie formularza, przenoszenie wyrazów z lewej na prawą stronę, jest niecelowe i zbyteczne, a zaniechanie tego formalizmu z pewnością nie może być podstawą do uznania treści oferty za nieodpowiadającą treści SIWZ. Składając ofertę wykonawca miał potwierdzić spełnienie parametrów wymaganych i uczynił to (tam gdzie to było zasadne) poprzez wpisanie wyrazu "TAK".

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący podniósł, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Tymczasem odrzucenie oferty z tego powodu, że zamiast przepisywać parametr wykonawca wpisał "TAK" jest właściwie książkowym przykładem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie z powodów formalnych. Nie ma bowiem merytorycznego znaczenia, czy wykonawca skopiuje parametr z jednej strony tabelki na drugą, czy wpisze "TAK". Istotne jest to, że potwierdza spełnienie tego parametru. Odwołujący podniósł, że wymaganie, aby

parametr potwierdzić poprzez przepisywanie parametru jest wymaganiem formalnym i nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty.

W ocenie Odwołującego o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić, gdy treść świadczenia wykonawcy oferowanego w ofercie jest inna niż wymagania Zamawiającego. Z załączonego formularza taka okoliczność nie wynika. Przeciwnie, Odwołujący wpisując "TAK" jednoznacznie potwierdzał, że jego wolą jest dostarczenie przedmiotu dostawy zgodnego z wymaganiami Zamawiającego. Takie działanie Zamawiającego narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego powyższe stanowisko jest ugruntowane orzecznictwie. Wskazał na orzeczenie, które zapadło w bardzo zbliżonym stanie faktycznym (wyrok KIO 1232/09 z 19 października 2009 r.), w którym zostało wskazane: *"Odnosnie przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała, że oferta Odwołującego zawiera wymagane elementy, w tym w szczególności Tabelę Parametrów Technicznych zawierającą wypełnioną kolumnę 3 przeznaczoną na opis parametrów urządzenia oferowanego przez wykonawcę. Należy jednak zauważyć, że w niektórych pozycjach, w tym poz. 8, 9, 29 i 30, których opis stał się przyczyną odrzucenia oferty, Odwołujący opis parametru ograniczył do stwierdzenia "TAK", co uchybiało sposobowi opisu oferowanych parametrów, jakiego żądał Zamawiający w instrukcji wypełnienia stwierdzając m. in. "należy wpisać pełny opis oferowanych parametrów" ... "nawet jeżeli parametry są identyczne jak wymagane, określone w kolumnie nr 2, charakteryzujące konkretne oferowane urządzenie". Uchybienie powyższe nie jest jednak w ocenie Izby wadą skutkującą odrzuceniem oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Można je uznać co najwyżej za uchybienie formalne. W sposób oczywisty sformułowanie "TAK" jest potwierdzeniem tożsamości parametru oferowanego z parametrem opisanym przez Zamawiającego jako wymagany. Natomiast w sytuacji wątpliwości dotyczących opisu w ofercie Zamawiający jest uprawniony do zastosowania instytucji żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Izba nie widzi tym samym przeszkód zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy PZP".*

Następnie wskazał na wyrok z dnia 10 stycznia 2012 r. KIO 2749/11; KIO 2756/11; KIO 2763/11, w którym stwierdzono: *„Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a zaoferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią siwz zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów ".*

Podniósł również, iż w wyroku z dnia 16 stycznia 2012 r. KIO 22/12 Izba stwierdziła: *„Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.*

*jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. To na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny, w postaci odrzucenia oferty z twierdzenia o jej brakach, spoczywa ciężar dowodu".*

W ocenie Odwołującego nie można mówić, iż Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości ustalił, że "oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a zaoferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom". Zamawiający nie podał, żadnego argumentu przemawiającego za takim wnioskiem. Odnosił się jedynie do kwestii formalnych oferty. Wskazał ponadto, że Zamawiający zaniechał skorzystania z instytucji przewidzianych w PZP takich jak wyjaśnianie oferty czy uzupełnienie dokumentów. W konsekwencji należy przyjąć, że założył a priori, iż przedmiot oferty nie odpowiada jego wymaganiom.

W zakresie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentu Odwołujący podniósł, że załącznik formularza do oferty należy traktować jako dokument przedmiotowy, czyli dokument, który jest przedstawiany na potwierdzenie, że oferowany produkt spełnia wymagania zamawiającego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Dokument ten bowiem miał potwierdzić parametry określone w opisie przedmiotu zamówienia - str. 67 i 68 SIWZ. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę, który nie złożył dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub złożone dokumenty zawierają błędy. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy dopóki nie wezwie do uzupełnienia takiego dokumentu. Jest to bezwzględny ustawowy obowiązek Zamawiającego. Z sytuacją niezłożenia dokumentów zrównana jest sytuacja, gdy co prawda złożono dokumenty ale nie potwierdzają one, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Z uwagi na powyższe Zamawiający - jeśli uznał, że przedłożony dokument nie jest odpowiedni i nie potwierdza spełnienia wymagań - powinien wezwać Odwołującego do przedłożenia (uzupełnienia) poprawnego dokumentu.

W odniesieniu do zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może żądać wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Jak wskazał Odwołujący w praktyce orzeczniczej przyjmuje się, że przepis mimo użycia w treści przepisu wyrazu "może", nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania do wyjaśnień. Wynika to z tego, że dbałość o środki publiczne wymaga od Zamawiającego skorzystania z instrumentów, które umożliwiają wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie a nie oferty jedynie poprawnej pod względem formalnym.



Zdaniem Odwołującego jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące formularza, mógł wezwać do złożenia wyjaśnień. Nic nie stało temu na przeszkodzie. Odwołujący, wyjaśniłby, iż używając wyrazu "TAK" potwierdzał, że oferowana dostawa spełnia parametr i, że użycie wyrazu "TAK" ma taki sam skutek jak przepisywanie parametru z lewej na prawą stronę kolumny.

W dalszej części uzasadnienia odwołania zostało wskazane, że nie można się zgodzić z argumentacją Zamawiającego, że użycie wyrazu "Tak" nie może być podstawą do stwierdzenia, że oferowane urządzenie spełnia wymogi SIWZ. Z kontekstu użycia tego wyrazu wynikają wnioski przeciwne. Zamawiający nie zauważa, że w większości formularza parametry nie były parametrami minimalnymi czy alternatywnymi ale konkretnymi cechami urządzenia. W takiej sytuacji wpisanie "Tak" stanowi jednoznaczne wyrażenie woli zaoferowania urządzenia spełniającego wskazane parametry. W ocenie Odwołującego uwadze Zamawiającego uchodzi również to, że tam, gdzie parametry miały charakter wymogów minimalnych czy alternatywnych (np. "rok produkcji 2011 lub 2012" czy "wysięg maksymalny min. 4,5 m") Odwołujący podał wymagane wartości. Te wszystkie wyjaśnienia Zamawiający mógł uzyskać w trybie art. 87 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego nieporozumieniem jest argumentacja, że zwrócenie się o wyjaśnienia stanowiłoby negocjacje dotyczące złożonej oferty. Oświadczenie Odwołującego przykładowo »Przez wyraz "TAK" w parametrze "koła bliźniacze" należy rozumieć, że samochód jest wyposażony w "koła bliźniacze"« nie stanowi żadnych negocjacji oferty i nie prowadzi do zmiany treści oferty.

21. W treści SIWZ zastrzeżono, że „parametry oferowane„ winny być bezwzględnie wypełnione poprzez podanie parametrów oferowanego urządzenia. Niewypełnienie lub pominięcie którejkolwiek pozycji spowoduje odrzucenie oferty" W ocenie Odwołującego należy zwrócić uwagę na dwie okoliczności. Po pierwsze, Zamawiający nie ma prawa określać przesłanek odrzucenia oferty. Przesłanki te są wyczerpująco określone w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp i jest to katalog zamknięty. Dlatego też to zastrzeżenia należy uznać za bezskuteczne. Po drugie, żadna z okoliczności opisanych przez Zamawiającego nie wystąpiła - nie miało miejsce niewypełnienie lub pominięcie którejkolwiek pozycji; Zamawiający nawet nie podnosi takiej okoliczności mimo, że powołuje się na cytowany fragment formularza.

Następnie Odwołujący przywołał na orzeczenie KIO 22/12 z dnia 16 stycznia 2012 r. *„Na wstępie rozważań co do odrzucenia oferty Odwołującego stwierdzić należy, że Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień, wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych*

*sformułowań. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. To na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny, w postaci odrzucenia oferty z twierdzenia o jej brakach, spoczywa ciężar dowodu zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. Jedynie merytoryczna ocena oferty i stwierdzenie, że w tym merytorycznym zakresie nie odpowiada ona treści siwz może doprowadzić do jej odrzucenia. W tym celu zamawiający winien dążyć do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z treścią siwz wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 witalny, a następnie gdyby było to potrzebne winien poprawić stwierdzone na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy p.z.p. omyłki."*

W odniesieniu do zaniechania poinformowania o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie przekazał Odwołującemu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, czym wprost naruszył art. 92 ustawy Pzp. Powyższe nie wymaga szerszego uzasadnienia.

W podsumowaniu zostało wskazane, że wobec nieuzasadnionego odrzucenia oferty należy stwierdzić, że przeprowadzona ocena ofert była wadliwa, a wybór oferty najkorzystniejszej narusza art. 91 i kryteria oceny ofert przyjęte w SIWZ. Nadmierne formalistyczne podejście prezentowane przez Zamawiającego prowadzi do odrzucenia dobrej oferty i wyboru znacznie droższej. Stanowi to przejaw braku dbałości o środki publiczne i z pewnością nie jest właściwym stosowaniem przepisów ustawy Pzp, której formalizm nie jest celem sam w sobie ale ma służyć wyborowi ofert najlepszych.

### **Sygn. akt KIO 594/12**

W dniu **15.03.2012 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty dla części 3 (kompaktor) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz o wyborze w zakresie powyższej części jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Tamtron S.A.

W dniu **26.03.2012 r.** odwołanie wniósł wykonawca Fayat Bomag Spółka z o.o. wskazując, iż odwołanie dotyczy czynności zamawiającego polegającej na wyborze w ramach części III zamówienia oferty TAMTRON S.A. w sytuacji, gdy oferta ta podlegała odrzuceniu oraz polegającej na odrzuceniu oferty Fayat Bomag Polska Sp. z o.o. z naruszeniem przepisów ustawy.

Wskazał, iż Zamawiającemu zarzuca naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez:

(i) niezastosowanie tego przepisu w odniesieniu do oferty złożonej przez TAMTRON S.A., co skutkowało nieodrzuconiem ww. oferty przez zamawiającego w sytuacji, gdy oferta ta jako niespełniająca wymogów SIWZ podlegała odrzuceniu oraz

(ii) błędne zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty złożonej przez Fayat Bomag Polska Sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferta Fayat Bomag Polska Sp. z o.o. spełniała treści SIWZ.

W związku z powyższym wskazał, iż wnosi: o

1) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych ofert z zastrzeżeniem, że oferta złożona przez TAMTRON S.A. podlega odrzuceniu jako niespełniająca wymogów SIWZ.

Ewentualnie na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła argumentów Odwołującego dotyczących niezgodnego z przepisami prawa odrzucenia przez zamawiającego oferty Fayat Bomag Polska Sp. z o.o. wnioskował o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania przetargowego w ramach III części zamówienia z uwagi na to, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego według norm przepisanych oraz o dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu zostało wskazane, że Zamawiający prowadzi postępowania, w ramach którego w części III przedmiotem zamówienia jest kompaktor o parametrach wskazanych w załączniku do SIWZ. Termin składania ofert upływał dnia 29 lutego 2012 r. Przed upływem terminu składania ofert potencjalni wykonawcy zdawali Zamawiającemu pytania dotyczące przedmiotu zamówienia, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi.

W dniu 15 marca 2012 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej ogłoszenie o wynikach postępowania i tego samego dnia zawiadomił o tym Odwołującego w formie wiadomości e-mail.

Rozstrzygając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w ramach części III (dostawa kompaktora) Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę TAMTRON S.A., gdyż zdaniem Zamawiającego była to jedyna oferta nie podlegająca odrzuceniu. Jednocześnie, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego podnosząc, że Fayat Bomag Polska Sp. z o.o. w sposób nieprawidłowy wypełnił formularz oferty wpisując wielokrotnie w

kolumnie prawej załącznika słowo „tak” zamiast podania parametrów maszyny, co zdaniem Zamawiającego uniemożliwiło Zamawiającemu dokonanie oceny czy oferta spełnia wymagania SIWZ w zakresie parametrów dostarczanego urządzenia. Zamawiający uznał ponadto, że nie znalazł podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (żądanie wyjaśnień od wykonawcy), gdyż takie żądanie skutkowałoby prowadzeniem negocjacji dotyczących złożonej oferty, co w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

W powyższym zakresie jako dowód wskazał na SIWZ, pytania zadane Zamawiającemu przez potencjalnych wykonawców, ogłoszenie o wynikach postępowania oraz pismo adresowane do Odwołującego informujące o odrzuceniu oferty.

W ocenie Odwołującego rozstrzygnięcie wyników postępowania o udzielenie zamówienia w ramach części III (dostawa kompaktora) dokonane zostało z naruszeniem przepisów Ustawy, co uzasadnia wnioski Odwołującego określone na wstępie odwołania. Poniżej Odwołujący prezentuje argumenty na poparcie powyższego stanowiska.

1. W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp nie odrzucając oferty TAMTRON S.A. Na wstępie Odwołujący wskazał na to, że w ofercie TAMTRON S.A. nie jest nigdzie wymieniona nazwa oferowanego modelu kompaktora. Jedynie pośrednio można wnioskować, że w ofercie wykonawcy chodzi o maszynę firmy TANA, gdyż do wyliczenia średniego zużycia paliwa i emisji CO<sub>2</sub> konkurent załączył wykres z którego wynika, że chodzi o maszynę firmy TANA. W ocenie Odwołującego oferta TAMTRON S.A. jest niezupełna również z tego powodu, że nie wskazuje jaki model maszyny jest oferowany Zamawiającemu, uniemożliwiając w ten sposób porównanie tej oferty z innymi ofertami. W sytuacji, gdy nie wiadomo jaką maszynę TANA oferuje TAMTRON S.A., nie wiadomo też do jakiego typu maszyny odnoszą się wykresy i wyniki pomiarów załączone przez TAMTRON S.A. W załączniku do oferty TAMTRON S.A. pojawia się jedynie wskazanie, że chodzi o „maszynę porównawczą tego samego typu”, gdy tymczasem Zamawiający oczekiwał według Odwołującego parametrów oferowanej konkretnej maszyny a nie maszyny porównawczej. Analizując wszystkie podane przez TAMTRON S.A. parametry maszyny Odwołujący uważa, że TAMTRON S.A. w tym przetargu mógł zaoferować tylko kompaktor Tana Gx 320. Jednakże, do niniejszego odwołania Odwołujący załącza wszystkie oferowane na rynku modele kompaktorów TANA.

Jak dowód wskazał: Kartę katalogową dla kompaktora Gx 260; kartę katalogową dla kompaktora Gx 320; Kartę katalogową dla kompaktora Gx 380; Kartę katalogową dla kompaktora Gx 450 oraz Kartę katalogową dla kompaktora Gx 520.

W ocenie Odwołującego oferta TAMTRON S.A. na dostawę kompaktora nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie parametrów osłony podwozia. Zamawiający wymagał, aby

prześwit rozumiany jako „odległość pomiędzy poziomem jezdni, a najniżej (prócz kół) położonymi elementami podwozia pojazdu (np. osłon podwozia)” wynosił 600 mm. Stosowne wyjaśnienie dotyczące rozumienia pojęcia „prześwitu” znalazło się w odpowiedziach Zamawiającego na pytania wykonawców (pytanie nr 17, pytanie nr 20, pytanie nr 21). Zamawiający podkreślił przy tym, że nie dopuszcza dostawy kompaktora o prześwicie (rozumianym jak wyżej) mniejszym niż 600 mm (odpowiedź na pytanie nr 17).

Tymczasem, zdaniem Odwołującego, kompaktor oferowany przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie spełnia ww. wymogu, bowiem prześwit w kompaktorze TANA wynosi 250 mm. Wykonawca podał zatem nieprawidłowe parametry oferowanego urządzenia, czym wprowadził Zamawiającego w błąd. Oferta TAMTRON S.A. podlegała zatem co najmniej odrzuceniu, przy czym Odwołujący dostrzega również podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 wobec złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W ocenie Odwołującego nawet jednak gdyby uznać, że prześwit można było rozumieć w inny sposób niż jako „odległość pomiędzy poziomem jezdni a najniżej (prócz kół) położonymi elementami podwozia pojazdu (np. osłon podwozia)” (czemu Odwołujący zaprzecza, bowiem prześwit może być rozumiany jedynie w taki sposób, jaki określił Zamawiający w odpowiedziach na pytania wykonawców), Odwołujący wskazuje na to, że TAMTRON S.A. zaoferował kompaktor, który nie spełnia wymogów określonych w SIWZ. Zamawiający podkreślił w odpowiedzi na pytanie 21, że nie dopuszcza dostawy kompaktora o prześwicie większym niż 900 mm. Tymczasem karta katalogowa dla kompaktora Gx 320 oferowanego przez TAMTRON S.A. podaje wartość parametru „prześwit pomiędzy pojazdem a podłożem” na 910 mm. W ocenie Odwołującego dodatkowo wymiar ten jest podany na rysunku maszyny. Nie jest to prześwit pomiędzy gruntem a najniższym elementem podwozia (osłony) (czyli nie jest to „prześwit” wedle definicji określonej przez Zamawiającego), ale gdyby nawet przyjąć inną interpretację (prawdopodobnie reprezentowaną przez TAMTRON S.A.) to i tak, zdaniem Odwołującego, maszyna oferowana przez TAMTRON S.A. nie spełnia wymaganego przez SIWZ parametru.

W powyższym zakresie jako dowody Odwołujący wskazał: kartę katalogową dla kompaktora Gx 320 oferowanego przez TAMTRON S.A., załącznik do oferty TAMTRON S.A. wraz z wykresem oraz zdjęcie osłony kompaktora TANA Gx 320.

Zdaniem Odwołującego zapisy dotyczące prześwitu pomiędzy podłożem a najniżej położonymi elementami podwozia podane pierwotnie w SIWZ a następnie nieco zmodyfikowane w odpowiedziach Zamawiającego mają ogromny wpływ na właściwą pracę kompaktora. Nisko położone elementy podwozia mają ciągły kontakt z odpadami na

składowisku odpadów, co zwiększa opory jazdy, zmniejsza siłę pchania oraz powoduje pogorszenie się trakcji całej maszyny. Nisko położone elementy ulegają ciągłemu wycieraniu się i wymagają częstej wymiany. Fayat Bomag Polska Sp. z o.o. po złożeniu zapytania i uzyskaniu od Zamawiającego odpowiedzi, z których wynikało, że wymagana jest maszyna z dużym prześwitem, zaoferował do przetargu kompaktor ze wszystkimi elementami napędu (silnik spalinowy, pompy, silniki jazdy, przekładnie planetarne, przewody hydrauliczne) zintegrowanymi w całkowicie zamkniętej konstrukcji wannowej (osłona) której najniższy punkt znajduje się 600 mm nad podłożem. Tymczasem, TAMTRON S.A. zaoferował maszynę z prześwitem o wartości 250 mm, co uzasadniało odrzucenie oferty TAMTRON S.A.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że w formularzu określającym parametry urządzenia oferowanego przez TAMTRON S.A. w rozdziale „Napęd” oferent nie odniósł się do zapisu „blokady dyferencjału”. Technicznie mechanizm różnicowy (dyferencjał) i system jego blokady nie ma zastosowania w konstrukcjach walcowych kompaktorów, niemniej jednak Zamawiający wymagał odniesienia się w formularzu do tego parametru. TAMTRON S.A. nie uczynił zadość powyższemu obowiązkowi, co uzasadniało odrzucenie oferty TAMTRON S.A.

2. W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp odrzucając ofertę Odwołującego podczas gdy oferta ta nie podlegała odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób całkowicie niezasadny uznał, że załącznik do oferty Fayat Bomag Polska sp. z o.o. nie zawiera prawidłowo określonych parametrów urządzenia. W kolumnach, w których Zamawiający wymagał określenia parametrów dostarczanego kompaktora (np. rok produkcji, masa eksploatacyjna, napęd, minimalna szerokość i wysokość lemiesza, wysokość prześwitu, pojemność zbiornika paliwa) Odwołujący określił te parametry w sposób precyzyjny, podając ich liczbową wartość. Natomiast w przypadku parametrów urządzenia w sposób ściśle określonych przez Zamawiającego w części IV SIWZ (np. paliwo ON, układ kierowniczy hydrauliczny, wycieraczki szyb ze spryskiwaczami itd.) Zamawiający wstawiając słowo „tak” potwierdził, że oferowane urządzenie spełnia określony parametr. W odniesieniu do tych parametrów kompaktora nie było, zdaniem Odwołującego, potrzeby powtarzania w prawej kolumnie wymaganego parametru w celu potwierdzenia jego spełnienia, czyli np. potwierdzenia parametru „Kabina wyposażona w filtr antyodorowy” w drodze powtórzenia sformułowania „Kabina wyposażona w filtr antyodorowy”. Wymóg określenia parametru pełnymi zdaniem nie znalazł się w SIWZ, a gdyby tak było należałoby uznać to za niezasadny formalizm Zamawiającego. Słowo „tak” w języku polskim oznacza potwierdzenie. Parametry w

odniesieniu do których Zamawiający użył słowa tak" miały charakter parametrów ściśle określonych, a zatem ocena ich spełnienia może mieć jedynie charakter jednoznaczny („spełnia", nie spełnia"). Analiza oferty Odwołującego nie budzi żadnych wątpliwości interpretacyjnych, bowiem, w ocenie Odwołującego, słowo „tak" potwierdza spełnienie wymaganego przez Zamawiającego parametru.

W sytuacji jednak, gdyby Zamawiający powziął wątpliwości co do oferowanych przez Fayat Bomag Polska Sp. z o.o. parametrów kompaktora mógł, zdaniem Odwołującego, sięgnąć do załącznika do oferty, który w sposób jednoznaczny i precyzyjny opisywał parametry kompaktora BC 672 RB-2. Gdyby analiza tego dokumentu również była dla Zamawiającego niewystarczająca, Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mógł zażądać od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Tymczasem, Zamawiający tego nie uczynił odrzucając ofertę Odwołującego, w sposób niezrozumiały wskazując na ryzyko, że żądanie złożenia wyjaśnień prowadziłoby do negocjacji dotyczących złożonej oferty. Zamawiający powołał się przy tym na wyrok KIO w sprawie o sygn. 731/11, przy czym w ocenie Odwołującego wyrok ten nie tyle nie potwierdza zasadności stanowiska Zamawiającego, ale działa raczej na jego niekorzyść, gdyż w powyższej sprawie KIO uznała za zasadne zastosowanie przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Ustawy, gdy żądane wyjaśnienia mieszczą się w granicach merytorycznych treści oferty. Zdaniem Odwołującego taka sytuacja niewątpliwie miałaby miejsce w odniesieniu do oferty Fayat Bomag Polska sp. z o.o., gdyby Zamawiający zapytał o spełnienie przez Odwołującego określonych parametrów kompaktora (przy czym Odwołujący nie widzi żadnego parametru określonego w tabeli, co do którego można mieć wątpliwości; parametry te są opisane przez Fayat Bomag w sposób jednoznaczny i precyzyjny, a użycie słowa „tak" nie budzi żadnych wątpliwości interpretacyjnych, stanowi bowiem potwierdzenie spełnienia określonego parametru).

Zdaniem Odwołującego, odrzucenie oferty Fayat Bomag Polska Sp. z o.o. było nie tylko niesłuszne (na co Odwołujący zwraca uwagę powyżej), ale także zbyt pochopne gdyby uznać, że wątpliwości Zamawiającego były uzasadnione. W tym miejscu Odwołujący przywołał tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 10 stycznia 2012 r. w sprawie o połączonych sygnaturach KIO 2749/11, KIO 2756/11, KIO 2763/11: *„Sporządzenie przez Zamawiającego dokumentacji postępowania (ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ oraz wszelkich załączników) winno umożliwiać zapewnienie zachowania naczelných zasad zamówień publicznych, w tym zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz zasady jawności i obiektywizmu wyrażonych w art. 8 ust. 1 oraz 7 ust. 2 p.z.p. Wszelkie wątpliwości znajdujące swoje źródło w dokumentacji postępowania winno się rozstrzygać na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Z merytorycznego punktu widzenia nie jest istotne, z którego dokumentu oferty Zamawiający jest w stanie uzyskać istotne dla*

*siebie informacje, gdyż kwestia ta odnosi się do formalnych jej aspektów. Miejsce i sposób wyrażenia określonej przez Zamawiającego i istotnej dla niego treści jest bez znaczenia z punktu widzenia oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Tylko bowiem brak określonych elementów oferty lub ich pojęciowa rozbieżność może stanowić o merytorycznej niezgodności. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a zaoferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów".*

Zdaniem Odwołującego, tezy powyższego wyroku są adekwatne do niniejszego sporu w sytuacji, gdy oferta Fayat Bomag Polska zawierała pełny opis oferowanej maszyny.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Fayat Bomag Polska Sp. z o.o. Zamawiający w sposób całkowicie nieadekwatny zarzucił Odwołującemu, że nie podał danych dotyczących produkcji lub innych minimalnych parametrów urządzenia. Wydaje się, że ten fragment uzasadnienia stanowi skopiowaną część uzasadnienia odrzucenia ofert innych wykonawców (łącznie zamawiający odrzucił 15 ofert w ramach całego postępowania). Odwołujący ma prawo wymagać zachowania przez Zamawiającego minimalnych standardów należytej staranności w rozstrzyganiu przetargu i w uzasadnieniu rozstrzygnięcia poprzez użycie w uzasadnieniu argumentów, które odnoszą się do oferty konkretnego wykonawcy (w tym przypadku oferty Fayat Bomag Polska sp. z o.o.), a nie innych wykonawców, z którymi oferta Fayat Bomag Polska Sp. z o.o. nie miała żadnego związku. Zamawiający ułatwił sobie pracę konstruując uzasadnienie odrzucenia ofert wielokrotnie kopiując określony fragment uzasadnienia i wielokrotnie go powtarzając, nie dostrzegł jednak, że w wyniku tego zabiegu uzasadnienie odrzucenia oferty Fayat Bomag Polska Sp. z o.o. nie jest adekwatne do treści oferty Odwołującego. W ten sposób Zamawiający utrudnił również Odwołującemu merytoryczną dyskusję z przyczynami odrzucenia jego oferty.

Jako dowód w powyższym zakresie wskazał: załącznik do oferty Fayat Bomag Polska Sp. z o.o. wraz z dodatkowym dokumentem załączonym do oferty; ogłoszenie o wynikach postępowania oraz pismo adresowane do Odwołującego informujące o odrzuceniu oferty.

W ramach odwołania o sygn. akt KIO 594/12 swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Tamtron S.A. i wniósł o oddalenie odwołania w całości.



Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 584/12 była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i dokonanie, w zakresie części V, czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy HEWEA Centrum Techniki Cargo Spółka z o.o.

Izba ustaliła, iż podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 594/12 była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaniechanie odrzucenia oferty Tamtron S.A. oraz dokonanie, w zakresie części III, czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Tamtron S.A.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z ofertami złożonymi w postępowaniu przez Odwołujących się i Przystępującego, po zapoznaniu się z każdym z odwołań, jak również stanowiskiem Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba wskazuje, iż z urzędu jest zobowiązana do badania spełnienia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, iż odwołującym przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż w zakresie obu odwołań (sygn. akt KIO 584/12 oraz KIO 594/12) wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołujących będącą konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 584/12 Izba ustaliła, iż Odwołujący – Anna Kosteczko prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PPUH Elektro-Instal Anna Kosteczko złożyła ofertę w zakresie części nr V (samochód dostawczy z żurawiem), która nie została poddana ocenie ze względu na jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Pzp. Zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego i tym samym posiada on interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody będącej wynikiem dokonanej przez Zamawiającego czynności.

Izba ustaliła również, iż Odwołujący Fayata Bomag Polska Spółka z o.o. złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę w zakresie części III. W ramach tej części oferty złożył poza Odwołującym tylko jeden wykonawca, tj. Tamtron S.A. Zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz dotyczą zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego – Tamtron S.A. Tym samym Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody będącej wynikiem dokonanej przez Zamawiającego czynności.

Tym samym Izba stwierdziła, iż odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisów, podlegają rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy Fayata Bomag Polska Spółka z o.o. (KIO 594/12) skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca Tamtron S.A.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Izba dopuściła również w ramach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 594/12 zawnioskowane przez Odwołującego w odwołaniu oraz w toku rozprawy dowody, w szczególności dowody w postaci dokumentacji technicznej kompaktorów TANA Gx260, Gx320, Gx 380 oraz Gx450 i Gx520 (zał. nr 5 – 9), jak również załącznika nr 11 do odwołania (zdjęcie elementu osłony układu napędowego walca) i zdjęć oraz rysunków technicznych kompaktorów serii TANA.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołania zasługują na uwzględnienie.

## **Sygn. akt KIO 584/12 oraz KIO 594/12**

Biorąc pod uwagę zbieżność i tożsamość zarzutów zawartych w obu odwołaniach w zakresie czynności odrzucenia ofert Odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na niezgodne z wymaganiami wypełnienie załącznika do formularza oferty dla części III i V Izba rozpoznała łącznie powyższy zarzut. W powiązaniu z tymi zarzutami obaj Odwołujący wskazali, iż uzasadnienie czynności Zamawiającego odnosiło się do elementów formalnych załącznika do formularza ofertowego i brak było podstaw do odrzucenia ofert jako niezgodnych z treścią SIWZ.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskutek odrzucenia ofert odwołujących się wykonawców ze względu na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza w odniesieniu do powyższego zarzutu ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż z części I SIWZ zatytułowanej „instrukcja dla Wykonawców” z pkt 3 zatytułowanego „opis przedmiotu zamówienia” ppkt 3.2. wynika, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w części IV SIWZ oraz załączonych do niej dokumentach.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, na podstawie pkt 4 części I SIWZ zatytułowanego „opis części zamówienia” Instrukcji dla Wykonawców, iż przedmiotem zamówienia w zakresie części III jest kompaktor, zaś w zakresie części V jest samochód dostawczy z żurawiem.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 14 części I SIWZ zawarł postanowienia odnoszące się do sposobu przygotowania oferty, w tym wskazał, iż kompletna oferta musi zawierać m.in. wypełniony Formularz oferty – część II specyfikacji w zakresie w którym składana jest oferta (pkt 14.3.1.).

Zgodnie z zapisem zawartym na ostatniej stronie części II SIWZ (Formularz oferty) „Do oferty należy dołączyć wypełniony załącznik – adekwatny do części na którą składana jest oferta. Wszystkie pozycje pn. „parametry oferowane” winny być bezwzględnie wypełnione poprzez podanie parametrów oferowanego urządzenia. Niewypełnienie lub pominięcie którejkolwiek pozycji spowoduje odrzucenie oferty”.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż na str. 34 – 36 SIWZ znajduje się załącznik zatytułowany „Załącznik do formularza oferty dla Części III” dla kompaktora, który zawiera

dwie kolumny zatytułowane „Parametry wymagane” oraz „Parametry oferowane”. W kolumnie zawierającej parametry wymagane Zamawiający wskazał:

1. Parametry techniczne:

- fabrycznie nowy, rok produkcji 2011 lub 2012;
- masa eksploatacyjna – minimum 32,0 Mg.

2. Układ jezdny:

- kołowy lub walcowy, koła/walce wyposażone w wymienne nakładki zębów i zagarniacze odpadów.

3. Napęd:

- silnik spalinowy, wysokoprężny, o mocy min 250 kW;
- hydrostatyczny, niezależny na 4 koła (walce), blokada dyferencjału;
- rodzaj paliwa ON.

4. Układ kierowniczy:

- hydrauliczny.

5. Układ hamulcowy:

- tarczowy lub hydrostatyczny.

6. Kabina operatora:

- wyposażona w klimatyzację i ogrzewanie postojowe;
- wyposażona w filtr antyodorowy;
- wyciszona;
- wycieraczki szyb (z przodu i z tyłu) ze spryskiwaczami;
- roleta przeciwsłoneczna;
- lusterka zewnętrzne;
- fotel operatora – amortyzowany, regulowany.

7. Osłona podwozia:

- wymagana zabudowa osłonowa podwozia;
- prześwit 600 – 800 mm.

8. Lemiesz:

- minimalna szerokość 3450 mm;
- minimalna wysokość 1500 mm;
- wyposażony w okratowaną nadstawkę i osłony boczne, prześwit minimalny 600 mm, maksymalny 900 mm.

9. Oświetlenie:

- robocze światło do pracy nocą z tyłu i przodu pojazdu;
- lampa ostrzegawcza (kogut).

10. Inne:

- centralny układ smarowania;

- instalacja rozruchu na zimno;
- wyłącznik główny prądu;
- zbiornik paliwa o pojemności min. 300 l zamykany na klucz;
- wskaźniki zużycia oleju hydraulicznego i poziomu paliwa;
- licznik godzin pracy;
- sygnał dźwiękowy przy jeździe tyłem;
- klakson pneumatyczny lub elektropneumatyczny;
- zaczep holowniczy z przodu i z tyłu pojazdu;
- podstawowy zestaw narzędzi;
- gaśnica;
- megafon zamontowany na dachu pojazdu do przekazywania informacji słownych;
- radioodtwarzacz CD.

Następnie Izba ustaliła, iż na str. 41 – 43 SIWZ znajduje się załącznik zatytułowany „Załącznik do formularza oferty dla Części V” dla samochodu dostawczego z żurawiem, który zawiera dwie kolumny zatytułowane „Parametry wymagane” oraz „Parametry oferowane”. W kolumnie zawierającej parametry wymagane Zamawiający wskazał:

#### 1. Parametry techniczne:

- fabrycznie nowy, rok produkcji 2011 lub 2012;
- dopuszczalna masa całkowita pojazdu do 3,5 T;
- silnik o mocy min. 120 KM;
- zawieszenie tylne – resor piórowy;
- koła tylne bliźniacze;
- system antyblokujący ABS;
- wspomaganie kierownicy;
- kabina krótka, ilość miejsc: kierowca + min. 2 pasażerów;
- klimatyzacja;
- elektrycznie sterowane szyby kierowcy i pasażera;
- lampa ostrzegawcze o kolorze pomarańczowym (typu kogut) zamontowane w górnej części kabiny;
- dodatkowe światło robocze do obsługi żurawia zamontowane na kabinie;
- oświetlenie zewnętrzne zgodnie z przepisami ruchu drogowego;
- akustyczny ostrzegawczy sygnał cofania;
- radioodtwarzacz CD;

#### 2. Wyposażenie , osprzęt:

##### 2.1. Żuraw:

- fabrycznie nowy, rok produkcji 2011 lub 2012;
- montowany pomiędzy kabiną, a częścią załadunkową;

- udźwig maksymalny min. 1500 kg;

- wysięg maksymalny min. 4,5 m;

#### 2.1.1. wysięg/min. udźwig:

- 1,5 m – 1500 kg;

- 4,5 m – 500 kg;

- sterowanie po stronie kierowcy z zewnątrz pojazdu;

- żuraw powinien umożliwiać opróżnienie pojemników przeznaczonych do selektywnej zbiórki odpadów (dzwony) – funkcja otwierania pojemnika.

### 3. Zabudowa wywrotki:

#### 3.1. Wymiary wewnętrzne skrzyni załadunkowej:

- długość: min. 3 m;

- szerokość: min. 2 m;

- wysokość burty: 0,4 m;

- burty boczne aluminiowe, otwierane w osi dolnej;

- nadstawki na burty aluminiowe pełne wysokości 0,4 m (łatwy demontaż);

- nadstawki siatkowe (otwory 50/50 mm) wysokości 1,1 m na burty podstawowe (łatwy demontaż);

- nadstawka stelaż + plandeka wysokości 1,8 m na burty podstawowe (łatwy demontaż);

- podłoga wykonana z blachy stalowej;

- sterowany z kabiny wywrot trójstronny.

### 4. Dokumentacja:

- instrukcja obsługi;

- katalog części zamiennych;

- dokumentacja do rejestracji w UDT;

- umożliwiająca rejestrację pojazdu do użytkowania w ruchu miejskim.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż wykonawca Anna Kosteczko w złożonej ofercie na str. 7 – 9 zamieścił załącznik do formularza oferty dla części V zawierając w kolumnie „parametry oferowane” następujące zapisy (ujęte dla rozróżnienia w nawiasie):

#### 1. Parametry techniczne:

- fabrycznie nowy, rok produkcji 2011 lub 2012 (Tak 2012);

- dopuszczalna masa całkowita pojazdu do 3,5 T (Tak);

- silnik o mocy min. 120 KM (Tak 120 kM);

- zawieszenie tylne – resor piórowy (Tak);

- koła tylne bliźniacze (Tak);

- system antyblokujący ABS (Tak);

- wspomaganie kierownicy (Tak);

- kabina krótka, ilość miejsc: kierowca + min. 2 pasażerów (kierowca + 2 osoby);
- klimatyzacja (Tak);
- elektrycznie sterowane szyby kierowcy i pasażera (Tak);
- lampa ostrzegawcze o kolorze pomarańczowym (typu kogut) zamontowane w górnej części kabiny (Tak 2 szt.);
- dodatkowe światło robocze do obsługi żurawia zamontowane na kabinie (Tak);
- oświetlenie zewnętrzne zgodnie z przepisami ruchu drogowego (Tak);
- akustyczny ostrzegawczy sygnał cofania (Tak);
- radioodtwarzacz CD (Tak);

## 2. Wyposażenie , osprzęt:

### 2.1. Żuraw:

- fabrycznie nowy, rok produkcji 2011 lub 2012 (Tak 2011);
- montowany pomiędzy kabiną, a częścią załadunkową (Tak);
- udźwig maksymalny min. 1500 kg (3,5 t/m);
- wysięg maksymalny min. 4,5 m (7,8 m);

#### 2.1.1. wysięg/min. udźwig:

- 1,5 m – 1500 kg (1,5 m – 1500 kg);
- 4,5 m – 500 kg (4,8 m – 620 kg);
- sterowanie po stronie kierowcy z zewnątrz pojazdu (sterowanie z dwóch stron);
- żuraw powinien umożliwiać opróżnienie pojemników przeznaczonych do selektywnej zbiórki odpadów (dzwony) – funkcja otwierania pojemnika (Tak).

## 3. Zabudowa wywrotki:

### 3.1. Wymiary wewnętrzne skrzyni załadunkowej:

- długość: min. 3 m (3m);
- szerokość: min. 2 m (2m);
- wysokość burty: 0,4 m (0,4m);
- burty boczne aluminiowe, otwierane w osi dolnej (Tak);
- nadstawki na burty aluminiowe pełne wysokości 0,4 m (łatwy demontaż) (Tak);
- nadstawki siatkowe (otwory 50/50 mm) wysokości 1,1 m na burty podstawowe (łatwy demontaż) (Tak);
- nadstawka stelaż + plandeka wysokości 1,8 m na burty podstawowe (łatwy demontaż) (Tak);
- podłoga wykonana z blachy stalowej (Tak);
- sterowany z kabiny wywrot trójstronny (Tak).

## 4. Dokumentacja:

- instrukcja obsługi (Tak);
- katalog części zamiennych (Tak);
- dokumentacja do rejestracji w UDT (Tak);

- umożliwiającą rejestrację pojazdu do użytkowania w ruchu miejskim (Tak).

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż wykonawca Fayat Bomag Polska Spółka z o.o. w złożonej ofercie na str. 32 – 35 zamieścił załącznik do formularza oferty dla części III zawierając w kolumnie „parametry oferowane” następujące zapisy (ujęte dla rozróżnienia w nawiasie):

1. Parametry techniczne:

- fabrycznie nowy, rok produkcji 2011 lub 2012 (2012);
- masa eksploatacyjna – minimum 32,0 Mg (32,1).

2. Układ jezdny:

- kołowy lub walcowy, koła/walce wyposażone w wymienne nakładki zębów i zagarniacze odpadów (kołowy, koła wyposażone w wymienne zakładki zębów i zgarniacze odpadów).

3. Napęd:

- silnik spalinowy, wysokoprężny, o mocy min 250 kW (silnik wysokoprężny, spalinowy o mocy 330,0 kW);
- hydrostatyczny, niezależny na 4 koła (walce), blokada dyferencjału (hydrostatyczny, niezależny na 4 koła, blokada dyferencjału);
- rodzaj paliwa ON (TAK).

4. Układ kierowniczy:

- hydrauliczny (TAK).

5. Układ hamulcowy:

- tarczowy lub hydrostatyczny (TAK).

6. Kabina operatora:

- wyposażona w klimatyzację i ogrzewanie postojowe (TAK);
- wyposażona w filtr antyodorowy (TAK);
- wyciszona (TAK);
- wycieraczki szyb (z przodu i z tyłu) ze spryskiwaczami (TAK);
- roleta przeciwsłoneczna (TAK);
- lusterka zewnętrzne (TAK);
- fotel operatora – amortyzowany, regulowany (TAK).

7. Osłona podwozia:

- wymagana zabudowa osłonowa podwozia (TAK);
- prześwit 600 – 800 mm (600 mm).

8. Lemiesz:

- minimalna szerokość 3450 mm (3800 mm);
- minimalna wysokość 1500 mm (1950 mm);



- wyposażony w okratowaną nadstawkę i osłony boczne, prześwit minimalny 600 mm, maksymalny 900 mm (TAK).

#### 9. Oświetlenie:

- robocze światło do pracy nocą z tyłu i przodu pojazdu (TAK);
- lampa ostrzegawcza (kogut) (TAK).

#### 10. Inne:

- centralny układ smarowania (TAK);
- instalacja rozruchu na zimno (TAK);
- wyłącznik główny prądu (TAK);
- zbiornik paliwa o pojemności min. 300 l zamykany na klucz (TAK 500 l);
- wskaźniki zużycia oleju hydraulicznego i poziomu paliwa (TAK);
- licznik godzin pracy (TAK);
- sygnał dźwiękowy przy jeździe tyłem (TAK);
- klakson pneumatyczny lub elektropneumatyczny (TAK);
- zaczep holowniczy z przodu i z tyłu pojazdu (TAK);
- podstawowy zestaw narzędzi (TAK);
- gaśnica (TAK);
- megafon zamontowany na dachu pojazdu do przekazywania informacji słownych (TAK);
- radioodtwarzacz CD (TAK).

Ponadto Izba ustaliła, iż wykonawca Fayat Bomag Polska Spółka z o.o. w złożonej ofercie na str. 25 wskazał typ i rodzaj oferowanego kompaktora (BC-672 RB-2), zaś na str. 29-31 zamieszczona została dokumentacja techniczna kompaktora, gdzie na str. 30 zostało m.in. wskazane, że oferowane urządzenie jest wyposażone w układy hamulcowe: hamulec roboczy – hydrostatyczny, hamulec postojowy – mechaniczny oraz hamulec awaryjny – hydromechaniczny.

W ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający w dniu 15.03.2012 r. zamieścił na stronie internetowej informację rozstrzygnięcia postępowania, wskazując oferty odrzucone oraz wybrane jako najkorzystniejsze dla poszczególnych części zamówienia.

W odniesieniu do części III zamówienia wskazał, że odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ofertę wykonawcy Fayat Bomag Polska Spółka z o.o. W uzasadnieniu podniósł, że wymagał przedstawienia parametrów oferowanego sprzętu wg załącznika i wskazał na zapis zawarty w wzorcu formularza oferty (str. 25 SIWZ), zaś wykonawca nie zastosował się do instrukcji zawartej w formularzu ofertowym i prawą kolumnę załącznika wypełnił poprzez wpisanie słowa „TAK”. W ocenie Zamawiającego ten stan powoduje, że nie sposób dokonać oceny oferty gdyż nie można bowiem uznać, że słowo „tak” jest parametrem oferowanego urządzenia. Następnie Zamawiający wskazał, że w jego ocenie nie ma podstaw,

wobec przytoczonego wyżej zapisu, do uznania, że użyte w załączniku do formularza oferty dla części III słowo „tak” stanowi potwierdzenie, że oferowane urządzenie spełnia wymogi siwz, gdyż w kolumnie parametry wymagane zostały podane min alternatywnie dane dot. roku produkcji, dane do minimalnych parametrów technicznych itp. czyniąc to domniemywałby on treść oferty – co jest niedozwolone. Wskazał również, że nie znalazł podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż skutkiem tego byłoby prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty – co jest niedopuszczalne. Poinformował również, iż w ramach części III za najkorzystniejszą ofertę uznała ofertę wykonawcy Tamtron S.A.

W zakresie części V poinformował, iż za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy HEWEA Centrum Techniki Cargo Spółka z o.o., zaś oferta wykonawcy Anna Kosteczko została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazane przez Zamawiającego uzasadnienie powyższej czynności było tożsame jak uzasadnienie odrzucenia oferty Fayat Bomag Polska Spółka z o.o. w zakresie części III.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

W odniesieniu do przesłanki faktycznej odrzucenia ofert odwołujących się wykonawców Izba wskazuje, iż nie ulega wątpliwości, iż każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest elementem merytorycznej treści oferty i stanowi *essentialia negotii* przyszłej umowy.

W ramach niniejszego postępowania sposób wykazania tej okoliczności został sprowadzony do oświadczeń własnych wykonawcy na formularzu, którego wzór został określony w SIWZ. Oświadczenia takie są bowiem pełnoprawnym i dopuszczonym w ustawie sposobem wyrażania woli realizacji zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Jak wynika z treści § 5 ust. 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) poprzez użycie zwrotu „w szczególności” katalog wskazany w tym przepisie jest katalogiem otwartym. Zatem za dokumenty składane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego, mogą być uznane również oświadczenia własne wykonawcy. W niniejszym postępowaniu zatem Zamawiający ocenę zgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ winien ocenić w oparciu załącznik do formularza oferty, który dla każdej z części określał w formie tabeli parametry wymagane oraz parametry oferowane.

Zamawiający w piśmie z dnia 15.03.2012 r. zatytułowanym „ogłoszenie o wyniku postępowania z dnia 15.03.2012 r.” wskazał dla części III w odniesieniu do wykonawcy Fayat

Bomag Polska Spółka z o.o. oraz w zakresie części V dla wykonawcy Anna Kosteczko, że oferty te nie spełniają wymogów SIWZ ze względu na wpisanie słowa „tak” w prawej kolumnie wbrew wymaganiom zawartym we wzorze formularza ofertowego. Zamawiający wskazał jednocześnie, że: „W ocenie Zamawiającego nie ma on podstaw, wobec przytoczonego wyżej zapisu, do uznania, że użyte w załączniku do formularza oferty (...) słowo „tak” stanowi potwierdzenie, że oferowane urządzenie spełnia wymogi SIWZ, gdyż w kolumnie parametry wymagane były podane min alternatywnie dane dot. roku produkcji, dane do minimalnych parametrów technicznych itp. Czyniąc to domniemywałby on treść oferty – co jest niedozwolone”.

Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu w pełni podzieliła stanowisko obu odwołujących się wykonawców. Należy bowiem wskazać, iż wymóg zawarty w formularzu oferty, odnoszący się do sposobu wypełnienia załącznika w kolumnie „parametry oferowane”, jest wymogiem formalnym. Nie wskazuje on jednoznacznie na sposób potwierdzenia spełnienia przez oferowane urządzenia wymaganych parametrów, w szczególności nie wskazuje, iż za prawidłowe ich potwierdzenie zostanie uznane jedynie przeniesienie zapisów z lewej kolumny zatytułowanej „parametry wymagane” do kolumny zatytułowanej „parametry oferowane”. Zawarty w części II SIWZ na str. 25 zapis formularza oferty sankcję w postaci odrzucenia oferty wiąże jedynie z niewypełnieniem lub pominięciem którejkolwiek pozycji. Izba wskazuje ponadto, iż podzieliła pogląd Odwołującego – Anna Kosteczko, iż wymagane przez Zamawiającego parametry należy podzielić na dwie grupy, tj. takie, których skonkretyzowanie ze strony wykonawcy było możliwe i takie, które wykonawca winien potwierdzić bez możliwości ich konkretyzacji. Wbrew stanowisku Zamawiającego, że brak jest takiego podziału w SIWZ Izba wskazuje, iż o powyższym nie decyduje dokonanie takiego podziału w SIWZ lecz charakter i istota parametrów. Poszczególne parametry zdefiniowane jako wartości „zerojedynkowe” nie umożliwiały jakiegokolwiek ich doprecyzowania, zatem potwierdzenie ich spełnienia opierało się na zasadzie spełnia/nie spełnia. Pozostałe parametry, które stanowiły wartości graniczne poprzedzone zwrotami min. lub określające dopuszczalny przedział wartości, jak również parametry obejmujące alternatywę wymagały konkretyzacji w kolumnie zatytułowanej „parametry oferowane”. Zatem za w pełni uzasadnione należy uznać prezentowane jednolite stanowisko odwołujących się wykonawców, iż w odniesieniu do parametrów z pierwszej grupy za wystarczające należy uznać ich potwierdzenie, w tym przez wpisanie słowa „tak” w prawej kolumnie załącznika do formularza oferty. Taki sposób potwierdzenia spełnienia parametrów jest powszechnie praktykowany, jest zgodny z zasadami semantyki i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych. W odniesieniu do pozostałych parametrów, tj. tych wymagających konkretyzacji, zarówno w ofercie Anny Kosteczko, jak również w ofercie Fayata Bomag

Polska Spółka z o.o., zostały wskazane oferowane wartości lub skonkretyzowane zapisy dla oferowanych parametrów.

Tym samym Izba uznała, iż wypełnienie załącznika do formularza ofertowego przez wpisanie w kolumnie zatytułowanej „parametry oferowane” słowa „tak” dla parametrów, które nie wymagały konkretyzacji nie stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Oferta składana w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak każde oświadczenie woli może być przedmiotem wykładni. Biorąc pod uwagę reguły wykładni oświadczeń woli, uregulowane w art. 65 § 1 ustawy Kodeks cywilny, należy wskazać, iż okoliczności oraz sposób złożenia oświadczenia przemawiają za uznaniem, iż wolą odwołujących się wykonawców było zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami Zamawiającego. Na powyższe wskazuje jednoznacznie treść ich oferty, zaś jakiegokolwiek wątpliwości mogą być usunięte przez Zamawiającego przy zastosowaniu wykładni językowej.

Izba wskazuje ponadto, iż podstawą faktyczną czynności odrzucenia ofert odwołujących się wykonawców Zamawiający uczynił sposób wypełnienia załącznika do formularza ofertowego nie wskazując w uzasadnieniu czynności, o której to poinformował wykonawców na stronie internetowej dnia 15.03.2012 r., które zapisy kolumny zatytułowanej „parametry oferowane” stoją w sprzeczności z wymaganiami wskazanymi w kolumnie lewej załącznika do formularza ofertowego. Dopiero w toku rozprawy wskazał na poszczególne elementy oświadczeń wykonawców, które jego zdaniem, nie potwierdzają spełnienia przez oferowane urządzenia poszczególnych parametrów. Izba wskazuje, iż brak jest podstaw do uznania, iż w złożonych przez wykonawców oświadczeniach znajdują się elementy pozwalające uznać, że ich zamiarem było zaoferowanie urządzeń o parametrach odmiennych od wymaganych. Same wątpliwości Zamawiającego nie mogą stanowić przesłanki do odrzucenia oferty, lecz winny skutkować wezwaniem wykonawców do złożenia wyjaśnień.

W odniesieniu do argumentu podniesionego przez Zamawiającego w toku rozprawy dotyczącego braku wskazania w załączniku do formularza ofertowego w ofercie Fayat Bomag Polska Spółka z o.o., czy oferowany kompaktor jest fabrycznie nowy Zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia w tym zakresie wyjaśnień lub zastosować instytucję uregulowaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Choć w ocenie Izby wskazanie, jako roku produkcji kompaktora roku 2012 przy założonym terminie dostawy do 15.05.2012 r., potwierdza powyższy wymóg i czyni go jednoznacznym Zamawiający posiada prawne instrumenty mogące wyjaśnić tą pozorną wątpliwość. Jednakże Izba wskazuje na marginesie, w kontekście podniesionej przez Zamawiającego w toku rozprawy argumentacji, iż brak zawarcia takiego zapisu w ofercie wykonawcy Tamtron S.A. nie stanowił przeszkody

do uznania jej za zgodną z treścią SIWZ. Działanie takie nie stanowi realizacji zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, lecz stanowi jej naruszenie, który to zarzut podniósł w treści odwołania wykonawca Anna Kosteczko.

W odniesieniu do wymogu odnoszącego się do alternatywnego wymogu dla układu hamulcowego (tarczowy lub hydrostatyczny) Izba uznała za przekonujące wyjaśnienia złożone przez Odwołującego (Fayat Bomag Polska Spółka z o.o.) w toku rozprawy. Tym samym samo wpisanie przez Odwołującego słowa „tak” należy rozumieć w ten sposób, iż zaoferowany kompaktor posiada układy hamulcowe obu typów. Powyższe potwierdzają ponadto dołączone do oferty dokumenty w postaci specyfikacji technicznej oferowanego kompaktora. Na str. 30 oferty znajduje się tabela przedstawiająca parametry techniczne, w której zostało wskazane, że kompaktor wyposażony jest w trzy układy hamulcowe: hamulec roboczy (hydrostatyczny), hamulec postojowy (mechaniczny) oraz hamulec awaryjny (hydromechaniczny). W ocenie Izby nawet jeżeli dokumenty te nie były wymagane przez Zamawiającego to fakt ich złożenia winien zostać uwzględniony przez Zamawiającego w ramach wykładni oświadczenia złożonego w załączniku do formularza ofertowego w zakresie układu hamulcowego lub stanowić ewentualnie podstawę do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

W zakresie oferty złożonej przez Odwołującego – Fayat Bomag Polska Spółka z o.o. Izba w sposobie wypełnienia załącznika do formularza ofertowego dla części III oraz w jego treści nie dopatrzyła się elementów przesądzających, iż oferta ww. wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ i tym samym winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ewentualne wątpliwości mogą zostać usunięte przez Zamawiającego w procesie wykładni oświadczeń lub przy zastosowaniu instytucji wyjaśnienia treści oferty.

W zakresie oferty złożonej przez wykonawcę Anna Kosteczko Zamawiający w piśmie z dnia 15.03.2012 r. nie podniósł powodu uznania niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ. W toku rozprawy wskazał jedynie, iż wykonawca nie potwierdził wymogu krótkiej kabiny oferowanego samochodu dostawczego z żurawiem. W tym jednak przypadku Zamawiający winien zastosować instytucję uregulowaną w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącą zarzut w odwołaniu wykonawcy Anna Kosteczko lub alternatywnie zastosować instytucję uregulowaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Należy bowiem wskazać, iż instytucja odrzucenia oferty winna być stosowana po wyczerpaniu przez zamawiającego wszystkich prawnie dopuszczalnych instytucji mających na celu sanowanie oferty złożonej przez wykonawcę. Wszakże sam przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

W ocenie Izby argumentacja Zamawiającego odnosząca się do zastosowania przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oparta została na formalnych wymaganiach

zawartych w SIWZ nie odnoszących się do merytorycznej treści oferty, lecz do sposobu jej wyrażenia w ofercie. Tym samym Izba uznała, iż brak było podstaw do odrzucenia ofert odwołujących się wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

## **KIO 584/12**

II. W odniesieniu do wskazanego w odwołaniu wykonawcy Anna Kosteczko zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ustawy Pzp Izba uznała, iż zasługują one na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W oparciu o dokumentację postępowania oraz oświadczenia złożone przez Zamawiającego w toku rozprawy Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania nie doszło do wyjaśnienia treści oferty, jak również uzupełnienia dokumentów w zakresie zaofferowanego przedmiotu zamówienia w odniesieniu do wykonawcy Anna Kosteczko.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż wykonawca w celu potwierdzenia, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, może przedkładać w ofercie własne oświadczenia (zestawienia parametrów technicznych, harmonogramy rzeczowo – finansowe, kosztorysy, plany, koncepcje, projekty itp.) oraz dokumenty własne lub wystawione przez podmioty trzecie (aprobaty techniczne, deklaracje zgodności, certyfikaty, specyfikacje techniczne, katalogi, foldery, itp.). Powyższe przykładowe pozycje nie stanowią jednak katalogu zamkniętego, gdyż zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) zamawiający może żądać w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego określonych dokumentów i oświadczeń. Jednakże powyższy przepis, na skutek poprzedzenia zawartego w jego treści wykazu zwrotem „w szczególności” wskazuje, iż wykaz ten ma jedynie charakter przykładowy, tj. nie stanowi on katalogu zamkniętego.

Jak zostało wskazane w części uzasadnienia odnoszącej się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający, w ramach przedmiotowego postępowania, w

celu ustalenia, że oferowany przez wykonawców zakres przedmiotowy odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ wymagał jedynie złożenia oświadczenia przez wykonawcę zgodnego ze wzorem stanowiącym załącznik do formularza ofertowego. Jak wskazał w toku rozprawy nie wymagał żadnych innych dokumentów, zaś specyfikacje techniczne złożone w ofertach poszczególnych wykonawców zostały dołączone do ofert samoistnie.

Ze względu na istniejące pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym rozbieżności interpretacyjne dotyczące roli oraz możliwości uzupełnienia dokumentów przedmiotowych, tj. oświadczeń oraz dokumentów przedkładanych wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego należy wskazać na istotę i znaczenie tych dokumentów.

Po pierwsze zasadniczy wpływ na możliwość uznania i przyjęcia, iż mamy do czynienia z dokumentem lub oświadczeniem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp decyduje rola jaką ten dokument pełni w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O powyższym decyduje każdorazowo rola jaka została nadana tego rodzaju dokumentom i oświadczeniom przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu bądź SIWZ.

Powyższe dokumenty i oświadczenia mogą zostać sporządzone przez samego wykonawcę i mogą obejmować przykładowo dokumentację techniczną lub wszelkiego rodzaju oświadczenia, do których zaliczyć można m.in. deklaracje zgodności. W drugiej grupie mogą zostać zawarte dokumenty sporządzone przez podmioty trzecie (np. jednostki certyfikujące wystawiające certyfikaty jakości, wytwórców wyrobów wystawiających deklaracje zgodności bądź podmioty wystawiające aprobaty techniczne). Tym samym, ze względu na wskazane powyżej przykłady, dla określenia, czy mamy do czynienia z dokumentem wskazanym w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie ma znaczenia fakt, jaki podmiot jest ich wystawcą, jak również nie ma znaczenia rodzaj tego dokumentu lub jego forma. Jak wynika z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp każde oświadczenie bądź dokument składane przez wykonawców na potwierdzenie, że oferowane przez nich dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego może być przedmiotem wezwania na podstawie powyższego przepisu. I choć wyżej wskazane dokumenty nie stanowią treści oferty *sensu stricto* to potwierdzają one w sposób pośredni, iż treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ. Dokumenty te pozwalają ocenić, iż oferowana przez wykonawcę dostawa, usługa lub robota budowlana jako taka spełnia oczekiwania zamawiającego.

W przypadku oparcia się zamawiającego, w zakresie odnoszącym się do zakresu przedmiotowego świadczenia, jedynie na oświadczeniach własnych wykonawcy dochodzi do przemieszania (nałożenia pojęciowego) dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z merytoryczną treścią oferty (oświadczeniem woli wykonawcy).

W ramach ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, iż załącznik do formularza oferty zawierający parametry wymagane i oferowane dla każdej części zamówienia, stanowi potwierdzenie, że oferowane przez wykonawcę urządzenia (dostawy) odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, a zatem jest on dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym Izba w odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego, iż brak byłoby podstawy prawnej wezwania do jego uzupełnienia, wskazuje, że dokument ten objęty jest obowiązkiem wezwania zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie należy wskazać, iż dokument ten, stanowiąc oświadczenie własne wykonawcy i konkretyzując zaoferowany przedmiot przyszłego świadczenia stanowi merytoryczną treść oferty, gdyż jest to jedyny element oświadczenia woli wykonawcy odnoszący się do parametrów przedmiotu świadczenia.

Powyższe przemieszanie pojęciowe merytorycznej treści oferty, stanowiącej oświadczenie woli wykonawcy, z dokumentami o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest skutkiem dopuszczenia przez ustawodawcę możliwości złożenia na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego także własnych oświadczeń wykonawcy składającego ofertę. Wskutek powyższego mamy do czynienia z dualistycznym charakterem takich dokumentów, tj. dokumentami stanowiącymi oświadczenia własne wykonawcy składane celem potwierdzenia, iż zaoferowany przedmiot świadczenia (przedmiot przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego) spełnia wymagania zamawiającego. W ramach przedmiotowego postępowania stan ten jest wynikiem ograniczenia całokształtu oferty w zakresie odnoszącym się do przedmiotu zamówienia do jednego dokumentu – załącznika do formularza ofertowego.

Tym samym w ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający w sposób alternatywny mógł wezwać wykonawcę do uzupełnienia załącznika do formularza ofertowego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp lub wezwać do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak również art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.



Jeżeli bowiem ustawodawca dopuszcza na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnienie oferty, w przypadku gdy zawarte w niej dokumenty (w tym oświadczenia) nie potwierdzają, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego to brak jest podstaw do uznania, iż jeżeli w danym postępowaniu zamawiający ograniczył potwierdzenie tego faktu do oświadczenia własnego wykonawcy, stanowiącego jednocześnie treść merytoryczną oferty, wyłącza to zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zatem podniesienie przez tego wykonawcę jednocześnie zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ustawy Pzp było zasadne i zaniechanie ich zastosowania Izba uznała za potwierdzone.

W ocenie Izby bowiem wyjaśnienia może wymagać, podniesiona w toku rozprawy przez Zamawiającego, m.in. kwestia związana z krótką kabiną, do którego to wymogu brak jest odniesienia w załączniku do formularza oferty.

Na marginesie należy wskazać, iż jeżeli Zamawiający uzna za stosowne wyjaśnienie elementów załącznika do formularza ofertowego lub jego uzupełnienia winien mieć na względzie normę prawną wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i zastosować powyższą czynność w odniesieniu do wszystkich wykonawców znajdujących się w identycznej sytuacji faktycznej i prawnej.

**III.** Izba wskazuje, w odniesieniu do wskazanego w odwołaniu wykonawcy Anna Kosteczko zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, że uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powoduje, iż doszło do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. W ocenie Izby każdorazowo nadużycie instytucji odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania przesądza o nierównym traktowaniu wykonawców w postępowanie, gdyż pozbawiona podstaw faktycznych i prawnych czynność Zamawiającego w odniesieniu do któregośkolwiek z wykonawców różnicuje ich sytuację w postępowaniu w sposób nie znajdujący oparcia w przepisach ustawy Pzp.

Oznacza to, iż Zamawiający zróżnicował sytuację wykonawców w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

**IV.** Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała również, iż w ramach przedmiotowego postępowania doszło do naruszenia, wskazanych w ramach odwołania o sygn. akt KIO 584/12 przepisów art. 91 oraz 92 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż na skutek bezprawnej czynności odrzucenia oferty wykonawcy Anna Kosteczko nie doszło do jej oceny w oparciu o kryteria oceny ofert, jak również za wadliwą,

na tym etapie postępowania, należy uznać czynność wyboru jako najkorzystniejszej w ramach części V oferty złożonej przez wykonawcę HEWEA Centrum Techniki Cargo Spółka z o.o.

Izba uznała również, iż doszło do naruszenia przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania art. 92 ustawy Pzp. Pomimo oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu tego zarzutu i przesłaniu wykonawcom informacji o wynikach postępowania po złożeniu odwołania, przy uwzględnieniu stanowiska Odwołującego, że podtrzymuje ten zarzut Izba wskazuje, iż brak jest podstaw do odstąpienia do jego rozpoznania. Konwalidacja czynności Zamawiającego w tym zakresie mogłaby mieć, przy braku cofnięcia tego zarzutu przez Odwołującego, ewentualne znaczenie w kontekście normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby działania Zamawiającego w odniesieniu do przedmiotowego zarzutu ocenić należy jako jego przyznanie. Nie budząc wątpliwości okolicznością jest bowiem fakt, iż Zamawiający w dniu 15.03.2012 r. zaniechał poinformowania wykonawców o dokonanych czynnościach w sposób wskazany w części I SIWZ w pkt 10.1, w którym wskazano, iż strony w toku postępowania porozumiewają się na piśmie, zaś zgodnie z pkt 10.2. oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz inne informacje przekazane za pomocą telefaksu lub drogą elektroniczną uważać się będzie za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona na piśmie. Biorąc pod uwagę powyższe zamieszczenie na stronie internetowej Zamawiającego informacji o podjętych przez niego czynnościach należy uznać jako brak wypełnienia obowiązku zawiadomienia wykonawców, o którym mowa w art. 92 ustawy Pzp.

## **KIO 594/12**

V. W odniesieniu do podniesionego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 594/12 zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty wykonawcy Tamtron S.A. Izba uznała, iż zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający pierwotnie w SIWZ w odniesieniu do kompaktora (część III) w załączniku do formularza ofertowego w odniesieniu do parametru zatytułowanego „osłona podwozia” wskazał, iż wymagana jest zabudowa osłonowa podwozia, zaś prześwit określił wartością: „prześwit 600 – 800 mm”.

Następnie Izba ustaliła, iż wykonawca Tamtron S.A. w dniu 30.12.2011 r. skierował do Zamawiającego wniosek o udzielenie odpowiedzi na następujące pytania dotyczące prześwitu kompaktowa:

- Proszę o wyjaśnienie dot. wielkości prześwitu tzn: Czy Zamawiający rozumie przez podaną wielkość prześwitu minimalną wysokość prześwitu powyżej 600mm?

- Czy zamawiający dopuszcza dostawę kompaktora o prześwicie większym niż 800mm? Uzasadniamy, iż wyższy prześwit dla maszyny jest praktyczniejszy z punktu widzenia lepszej ochrony elementów urządzenia narażonych na znaczne zabrudzenia i uszkodzenia.

W odpowiedzi na powyższe pytania Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi:

- Przez minimalną wielkość prześwitu zamawiający rozumie odległość pomiędzy poziomem jezdni a najniżej (oprócz kół) położonymi elementami podwozia pojazdu (np. osłon podwozia). Wielkość prześwitu powinna wynosić minimalnie 600 mm.

- Zamawiający dopuszcza kompaktory o prześwicie większym niż 800 mm, ale nie większym niż 900 mm.

Izba ustaliła ponadto, iż w dniu 24.01.2012 r. wykonawca Fayat Bomag Polska Spółka z o.o. w odniesieniu do części III (kompaktom) wniósł o odpowiedź na następujące pytanie:

- Czy Zamawiający dopuszcza dostawę kompaktora o prześwicie, pomiędzy poziomem jezdni a elementami podwozia pojazdu (np. osłonami przekładni planetarnych przenoszących napęd na walce lub koła), mniejszym niż 600 mm (np. 200-300 mm)?

W odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający nie dopuszcza dostawy kompaktora o prześwicie mniejszym niż 600 mm”.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba wskazuje, iż istotą sporu pomiędzy Stronami jest kwestia związana ze spełnieniem przez zaoferowany przez wykonawcę Tamtron S.A. kompaktor wymogu dotyczącego minimalnego prześwitu. Zamawiający w odniesieniu do kompaktora (część III) w załączniku do formularza ofertowego w odniesieniu do parametru zatytułowanego „osłona podwozia” wskazał, iż wymagana jest zabudowa osłonowa podwozia, zaś prześwit określił wartością: „prześwit 600 – 800 mm”.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, wyrażonego w toku rozprawy, że nie stworzył on w SIWZ definicji prześwitu i sposobu jego pomiaru. Taka definicja została przez Zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na pytanie wykonawcy Tamtron S.A. Zamawiający wskazał bowiem pomiędzy jakimi elementami (poziomem jezdni a najniższymi elementami podwozia pojazdu, np. osłon podwozia) będzie ona mierzona.

W ocenie Izby niezależnie od sposobu zwyczajowego pomiaru prześwitu i jego definicji prezentowanej przez Strony istotne znaczenie dla zdefiniowania tego parametru i jego oceny ma wskazana powyżej odpowiedź Zamawiającego na pytanie wykonawcy Tamtron S.A. W odniesieniu do powyższej definicji ustalenia jedynie wymaga fakt, czy

wskazane przez Odwołującego na załączniku nr 11 do odwołania (zdjęcie elementu obudowy przekładni planetarnych i łożyskowania walca kompaktora Tana Gx320) stanowi element podwozia pojazdu, w tym jego osłony. Izba w tym miejscu wskazuje ponadto, iż Przystępujący w toku rozprawy potwierdził, iż zdjęcia przedstawione jako dowód przez Odwołującego prezentują oferowany kompaktor, zaś przedmiotem sporu jest jedynie sposób pomiaru prześwitu kompaktora. Przystępujący ponadto w zgłoszeniu przystąpienia wskazał, że: „Przytoczone przez odwołującego wykresy i wyniki odnoszą się do tego samego typu maszyny jaki został zaproponowany w ofercie, który spełnia wymagania zdaniem Zamawiającego”. Podniósł również, że w maszynach walcowych parametr prześwitu mierzy się w poprzek maszyny, zaś osłony przekładni planetarnych nie są elementem podwozia maszyny. Tym samym Przystępujący przyznał, iż zaofertowany kompaktor posiada rozwiązanie wskazane na rysunku stanowiącym dowód z dokumentu (załącznik nr 11 do odwołania), wskazując jedynie na rozbieżność w sposobie pomiaru prześwitu i definicji pojęcia podwozia pojazdu.

Powszechnie przyjęta w motoryzacji definicja podwozia wskazuje, iż jest to zespół elementów, które odpowiadają za przeniesienie napędu z silnika na układ jezdny (koła, walce, gaśienice) oraz na zachowanie pojazdu na drodze (zawieszenie, układ kierowniczy, układ hamulcowy). Tym samym w skład podwozia wchodzi następujące układy: kierowniczy, przeniesienia napędu, hamulcowy oraz zawieszenie. Tym samym, w ocenie Izby, wszystkie elementy układu napędowego, w tym osłony przekładni należy zaliczyć do elementów podwozia.

W ocenie Izby w pojazdach z walcowym układem jezdny to budowa i właściwości tego układu wymuszają wyniesienie elementów układu napędowego (podwozia) poza obrys pojazdu, i tym samym, przy uwzględnieniu definicji prześwitu i jego pomiaru określonej przez Zamawiającego, wymuszają pomiar tego prześwitu nie tylko w poprzek pojazdu, ale również wzdłuż pojazdu i to poza obrysem układu jezdny. Jak wyżej wskazano niewątpliwie elementy obudowy (osłon) przekładni planetarnych i łożyskowania walców stanowią element układu napędowego, który stanowi jednocześnie element podwozia pojazdu.

W odniesieniu do stanowiska Zamawiającego wyrażonego w toku rozprawy Izba wskazuje, iż w pytaniu zadany w dniu 24.01.2012 r. przez Odwołującego nie sposób doszukać się żadnych złych intencji. Izba wskazuje, iż Zamawiający jako profesjonalista winien być merytorycznie przygotowany do odpowiedzi na pytania odnoszące się do technicznych aspektów przedmiotu zamówienia, jak również znać możliwości rynku i oferowane na nim rozwiązania technologiczne.

W ocenie Izby wprowadzona przez Zamawiającego samoistnie, w ramach odpowiedzi na pytanie wykonawcy Tamtron S.A. z dnia 30.12.2011 r. definicja prześwitu i sposobu jego

pomiaru wymusiła, przy uwzględnieniu rozwiązań technicznych stosowanych w kompaktorach z walcowym układem jezdny, zadanie pytania precyzującego, które elementy układu napędowego należy zaliczyć do podwozia pojazdu. Izba zadanie powyższego pytania uznała za w pełni zasadne, uwzględniając stanowisko Odwołującego, iż jako producent maszyn budowlanych z walcowym układem jezdny uznał za stosowne wyjaśnienie tej kwestii celem skonstruowania poprawnej oferty. W ocenie Izby pytanie to wskazuje, iż Odwołujący do elementów podwozia pojazdu zaliczył przykładowo osłony przekładni planetarnych przenoszących napęd na walce lub koła. Odpowiedzi Zamawiającego na zadane pytanie nie sposób ocenić z pominięciem treści pytania, gdyż jego treść precyzowała, co wykonawca rozumie pod pojęciem „prześwit” i sposób jego pomiaru, zaś odpowiedź na pytanie odnosi się do zwrotu „prześwit”, który należy odnieść do jego znaczeniowego pojęcia wskazanego w pytaniu. Tym samym, jak wyjaśnił w toku rozprawy Odwołujący, odstąpił od zaoferowania kompaktora z walcowym układem jezdny i zaoferował kompaktor z układem kołowym.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż kompaktor zaoferowany przez Przystępującego nie spełnia wymagań w zakresie minimalnego prześwitu i tym samym wykazał, iż doszło do naruszenia przez Zamawiającego w zakresie części III art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania.

Izba uznała, iż brak jest podstawy do uznania, iż brak wskazania w ofercie konkretnego modelu kompaktora stanowi przesłankę do odrzucenia oferty Przystępującego. W odniesieniu do powyższej przesłanki faktycznej zarzutu Izba stwierdziła, iż w SIWZ brak było wymogu wskazania oferowanego urządzenia z nazwy oraz modelu.

Izba za nieudowodniony przez Odwołującego uznała również fakt, iż zaoferowany przez Przystępującego kompaktor nie spełnia również wymogu w zakresie maksymalnego prześwitu. O ile Izba za uzasadnione przyjęła stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego na rozprawie, iż brak jest technicznych możliwości wykonania kompaktora z walcowym układem jezdny i zachowaniem prześwitu dla osłon przekładni planetarnych i łożyskowania walca na poziomie 600 mm to za możliwe technicznie Izba uznała zmniejszenie prześwitu referencyjnego kompaktora Tana Gx320 z 910 mm do wymaganych 900 mm.

## **KIO 584/12**

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na

wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż uwzględnienie w odwołaniu o sygn. akt KIO 584/12 naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2; art. 7 ust. 1, art. 91, art. 87 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym w odniesieniu do części V zamówienia została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 584/12 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

#### **KIO 594/12**

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż uwzględnienie w odwołaniu o sygn. akt KIO 594/12 naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 na skutek jego nieuprawnionego zastosowania wobec oferty Odwołującego i zaniechania odrzucenia oferty Tamtron S.A. ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym w odniesieniu do części III zamówienia została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 594/12 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

**Przewodniczący:**

.....

