

**WYROK**

z dnia 25 lutego 2016 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2016 r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 luty 2016 r. przez **odwołującego:** Przedsiębiorstwo Badawczo – Wdrożeniowe ACRYLMED dr L. W. sp. z o.o. ul. Mickiewicza 33, 63-100 Śrem w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** TERMY MALTAŃSKIE Sp. z o.o. ul. Termalna 1; 61-028 Poznań

**przy udziale przystępującego:** W. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno - Usługowy „GOTIX W IH G.” Zamość, Merlina 5; 89 -200 Szubin **po stronie zamawiającego.**

**orzeka**

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowne badanie, ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim wezwaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentów zezwalających na obrót środkami biobójczymi.
2. kosztami postępowania obciąża TERMY MALTAŃSKIE Sp. z o.o. ul. Termalna 1; 61-028 Poznań  
i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Badawczo – Wdrożeniowe ACRYLMED dr L. W. sp. z o.o. ul. Mickiewicza 33, 63-100 Śrem tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od TERMY MALTAŃSKIE Sp. z o.o. ul. Termalna 1; 61-028 Poznań na rzecz Przedsiębiorstwo Badawczo – Wdrożeniowe ACRYLMED dr L. W. sp. z o.o. ul. Mickiewicza 33, 63-100 Śrem kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe Acrylmed dr L. W. sp. z o.o. z siedzibą w Śremie zwane w dalszej części uzasadnienia „odwołującym” w postępowaniu prowadzonym przez TERMS MALTAŃSKIE Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zwane dalej „zamawiającym” złożyło odwołanie. Okolicznością stanowiącą podstawę wniesienia odwołania była czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego, której to zamawiający dokonał w dniu 09.02.2016 r. zawiadamiając o jej treści odwołującego. Czynność zamawiającego podjęta została w postępowaniu przetargowym prowadzonym pod nr ZP / TM / pn / 01 / 2016 o nazwie „Sukcesywna dostawa środków chemii basenowej dla spółki Termy Maltańskie sp. z o.o. w Poznaniu do kompleksu Termy Maltańskie w Poznaniu” ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 3327-2016.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej ustawą Pzp.: 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ); 2) art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 przez zaniechanie wezwania odwołującego się do uzupełnienia treści oferty w zakresie przedstawienia decyzji zezwalających na obrót środkami biobójczymi, tj. decyzji pierwotnych oraz decyzji zmieniających decyzje pierwotne.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o: 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego, 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego się, 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i w konsekwencji: a) dokonanie wyboru oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej złożonej oferty w przedmiotowym postępowaniu; b) względnie - nakazanie wezwania odwołującego się do uzupełnienia treści oferty na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. oraz dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej; 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego się zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. kwoty 7500 zł tytułem uiszczanego wpisu od wniesionego odwołania, oraz kwoty 3600 zł tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika strony odwołującej.

Zamawiający uzasadniając przyczyny odrzucenia oferty odwołującego podał, iż oferta została odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. jako niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający wskazał, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ) zażądano dołączenia do oferty pozwolenia na obrót środkami, które takiego pozwolenia wymagają, a są ujęte w załączniku 1. 1.) Zamawiający podał również, że odwołujący się dołączył do oferty decyzje zmieniające pozwolenie na obrót środkami biobójczymi. Stwierdził również, że nie mógł wezwać odwołującego do uzupełnienia treści oferty, gdyż nie jest to dokument wymieniony jako dokument na potwierdzenie spełniania warunków udziału w

postępowaniu zgodnie z art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący nie zgadza się z taką argumentacją zamawiającego. Zacytował treść art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. : „1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:1)warunków udziału w postępowaniu,2)przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.” Tym samym nie podziela argumentacji zamawiającego, iż dokumenty, których żądał w załączniku nr 1 do SIWZ nie mieszczą się w dyspozycji art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych zamawiający ma prawo żądać dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Jeśli więc zamawiający uznał, że dołączone do oferty decyzje zmieniające pozwolenie pierwotne są niewystarczające do dokonania prawidłowej oceny oferty, wówczas ma on obowiązek na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, wezwać wykonawcę do przedłożenia dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający żądając dostarczenia wraz z treścią oferty „pozwolenia na obrót środkami, które takiego pozwolenia wymagają, a są ujęte w załączniku 1.1.” wskazał to żądanie jedynie w załączniku nr 1 do SIWZ. W samej treści SIWZ nie ma natomiast mowy w rozdziale VI SIWZ, by taki dokument przedłożyć. Zamawiający nie wymienił tego dokumentu również w treści ogłoszenia nr 3327-2016. Zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i SIWZ obligatoryjnie należy wymienić wszystkie dokumenty, jakich żąda zamawiający. Kolejną kwestią jest ustalenie faktycznego rodzaju dokumentów, których żądał zamawiający nazywając je „pozwoleniami na obrót środkami, które takiego pozwolenia wymagają, a są ujęte w załączniku 1.1.” Nasuwa się tutaj wątpliwość, czy dokumenty, które w istocie swojej stanowią zezwolenie na obrót środkami biobójczymi, nie powinny być zakwalifikowane jako dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 prawa zamówień publicznych. Można bowiem przyjąć, że są do dokumenty potwierdzające uprawnienia do wykonywania określonej działalności (obrotu środkami biobójczymi), a przepisy ustawy z dnia 13 września 2002 r. o produktach biobójczych nakładają obowiązek ich posiadania, na podmioty, które zajmują się obrotem tymi środkami. W tym ujęciu są to dokumenty, których zamawiający zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaj ów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane ( Dz. U. 2013 poz. 231), żąda na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (§1 ust.1 pkt 1W celu spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art.22 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004roku – Prawo zamówień

publicznych, zwanej dalej „ustawą” zamawiający może żądać następujących dokumentów: 1) potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w szczególności koncesji, zezwolenia lub licencji;”. Nie można więc po pierwsze pomijać takich dokumentów w ogłoszeniu w sekcji III.3.1, gdzie zamawiający wyraźnie wskazał, że potwierdzeniem warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności będzie oświadczenie, po drugie ujmować w SIWZ wewnętrznej sprzeczności poprzez opisanie w Rozdziale V i VI, że ten warunek będzie oceniany na podstawie oświadczenia, a następnie żądać w załączniku do SIWZ dokumentów potwierdzających spełnianie tego warunku. Tym bardziej niedopuszczalne jest wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec odwołującego się, poprzez odrzucenie jego oferty, w świetle faktu, że zamawiający stwierdza najpierw, że warunek ten będzie oceniany na podstawie oświadczenia, a następnie w załączniku do SIWZ stwierdza, że warunek ten będzie oceniany na podstawie dokumentów potwierdzających posiadane uprawnienia.

Odwołujący się pomimo tych oczywistych sprzeczności przedstawił dokument w postaci ostatnich decyzji zmieniających pozwolenia na obrót środkami biobójczymi, tak by zamawiający miał najbardziej aktualną treść pozwoleń, Zamawiający jednak, pomimo iż na stronie internetowej <http://www.urpl.gov.pl/pb-reiestr-produktow-bioboicznych> jest opublikowany aktualny rejestr produktów biobójczych zawierający wykaz produktów biobójczych na które wydano pozwolenie, uznał iż należy odrzucić najtańszą ofertę, bez dalszej weryfikacji czy też przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Na podanej wyżej stronie internetowej można bez większego wysiłku dokonać weryfikacji pozwoleń, co do których odwołujący się przedstawił decyzje ostatnie, zmieniające decyzje pierwotne. Bez zbędnej zwłoki dla toczącego się postępowania odwołujący się przedstawiłby zamawiającemu żądane dokumenty w postaci decyzji pierwotnych dotyczących pozwoleń na obrót środkami biobójczymi przedstawionymi w ofercie odwołującego się.

Z ostrożności procesowej odwołujący przedłożył w załączeniu do niniejszego odwołania komplet kopii decyzji pierwotnych oraz zmieniających wydane pozwolenia na obrót środkami biobójczymi, dla produktów biobójczych przedstawionych w ofercie.

Jednocześnie z jeszcze dalej posuniętej ostrożności procesowej, odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z wymienionych wyżej kopii decyzji, na okoliczność wykazania, że odwołujący się spełnia wszystkie kwestionowane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, a zaoferowane przez niego dostawy spełniają wszystkie wymagania zamawiającego, jakie wskazał on w dokumentach przetargowych.

Tym samym całkowicie bezpodstawne i naruszające interes odwołującego się było odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Tym

samym odwołanie niniejsze jest konieczne i uzasadnione w celu ochrony interesu Odwołującego się oraz zapobieżenia odwołujący wniósł jak na wstępie odwołania.

Pismem z dnia 16 lutego 2016 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca wybrany wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 23 lutego 2016 roku złożonym na rozprawie zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z wykazem przedstawionym na rozprawie. Zamawiający przedstawiając swoje merytoryczne stanowisko stwierdził, że nie mógł wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art.26 ust.3 ustawy Pzp., ponieważ pozwolenia na obrót środkami biobójczymi składają się na treść ofert i nie są dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art.25 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.) ani też dokumentami potwierdzającymi, że zaoferowane w tym wypadku dostawy zostaną wykonane zgodnie z wymaganiami SIWZ (art.25 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.). W szczególności załączniki do decyzji to jest załączniki do pozwoleń na obrót środkami biobójczymi takie jak oznakowania opakowań stanowią nieodłączną część dostawy. Zamawiający dostrzegł, że odwołujący w swoim piśmie niejednoznacznie odnosi się co do znaczenia pozwoleń na obrót, ponieważ przypisuje ich znaczenie zarówno do art.25 ust.1 pkt 1 jak i do art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Na uwagę zamawiającego zasługuje również okoliczność, że odwołujący nie zgłaszał żadnych wątpliwości przed złożeniem oferty tym bardziej, że poprzednio dostarczał środki biobójcze zamawiającemu i wtedy wiedział, że trzeba pozwolenia na obrót dostarczyć. Zamawiający nie określił jakie wymagania mają spełniać środki biobójcze, ponieważ wymagania wynikają z ustawy z dnia 9 października 2015 roku o produktach biobójczych (Dz. U. 2015 r. poz. 1916) i przepisów wykonawczych jak również nie określił charakteru pozwoleń, których wymaga w związku z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający ponadto wywodzi, że w myśl § 6 ust.1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 rok poz. 231) przepis mówi między innymi o próbkach, fotografiach czy zaświadczeniach podmiotów uprawnionych do kontroli. Generalnie chodzi o dostawę środków biobójczych zgodnych z obowiązującymi przepisami a nie z wymaganiami zamawiającego. Dalej zamawiający wywodzi, że akurat decyzja na obrót ma charakter mieszany to jest częściowo podmiotowy z przewagą przedmiotowego charakteru to jest odnosząc się do wywodów odwołującego w zakresie w jakim przywołuje on art. 25 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Dalej zamawiający analizuje kwestię okoliczności nie ujęcia przez niego w SIWZ opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający uważa ten zarzut za spóźniony,

na etapie po złożeniu ofert i przywołuje na tę okoliczność art.182 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający kwestionuje również stanowisko odwołującego w zakresie, że warunki udziału wraz ze sposobem ich sprawdzenia ujęte zostały w Załączniku 1.1. do SIWZ. Z kolei załączenie brakujących pozwoleń na obrót do odwołania jest spóźnione, ponieważ powinno być złożone na etapie składania ofert.

W skwitowaniu stanowiska zamawiający podnosi, że na podstawie załączonych do odwołania pozwoleń wynika, że w zakresie środka chlorex oznakowanie jest niezgodne z obowiązującymi przepisami. Pomimo okresu przejściowego w latach 01.06.2015 do 01.06.2017 roku do stosowania tego środka to można go wprowadzać do obrotu pod warunkiem wyprodukowania przed 01.06.2015 roku a z uwagi na trzymiesięczny okres jego ważności praktycznie środka tego nie będzie mógł odwołujący dostarczać. Ta argumentacja zamawiającego podniesiona konsekwentnie na rozprawie miała dowodzić, że nawet w przypadku możliwości zastosowania art.26 ust.3 ustawy Pzp. to nie jest to możliwe z powodu spełnienia się przesłanki do odrzucenia oferty z powodu trzymiesięcznego okresu ważności środka chlorex. Reasumując zamawiający podtrzymuje zasadność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

#### **Izba ustaliła**

Izba w związku z wniesionym odwołaniem przeprowadziła na rozprawie postępowanie dowodowe z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzonej za zgodność z oryginałem i przekazanej do akt sprawy przez kierownika zamawiającego, dokonując następujących ustaleń.

Zamawiający pismem z dnia 09.02.2016 roku dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty odrzucając dwie oferty w tym ofertę odwołującego. W stosunku do oferty odwołującego przedstawił zamawiający następującą argumentacją. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego przyjął art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp to jest sprzeczność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotowych Warunków Zamówienia. Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty przywołał jako podstawę punkt 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia zawartego w załączniku Nr 1 do SIWZ zgodnie z którym wykonawca miał do oferty załączyć pozwolenia na obrót środkami, których to pozwoleń wymagają środki wymienione w załączniku nr 1.1. do załącznika Nr 1 SIWZ. Jak zamawiający dalej uzasadnia swą czynność odwołujący do oferty nie załączył pozwoleń na obrót środków biobójczych a

jedynie przedstawił decyzje zmieniające pozwolenia na obrót. Jak na koniec zamawiający w piśmie z dnia 09.02.2016 roku zauważył nie mógł wezwać wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp., ponieważ są to dokumenty nie wymienione na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie tak sformułowanego uzasadnienia zamawiający odrzucił ofertę odwołującego.

Co do treści Ogłoszenia o zamówieniu to z jego treści wynika: Sekcja III. 3) Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków III.3.1) Uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania . Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tego warunku. Zamawiający nie dokonuje opisu tego warunku – ocena na podstawie oświadczenia.

Rozdział V SIWZ Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków.1. o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności. Jeżeli ustawy nakładają obowiązek ich posiadania - Zamawiający nie dokonuje opisu tego warunku – ocena na podstawie oświadczenia.

Załącznik Nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia pkt 2. Zamawiający wymaga aby do oferty załączyć pozwolenia na obrót środkami, które takiego pozwolenia wymagają, a są ujęte w załączniku 1.1.

Załącznik 1.1. to Wykaz środków chemii basenowej obejmujący 20 pozycji.

Na podstawie protokołu postępowania Izba ustaliła, że oferty złożyło trzech wykonawców w tym oferta odwołującego najkorzystniejsza cenowo. Kryteria oceny ofert to cena 95 procent i ochrona środowiska – rok produkcji samochodu transportowego wykorzystywanego podczas realizacji zamówienia - 5 procent. Ustalono na podstawie Rozdziału XIII Opis kryteriów. W wyniku czynności badania i oceny ofert dwie oferty odrzucone pozostała oferta wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego – czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – pismo zamawiającego z dnia 09.02.2016 roku.

Na podstawie dokonanych ustaleń Izba zważyła jak poniżej .

**Izba zważyła**



Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nakazała zamawiającemu wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. z powodu braku których to dokumentów oferta została odrzucona to jest decyzji – pozwolenia na obrót środkami biobójczymi. Zamawiający ustalił w załączniku nr 1.1. do załącznika nr 1 do SIWZ Wykaz środków chemii basenowej obejmujący 20 pozycji, na które wymagane są pozwolenia na obrót na podstawie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. W przedmiotowym przypadku przepisami tymi jest ustawa z dnia 9 października 2015 roku o produktach biobójczych ( Dz. U. 2015 r. poz. 1916) zwana dalej „ustawą o produktach biobójczych” i przepisy wykonawcze na jej podstawie wydane.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że w związku z faktem nie ustalenia wykazu dokumentów w Ogłoszeniu o zamówieniu jak również w SIWZ na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, zmianie ulega charakter wymaganych pozwoleń w zał. Nr 1 do SIWZ, o których mowa w pkt.2 (pkt 2. Zamawiający wymaga aby do oferty załączyć pozwolenia na obrót środkami, które takiego pozwolenia wymagają, a są ujęte w załączniku 1.1. Załącznik 1.1. to Wykaz środków chemii basenowej obejmujący 20 pozycji).

Pozwolenia na obrót środków biobójczych są decyzjami administracyjnymi wydawanymi przez Ministra Zdrowia, które w myśl ustawy o produktach biobójczych zawierają między innymi nazwę produktu biobójczego; jego przeznaczenie; nazwę i adres wnioskodawcy; nazwę i adres wytwórcy produktu biobójczego; rodzaj opakowania czy okres ważności produktu biobójczego.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art.22. ust.1 pkt 1 reguluje kwestię prawa ubiegania się o udzielenie zamówienia pod warunkiem posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Konsekwencją powyższego wymogu ustawowego jest postanowienie § 1 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane ( Dz. U. 2013 poz. 231) zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”, w myśl którego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w celu spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art.22 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą” zamawiający może żądać następujących dokumentów: 1) potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w szczególności koncesji, zezwolenia lub licencji;”.

Tak więc w ocenie Izby przedmiotowe pozwolenie na obrót środkami biobójczymi stanowi rodzaj dokumentu wymienionego w powyżej przywołanych przepisach to jest: potwierdzenie

zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami SIWZ. art.22 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. jak i § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Dlatego też bez jednoznacznego nadania temu dokumentowi innego przeznaczenia niż wynika to z jego naturalnego charakteru to jest charakteru dokumentu potwierdzającego posiadanie uprawnień do wykonywania określonej czynności (obrót środkami biobójczymi) nie można skutecznie wywodzić, że jego przeznaczeniem jest np. potwierdzenie zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami co do tego przedmiotu wynikającymi z SIWZ.

Także sam fakt umieszczenia wymogu przedłożenia dokumentu zezwalającego na obrót środkami biobójczymi w Części SIWZ odnoszącej się do Opisu Przedmiotu Zamówienia nie zmienia samoistnie jego naturalnego charakteru i przeznaczenia. Nadal ten dokument jest pozwoleniem na czynność czyli dokumentem o którym mowa w art.22 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. i w konsekwencji w § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów czyli dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu a więc tzw. dokumentem podmiotowym a nie tzw. dokumentem przedmiotowym.

Zamawiający regulując postanowienia SIWZ w przedmiotowym postępowaniu jest niekonsekwentny, ponieważ z jednej strony zamiast dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dopuszcza oświadczenia (na co wskazuje powyżej cytowany III.3.1) Ogłoszenia o zamówieniu Uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tego warunku. Zamawiający nie dokonuje opisu tego warunku – ocena na podstawie oświadczenia. I konsekwentnie w SIWZ Rozdział V). Natomiast w Zał. nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia domaga się pozwoleń na obrót środków biobójczych wymienionych w zał. 1.1. w każdym przypadku gdy przepisy bezwzględnie obowiązujące takiego pozwolenia wymagają („pkt 2. Zamawiający wymaga aby do oferty załączyć pozwolenia na obrót środkami, które takiego pozwolenia wymagają, a są ujęte w załączniku 1.1. Załącznik 1.1. to Wykaz środków chemii basenowej obejmujący 20 pozycji).

W zaistniałym stanie rzeczy Izba nie znajduje podstaw do uznania czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego za zgodną z prawem w oparciu o art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. z uzasadnieniem nie załączenia do oferty decyzji pozwolenia na obrót tylko załączenia ich zmian w związku ze zmianą nazwy podmiotu. W ocenie Izby zamawiający miał obowiązek wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy traktując wymagane pozwolenia na czynności jako dokumenty potwierdzające wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego to jest w kontekście art.25 ust.1 pkt 2 ustawy w związku z § 6 ust.1, który ma charakter nie wyczerpujący (w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają

wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności).

Niemniej Izba zwraca uwagę na sformułowania zarówno ustawy (art.25 ust.1 pkt 2 przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego) jak i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (§6 ust.1 w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego), które mówią o wymaganiach określonych przez zamawiającego a nie o wymaganiach niedookreślonych przez zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp. są tak sformułowane aby ani zamawiający, ani wykonawcy na etapie badania i oceny ofert nie mieli podstaw do interpretacji w sposób rozbieżny postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez jego np. niedookreślenie. Dlatego też wymaga się od zamawiającego określenia postanowień w SIWZ w stosunku do wykonawców w sposób jednoznacznie brzmiący.

Na marginesie Izba nie znajduje podstaw do rozstrzygnięcia zarzutu zamawiającego sformułowanego na etapie odpowiedzi na odwołanie co do podstaw odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na termin ważności Chlorex-u, ponieważ Izba bada czynność zamawiającego stanowiącą podstawę wniesienia odwołania czyli czynność zamawiającego z dnia 09.02.2016 roku.

Izba uwzględniła odwołanie z uwagi na treść art.192 ust.2 ustawy Pzp. stwierdzając naruszenie przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. w związku z nie wezwaniem odwołującego do uzupełnienia pozwolenia na obrót środkami biobójczymi w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie przepisów ustawy Pzp. Izba oceniła jako mające wpływ na wynik postępowania z uwagi na to, że oferta odwołującego zawiera najkorzystniejszą cenę a nie podlegała ocenie według obowiązujących kryteriów oceny ofert . W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji orzeczenia przywracając do postępowania ofertę odwołującego i nakazując zamawiającemu wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów zezwolenia na obrót środkami biobójczymi przed ponowną oceną i wyborem najkorzystniejszej oferty.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 i 2) 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. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i

Sygn. akt. KIO 194/16

zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11.100. złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis i wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego według przedłożonego na rozprawie rachunku.

**Przewodniczący:** .....