Sygn. akt: KIO 1375/13

WYROK

z dnia 21 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Famur S.A. w Katowicach** oraz **KAZ sp. z o.o. w Mikołowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „Carboautomatyka" S.A. w Tychach oraz Mifama sp. z o.o. w Mikołowie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową w Jastrzębiu-Zdroju**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „Carboautomatyka" S.A. w Tychach oraz Mifama sp. z o.o. w Mikołowie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczenia i certyfikatu badań sejsmicznych, o których mowa w pkt. 5.1. ppkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ oraz dokumentu niezależnej jednostki naukowo-badawczej, potwierdzającego przeciwwstrząsowe wykonanie rozdzielnicy, o którym mowa w pkt 5.2. ppkt 10 załącznika nr 1 do SIWZ, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,**

2. kosztami postępowania obciąża **Jastrzębską Spółkę Węglową w Jastrzębiu-Zdroju** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia **Famur S.A. w Katowicach oraz KAZ sp. z o.o. w Mikołowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Jastrzębskiej Spółki Węglowej w Jastrzębiu-Zdroju** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Famur S.A. w Katowicach oraz KAZ sp. z o.o. w Mikołowie** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

2.3. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **5.000 zł 00 gr** (słownie: pięciu tysięcy złotych) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Famur S.A. w Katowicach oraz KAZ sp. z o.o. w Mikołowie**, stanowiącej nadpłacony przez odwołującego wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1375/13

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa w Jastrzębiu-Zdroju prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „dostawa i zabudowa urządzeń stacji odwadniania węgla i ciągu transportowego zwałów węgla wraz z modernizacją rodzielń i instalacji elektrycznych dla KWK Borynia-Zofiówka-Jastrzębie Ruch Zofiówka". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lutego 2013 r., nr 2013/S 028-043795.

W dniu 29 maja 2013 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Famur S.A. w Katowicach oraz KAZ sp. z o.o. w Mikołowie, zwanym dalej „odwołującym", informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „Carboautomatyka" S.A. w Tychach oraz Mifama sp. z o.o. w Mikołowie, zwanych dalej „przystępującym".

Wobec:

1) czynności zamawiającego, polegającej na badaniu i oceny ofert,
2) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
3) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
4) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego,
5) zaniechania czynności wezwania przystępującego do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy i roboty budowlane wymagań określonych prze zamawiającego w postaci certyfikatu badań sejsmicznych obudowy rozdzielni

odwołujący wniósł w dniu 7 czerwca 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, jako sprzecznej z przepisami prawa, która to sprzeczność polega na tym, że niektóre z pozycji „zestawienia rzeczowo - finansowego" zostały przez przystępującego wycenione wg stawki 0,00 zł, co w istocie oznacza nieodpłatne zaoferowanie niektórych części przedmiotu zamówienia oraz, że oferta nie podaje ceny przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 2 pkt 1 oraz pkt 13 ustawy Pzp,

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego pomimo niespełnienia przez tę ofertę wymagań SIWZ w następującym zakresie:
   a. pkt XVI, pkt 2 i 3 oraz załącznik nr 3 do SIWZ - Zestawienie rzeczowo - finansowe - poprzez nie dokonanie wyceny wszystkich pozycji „Zestawienia rzeczowo - finansowego" pomimo wyraźnego wymogu zamawiającego w tym zakresie,
   b. pkt 2 lit. b załącznika nr 2 do SIWZ „oferta" poprzez złożenie deklaracji w sposób sprzeczny z wyraźnym brzmieniem SIWZ w tym zakresie,
   c pkt 5.1. ppkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ - specyfikacja techniczna - poprzez nie wykazanie, że zaoferowany przedmiot zamówienia w zakresie obudowy rozdzielni spełnia wymagania zamawiającego w zakresie określonym w ww. zapisie SIWZ;
3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów tj. art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach,
5) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy pomimo, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w pkt IX lit. B pkt 2 lit. a) w zw. z pkt IX lit. A pkt 3 SIWZ tj. dysponowania jedną osobą posiadającą uprawnienia do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych,
6) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tj. żądanego przez zamawiającego dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy i roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego w postaci certyfikatu badań sejsmicznych obudowy rozdzielni.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w „zestawieniu rzeczowo - finansowym" przystępujący w dwóch pozycjach jako cenę za poszczególne zadania wpisał wartość 0,00 zł. Dotyczyło to pozycji: A.IV.8 „Urządzenia dźwignicowe" i A.V.3. „Urządzenia dźwignicowe". W ocenie odwołującego powodowało to konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Wywiódł, że zgodnie z treścią art. 2 pkt 13 ustawy Pzp „zamówieniem publicznym jest umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane". Zatem zaoferowanie przedmiotu zamówienia lub poszczególnych samodzielnych zadań, które składają się na przedmiot zamówienia za cenę

0,00 zł należy uznać za darowiznę, a nie realizację zamówienia publicznego. Ponadto wywiódł, że postanowienia SIWZ wskazują na to, że wynagrodzenie wykonawcy zamówienia ma charakter kosztorysowy i rozliczenia z wykonawcą będą odbywać się za faktycznie wykonany zakres prac.

W ocenie odwołującego wycena w zestawieniu rzeczowo - finansowym tylko niektórych pozycji jest niezgodna z SIWZ. W pkt XVI pkt 3 Zamawiający zamieścił wymóg, aby w „Zestawieniu rzeczowo - finansowym" została wypełniona każda pozycja. Trudno uznać, że uczynienie zadość takiemu wymaganiu może polegać także na wypełnieniu poprzez wskazanie kwoty 0,00 zł, gdyż przy takiej interpretacji postawienie przez zamawiającego wskazanego wymogu byłoby całkowicie bezcelowe.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie pkt 2 lit. b załącznika nr 2 do SIWZ odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał, aby w formularzu oferty wykonawcy zobowiązali się, że wszystkie osoby uczestniczące w realizacji przedmiotowego zamówienia będą posiadały „aktualne badania lekarskie poszerzone o dodatkowe badania profilaktyczne obowiązujące pracowników Zamawiającego". Tymczasem w formularzu ofertowym złożonym przez przystępującego (pkt 2 lit. b na stronie 3 oferty) wskazano, że „osoby uczestniczące w realizacji przedmiotowego zamówienia będą posiadać aktualne badania lekarskie".

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt IX lit. B pkt 2 lit. a SIWZ, to jest dysponowania 1 osobą posiadającą uprawnienia do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych oraz posiadającą kwalifikacje osoby co najmniej średniego dozoru ruchu zgodnie z obowiązującymi przepisami. Podniósł, że zaproponowana przez przystępującego na ww. stanowisko osoba, to jest Pan M…… W……., nie posiada uprawnień do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie urządzeń cieplnych, wentylacyjnych i gazowych. Wskazał, że w tym wypadku zamawiający nie był uprawniony do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp a więc do wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów lub dokumentów zawierających błędy, gdyż w tym wypadku wykonawca złożył wymagany przez zamawiającego dokument i dokument ten nie jest w żadnym zakresie wadliwy - dotyczy to zarówno wykazu osób, o których mowa w pkt B.2. lit. a SIWZ jak również dokumentu potwierdzającego posiadanie wymaganych kwalifikacji.

Odwołujący podniósł także, że przystępujący nie złożył wraz z ofertą dokumentów, które miały potwierdzać, że zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego wskazane w:

a) w pkt 5.1. ppkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ. Zgodnie z treścią tego zapisu wykonawca miał obowiązek zaoferować obudowę rozdzielni o stopniu ochrony IP54 w wykonaniu szufladkowym przeciwwstrząsowym, co miało zostać potwierdzone certyfikatem badań sejsmicznych, który to certyfikat miał być dostarczony wraz z ofertą,
b) w pkt 5.2. ppkt 10 załącznika nr 1 do SIWZ. Zgodnie z treścią tego zapisu wykonawca miał obowiązek zaoferować rozdzielnicę w wykonaniu przeciwwstrząsowym, co miało zostać potwierdzone dokumentem niezależnej jednostki badawczo-naukowej, dołączonym do oferty.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty,
2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3) wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu oraz uznania jego oferty za odrzuconą, względnie odrzucenia oferty tego wykonawcy z przyczyn wskazanych w odwołaniu,
4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
5) zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „Carboautomatyka” S.A. w Tychach oraz Mifama sp. z o.o. w Mikołowie (przystępujący). Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, modyfikację SIWZ z 12 marca 2013 r., ofertę przystępującego, wezwanie

skierowane do przystępującego do złożenia wyjaśnień z 10 maja 2013 r., wyjaśnienia przystępującego z 16 maja 2013 r., zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, pismo procesowe złożone przez przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron i uczestnika postępowania oraz dokumenty złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą rozpoznawane przez Izbę odwołania przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 19 listopada 2012 r., poz. 1271), co nastąpiło 20 lutego 2013 r., do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W dalszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba stwierdziła ponadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba stwierdziła, że w świetle kryteriów oceny ofert oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu – za ofertą wybraną. Zarzucał on zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą względnie zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał czynności wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną jako najkorzystniejszą względnie zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu jej wykonania, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp..

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

1. **Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego jako sprzecznej z art. 2 pkt 1 oraz pkt 13 ustawy Pzp**
2. **Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego jako sprzecznej z postanowieniem pkt XVI pppkt 2 i 3 SIWZ, oraz załącznikiem nr 3 do SIWZ**
3. **Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia**
4. **Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów tj. art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Ze sformułowanego przez zamawiającego postanowienia pkt XVI SIWZ „opis sposobu obliczenia ceny" wynika m.in., co następuje:

1. *Cenę należy ustalić jako cenę (brutto) za realizację całego przedmiotu zamówienia i należy ująć w niej wszystkie koszty, których poniesienie niezbędne jest dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia (koszty robocizny, sprzętu, urządzeń, materiałów, podatek VAT, koszty ubezpieczenia i inne).*
2. *Cena podana w ofercie musi wynikać z „zestawienia rzeczowo-finansowego" i nie może być pomniejszona o ewentualny upust czy współczynniki zmniejszające. Wszystkie ceny powinny być podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.*
3. *Zestawienie rzeczowo-finansowe należy opracować poprzez wypełnienie każdej pozycji załącznika nr 3 do SIWZ. Wypełniony i podpisany druk „zestawienie rzeczowo-finansowe" należy dołączyć do oferty.*

We wzorze umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ w § 3 wskazano m.in. co następuje:

1. *Wynagrodzenie za wykonanie całego przedmiotu umowy, zgodnie z zestawieniem rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik do umowy, nie przekroczy niżej wymienionej wartości ….*
2. *W cenie podanej w ust. 1 zawarte są wszystkie koszty wykonawcy związane z wykonaniem zakresu określonego w § 1 ust. 2 umowy. Zamawiający zapłaci wykonawcy za faktycznie wykonany zakres robót.*
3. *Zamawiający dopuszcza fakturowanie częściowe wg poszczególnych pozycji zestawienia rzeczowo-finansowego.*

W złożonym wraz z ofertą „zestawieniu rzeczowo - finansowym" przystępujący w dwóch pozycjach jako cenę za poszczególne zadania wpisał wartość 0,00 zł. Dotyczyło to następujących pozycji: pozycja A.IV.8 „Urządzenia dźwignicowe" i pozycja A.V.3. „Urządzenia dźwignicowe".

Pismem z dnia 10 maja 2013 r. zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wartości netto dla m.in. pozycji A.IV.8 i A.V.3. Prosił o wyjaśnienie, czy wskazanie w ww. pozycjach wartości zero zł oznacza, że pozycji tych wykonawca nie będzie realizował czy też będzie je realizował w cenie 0,00 zł.

W złożonym zamawiającemu w dniu 17 maja 2013 r. piśmie przystępujący wyjaśnił, że dla ww. pozycji będzie realizować ww. zadania i nie przewiduje poniesienia nakładów finansowych. Poinformował, że każda strefa będzie wyposażona w urządzenia dźwignicowe służące do obsługi serwisowej, remontów i wymiany każdego elementu przekraczającego ciężar dopuszczony do ręcznego podnoszenia zgodnie z pkt 11.13 załącznika nr 1 do SIWZ oraz z dokumentacją projektową.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego jako sprzecznej z ustawą tj. art. 2 pkt 1 i art. 2 pkt 13 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która jest niezgodna z ustawą. Z kolei z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp wynika, że „zamówieniem publicznym jest umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane".

Izba stwierdziła, że z uwagi na brzmienie tych przepisów wykonawcy winni unikać wyceny oferowanego zamawiającemu przedmiotu zamówienia na poziomie 0 zł. Jednakże w okolicznościach niniejszej sprawy nie można powiedzieć, aby przystępujący zaoferował

zamawiającemu świadczenie nieodpłatne. Dostrzeżenia wymagało, że wartość 0 zł zaoferowano w dwóch kwestionowanych przez odwołującego pozycjach w zestawieniu, które obejmowało znacznie większą liczbę pozycji o znacznie większej wartości. Ponadto wbrew stanowisku odwołującego zamawiający nie przewidział, aby obowiązkowo miało mieć miejsce fakturowanie częściowe. Z treści § 3 ust. 3 wzoru umowy wynikało, że zamawiający jedynie dopuścił możliwość fakturowania częściowego wg poszczególnych pozycji zestawienia rzeczowo-finansowego. A więc zamawiający formułując zasady wynagradzania wykonawcy nie przesądził, aby było to wynagrodzenie noszące znamiona „kosztorysowego". Co więcej, zamawiający w szeregu postanowień formułował wymagania, z których wynikały cechy wskazujące na elementy wynagrodzenia ryczałtowego. Powyższe wynikało choćby z punktu XVI ppkt 1 SIWZ, czy § 3 ust. 2 zd. 1 wzoru umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że wartość 0 zł zaoferowano w dwóch pozycjach zestawienia, które nie musiały być przedmiotem odrębnego fakturowania. Zatem rozstrzygając w kwestii odpłatności świadczenia doszła do przekonania, że należy wziąć pod uwagę w analizowanej sprawie całe zaoferowane zamawiającemu świadczenie. Natomiast świadczenie wykonawcy rozpatrywane jako całość, z pewnością nie miało charakteru darmego.

Izba wzięła pod uwagę treść wyjaśnień, jakie wykonawca złożył zamawiającemu w trakcie postępowania. Wykonawca po wezwaniu go przez zamawiającego wskazał, że będzie realizował zadania, o których mowa w dwóch kwestionowanych pozycjach zestawienia rzeczowo-finansowego. Z wyjaśnień tych wynikało zatem w sposób jednoznaczny, że wartość 0 zł w dwóch pozycjach nie oznaczała, że przystępujący nie zamierza realizować tych elementów. Zaś dopuszczalność realizacji świadczenia w opisany sposób znajduje uzasadnienie w treści punktu XVI ppkt 1 SIWZ i § 3 ust. 2 zd. 1 wzoru umowy, opisujących mechanizmy wskazujące na ryczałtowy charakter wynagrodzenia.

Izba oceniając sytuację wzięła pod uwagę również specyfikę stanu faktycznego. Z pkt 3 SIWZ i z §1 ust. 2 wzoru umowy wynikało, że przedmiot zamówienia został określony w załączniku nr 1 do SIWZ (specyfikacja techniczna). Jednakże w specyfikacji technicznej zamawiający nie określił swoich wymogów wobec urządzeń dźwignicowych, o których mowa w A.IV.8 i A.V.3 zestawienia rzeczowo-finansowego. W pkt 13 specyfikacji technicznej określono jedynie, że „każda strefa zabudowy musi posiadać elementy dźwigowe służące do obsługi serwisowej, remontów i wymiany każdego elementu przekraczającego ciężar dopuszczony do ręcznego podnoszenia". Taki opis przedmiotu zamówienia powodował trudności w wycenie ww. pozycji również przez innych wykonawców. Jak wynika z porównania wyceny spornych pozycji dokonanej przez poszczególnych wykonawców, załączonej do pisma procesowego przystępującego, pozycja A.IV.8 została wyceniona przez wykonawcę ZARMEN na kwotę 1.000zł, natomiast przez wykonawcę Elektrometal na kwotę

113.000zł. Różnica w wycenie na poziomie ok. 13.500 % niewątpliwie świadczyła o tym, że wycena ww. pozycji sprawiała problemy również innym wykonawcom. Izba wzięła pod uwagę ww. wątpliwości jakie wynikały z porównania zakresu świadczenia wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ) i zestawienia rzeczowo-finansowego (załącznik nr 3). Izba podkreśla wypracowany w orzecznictwie pogląd, że niejasne postanowienia SIWZ nie mogą stanowić podstawy do podejmowania negatywnych konsekwencji wobec wykonawców.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności treści jego oferty z postanowieniem pkt XVI pkt 2 i 3 SIWZ.

Cena podana przez przystępującego w formularzu ofertowym niewątpliwie została obliczona w oparciu o „zestawienie rzeczowo-finansowe", co czyniło zadość postanowieniu pkt XVI ppkt 2 SIWZ. Ponadto przystępujący wypełnił w zestawieniu każdą pozycję zestawienia, również w kwestionowanych dwóch pozycjach gdzie wpisano wartość 0 zł. Biorąc pod uwagę akcentowaną w orzecznictwie Izby konieczność rygorystycznej interpretacji postanowień SIWZ o charakterze sankcyjnym należało stwierdzić, że o braku wypełnienia zestawienia można byłoby mówić wyłącznie w sytuacji, gdyby pozycję zestawienia pozostawiono pustą. Ponadto wykonawca po wezwaniu go przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień wskazał, że będzie realizował zadania, o których mowa w dwóch kwestionowanych pozycjach zestawienia rzeczowo-finansowego. Nie sposób zatem było stwierdzić, aby taka treść oferty naruszała postanowienie pkt XVI ppkt 3 SIWZ.

Przywołane przez odwołującego okoliczności faktyczne nie świadczyły o naruszeniu przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Powołany przepis stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Podniesienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wymaga zatem wskazania odrębnego przepisu prawa, z którego wynikałby skutek nieważności. Przepisu takiego odwołujący nie wskazał. Sankcji nieważności nie przewiduje bowiem przywołany w odwołaniu przepis art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, stosownie do którego cena oznacza *wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.*

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ustęp 1 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący nie przedstawił w odwołaniu żadnej argumentacji na poparcie swojego stanowiska. Dopiero w

trakcie rozprawy przywołał argumentację z porównania ceny oferty przystępującego do ceny oferty odwołującego i kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Izba rozstrzygając w przedmiocie podniesionego zarzutu stwierdziła, że nie było spornym pomiędzy stronami, iż zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa"). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że „w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny". Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako chybione.

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga, że samo wskazanie różnic w cenie ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców, które w analizowanym przypadku nie były znaczne, w żaden sposób nie może dowodzić, że zaoferowano cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

5.Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego pomimo, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w pkt IX lit. B pkt 2 lit. a w zw. z pkt IX lit. A pkt 3 SIWZ tj. dysponowania jedną osobą posiadającą uprawnienia do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pkt IX lit. B pkt 2 lit. a SIWZ zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują m.in. 1 osobą posiadającą uprawnienia do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych.

Stosownie do postanowienia pkt X ppkt 3 SIWZ, w celu potwierdzenia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu należało złożyć wraz z ofertą wykaz osób potwierdzający spełnienie warunku wraz z informacjami na temat kwalifikacji zawodowych oraz z dokumentami stwierdzającymi, że osoby te posiadają wymagane kwalifikacje.

Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz osób. W pozycji 3 wykazu wymienił Pana M…….. W…….. W polu „posiadanie kwalifikacje" podał „uprawnienia budowlane kierownika budowy w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych. Załączył do oferty stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie nr 566/82 wydane w dniu 10 września 1982 r. przez Wojewódzki Zarząd Urbanistyki i Architektury w Katowicach dla Pana M……. W…….. Dokument ten został wydany na podstawie § 5 ust. 1 pkt 2, §6 ust. 1, § 7 i § 13 ust. 1 pkt 4 lit. a i b rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. Nr 8, poz. 46). Jego treścią było stwierdzenie, że ww. osoba posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci sanitarnych z ograniczeniem do sieci wodociągowych i kanalizacyjnych i instalacji sanitarnych.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Zgodnie z art. 104 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. Nr 243, poz. 1623 ze zm.) osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia funkcji technicznych w budownictwie zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. A zatem zakres uprawnień Pana M……..…… W……, które zostały wydane w dniu 10 września 1982 r., należało ocenić biorąc pod uwagę ich treść i przepisy prawa obowiązujące w dacie ich wydania.

Z treści dokumentu stwierdzającego przygotowanie zawodowe wynikało, że ww. osoba posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci sanitarnych z ograniczeniem do sieci wodociągowych i kanalizacyjnych i instalacji sanitarnych.

W celu ustalenia znaczenia pojęć „sieci sanitarne" i „instalacje sanitarne" należało odwołać się do przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46), z uwzględnieniem nowelizacji dokonanej w dniu 20 grudnia 1988 r. (Dz. U. nr 42, poz. 334), gdzie zawarto stosowne definicje. W § 13 ust. 1 pkt 4 lit. a „sieci sanitarne" zostały zdefiniowane jako obejmujące sieci wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe i cieplne uzbrojenia terenu, zaś w § 13 ust. 1 pkt 4 lit. b „instalacje sanitarne" sprecyzowano jako obejmujące instalacje wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe, cieplne i klimatyzacyjno-wentylacyjne. Skoro zatem uprawnienia Pana M…….. W……, zgodnie z ich treścią, obejmowały sieci sanitarne ale z ograniczeniem do sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, to z pewnością nie obejmowały one sieci gazowych i cieplnych uzbrojenia terenu. Obejmowały natomiast instalacje sanitarne bez żadnych ograniczeń, a więc instalacje wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe, cieplne i klimatyzacyjno – wentylacyjne".

Na podkreślenie zasługuje to, że odwołujący w odwołaniu kwestionował wyłącznie, że Pan M…… W……. nie posiada uprawnień do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie „urządzeń" cieplnych, wentylacyjnych i gazowych. Nie kwestionował natomiast, że nie posiada on uprawnień do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie „sieci" cieplnych, wentylacyjnych i gazowych.

Rozstrzygając w przedmiocie zarzutu w taki sposób, w jaki został on podniesiony w odwołaniu Izba stwierdziła, że nie jest prawdziwe twierdzenie odwołującego jakoby Pan Wiśniewski nie posiadał uprawnień do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie „urządzeń" cieplnych, wentylacyjnych i gazowych, gdyż w zakresie instalacji sanitarnych uprawnienia te nie doznawały żadnych ograniczeń. Ograniczenia dotyczyły wyłącznie części „sieci sanitarnych", jednakże zarzut taki nie został przez odwołującego postawiony w odwołaniu, a więc Izba na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie mogła się do niego odnieść.

Na marginesie dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nie kierował do przystępującego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp celem uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w art. IX lit. B pkt 2 lit. a SIWZ. W świetle przywoływanego przepisu zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego

oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W świetle brzmienia ww. przepisu nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego przedstawionym w odwołaniu, jakoby konsekwencją ewentualnego niezłożenia dokumentu, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu była konieczność automatycznego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W sytuacji niezłożenia dokumentu lub złożenia dokumentu obarczonego błędami aktualizuje się wpierw obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia takiego dokumentu, zaś wykluczenie wykonawcy może być dopiero konsekwencją niezastosowania się do treści wezwania.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że za „niezłożone" uznaje się nie tylko takie dokumenty, których w ogóle nie załączono do oferty, ale i takie, w oparciu o które nie sposób ustalić faktu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powyższy pogląd wywodzi się z wnioskowania ad maiori ad minus. Skoro procedurę sanacyjną z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uruchamia się w przypadku gdy wykonawca w ogóle nie składa wymaganych dokumentów, to tym bardziej należy ją zastosować wobec wykonawcy, który starał się wykazać spełnienie warunku składając dokumenty niedoskonałe. Zaprezentowane stanowisko jest obecnie powszechnie i jednolicie prezentowane w orzecznictwie Izby.

6. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia dokumentu, tj. oświadczenia i certyfikatu badań sejsmicznych, o których mowa w pkt. 5.1. ppkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ oraz dokumentu niezależnej jednostki naukowo-badawczej, potwierdzającego przeciwwstrząsowe wykonanie rozdzielnicy, o którym mowa w pkt 5.2. ppkt 10 załącznika nr 1 do SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pkt 5.1. ppkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ (specyfikacja techniczna) zamawiający wskazał, że wykonawca miał obowiązek zaoferować obudowę rozdzielni o stopniu ochrony IP54 w wykonaniu szufladowym przeciwwstrząsowym. Oświadczenie w tym zakresie miało zostać potwierdzone certyfikatem badań sejsmicznych, który to certyfikat miał być dostarczony wraz z ofertą.

Z kolei w pkt 5.2. ppkt 10 załącznika nr 1 do SIWZ znalazł się wymóg, aby wykonawca zaoferował rozdzielnicę w wykonaniu przeciwwstrząsowym, co miało zostać potwierdzone dokumentem niezależnej jednostki badawczo-naukowej, który należało dołączyć do oferty.

Przystępujący nie złożył wraz z ofertą wymaganych przez zamawiającego dokumentów, co nie było sporne pomiędzy stronami.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut znalazł potwierdzenie w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Rozpoznając odwołanie Izba stwierdziła, że stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. Nie było bowiem sporne, że przystępujący nie złożył wraz z ofertą wymaganych przez zamawiającego dokumentów. Rozstrzygnięcie sprawy wymagało zatem wyłącznie ustalenia skutku jaki należało wiązać z niezłożeniem ww. dokumentów. W tym celu koniecznym było wyjaśnienie charakteru dokumentów wymaganych przez zamawiającego w pkt 5.1.2 i 5.2.10 załącznika nr 1 do SIWZ.

W ocenie Izby, analiza żądanych przez zamawiającego dokumentów prowadziła do wniosku, iż są to dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy odpowiadają wymogom zamawiającego (tzw. dokumenty przedmiotowe – art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). W myśl art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego (art. 25 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp) zamawiający wskazuje w SIWZ. Odpowiednie regulacje dotyczące oświadczeń i dokumentów przedmiotowych jakich może żądać zamawiający określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 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. Nr 226, poz. 1817). Ww. akt prawny ustala w § 5 – otwarty katalog dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego (tzw. dokumentów przedmiotowych). Oświadczenie i dokumenty przedmiotowe generalnie potwierdzają, iż oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego określone w SIWZ i nie odnoszą się przy tym bezpośrednio do proponowanego sposobu wykonania zamówienia, co odróżnia je od dokumentów odnoszących się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślających i uszczegóławiających jego zakres czy sposób wykonania, które są co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia.

W ocenie Izby dokumenty, o których mowa wyżej, potwierdzają spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego, albowiem odnoszą się do przedmiotu oferowanego świadczenia i miały potwierdzać, że oferowane dostawy spełniają cechy określone w SIWZ tj. to iż obudowa rozdzielnicy o stopniu ochrony IP 54 i rozdzielnica mają być w wykonaniu przeciwwstrząsowym.

W przypadku niezłożenia lub złożenia obarczonych błędami dokumentów przedmiotowych zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle przywoływanego przepisu zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z treści powołanego przepisu jednoznacznie wynika, że uzupełnieniu podlegają pełnomocnictwo oraz dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego.

Przystępujący nie był wzywany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ. Dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie „wzywa", a nie „może wezwać" i obliguje zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie, czego zamawiający zaniechał. A zatem znalazł potwierdzenie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie stanowi podstawy do odstąpienia od obowiązku zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie się przez zamawiającego do własnej wiedzy co do tego, że oferowane przez przystępującego dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego (niejako uznania, że jest to fakt znany zamawiającemu „z urzędu") czy też złożenie wymaganego dokumentu przez wykonawcę w trakcie rozprawy.

Odstąpienie od wezwania prowadzi do naruszenia przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto dokument taki winien zostać złożony zamawiającemu, tak aby miał on szansę zweryfikować jego prawidłowość. Co również istotne, inni wykonawcy mają prawo zapoznać się z tym dokumentem i kwestionować prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny w terminach wynikających z art. 182 ustawy Pzp, a nie w trakcie rozprawy.

W ocenie Izby naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może mieć zatem istotny wpływ na wynik postępowania. Ewentualne nieuzupełnienie przez przystępującego żądanych dokumentów lub złożenie dokumentów, które nie będą potwierdzać wymagań zamawiającego skutkować będzie bowiem koniecznością odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. A zatem wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może się zmienić.

Natomiast niezasadne było żądanie odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Obowiązek odrzucenia oferty aktualizuje się dopiero w sytuacji, gdy pomimo wezwania do uzupełnienia wykonawca nie składa wymaganych dokumentów lub złożone dokumenty przedmiotowe nie potwierdzają wymagań zamawiającego określonych w SIWZ. Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że zamawiający nie zaniechał dokonania czynności odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co zarzucał alternatywnie odwołujący, albowiem bez zastosowania instytucji określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie można stwierdzić, czy oferta przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie potwierdził się zatem zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania ww. przepisu.

Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności treści jego oferty z postanowieniem pkt 2 lit. b załącznika nr 2 do SIWZ „oferta” poprzez złożenie w formularzu ofertowym oświadczenia, że „osoby uczestniczące w realizacji przedmiotowego zamówienia będą posiadać aktualne badania lekarskie” w sposób sprzeczny z brzmieniem ww. postanowienia SIWZ. Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył bowiem, że nie podtrzymuje podniesionego przez siebie zarzutu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: ……