

WYROK

z dnia 28 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2012 r. przez wykonawcę Bankomat spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Poczta Polska S.A. w Warszawie,

przy udziale wykonawcy DEMPS Sp. z o.o. spółki komandytowej w Gdańsku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Bankomat spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez wykonawcę Bankomat spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy Bankomat spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz Poczty Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr [słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę urządzeń liczących wraz z instalacją i uruchomieniem” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.] wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Wobec zaniechania Zamawiającego polegającego na niewykluczeniu DEMPS Sp. z o.o. Sp.k. w Gdańsku z postępowania oraz w związku z czynnością Zamawiającego w tym postępowaniu polegającą na wyborze oferty tej spółki, Odwołujący w dniu 14 grudnia 2012 r. złożył odwołanie, zarzucając naruszenie:

1] art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - przez brak wykluczenia z postępowania DEMPS Sp. z o.o. Sp.k. w Gdańsku pomimo, iż spółka ta nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie wykazując, aby w okresie trzech lat przed upływem terminu składania oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym krótszym okresie, należycie zrealizowała co najmniej dwie dostawy urządzeń liczących do bilonu i do banknotów o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł brutto każda dostawa,

2] art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy - przez brak odrzucenia oferty DEMPS Sp. z o.o. Sp.k. w Gdańsku pomimo, iż oferta ta, nie określając przedmiotu umowy, jest niezgodna z art. 66 § 1 kodeksu cywilnego.

Odwołujący wniósł o:

1] wykluczenie DEMPS Sp. z o.o. Sp.k. w Gdańsku z postępowania i nakazanie Zamawiającemu powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty,

ewentualnie o:

2] odrzucenie oferty DEMPS Sp. z o.o. Sp.k. w Gdańsku i nakazanie Zamawiającemu powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następujące argumenty:

- Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia [SIWZ] w pkt 5.1.2. wymaga od jego uczestników posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. należytego zrealizowania - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym krótszym okresie - co najmniej dwu dostaw urządzeń liczących do bilonu i do banknotów o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł brutto każda

dostawa. Dla potwierdzenia spełnienia tego warunku, zgodnie z pkt 6.1.2. SIWZ, uczestnik przetargu zobowiązany był przedstawić wykaz zrealizowanych dostaw, z podaniem wartości, nazwy i adresu odbiorcy, opisu przedmiotu i dat ich wykonania oraz załączyć dokumenty, że dostawy te zostały wykonane należycie. Jednakże, warunki te nie zostały spełnione przez DEMPS. W szczególności, przedstawione dokumenty nie potwierdzają, że DEMPS, w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, zrealizował co najmniej dwie dostawy urządzeń o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł brutto każda. Z wykazu wykonanych dostaw oraz listów referencyjnych Brinks Polska Sp. z o.o., G4S Cash Management Polska Sp. z o.o. i Solid MCG Sp. z o.o. wynika tylko suma obrotów DEMPS z tymi kontrahentami, osiągnięta w okresie ostatnich 3 lat. Nie wynika natomiast, aby wartość którejkolwiek z dostaw zrealizowanych przez DEMPS, kiedykolwiek przekraczała 500.000 zł brutto. Z treści SIWZ jasno wynika, że chodzi o pojedynczą dostawę, a nie o ogół dostaw do poszczególnych kontrahentów, jak przedstawia to DEMPS. Ponadto, iż warunku udokumentowania dostaw nie spełnia pismo DEMPS z 30 listopada 2012 r., również dlatego, iż spółka ta, tylko bardzo ogólnie przedstawia, że część związana z dostawą maszyn do bilonu i banknotów wykonana na rzecz Solid MCG Sp. z o.o. wynosi brutto 589.800 zł, na rzecz Brinks Polska Sp. z o.o. 631.700 zł a na rzecz G4S Cash Management Polska Sp. z o.o. 1.284.500 zł. Nie przedstawia natomiast, na ile dostaw rozłożyły się te wartości;

- wobec nie wykazania przez DEMPS spełnienia warunków udziału w postępowaniu, spółka ta, stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz pkt 5.3 SIWZ, winna zostać wykluczona z postępowania;

- przyjęta przez Zamawiającego oferta DEMPS nie określa co będzie przedmiotem dostawy [brak określenia producenta i modelu urządzeń liczących]. Spółka ta załączyła jedynie kopię specyfikacji urządzeń z SIWZ wraz z oświadczeniem, że dostarczone urządzenia będą spełniać wymogi zamawiającego określone w załączniku 1 a, 1 b i 1 c do umowy. Zatem, może się zdarzyć, że DEMPS dostarczy urządzenia o zaniżonych parametrach, tańsze, które zostaną przyjęte przez zamawiającego, bowiem przy tak skonstruowanej ofercie, zamawiający pozbawia się możliwości kwestionowania wyboru urządzeń, którym dokonuje tylko DEMPS.

- możliwość wybrania przez DEMPS tańszych urządzeń, mogła mieć wpływ na treść oferty i rezultat przetargu. Tak, iż w konsekwencji, to co miało być transparentne w przetargu publicznym, zostanie poza wszelką kontrolą, rozstrzygnięte tylko pomiędzy dostawcą i Zamawiającym;

- w występującej w sprawie sytuacji, przedmiotem dostawy mogą być tylko rzeczy

oznaczone co do tożsamości. Tymczasem, brak określenia w ofercie DEMPS producenta i modelu dostawy urządzeń powoduje, iż przedmiot oferty nie jest znany. Zważywszy więc, iż przedmiot umowy zalicza się do istotnych postanowień umowy, przyjęta przez Zamawiającego oferta DEMPS, nie spełnia wymogów stawianych ofercie przez ustawodawcę w art. 66 § 1 k.c. Tak, iż oczywisty w okolicznościach sprawy brak możliwości zindywidualizowania przedmiotu umowy - powodujący brak możliwości zawarcia umowy a w przypadku zawarcia, jej nieważność - winien skutkować odrzuceniem oferty DEMPS.

III. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca DEMPS Sp. z o.o. spółka komandytowa w Gdańsku, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez Przystępującego wraz z jej uzupełnieniem, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje:

I. W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oddalono wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania, uzasadniony niewłaściwym umocowaniem pełnomocnika do złożenia odwołania.

Pełnomocnictwo z dnia 12 grudnia 2012 r., załączone do odwołania zawiera zakres umocowania opisany w sposób następujący: *„Niniejszym ustanawiam adwokata [...] pełnomocnikiem Bankomat Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego z zamówienia Poczty Polskiej SA w imieniu której postępowanie prowadzi Poczta Polska SA Centrum Infrastruktury, na dostawę urządzeń liczących wraz z instalacją i uruchomieniem, znak sprawy C7/96/2012, w postępowaniu przed sądami powszechnymi i administracyjnymi oraz w postępowaniu przed Sądem Najwyższym i Naczelnym Sądem Administracyjnym, w tym w postępowaniu ze skargi kasacyjnej, a także w postępowaniu przed innymi organami państwowymi i prywatnymi z prawem substytucji”.*

Jakkolwiek w orzecznictwie zwykło się przyjmować, że pełnomocnictwo do reprezentowania strony w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą powinno być pełnomocnictwem co najmniej rodzajowym, to na gruncie analizowanej sprawy treść spornego pełnomocnictwa wskazuje jego relatywnie szeroki zakres, obejmujący prawo do reprezentacji przez pełnomocnika w postępowaniach prowadzonych przed różnego rodzaju sądami i organami, w tym organami państwowymi. Biorąc przy tym pod uwagę fakt wskazania w tym pełnomocnictwie postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, w sposób wyraźnie nawiązujący do jego nazwy i sygnatury nadanej przez Zamawiającego, a także oznaczenia Zamawiającego, nie pozostawia wątpliwości, że intencją Odwołującego było m.in. umocowanie pełnomocnika do złożenia odwołania. Jakkolwiek bowiem z pełnomocnictwa nie wynika wprost uprawnienie do dokonania konkretnej czynności jaką jest złożenie odwołania, to nie sposób pomijać z jego treści wynika wola ustanowienia pełnomocnika w związku z tym konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, zaś data jego udzielenia [12 grudzień 2012 r.] nie pozostawia wątpliwości, że chodzi nie o czynności w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, ale o czynności dokonane po wyborze najkorzystniejszej oferty, co miało miejsce 5 grudnia 2012 r. Ewentualne wątpliwości co do wskazanego zamiaru, a tym samym zakresu umocowania pełnomocnika zostały przesądzone na posiedzeniu z udziałem stron, które służy wyjaśnieniu kwestii formalnych występujących w sprawie, w tym podjęciu ewentualnej decyzji o odrzuceniu odwołania bądź skierowaniu sprawy na rozprawę. Na posiedzenie w imieniu Odwołującego stawiał również członek zarządu Odwołującego, uprawniony do jednoosobowej reprezentacji, potwierdzając wolę umocowania pełnomocnika do czynności wniesienia odwołania.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że brak odpowiedniego pełnomocnictwa do wniesienia odwołania podlega naprawieniu – zgodnie z treścią art. 187 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności, o których mowa w art. 180 ust. 3, niezłożenia pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę. Jeżeli natomiast niezachowanie warunków formalnych lub niezłożenie pełnomocnictwa zostanie stwierdzone przez skład orzekający Izby, przepisy ust. 1 - 6 stosuje się, z tym że kompetencje Prezesa Izby przysługują składowi orzekającemu Izby [art. 187 ust. 7 ustawy]. Analogiczny pogląd wyrażony został w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2012 r. w sprawie o sygn. akt V Ca 2739/11,

a także uzasadnieniach wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2012 r. w spr. KIO 482/12, z dnia 18 listopada 2010 r. w spr. KIO 2407/12.

Z tego też względu niezasadnym okazał się wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Wskazana w art. 189 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawa prawna odrzucenia odwołania dotyczy sytuacji, gdy odwołanie zostało złożone przez podmiot nie posiadający w danym postępowaniu tytułu do wnoszenia środków ochrony prawnej [np. nie będący wykonawcą w danym postępowaniu], nie mieszczący się w kręgu podmiotów legitymowanych do wniesienia odwołania w tym postępowaniu, a nie sytuacji gdy odwołanie zostało wniesione w imieniu podmiotu posiadającego status wykonawcy w postępowaniu, prawidłowo określonego i niewątpliwie wyposażonego w interes do wnoszenia środków ochrony prawnej, a jedynie co do którego zachodzi wątpliwość co do interpretacji zakresu umocowania [jak wskazano wyżej: wątpliwość podlegająca konwalidacji w ramach czynności wstępnych, poprzedzających rozpoznanie sprawy, na posiedzeniu niejawnym, lub posiedzeniu z udziałem stron, co w niniejszej sprawie miało miejsce].

II. Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

III. Analiza podniesionych w odwołaniu zarzutów przemawiała za oddaleniem odwołania. Powyższą ocenę uzasadniały następujące okoliczności:

[1] w odniesieniu do zarzutu, wskazującego na zaistnienie podstawy do wykluczenia wykonawcy DEMPS spółki z o.o. spółki komandytowej w Gdańsku, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych:

W ocenie Odwołującego, wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie wykazując, aby w okresie trzech lat przed upływem terminu składania oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym krótszym okresie, należycie zrealizował co najmniej dwie dostawy urządzeń liczących do bilonu i do banknotów o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł brutto każda dostawa.

W ofercie tego wykonawcy zamieszczono wykaz usług, w którym ujęto dwie dostawy:

- 1) maszyny do bilonu i banknotów + obsługa serwisowa, wykonanej w okresie 2010 – 2012, o wartości 1.456.567 zł;

- 2) maszyny do liczenia bilonu i banknotów z serwisem, wykonanej w okresie 2010 – 2012, o wartości 1.068.648 zł.

W związku z treścią wykazu dostaw, Zamawiający wezwał DEMPS sp. z o.o. spółkę komandytową w Gdańsku, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień, wymagając podania „(...) *tylko wartości zrealizowanych dostaw maszyn w poz. 1 i 2 Wykazu (...) bez wartości za obsługę serwisową*”. Zamawiający podał, że na podstawie złożonych dokumentów nie może jednoznacznie stwierdzić, czy wartość dostarczonych urządzeń liczących wynosi co najmniej 500 000,00 zł.

W odpowiedzi DEMPS sp. z o.o. spółka komandytowa w Gdańsku podała, iż: „*W poz. 1 wykazu, część związana z dostawą (dostawą w rozumieniu Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Art. 2 pkt 2) maszyn do bilonu i banknotów wynosi 589 800 zł brutto. W Poz. 2 wykazu część związana z dostawą (dostawą w rozumieniu Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Art. 2 pkt 2) maszyn do bilonu i banknotów wynosi 631 700 zł brutto.*”. Wykonawca podkreślił dodatkowo, że by dodatkowo udokumentować doświadczenie oraz z ostrożności prawnej dołącza referencje firmy G4S Cash Management [Polska] Sp. z o.o.; wysokość dostaw części związanej z dostawą [dostawą w rozumieniu Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Art. 2 pkt 2] maszyn do bilonu i banknotów wynosi 1 284 500 zł brutto.

Wbrew stanowisku prezentowanemu przez Odwołującego, wykonawca DEMPS sp. z o.o. spółka komandytowa w Gdańsku wykazał spełnienie postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wniosek o niewykazaniu spełnienia spornego warunku opiera o przyjętą interpretację wymagania, uznając, że za jedną dostawę, o której traktuje warunek, należy rozumieć jedną czynność dostarczenia dla danego odbiorcy sprzętu, nie zaś cykliczne dostawy, wykonane na rzecz jednego odbiorcy. Treść warunku, w kształcie, jaki został sformułowany w SIWZ i ogłoszeniu nie pozwala jednak na taką jego interpretację. Pojęcie „dostawy” należy rozumieć jako dostarczenie na rzecz konkretnego odbiorcy sprzętu wymaganego przez Zamawiającego w treści warunku o wartości co najmniej 500 000 zł, niezależnie od tego, czy nastąpiło to w jednym czasie i miejscu [do jednej lokalizacji dostawy] czy też odnosiło się do kilku miejsc, w które wykonawca dostarczył przedmioty. Dostawą w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych jest nabycie przez odbiorcę [zamawiającego], praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Zamawiający nie wprowadził odrębnej, szczególnej definicji dostawy, opracowanej na użytek tego postępowania, w tym oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tak rozumiana dostawa, o której mówi treść postawionego warunku udziału w postępowaniu kładzie akcent na jedną umowę pomiędzy dostawcą i odbiorcą urządzeń. Treść SIWZ oraz

ogłoszenia mają zatem kluczowe znaczenie dla interpretacji postawionego warunku. Dokumenty te zostały ostatecznie ukształtowane, brak jest zatem podstaw do ewentualnej rewizji jej treści. W odpowiednim trybie i terminie [art. 182 ust. 2 ustawy] postanowienia te nie zostały zakwestionowane, zatem na obecnym etapie są one definitywnymi i wiążącymi wszystkich uczestników postępowania.

Także Zamawiający dał wyraz w postępowaniu, że postanowienie SIWZ, odnoszące się do spornego warunku udziału w postępowaniu należy odnosić przede wszystkim do dostawy dla jednego odbiorcy. Na postawiony wobec tego postanowienia wniosek o wyjaśnienie wątpliwości, o treści: *W rozdziale II pkt 5.1.2 wskazano obowiązek wylegitymowania się z realizacji co najmniej 2 dostaw urzędzeń liczących do bilonu i banknotów o wartości nie mniejszej niż 500 tys zł brutto każda dostawa. Czy możliwe jest zatem udokumentowanie posiadanej wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert powołując się na realizację dostaw ww. urzędzeń sumując wszystkie dostawy z wskazanego okresu? Domniemyamy iż w okresie ostatnich 3 lat nie było takich transakcji na rynku wspomnianych urzędzeń*, na co Zamawiający udzielił odpowiedzi, zgodnie z którą podtrzymał treść wymagania. Wynika bowiem z tego, że Zamawiający jedynie nie zaakceptował możliwości sumowania dostaw urzędzeń z okresu trzech lat, przez co należy rozumieć dostawy wykonywane na rzecz różnych odbiorców, nie zmienił jednakże samego rozumienia dostawy.

Tym samym należy uznać, że wykonawca DEMPS sp. z o.o. spółka komandytowa w Gdańsku wykazał spełnienie postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zgodnie z wymaganiem postawionym w SIWZ w jej rozdziale II pkt 5.1.2.

Niezależnie od powyższego, dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy DEMPS sp. z o.o. spółki komandytowej w Gdańsku, oraz sprzężone z tym zarzutem żądanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i nakazanie Zamawiającemu powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie sposób jednak pomijać w powyższym zakresie, że wykluczenie wykonawcy, wobec niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu [złożenia dokumentu nie potwierdzającego spełnienia warunku udziału w postępowaniu] winno być poprzedzone procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy. Przepis art. 25 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych pozwala Zamawiającemu żądać dokumentów i oświadczeń dotyczących warunków udziału w postępowaniu a także oświadczeń i dokumentów potwierdzających, spełnienie przez oferowane dostawy, usługi i roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawców, którzy

w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez niego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z kolei z art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych wynika obowiązek Zamawiającego do wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych mają charakter bezwzględnie obowiązujących i nakładają na Zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia. Zamawiający nie może bowiem podjąć decyzji o wykluczeniu wykonawcy nie mając absolutnej pewności co do spełnienia lub niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, zarówno doktryna, jak i orzecznictwo przepis art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych interpretują jednoznacznie: jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty i oświadczenia jak dokumenty „zawierające błąd” i mimo, że nie ma wątpliwości co do ich treści, Zamawiający winien zastosować art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Złożenie dokumentu, z którego treści wynika niespełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Wskazany przepis dotyczy bowiem nie tylko sytuacji niezłożenia żadnego dokumentu czy złożenia dokumentów zawierających wady formalne, ale każdej sytuacji niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu [tak przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1915/09, publ. w „Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze”, zeszyt nr 6, Warszawa, grudzień 2010 r., wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2011r., sygn. KIO 38/11, z dnia 25 stycznia 2011 r., sygn. 70/2011, wyrok z dnia 28 marca 2011 r. w spr. KIO 595/11].

Tymczasem Odwołujący, kwestionując spełnianie przez DEMPS sp. z o.o. spółkę komandytową w Gdańsku warunku udziału w postępowaniu, nie stawia zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, ani nawet argumentacji, która by prowadziła do takiego wniosku, poprzestając na ogólnej konstatacji, że wykonawca podlega wykluczeniu. Krajowa Izba Odwoławcza jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami – w myśl art. 192 ust. 7 ustawy, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Na powyższe zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „*W zakresie postępowania odwoławczego*

art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że Odwołujący nie wykazał zasadności podnoszonego w powyższym zakresie zarzutu.

[2] w odniesieniu do zarzutu, wskazującego na zaistnienie podstawy do odrzucenia oferty DEMPS spółki z o.o. spółki komandytowej w Gdańsku, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na nie określenie przedmiotu umowy, co, w ocenie Odwołującego, jest niezgodne z art. 66 § 1 kodeksu cywilnego:

Kluczowe znaczenie dla oceny postawionego zarzutu mają postanowienia SIWZ. Podkreślenia wymaga, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia stawia określone wymagania wobec oferowanego przedmiotu oraz wskazuje w SIWZ narzędzia, za pomocą których dokona badania zgodności oferty z jego wymaganiami. Zamawiający, uwzględniając w konkretnym wypadku charakter postępowania i zamawianego przedmiotu może w takim wypadku wymagać złożenia określonych dokumentów, jakie zwykle wydawane są tego rodzaju przedmiotowi [katalogi, ulotki, świadectwa zgodności, certyfikaty] a także próbek, może także poprzestać na oświadczeniach wykonawców, zdając wtedy na własną znajomość przedmiotu czy nawet posiłkując się pomocą biegłego. Każdy z wymienionych środków jest pełnowartościowym sposobem prezentacji oferty, miarodajnym dla zbadania jej zgodności z SIWZ. Do decyzji Zamawiającego należy zatem wybór sposobu prezentacji treści oferty, w tym oferowanego w postępowaniu przedmiotu.

W analizowanej sprawie Zamawiający postanowił, że *przedmiotem zamówienia jest dostawa, wraz z instalacją, uruchomieniem i przeszkoleniem w zakresie obsługi w miejscach dostaw, do Odbiorców [jednostek organizacyjnych Zamawiającego] wskazanych w załączniku nr 2a, 2b, 2c do Umowy, niżej wymienionego asortymentu w następujących*

ilościach docelowych: 1) liczarek do banknotów w opaskach w ilości docelowej 13 szt., 2) liczarek do banknotów luzem w ilości docelowej 68 szt., 3) sorterów liczących do bilonu w ilości docelowej 33 szt. [Rozdział I, pkt 3.1 SIWZ, sekcja II.1..5 ogłoszenia]. Jednocześnie Zamawiający w Rozdziale I pkt 3.2 podkreślił, że *Dostarczone urządzenia, narzędzia i materiały, o których mowa w pkt 3.1 muszą spełniać parametry techniczne określone w załączniku nr 1 do Umowy*, zaś w pkt 3.4 Zamawiający zastrzegł, iż szczegółowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia zostały określone w Załączniku nr 6 do SIWZ [wskazany załącznik stanowi projekt umowy]. W żadnym z wymienionych załączników do SIWZ jak i Umowy nie zawarto wymagania dotyczącego wskazania typu, modelu, czy producenta oferowanych urządzeń, czy innej ich konkretyzacji. Wskazane załączniki zawierają opisy minimalnych parametrów technicznych, jakie spełniać muszą oferowane urządzenia. Opracowany przez Zamawiającego, w celu prezentacji oferty formularz ofertowy [zał. nr 1 do SIWZ] a przede wszystkim formularz cenowy [zał. nr 1a do SIWZ] nie wymagają podania tego rodzaju danych. Formularz cenowy stanowi tabelę zawierającą narzucony przez Zamawiającego „na sztywno” opis oferowanego przedmiotu – kolumnę tytułowaną jako „przedmiot zamówienia”, zawierającą trzy komórki „*liczarka do banknotów w opaskach*”, „*liczarka do banknotów luzem*”, „*sorter do bilonu*”; kolumnę służącą podaniu dla tych trzech rodzajów urządzeń stawki podatku VAT; kolumnę wskazującą cenę jednostkową bez podatku VAT w zł; narzuconą przez Zamawiającego ilość szt. [odpowiednio: 13, 68, 33]; oraz cenę bez podatku VAT ogółem dla wymienionych rodzajów urządzeń. Formularz nie zawiera zatem miejsca, w którym należałoby podawać tego rodzaju informacje, jak model, typ czy producent urządzeń, albo w inny sposób je opisywać.

Postanowienia SIWZ na obecnym etapie zostały ostatecznie ukształtowane, brak jest zatem podstaw do ewentualnej rewizji jej treści. W odpowiednim trybie i terminie [art. 18 postanowienia te nie zostały zakwestionowane. Zarzuty stawiane w powyższej mierze w odwołaniu zmierzają zatem do zakwestionowania treści dokumentu podstawowego jakim jest SIWZ, na co, na obecnym etapie upłynęły terminy. Odmienne rozumowanie, w tym jakie jak prezentowane w odwołaniu, musiałyby być potraktowane jako zmierzające do modyfikacji treści postanowień SIWZ – te zaś, nie będąc zakwestionowanymi na właściwym etapie, są aktualnie wiążące uczestników postępowania. W tym kontekście, argumentacja zawarta w odwołaniu, wskazująca na nieokreślenie przez Przystępującego przedmiotu zamówienia, nie może abstrahować od brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokument ten, jako zasadniczy akt opisujący zasady prowadzenia postępowania o konkretne zamówienie, ma pierwszeństwo przed jakimikolwiek innymi regułami. Z treści SIWZ nie wynika obowiązek podania nazwy czy modelu oferowanego urządzenia.

Wykonawca DEMPS sp. z o.o. spółka komandytowa w Gdańsku zastosował się do treści dokumentów opracowanych na użytek przedmiotowego postępowania, w tym wypełnił formularz ofertowy i formularz cenowy zgodnie z ich kształtem.

W tych warunkach nie sposób stawiać zarzutu wykonawcy, który zastosował się do wytycznych Zamawiającego postawionych w treści SIWZ, nieokreślenia w sposób szczególny oferowanego przedmiotu, jeśli takiego wymagania Zamawiający nigdzie nie wyartykułował.

Powyższe nie stanowi ani o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ani przepisu art. 66 § 1 kodeksu cywilnego. Jak wskazano wyżej, Zamawiający ma swobodę w określeniu sposobu zaprezentowania mu oferowanego przedmiotu. Dopuszczalną jest praktyka zaoferowania przedmiotu zgodnego z wymaganiami Zamawiającego [te Zamawiający określił stawiając określone wymagania techniczne, jak np. prędkość liczenia, przystosowanie do racy ciągłej, liczba kieszeni, czy posiadanie odpowiednich funkcji – vide zał. 1a, 1b i 1c do SIWZ], bez konieczności wskazywania na etapie oferty rodzaju, typu czy modelu urządzenia.

Przypomnienia przy tym wymaga, że postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się, co do zasady, przez przystąpienie przez wykonawcę do jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu. Zasadą jest bowiem, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i składając w nim swoją ofertę chce uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom i oczekiwaniom stawianym przez zamawiającego, w tym przede wszystkim w zakresie oferowanego przedmiotu, tak by odpowiadał on treści SIWZ. Podkreślenia wymaga bowiem, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w SIWZ. W tym miejscu należy powołać stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 roku [sygn. akt X Ga 23/07], iż *„formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”*.

Konsekwentnie, celem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest zawarcie z nim przez zamawiającego umowy [udzielenie zamówienia]. Zatem każdy wykonawca, profesjonalista, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną z wytycznymi zawartymi w SIWZ.

Ustaleniu tej zgodności służyć może zarówno charakterystyka oferowanego przedmiotu, określenie jego typu, modelu i producenta, jak i oświadczenie o charakterze

zobowiązaniowym zaoferowania przedmiotu zgodnego z wymaganiami zamawiającego. Tego rodzaju oświadczenia, w warunkach gdy Zamawiający ukształtował postępowanie nie wymagając innej konkretyzacji oferowanego przedmiotu, a postanowienia SIWZ w tym zakresie nie zostały w odpowiednim czasie i trybie podważone [art. 182 ust. 2 ustawy] stanowią pełnowartościowe źródło wiedzy Zamawiającego o treści oferty. Oferta stanowi oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia – tu: dostawy określonego, spełniającego postawione przez Zamawiającego wymagania przedmiotu w przyszłości. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść SIWZ to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie [opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy] przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty. Przypomnienia wymaga, że w sprawie mamy do czynienia z ofertą kierowaną w konkretnym postępowaniu, zaś samo oświadczenie o oferowanym przedmiocie ma znaczenie oświadczenia o charakterze zobowiązaniowym, składanym w warunkach konsekwencji wynikających z umowy, w tym kar umownych czy nawet odstąpienia od umowy. Wykonawca składając tego rodzaju oświadczenia, czynić to muszą z uwzględnieniem konsekwencji o charakterze umownym, w tym dolegliwości związanych z nienależyтым wykonaniem umowy. Niezgodność dostarczonego przedmiotu z SIWZ, dostrzeżona na etapie wykonania umowy musi skutkować nałożeniem przewidzianych w SIWZ oraz przepisach prawa cywilnego sankcji.

Jeśli zaś Zamawiający nie wymagał podania jakichkolwiek informacji dotyczących modelu, typu czy producenta, nie sposób z tego powodu stawiać wykonawcy, który zastosował się do takiego brzmienia SIWZ, zarzutu niezgodności oferty z ustawą czy art. 66 § 1 Kc.

Powyższe skutkowało uznaniem, że stawiane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy - przez brak odrzucenia oferty DEMPS Sp. z o.o. Sp.k. w Gdańsku a także pomimo, iż oferta ta, nie określając przedmiotu umowy, jest niezgodna z art. 66 § 1

kodeksu cywilnego, nie znalazły potwierdzenia.

Powyższe, wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie stanowi także o braku możliwości zawarcia umowy, zaś w przypadku jej zawarcia – o jej nieważności.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [Dz. U. Nr 41, poz. 238]. Uwzględniono wniosek Zamawiającego o przyznanie wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości wynikającej z § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, to jest w kwocie 3.600 zł.

Przewodniczący: