

Sygn. akt: KIO 79/13

**WYROK**  
z dnia 1 lutego 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 stycznia 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **14 stycznia 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **P..... M..... i W..... Ś..... PBU „WIKTOR” Sp. j., ul. Kolejowa 8, 97-500 Radomsko** w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Opieki Zdrowotnej w Świętochłowicach Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, ul. Chorzowska 38, 41-605 Świętochłowice,**

przy udziale wykonawcy **Dan Pol M. P..... Sp. j., ul. Murarska 28, 43-100 Tychy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie:**

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego;
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

**2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zespół Opieki Zdrowotnej w Świętochłowicach Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, ul. Chorzowska 38, 41-605 Świętochłowice**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **P..... M..... i W..... Ś..... PBU „WIKTOR” Sp. j., ul. Kolejowa 8, 97-500 Radomsko**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Zespół Opieki Zdrowotnej w Świętochłowicach Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, ul. Chorzowska 38, 41-605 Świętochłowice** na rzecz wykonawcy **P..... M..... i W..... Ś..... PBU „WIKTOR” Sp. j., ul. Kolejowa 8, 97-500 Radomsko** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 **oraz z 2012 r. poz. 769 i poz. 1101**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający **Zespół Opieki Zdrowotnej sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach ul. Chorzowska 38, 41-605 Świętochłowice** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na »wykonanie termomodernizacji budynków Zespołu Opieki Zdrowotnej w Świętochłowicach przy ul. Chorzowskiej 36 i 38 polegającej na wykonaniu robót rozbiórkowych, robót ziemnych, dociepleniu przegród budowlanych, wymianie stolarki okiennej i drzwiowej, wymianie instalacji odgromowej, zabezpieczeniu ściany frontowej antygrafitti, wykonaniu nowych obróbek blacharskich, wymianie rur spustowych, dociepleniu dachów pianką PUR«.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych **21.11.2012 r. poz. 464862.**

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769 i poz. 1101) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **08.01.2013 r., a następnie 10.01.2013 r. o:**

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy DAN POL M. P..... s.j., ul. Murawska 28, 43-100 Tychy;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy P..... M..... i W..... **Ś..... PBU „Wiktor” Sp.j. ul. Kolejowa 8 97-500 Radomsko**, gdyż wykonawca złożył ofertę z ważnością gwarancji do 05.01.2013 r., a zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej specyfikacją bez bliższego określenia) wykonawca powinien złożyć omawianą gwarancją ważną do 07.01.2013 r. – art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, ponadto mimo wezwania do uzupełnienia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert 06.12.2012 r., gdyż złożyli dokumenty z 28.12.2012 r. – art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Wykonawca P..... M..... i W..... **Ś..... PBU „Wiktor” Sp.j. ul. Kolejowa 8 97-500 Radomsko**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł **14.01.2013 r.** (poniedziałek) do Prezesa KIO odwołanie na czynność badania i oceny ofert dokonaną przez

zamawiającego polegającą na wykluczenia wykonawcy i odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp nakazujący zamawiającemu równe traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zachowanie uczciwej konkurencji;
- 2) art. 7 ust. 3 Pzp nakazujący udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez błędne jego zastosowanie;
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez błędne jego zastosowanie;
- 5) art. 26 ust. 3 Pzp przez błędne jego zastosowanie;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego;
- 7) art. 87 ust 1 Pzp gdyż obowiązkiem zamawiającego było wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego;
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

### **Argumentacja odwołującego**

I. Zamawiający błędnie zastosował art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i wykluczył odwołującego, wskazując, że składając ofertę wykonawca wniósł wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej w sposób nieprawidłowy, niezabezpieczający roszczeń zamawiającego w terminie związania ofertą – do 5 zamiast do 7 stycznia 2013 r.

Jednak zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący nieodpowiedniego wniesienia wadium i w związku z tym odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania dotyczące wykluczenia wykonawcy z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz odrzucenia oferty z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

II. Zdaniem zamawiającego, odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, ponieważ pomimo wezwania do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez

wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Wykonawca w wyniku wezwania do uzupełnienia przedstawił dokument datowany na dzień 28.12.2012 r., podczas gdy termin składania ofert upłynął 06.12.2012 r.

Odwołujący odnosi się również do zarzutów odrzucenia jego oferty podniesionych bez podstawy prawnej dopiero w zmienionym piśmie z 10.01.2013 r.

W kwestii wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, „ponieważ pomimo zawezwania do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp...”, jest także bezprawne, gdyż odwołujący na wezwanie zamawiającego pismem przewodnim z 28.12.2012 r. przesłał żądany dokument potwierdzający spełnianie warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia na 06.12.2012 r., czyli na dzień składania ofert. Wskazana data 28.12.2012 r. jest datą sporządzenia pisma przewodniego i nie mogła być antydatowana na 06.12.2012 r., gdyż dokument był przesłany w związku z wezwaniem zamawiającego z 21.12.2012 r.

Nawet gdyby chodziło o uzupełnienie takich dokumentów, jak zaświadczenie US i ZUS, to KIO reprezentuje ugruntowane stanowisko, że dokumenty te mogą zostać wystawione po terminie składania ofert, a mają potwierdzać spełnianie warunku na dzień składania ofert (tak, np. wyrok KIO z 16 kwietnia 2012 r. Sygn. akt: KIO 623/12, wyrok KIO z 16 marca 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 474/11, wyrok KIO z 11 lutego 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 293/11). Orzeczenia te potwierdzają stanowisko odwołującego, że zgodnie z § 26 ust. 3 Pzp uzupełnione na wezwanie zamawiającego dokumenty mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert, nie oznacza to, że mają być wystawione przed tą datą. Mogą być wystawione z datą późniejszą, lecz z ich treści powinno wynikać, że w dniu otwarcia ofert wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Z tych względów za w pełni zasadny należy uznać zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp i bezpodstawne zastosowanie przepisu 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

III. Zgodnie z postanowieniem rozdz. 13 Opis sposobu obliczenia ceny oferty: „Cenę oferty wykonawca wyliczy w oparciu o otrzymane od zamawiającego dokumenty: przedmiary robót, projekt techniczny, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót (załączniki nr 1 do specyfikacji) – sporządzając szczegółowy kosztorys ofertowy”.

Zamawiający nie załączył do specyfikacji szczegółowych kosztorysów (nakładczych) wobec tego nie może na tym etapie postępowania zarzucać niezgodności oferty

odwołującego ze specyfikacją, bo nie ma niespójności między kosztorysem ofertowym a przedmiarem, tym bardziej, że zamawiający sam nie określił szczegółowych kosztorysów.

Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 87 ust 1 Pzp, bowiem jego obowiązkiem było wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli kosztorysy odwołującego w pozycjach, które zakwestionował zamawiający budziły wątpliwości zamawiającego.

Zdaniem odwołującego uznanie informacji o odrzuceniu, oferty za wystarczającą jest możliwe jedynie wówczas, gdy z informacji tej wykonawca uzyska wiedzę o podstawach eliminacji oferty wykonawcy i jej niedopuszczeniu do oceny o takim stopniu szczegółowości, który nie pozostawia wątpliwości, co do tego, który fragment oferty (jaka jej treść), z którym postanowieniem (jaką treścią) specyfikacji pozostaje niezgodny (tak w wyroku KIO z 18.10.2010 r. sygn. akt KIO 2174/10).

IV. Odwołujący wskazał, że nigdzie w ofercie nie podał, że oferuje ułożenie 9,38 m<sup>2</sup> płytek przy użyciu kleju o klasie C1TE. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazuje, że odwołujący do ułożenia płytek przyjął zaprawę klejową Atlas – suchą mieszankę, co jest niezgodne z wymogami zawartymi przez zamawiającego w opisie technicznym na ST.27 pkt 4.15. Zarzut zamawiającego jest bezpodstawny, bo w nakładach materiałowych dla przedmiotowej pozycji, tj. KNR2-02 U tabl. 2805-05 „Ułożenie płytek gresowych, mrozoodpornych i antypoślizgowych – analogia”, w nakładach materiałowych występuje właśnie m. innymi zaprawa klejowa Atlas – sucha mieszanka. Klej Atlas Plus, który to do wyceny przyjął Wykonawca spełnia wymogi ustanowione przez zamawiającego i posiada klasę C2S1.

Dowód: deklaracja zgodności.

Postanowienie wynikające z katalogu jest ogólne i wskazuje tylko konkretnego producenta, natomiast to wykonawca na podstawie projektu technicznego ma zastosować taki materiał i taką cenę, aby odpowiadało to wymaganiom określonym w projekcie technicznym. Wykonawca ma wycenić, a przede wszystkim zastosować w trakcie realizacji. Ponadto, zastosowanie przez zamawiającego słowa „analogia” przy danej pozycji przedmiaru daje wykonawcy możliwości dowolnego zastosowania nakładów materiałowych (tak jak choćby to wynika z katalogu). Jeżeli zamawiający chciał inaczej, to powinien załączyć do specyfikacji kosztorysy nakładcze i wymagać ścisłego trzymania się nakładów i nazw w nim zawartych. Zamawiający bezpodstawnie przyjął za wykonawcę zaprawę klejową Atlas niespełniającą wymogów technicznych i odrzucił ofertę wykonawcy.

V. Odnosząc się do zarzutu zamawiającego dotyczącego drzwi z PCV, odwołujący wskazuje, że w pozycji nr 39 przedmiaru d2 budynku D wykonawca zarówno w ilości

przedmiarowej, jak również w nakładach materiałowych nie zmienia ilości drzwi z PCV narzuconej przez zamawiającego tj. 2,97 m<sup>2</sup>. Spełnia więc wymogi postanowienia rozdz. 13 specyfikacji o wycenie wszystkich pozycji przedmiarowych.

W opisie przedmiaru dla przedmiotowej pozycji występuje tylko opis drzwi bez podania wymiarów i tak też ma w swojej pozycji wykonawca. Różnica w opisie, to że odwołujący ma napisane drzwi przeszklone, natomiast w przedmiarze jest napisane drzwi półprzeszklone. Jest to tylko gra słów, bo drzwi (bez względu na rodzaj) czy to PCV, czy aluminiowe, czy drewniane itp. dzielą się na drzwi pełne, albo przeszklone i bez znaczenia jest, jaka ilość szkła w nich występuje. Jest to ważne przy wycenie drzwi, a podstawą wyceny jest projekt techniczny i zestawienia stolarki drzwiowej, a nie opis w kosztorysie.

Ponadto, w odpowiedzi nr 7 z 30.11.2012 r. na pytanie „Czy opis pozycji kosztorysowej musi być taki sam jak opis pozycji przedmiaru. Różne programy kosztorysowe nie posiadają identycznego opisu danego nakładu rzeczowego pozycji, w związku z tym czy dopuszczalna jest różna kolejność wyrazów?”, zamawiający odpowiada: „Opis pozycji kosztorysowej nie musi być taki sam jak opis pozycji przedmiaru. Dopuszczalna jest różna kolejność wyrazów”. Co się zaś tyczy nakładów materiałowych to odwołujący przyjął do wyceny taką liczbę drzwi PCV, jaka występuje w przedmiarze robót czyli 2,97 m<sup>2</sup>. Ilość drzwi – 2,97 m<sup>2</sup> wyceniono zgodnie z przedmiarem i projektem technicznym. Ponadto sam zamawiający napisał przy wycenie pozycji „analogia”, więc dał możliwość dowolnego wpisania nakładów materiałowych, tak jak to wynika dla danej pozycji z katalogu czy programu kosztorysowego jakim dysponuje wykonawca. Trudno wiedzieć co zamawiający chciałby, aby w nakładach miał wykonawca. Każdy program kosztorysowy różni się w znacznym stopniu od siebie. Jeżeli zamawiający chciał ścisłego trzymania się nazw, nakładów, wymiarów itp., takich jakimi dysponuje u siebie, to powinien załączyć do specyfikacji kosztorysy nakładowe i wymagać ścisłego trzymania się postanowień w nich zawartych.

Nieścisłości nomenklatury i oznaczeń w KNR-ach nie miały żadnego wpływu na zakres zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **14.01.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **14.01.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca Dan Pol M. P..... Sp.j., ul. Murarska 28, 43-100 Tychy **15.04.2013 r.** złożył 1) Prezesowi KIO z kopiami dla 2) zamawiającego i 3) odwołującego – zgłoszenie

przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) deklaracja zgodności WE nr 1002 Kleju odkształcalnego S1 Atlas Plus, z której to deklaracji odwołujący wywodzi, że odwołujący zaoferował odpowiedni materiał;
- 2) (dowód nr 2) karta z projektu, gdzie zamawiający sam wskazuje na kolorystykę systemu Atlas;
- 3) (dowód nr 3) karta z projektu, gdzie zamawiający sam przedstawił różne dane źródłowe do zaoferowania drzwi;

dowodów złożonych przez przystępującego:

- 4) (dowód nr 4) faktura na materiały Atlas plus oraz Atlas zaprawa klejowa w celu wykazania, że odwołujący zaoferował Atlas zaprawę klejową;
- 5) (dowód nr 5) wskazanie pozycji 51 przedmiaru, na wykazanie, że zamawiający nigdzie nie żądał zastosowania kleju Atlas (dowód nr 5);
- 6) (dowód nr 6) deklaracja zgodności Kleju cementowego Ceresit, gdzie jest wskazane, że jest to wyrób C2TES1, spełniający wymagania zamawiającego, aby wykazać, że w tym samym programie komputerowym można byłoby sporządzić prawidłową ofertę;
- 7) (dowód nr 7) wydruki z Internetu, aby wykazać, że odwołujący zaoferował dwa razy drzwi przeszklone po 860 zł, mimo że jedno powinny być przeszklone częściowo i są różne wartości dla różnego typu drzwi: przeszklone, częściowo przeszklone i pełne;
- 8) (dowód nr 8) wydruki Internetu na wykazanie, że na rynku funkcjonuje nazwa stolarka częściowo przeszklona

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.



Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Zakreślając granice rozpoznania zarzutów odwołania, uwzględniając fakt, że zamawiający pismem z 28 stycznia 2013 r. stanowiącym odpowiedź zamawiającego na odwołanie uwzględnił zarzuty odwołania określone szczegółowo w pkt 3 odwołania i w tym zakresie odwołanie zostało uwzględnione w całości żądań zawartych w odwołaniu Izba zwrzyla, co następuje:

Izba podziela w pełni stanowisko wyrażone w orzeczeniu KIO o sygn. akt 510/12 stanowiący, że przepisy ustawy nie stoją na przeszkodzie uwzględnieniu części zarzutów odwołania przez zamawiającego. Nie odnoszą się jednak odrębnie do takiej sytuacji faktycznej i prawnej. Nie określają także w szczególny sposób konsekwencji procesowych decyzji zamawiającego o uwzględnieniu niektórych zarzutów odwołania (uwzględnienie odwołania w części).

Ustawodawca natomiast w sposób szczegółowy wskazał na skutek procesowy (umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę), gdy zamawiający w całości uwzględni zarzuty odwołania (art. 186 ust. 2-4 Pzp). Zgodnie z powołanymi przepisami zamawiający może uwzględnić w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, co powinno skutkować, jeśli nie zostanie wniesiony sprzeciw – umorzeniem postępowania przez Izbę. W ustawie brak jest instytucji częściowego umorzenia postępowania. W praktyce jednak – podobnie jak w rozpoznawanej sprawie – zdarza się, że zamawiający uwzględniają jedynie część zarzutów odwołania.

Skład orzekający wyraża pogląd, że postępowanie przed Izbą, zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp, jest postępowaniem kontradiktoryjnym, polegającym na rozstrzygnięciu sporu pomiędzy odwołującym a zamawiającym, z ewentualnym udziałem uczestników postępowania (przystępujących po stronie zamawiającego lub odwołującego). W sytuacji, gdy do części podniesionych zarzutów spór nie występuje, to prowadzenie w tym zakresie postępowania staje się bezprzedmiotowe. Przyjęciu takiego stanowiska nie stoi na przeszkodzie przepis art. 186 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym – w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu – Izba może umorzyć postępowanie.

Natomiast w przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów Izba nie może dokonać częściowego umorzenia postępowania, jednak orzekanie w zakresie już nieistniejącego przedmiotu sporu stanowiłoby naruszenie *ratio legis* ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. –

Prawo zamówień publicznych. Z tego względu Izba podkreśla, że w sytuacji, gdy zamawiający do zamknięcia rozprawy uwzględnia choćby częściowo zarzuty odwołania, wówczas przedmiotem rozstrzygnięcia Izby są tylko te zarzuty, w których przypadku istnieje spór między stronami.

Inna interpretacja przepisów ustawy, w szczególności biorąc pod uwagę brzmienie art. 191 ust. 2 Pzp, nie daje się pogodzić z celem postępowania odwoławczego, którym jest rozstrzygnięcie sporu istniejącego między stronami, co do prawidłowości czynności zamawiającego podejmowanych w postępowaniu w sprawie zamówienie bądź zaniechań zamawiającego. Zatem w sytuacji, gdy spór między stronami nie istnieje, to zarzuty w tym zakresie podnoszone w odwołaniu należy pozostawić bez rozpoznania.

Konsekwencją przyjętego stanowiska jest przyjęcie, że rozpoznaniu przez Izbę podlegają pozostałe (nieuwzględnione przez zamawiającego) zarzuty odwołania oraz podtrzymane przez odwołującego i to rozstrzygnięcie o nich decyduje o wyniku sprawy, znajdując odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia i w rozstrzygnięciu o kosztach postępowania.

Ponadto Izba zważyła, że odwołujący, wobec uwzględnienia zarzutu dotyczącego nieodpowiedniego wniesienia wadium, podtrzymał swoje zarzuty wniesione w odwołaniu tylko dotyczące wykluczenia wykonawcy ze względu na art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz odrzucenia oferty ze względu na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba nie ma podstaw do rozpoznania zarzutów odwołania określonych szczegółowo w punktach 1-3, 5 i 7 odwołania, ponieważ pomiędzy Stronami nie istnieje już w tym zakresie spór. Izba jednak podkreśla, że zamawiający zobowiązany jest postąpić zgodnie z oświadczeniem, które złożył odnośnie uwzględnienia części zarzutów odwołania.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 Pzp {Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia}. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów i podtrzymanych na rozprawie zarzutów, podlegających rozpoznaniu, biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawionych na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut – naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp {Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu} przez błędne jego zastosowanie – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w

postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Uprzednio, 21.12.2012 r., zamawiający wezwał odwołującego do złożenia dokumentów, przytaczając art. 26 ust. 3 Pzp {Zamawiający wzywa 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. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert}. Wezwanie to obejmowało, cyt: „Zamawiający wzywa do złożenia referencji. Te, które są w ofercie nie spełniają warunku, jaki wyznaczył zamawiający. Jednocześnie prosimy o uzupełnienie dokumentu sporządzonego zgodnie z postanowieniami rozdz. 4 pkt 4 [specyfikacji], potwierdzającego spełnienie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zawodu”. W określonym przez zamawiającego terminie odwołujący złożył wymagane dokumenty wraz z – datowanymi 28.12.2012 r. – (1) pismem przewodnim i (2) oświadczeniem dotyczącym wykazu wykonanych robót budowlanych.

Zdaniem zamawiającego przedstawienie dokumentu (pisma przewodniego) i wykazu wykonanych robót datowanych i złożonych 28.12.2012 r., podczas gdy termin składania ofert upłynął 06.12.2012 r., stanowiło powód wykluczenia odwołującego, co zamawiający stwierdził w zawiadomieniu z 10.01.2013 r. o wyniku postępowania, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1-3 Pzp {Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsce zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację; (2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne; (3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę}.

Skład orzekający stwierdza, że – zgodnie z przytaczanym art. 26 ust. 3 zdanie drugie Pzp, złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty muszą potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych przez

zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. I tak w rozpoznawanym postępowaniu wszystkie dokumenty były datowane w terminach przed upływem terminu składania ofert. Natomiast pismo przewodnie i oświadczenie (wykaz wykonanych robót budowlanych) odwołującego były datowane na 28.12.2012 r., jednak dokumenty te odnosiły się do stanu sprzed upływu terminu składania ofert – 06.12.2012 r. Skład orzekający stwierdza, że odwołujący wykazał dokumentami złożonymi w ofercie i w uzupełnieniu spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Także zamawiający nie miał do tych dokumentów zastrzeżeń, poza stwierdzeniem, że pismo przewodnie i wzmiankowany wykaz były datowane po upływie terminu składania ofert.

Tak orzecznictwo jak i doktryna stoją na stanowisku, że uzupełniane dokumenty w wyniku wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp mogą być datowane po terminie składania ofert, byle potwierdzały spełnienie warunku. Podobnie, choć w innym stanie faktycznym, stanowi wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 474/11), gdzie można przeczytać, cyt.: „... brak jest podstaw do wymagania od wykonawców złożenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wyłącznie dokumentów wystawionych przed upływem terminu składania ofert. Niedopuszczenie możliwości uzupełnienia na wezwanie zamawiającego dokumentów wystawionych po dniu składania ofert podważałoby sens i cel przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. [...] możliwe jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez dokumenty wystawione po terminie składania ofert, jednak wyłącznie pod warunkiem, że dokumenty te potwierdzają stan przypadający nie później niż na dzień składania ofert”.

Z tych względów podstawa wykluczenia odwołującego z powodu opatrzenia dokumentów na uzupełnienie oferty datą po upływie terminu składania ofert, musi zostać uznana przez skład orzekający, jako naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, które to naruszenie przepisu miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp {Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3} przez błędne jego zastosowanie – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wskazując jako przyczyny odrzucenia to, że odwołujący:

- 1) zaoferował w pozycji 51 d.2 str. 14 kosztorysu ofertowego budynku D do ułożenia płytek materiał, cyt. »zaprawa klejowa „ATLAS” – sucha mieszanka«, który to materiał zdaniem zamawiającego posiada klasę zaledwie C1TE, podczas gdy projekt wykonawczy zawierał wymóg zastosowania zaprawy klejowej w klasie C2S1;

- 2) zaoferował w pozycji 39 d.2 str. 11 kosztorysu ofertowego budynku D do zabudowania „Drzwi zewnętrzne z PCV przeszklone o wym. 1,3 \* 2,15 m”, podczas gdy wymogiem zamawiającego zawartym w przedmiarze było zabudowanie drzwi półprzeszklonych o wymiarach 1,45 \* 2,05 m, wobec czego zaoferowana stolarka nie spełnia wymogów zamawiającego.

Odnosnie zastosowania zaprawy klejowej, skład orzekający stwierdza, że odwołujący nie wskazał nazwy własnej kleju, którego nazwa (zgodne z ulotką producenta załączoną do odpowiedzi na odwołanie sporządzonej przez zamawiającego) jest inaczej pisana: wielkimi literami, bez myślnika i cudzysłowu; nazwa ta została napisana w ulotce wielokrotnie jako „ZAPRAWA KLEJOWA ATLAS”, a więc odmiennie od napisania przez odwołującego w ofercie: »zaprawa klejowa „ATLAS” – sucha mieszanka«. Również inaczej była napisana ta nazwa w kolejnym dokumencie przedstawionym przez zamawiającego, jako załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołanie: oświadczenie. W oświadczeniu tym nazwa została napisana: „zaprawa klejowa ATLAS”. Dodatkowo zamawiający nie wykazał, że dokument ten był podpisany przez osobę uprawnioną do reprezentowania producenta kleju.

Ponadto różnice cenowe w różnych klejach „ATLAS” wykazane w dowodzie 4 – faktura na materiały Atlas plus oraz Atlas zaprawa klejowa w celu wykazania, że odwołujący zaoferował Atlas zaprawę klejową – złożonym przez uczestnika postępowania nie mogą mieć znaczenia w rozpoznawanej sprawie, gdyż uczestnik postępowania nie wykazał tych różnic cenowych u sprzedawcy, u którego zaopatruje się odwołujący, a nawet faktura na zakup klejów „ATLAS” była wystawiona w innym regionie kraju, co można wywnioskować po kodach pocztowych sprzedawcy 43-195 Miłków-Mokre (rejon zamawiającego) i kodzie pocztowym odwołującego – 97-500 Radomsko. Ponadto odwołujący stwierdził, że sam jest udziałowcem w Polskich Składach Budowlanych i prowadząc sprzedaż sam określa ceny, a więc tym bardziej może te ceny ustanawiać w sposób odbiegający od cen innego sprzedawcy, działającego na innym rynku i dla całkiem innych odbiorców.

Również odwołujący wykazał (dowód nr 1 i 2), że w gamie produktów wytwórcy ATLAS znajdują się kleje spełniające wymagania zamawiającego oraz inne materiały, dlatego należy posługiwać się konkretnymi nazwami własnymi wyrobów wytwórcy ATLAS albo przyjmować ogólne przytoczenie materiału wytworzonego przez tego wytwórcę.

Dowód nr 6 deklaracja zgodności WE Nr. – CM16/5/10 nie odnosił się do kleju zaoferowanego przez odwołującego, dlatego nie był brany pod uwagę. Także nie ma wpływu na rozpoznawaną sprawę dowód nr 5, wskazanie pozycji 51 przedmiaru, na wykazanie, że zamawiający nigdzie nie żądał zastosowania kleju Atlas.

W związku z tym zamawiający nie wykazał, że odwołujący zamierzał zastosować inny klej niż wymagał tego zamawiający.

Odnosnie zaoferowania w pozycji 39 d.2 str. 11 kosztorysu ofertowego budynku D do zabudowania „Drzwi zewnętrznych z PCV przeszklonych o wym. 1,3 \* 2,15 m”, podczas gdy wymogiem zamawiającego zawartym w przedmiarze było zabudowanie drzwi półprzeszklonych o wymiarach 1,45 \* 2,05 m skład orzekający stwierdza, że również w tym przypadku zamawiający nie dowiódł, że odwołujący nie spełnił wymagań zamawiającego i że zamawiający musi odrzucić ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W odpowiedzi na pytanie nr 7 z 30.11.2012 r. „Czy opis pozycji kosztorysowej musi być taki sam jak opis pozycji przedmiaru. Różne programy kosztorysowe nie posiadają identycznego opisu danego nakładu rzeczowego pozycji, w związku z tym czy dopuszczalna jest różna kolejność wyrazów?” zamawiający stwierdził cyt. „Opis pozycji kosztorysowej nie musi być taki sam jak opis pozycji przedmiaru. Dopuszczalna jest różna kolejność wyrazów”.

Ze względu na sformułowanie tej odpowiedzi w dwóch zdaniach, skład orzekający stwierdza, że wypowiedź tę należy rozumieć: opis pozycji w kosztorysie ofertowym może odbiegać od sformułowań zawartych w opisie pozycji przedmiaru, a ponadto wykonawca może również zmieniać kolejność wyrazów. Nie ma podstaw do rozumienia rozpoznawanej wypowiedzi zamawiającego, jak próbował to rozumieć zamawiający, a za nim uczestnik postępowania, że odstępstwo od brzmienia może polegać tylko na zmianie kolejności wyrazów. Wtedy nie byłoby potrzebne zamieszczenie całego pierwszego zdania odpowiedzi na pytanie nr 7.

Ponadto wykonawca mogąc odstępować od dokładnych sformułowań nazw drzwi z przeszkleniem zaoferował właśnie takie drzwi, choć nazwa nie jest dokładnie taka, jaka została użyta w przedmiarze. Również nieznaczne odstępstwo w wymiarach drzwi nie może dyskwalifikować oferty, a jedynie może być przyczyną poprawy oferty, jako innej omyłki, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp {Zamawiający poprawia w ofercie [...] inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.}. Chociaż ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia nawet taka czynność nie jest konieczna. O charakterze ryczałtowym wynagrodzenia stanowią pytanie nr 17 z 30 listopada 2012 r., które brzmi cyt.: „Prosimy o potwierdzenie, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy i będzie rozliczane kosztorysem powykonawczym obejmującym ilości faktycznie wykonanych robót oraz stałych cen jednostkowych zaoferowanych w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty” i odpowiedź na pytanie, która brzmi cyt.: „Nie potwierdzamy możliwości rozliczenia robót kosztorysem powykonawczym. Wynagrodzenie wykonawcy ustalone zostanie na podstawie kosztorysu ofertowego, który musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia”.

Tym bardziej tak należy orzec biorąc pod uwagę, że w przedmiarze dla przedmiotowej pozycji występuje tylko opis drzwi bez podania wymiarów, co wykazał odwołujący składając dowód nr 3 – karta z projektu, gdzie zamawiający sam przedstawił różne dane źródłowe do zaoferowania drzwi.

Nieścisłości nomenklatury odnośnie powierzchni przeszklenia drzwi i oznaczeń w KNR-ach nie miały żadnego wpływu na zakres zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ani uczestnik postępowania nie wykazał na podstawie dowodów nr 7 i 8 w postaci wydruków z Internetu, że wykonawcy nie mogą używać różnych nazw na wymagane przez zamawiającego drzwi, stosując nazwy „przeszkłone”, „półprzeszkłone” itp.

Ponadto skład orzekający stwierdza, że zamawiający *a priori* nie może zbyt pomniejszać roli inspektora nadzoru w trakcie realizacji inwestycji, a takie stanowisko zamawiającego może wynikać z zaprotokołowanych na rozprawie wypowiedzi zamawiającego. Inspektor nie tylko bada wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z ofertą, ale przede wszystkim bada zgodność wykonania robót z projektem i sztuką budowlaną.

Z powyższych powodów skład orzekający stwierdza, że zamawiający nie dowiódł, że odwołujący nie spełnił wymagań zamawiającego i że w związku z tym zamawiający musi odrzucić ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a więc odwołanie i w tym zakresie jest zasadne.

Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez odwołującego i uczestnika postępowania.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

.....