

Sygn. akt: KIO 2779/14

WYROK
z dnia 16 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **24 grudnia 2014 r.** wniesionego przez wykonawcę **Usługi Leśne M. P., Gogolewo 4a, 76-248 Dębica Kaszubska** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Łupawa, Łupawa 49, 76-242 Łupawa**

przy udziale wykonawcy **ZULRIK sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie, ul. Konwaliowa 2/11/G, 77-100 Bytów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Usługi Leśne M. P., Gogolewo 4a, 76-248 Dębica Kaszubska**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Usługi Leśne M. P., Gogolewo 4a, 76-248 Dębica Kaszubska**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Usługi Leśne M. P., Gogolewo 4a, 76-248 Dębica Kaszubska** na rzecz zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Łupawa, Łupawa 49, 76-242 Łupawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Słupsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo, Łupawa 49, 76-242 Łupawa** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Usługi z zakresu leśnictwa w Nadleśnictwie Łupawa w r. 2015« »Zadanie częściowe nr 5 – usługi z zakresu leśnictwa w leśnictwie Kotowo«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14.11.2014 r. pod nrem 2014/S 220-389341.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 16.12.2014 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty **wykonawcy ZULRIK sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie**;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty **wykonawcy ZULRIK sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie**.

Wykonawca **M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Leśne M. P.”, Gogolewo 4A, 76-248 Dębica Kaszubska**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 24.12.2014 r. do Prezesa KIO odwołanie w zakresie części nr 5 na:

- 1) dokonanie czynności wezwania do uzupełnienia oferty **wykonawcy ZULRIK sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie** (dalej **wykonawca ZULRIK**) przez żądanie uzupełnienia dokumentu złożonego przez tego wykonawcę wykazu narzędzi w zakresie poz. nr 4, pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych do dokonania tej czynności;
- 2) dokonanie czynności przyznania za kryterium drugie (waga 10%) – 2,5 pkt ofercie **wykonawcy ZULRIK** za urządzenie wskazane w poz. 4 wykazu narzędzi załączonego do oferty na podstawie uzupełnionego dokumentu – oświadczenia wykonawcy z 10.12.2014 r. i w efekcie przyznaniu tej ofercie 5 pkt zamiast 2,5 pkt i czego skutkiem było przyznanie łącznie za oba kryteria 95 pkt zamiast 92,5 pkt;
- 3) zaniechanie czynności wykluczenia **wykonawcy ZULRIK** i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo braku wniesienia wadium;

- 4) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferty **wykonawcy ZULRIK** pomimo dokonania z naruszeniem ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych czynności określonych w **pkt 1 i 2** ewentualnie w **pkt 3**.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) **art. 26 ust. 3 Pzp** – przez bezpodstawne wezwanie przez **zamawiającego wykonawcy ZULRIK** do uzupełnienia dokumentu dotyczącego wykazu narzędzi w zakresie **poz. nr 4**, mimo potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku posiadania potencjału technicznego – warunek **pkt 7.2 lp. 3**;
- 2) **art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp** – przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, jako konsekwencji wezwania **wykonawcy ZULRIK** do uzupełnienia oferty, pomimo takiego obowiązku oraz przyznanie 2,5 pkt ofercie **wykonawcy ZULRIK** za urządzenie wskazane w poz. 4 wykazu narzędzi załączonego do oferty na podstawie uzupełnionego dokumentu – oświadczenia wykonawcy z **10.12.2014 r.** i w efekcie przyznaniu ofercie 5 pkt zamiast 2,5 pkt i w efekcie przyznanie łącznie za oba kryteria 95 pkt zamiast 92,5 pkt;
- 3) **art. 24 ust. 2 oraz art. 24 ust. 4, a także art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp** przez zaniechanie wykluczenia **wykonawcy ZULRIK**, pomimo niewniesienia wadium i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo jego wykluczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie **zamawiającemu**:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla **zadania nr 5**;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez **odwołującego**.

Argumentacja odwołującego

Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta **wykonawcy ZULRIK**, która otrzymała łącznie **95 pkt**, tzn. nieznacznie przewyższała ofertę **odwołującego** (oferta odwołującego **94,81 pkt**). Jednak wskazana czynność została dokonana przez **zamawiającego** z naruszeniem **art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp**.

W ofercie **wykonawcy ZULRIK** bezpodstawnie przyznano **2,5 pkt** za urządzenie wskazane w poz. 4 wykazu narzędzi na podstawie uzupełnionego dokumentu – oświadczenia wykonawcy z **10.12.2014 r.** i w efekcie przyznano ww. ofercie **5 pkt** zamiast 2,5 punktów i w konsekwencji przyznano łącznie za oba kryteria **95 pkt** zamiast **92,5 pkt** Zgodnie z **pkt 15.1 specyfikacji** istotnych warunków zamówienia zwanej dalej SIWZ lub

specyfikacją bez bliższego określenia, za kryterium drugie (waga 10%) dla zadań o Nr 1-5 oraz 8-10, **zamawiający** przyznaje punkty za dysponowanie, w formie właściciela lub leasingobiorcy, specjalistycznym urządzeniem do zrywki nasiębieiernej typu forwarder lub przegubowym ciągnikiem specjalistycznym do zrywki drewna dłuźycowego metodą półpodwieszoną typu skider albo ciągnikami rolniczymi, spełniającymi wymogi techniczne, określone w warunkach udziału w postępowaniu **pkt 7.2 SIWZ**, z tym że za każdy pojazd ponad liczbę określoną w warunkach udziału w postępowaniu (1 pojazd = 25 pkt, 2 pojazdy = 50 pkt, 3 pojazdy = 75 pkt, 4 pojazdy i więcej = 100 pkt) x 10%. Zgodnie z ww. punktem **specyfikacji**, ocena zostanie dokonana na podstawie załącznika do oferty – wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jakimi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca (wg wzoru **załącznik Nr 8 SIWZ**).

Natomiast za ofertę najkorzystniejszą **zamawiający** uzna ofertę, która uzyska największą liczbę punktów $P = P1 + P2$ (**pkt 15.2 specyfikacji**). Jednocześnie z **pkt 15.3** wynika, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem **art. 87 ust. 2 Pzp**, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty.

Ponieważ za kryterium drugie **wykonawca ZULRIK** otrzymał **5 pkt**, to należy dojść do wniosku, że **zamawiający** w rozumieniu specyfikacji przyznał punkty za dwa urządzenia ponad urządzenia żądane w **pkt 7.2 lp. 3 tiret pierwsze i drugie specyfikacji**.

Zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu, określonymi w **pkt 7.2. lp. 3 SIWZ** wykonawca powinien dysponować m.in. następującym potencjałem technicznym:

(tiret pierwsze) zestawem sprzętu do zrywki drewna stosowego składający się z jednostki napędowej zagregowanej z urządzeniem pozwalającym na wykonanie zrywki metodą nasiębieierną [bez styku surowca z podłożem] wyposażony w żuraw do załadunku i rozładunku drewna typu forwarder lub ciągnik zagregowany z przyczepą typu jar oraz

(tiret drugie) przegubowym ciągnikiem specjalistycznym do zrywki drewna dłuźycowego metodą półpodwieszoną lub nasiębieierną albo ciągnik rolniczy o mocy min. 80 KM posiadający napęd na dwie osie oraz wyposażony we wciągarkę linową i płytę lub łyżkę mygłującą, którymi można dokonywać zrywki drewna dłuźycowego metodą półpodwieszoną,

W złożonej ofercie, w zakresie warunku określonego w tiret pierwszym **wykonawca ZULRIK** wskazał, że posiada Zestaw sprzętu do zrywki drewna stosowego – ciągnik MTZ 1025 zagregowany z przyczepą oraz forwarder 111 OD, co w ocenie **zamawiającego** i czego nie kwestionuje odwołujący, potwierdza ww. warunek.

Natomiast w zakresie warunku tiret drugi, **wykonawca ZULRIK** wskazał, że posiada celem realizacji zamówienia m.in. ciągnik leśny LKT 81 T (80 KM) oraz ciągnik ursus z wciągarką i płytą mygłującą (120 KM) (nie wskazano, że ciągnik posiada napęd na dwie osie). Wskazać przy tym należy, że wskazany w poz. 4 wykazu narzędzi ciągnik ursus z wciągarką i płytą mygłującą, z powodu nie wykazania napędu na dwie osie – jest niezgodny z żądanym warunkiem tiret drugiego, jednakże ciągnik leśny LKT 81 T (80 KM) jest zgodny z żądaniem **zamawiającego** określonym w **specyfikacji**, a zatem skoro do spełnienia tego warunku wystarczyło mieć tylko jedno urządzenie, to warunek ten (tiret drugie) został również spełniony. W konsekwencji **wykonawca ZULRIK** wykazał spełnianie warunku w **pkt 7.2 lp. 3 zarówno tiret pierwsze jak i drugie specyfikacji**. Z powyższego wynika, że oferta **wykonawcy ZULRIK**, na dzień jej złożenia, zawierała wszystkie dokumenty potwierdzające udział w postępowaniu w zakresie przytoczonego warunku. Jednak pomimo tego faktu **zamawiający** w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp**, wezwał **wykonawcę ZULRIK** do złożenia dokumentów. **Zamawiający** w przedmiotowym wezwaniu żądał cyt.: „Proszę uzupełnić dokument w taki sposób, aby **zamawiający** mógł ocenić czy ciągnik posiada napęd na dwie osie”. Zatem czynność ta (wezwanie do uzupełnienia dokumentu) narusza przepis, bo brak było podstaw do skierowania takiego wezwania do wykonawcy, skoro ogólnodostępne informacje w tej ofercie (tj. wykaz narzędzi poz. 3) pozwalały ocenić **zamawiającemu** ofertę na tym etapie w zakresie warunku **pkt 7.2 lp. 3 tiret drugie specyfikacji**. Natomiast zgodnie z dyspozycją **art. 26 ust. 3 Pzp**, **zamawiający** może zwrócić się do wykonawców o uzupełnienie oferty wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawcy w określonym terminie:

- 1) nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w **art. 25 ust. 1 Pzp**, tzn. potwierdzających spełnianie warunków w postępowaniu, lub
- 2) nie złożyli pełnomocnictw, albo
- 3) złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w **art. 25 ust. 1 Pzp**, zawierające błędy lub
- 4) złożyli wadliwe pełnomocnictwa.

W sprawie nie zachodziła żadna z ww. przesłanek, w związku z czym **zamawiający** naruszył przepis **art. 26 ust. 3 Pzp**. Podkreślenia wymaga, że wykaz w poz. 1 i 2 potwierdza warunek **pkt 7.2 lp. 3 tiret pierwsze** oraz w **poz. 3** potwierdza warunek **pkt 7.2 lp. 3 tiret drugie**. Zatem wykonawca ten potwierdził w całości spełnianie przedmiotowego warunku (warunek **pkt 7.2 lp. 3 tiret pierwsze i drugie**). Nadmienić natomiast należy, że urządzenie wskazane w wykazie narzędzi **poz. 4** nie spełniało wymagań określonych w warunku, ponieważ nie wskazano, że urządzenie to zawierało napęd na dwie osie. Natomiast brak postanowienia o posiadaniu napędu na dwie osie uniemożliwiało uznanie tego urządzenia za zgodnego z warunkiem **7.2 tiret drugie specyfikacji** i w konsekwencji przyznanie

dodatkowych punktów za drugie kryterium oceny ofert. Co najmniej ciągniki o mocy 120 KM typu 1201, 1212 oraz 1222 posiadają tylko jedną oś.

Dowód: specyfikacja ze strony internetowej Ursus – ciągników o mocy 120 KM typu 1201 typu 1212 oraz typu 1222.

Zatem, wobec ww. niejednoznaczności w opisie tego urządzenia, za to urządzenie nie można było przyznać dodatkowych punktów za drugie kryterium (tj. dodatkowych 2,5 pkt).

Natomiast **wykonawca ZULRIK** na wezwanie do uzupełnienia dokumentów złożył oświadczenie z 10.12.2014 r., w którym wskazał, że „ciągnik Ursus z wciągarką i płytą mygłującą (120 KM) to ciągnik rolniczy Ursus 1614 o mocy 120 KM posiadający napęd na dwie osie wyposażony we wciągarkę linową i płytę mygłującą – do dokonywania zrywki drewna dłużycowego metodą półpodwieszoną”. Zatem **wykonawca ten** w sposób niedozwolony na tym etapie dookreślił to urządzenie przez wskazanie, że urządzenie to posiada napęd na dwie osie. W wyniku tej bezprawnej czynności, **zamawiający** przyznał **wykonawcy ZULRIK** dodatkowo 2,5 pkt, co pozwoliło w efekcie osiągnąć 95 pkt łącznie, tzn. o 0,13 pkt więcej aniżeli oferta **odwołującego**.

Tym oświadczeniem **wykonawca ZULRIK** dokonał także zmiany treści oferty w tym zakresie. W ofercie pierwotnej **wykonawca ZULRIK** wskazał, że posiada ciągnik Ursus o mocy 120 KM, natomiast w oświadczeniu z 10.12.2014 r. podał, że jest to ciągnik Ursus typu 1614. Natomiast ciągnik typu 1614 jest ciągnikiem nie o mocy 120 KM, jak to podał **wykonawca ZULRIK**, lecz o mocy 150 KM – a więc zupełnie innym ciągnikiem niż wskazany w wykazie narzędzi ciągnik w poz. 4. **Zamawiający** pominął ten fakt, mimo że dołączył do dokumentacji postępowania opis tego typu pojazdu ze strony Ursus, zgodnie z którą to specyfikacją pojazd marki Ursus 1614 ma silnik o mocy 150 KM, a nie 120 KM, na co wskazał **wykonawca ZULRIK**. Dlatego też należy uznać, że **wykonawca ZULRIK** – podając w oświadczeniu, że posiada ciągnik Ursus 1614 – zmienił treść oferty, bo nie jest taki sam pojazd jak ciągnik o mocy 120 KM, na który **wykonawca ZULRIK** wskazywał w pierwotnej ofercie.

Wyrok KIO z 3 stycznia 2014 (KIO 2892/13), mówiący że zamawiający ma prawo i obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia błędnych czy brakujących dokumentów, jednak nie może to prowadzić do zmiany treści oferty, gdyż narusza nie tylko art. 87 ust. 1 Pzp, czy art. 26 ust. 3 Pzp (spełnianie wymogów na dzień składania ofert), ale przede wszystkim główną zasadę zamówień publicznych, czyli uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Dlatego **zamawiający** powinien ocenić ofertę **wykonawcy ZULRIK** w oparciu o przedstawiony pierwotnie wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych w celu realizacji zamówienia. Natomiast brak wskazania czy ww. pojazd posiada napęd na jedną

czy dwie osie, powinno skutkować brakiem przyznania dodatkowych punktów dla **wykonawcy ZULRIK**.

Tym samym działanie **zamawiającego** naruszyło zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. **Zamawiający** bezzasadnie skierował wezwanie do **wykonawcy ZULRIK**, pomimo faktu, że posiadał on niezbędne dokumenty potwierdzające jego potencjał techniczny, czym **zamawiający** pozwolił uzyskać dodatkowe punkty **wykonawcy ZULRIK**, co w efekcie doprowadziło do wyboru konkurenta **odwołującego**.

Do oferty **wykonawcy ZULRIK** nie dołączono dowodu wniesienia wadium, zatem należy uznać, że **wykonawca ZULRIK** nie wykazał wniesienia tego wadium zgodnie ze specyfikacją.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu** 24.12.2014 r. (**art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp**).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 24.12.2014 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

29.12.2014 r. **wykonawca ZULRIK sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp). Pismo zostało złożone po upływie terminu 3 dni od powiadomienia o wniesieniu odwołania, czyli wykonawca nie mógł stać się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zgodnie z **art. 185 ust. 2 Pzp**.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 13.01.2015 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). **Zamawiający** wniósł o oddalenie odwołania.

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

- 1) (dowód nr 1) wydruki z Internetu dotyczące danych technicznych ciągników marki ursus o mocy 120 KM, że to ciągniki 1201, 1212, 1222, które mają napęd na jedną oś;

dowodów złożonych przez zamawiającego:

2) (dowód nr 2) wyniki badania technicznego i kopia dowodu rejestracyjnego ciągnika, gdzie jest wykazane moc 88 kW (mnożona przez współczynnik 1,35 daje moc prawie 120 KM) oraz określenie napędu na dwie osie

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie 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, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

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.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy naruszenia **art. 26 ust. 3 Pzp** – przez bezpodstawne wezwanie przez **zamawiającego wykonawcy ZULRIK** do uzupełnienia dokumentu dotyczącego wykazu narzędzi w zakresie **poz. nr 4**, mimo potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku posiadania potencjału technicznego – warunek **pkt 7.2 lp. 3 specyfikacji** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca ZULRIK złożył ofertę spełniającą warunki postawione przez zamawiającego w specyfikacji i w ofercie tej **wykonawca** nie popełnił uchybień, o których mowa w **art. 26 ust. 3 Pzp**, czyli **zamawiający** nie miał podstaw do wezwania tego **wykonawcy** do złożenia określonych w tym przepisie dokumentów. Przepis **art. 26 ust. 3 Pzp** brzmi »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«. Na rozprawie bezpodstawność powołania się na **art. 26 ust. 3 Pzp** przyznał również **zamawiający**. Jednak **zamawiający** wystosował do **wykonawcy ZULRIK wezwanie** podając podstawę prawną **art. 26 ust. 3 Pzp**. W wezwaniu tym zamawiający faktycznie zażądał wyjaśnień do oferty w słowach cyt. »**Proszę uzupełnić dokument w taki sposób, aby zamawiający mógł ocenić czy ciągnik posiada napęd na dwie osie**«, gdyż w dokumentach oferty zamawiający nie mógł znaleźć danych, z których wynikałaby – w sposób możliwy do uwzględnienia bądź odrzucenia podczas oceny ofert – informacja o liczbie napędzających osi wykazanego ciągnika o mocy 120 KM.

Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, że nie można przedmiotowych wyjaśnień uznawać jako niedopuszczalne prowadzenie negocjacji prowadzących do zmiany treści oferty, których to negocjacji zakazuje **art. 87. ust. 1 Pzp**. **Art. 87. ust. 1 Pzp** brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«.

Również **odwołujący** nie wykazał, że wykazany w ofercie ciągnik nie miał cech, które nie upoważniałyby do przyznania odpowiedniej liczby punktów podczas oceny ofert. Ponadto **odwołujący** nie wykazał innych okoliczności uniemożliwiających wzięcie tej maszyny, jako posiadającej napęd na dwie osie, pod uwagę podczas oceny ofert, np. **odwołujący** nie wykazał, że opisywany ciągnik nie był we władaniu **wykonawcy ZULRIK** lub że **ten wykonawca** przeznaczył omawiany ciągnik do wykonywania innych prac, a w ofercie zaproponował odrębny ciągnik o parametrach niespełniających wymagań lub warunków postawionych przez **zamawiającego** w specyfikacji.

Na podkreślenie wg składu orzekającego Izby zasługuje fakt, że **zamawiający** w specyfikacji nie wymagał załączenia do oferty jakichkolwiek dokumentów i w związku z tym nie mógł wymagać dołączenia takich dokumentów do oferty. Tym bardziej ta konstatacja wskazuje na bezpodstawne powołanie się przez **zamawiającego** na przepis **art. 26 ust. 3 Pzp** w analizowanym wezwaniu. Jednak na to nieprecyzyjne wezwanie również **wykonawca** nie złożył wyjaśnień czy uzupełnień oferty prowadzących do dokonania zmian w ofercie. Od początku w ofercie był wykazywany ciągnik o mocy 120 KM, a jedynie po wyjaśnieniach **zamawiający** mógł przyjąć doprecyzowanie, że **wykonawca** zaoferował wykonywanie prac przy użyciu ciągnika o napędzanych dwóch osiach. Tak samo mógłby postąpić **zamawiający** gdyby zażądał wyjaśnień na podstawie **art. 87 ust. 1 Pzp** zamiast wezwania w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp**. Skoro **zamawiający** uzyskał pożądane wiadomości, mimo wystosowania pisma z powołaniem się na niewłaściwy przepis (**art. 26 ust. 3 Pzp**), **zamawiający** mógł uznać za

beprzedmiotowe wystosowanie kolejnego pisma z powołaniem się na właściwą podstawę prawną (**art. 87 ust. 1 Pzp**).

Również na fakt tylko uzupełnienia informacji, a nie na zmiany w ofercie wskazuje dowód 2 wyniki badania technicznego i kopia dowodu rejestracyjnego ciągnika ursus 1614, gdzie jest wykazane moc ciągnika 88 kW. Wykazana moc po zmianie kilowatów na konie mechaniczne (przemnożenie kilowatów przez współczynnik ok. 1,35 daje odpowiednią moc w koniach mechanicznych). W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że w ofercie została tylko uzupełniona informacja o liczbie napędzanych osi.

Wobec przytoczonej argumentacji skład orzekający Izby nie może stwierdzić, że naruszenie przepisu ustawy przez wskazanie innej podstawy prawnej do żądania wyjaśnień miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik rozpoznawanego postępowania. Dlatego Izba nie może uwzględnić zarzutu pierwszego naruszenia **art. 26 ust. 3 Pzp** – przez bezpodstawne wezwanie **wykonawcy ZULRIK** do uzupełnienia dokumentu, zgodnie z **art. 192 ust. 2 Pzp**, który brzmi »Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut drugi naruszenia **art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp** – przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, jako konsekwencji wezwania **wykonawcy ZULRIK** do uzupełnienia oferty, pomimo takiego obowiązku oraz przyznanie 2,5 pkt ofercie **wykonawcy ZULRIK** za urządzenie wskazane w poz. 4 wykazu narzędzi załączonego do oferty na podstawie uzupełnionego dokumentu – oświadczenia wykonawcy z **10.12.2014 r.** i w efekcie przyznaniu ofercie 5 pkt zamiast 2,5 pkt i w efekcie przyznanie łącznie za oba kryteria 95 pkt zamiast 92,5 pkt – nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«.

Art. 91 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Jak zostało wyżej stwierdzone **odwołujący** nie wykazał naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia podczas zażądania wyjaśnień od **wykonawcy ZULRIK**. W związku z tym zamawiający mógł podczas oceny ofert posługiwać się wiadomościami uzyskanymi z informacji udzielonej przez **wykonawcę** i mógł przyznać odpowiednią liczbę punktów ofercie podczas oceny ofert.

Odwolujący nie wykazał, że oceniany ciągnik nie posiadał cech, które uprawniały **zamawiającego** do przyznania punktów podczas oceny ofert za dwie osie napędzane. Natomiast **zamawiający** wykazał, że oceniana maszyna posiada odpowiednią moc silnika oraz jest napędzana na dwie osie. Stwierdzić to można na podstawie żądanych danych w **specyfikacji** – oferty i wyjaśnień **wykonawcy**.

Ponadto na podstawie dowodu 1 (zestawienie danych technicznych kilku modeli marki ursus) nie można stwierdzić, że inne ciągniki ursus nie mogą mieć wymaganej przez **zamawiającego** cechy (napęd na dwie osie), a zwłaszcza że zaoferowany traktor nie ma napędu na dwie osie.

Odwolujący nie wykazał, że **zamawiający** nie zachował zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców określonej w **art. 7 ust. 1 Pzp**, a wybór oferty był dokonany z naruszeniem **art. 91 ust. 1 Pzp**.

Dlatego nie można stwierdzić, że **zamawiający** nie miał podstaw do przyznania ofercie **wykonawcy ZULRIK** odpowiedniej liczby punktów za wymaganą cechę napędu na dwie osie. W związku z tym skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu drugiego naruszenia **art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp**.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci naruszenia **art. 24 ust. 2 oraz art. 24 ust. 4, a także art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp** przez zaniechanie wykluczenia **wykonawcy ZULRIK**, pomimo niewniesienia wadium i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo jego wykluczenia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że z postanowień specyfikacji ani ogłoszenia nie wynika, aby **zamawiający** żądał dołączenia do oferty dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium w pieniądzu.

Jedynie **zamawiający** wymagał, aby wadium wpłynęło na konto **zamawiającego** do **8:30 05.12.2014 r.** Brak żądania przez **zamawiającego** od wykonawców dokumentu potwierdzającego wpływ wadium na konto **zamawiającego** wynika z treści **art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp**, który to przepis brzmi »W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania«. Informacje o wpływie na konto **zamawiającego** odpowiednich kwot nie są niezbędne dla **zamawiającego**, bo **zamawiający** posiada te informacje niezależnie od składania jakichkolwiek dokumentów przez **wykonawców**.

Zamawiający w terminie otwarcia ofert dysponował informacją pochodzącą od pracownicy zamawiającego z działu księgowości. Pracownica stwierdziła w dokumencie (znajdującym się w dokumentacji postępowania), że m.in. wadium od **wykonawcy ZULRIK** zostało wniesione w odpowiednim terminie i w odpowiedniej wysokości – dlatego,

zamawiający polegając na informacjach swojej pracownicy, nie musiał już stosować szczególnych procedur, aby stwierdzić prawidłowość wniesienia wadium. W rozpoznawanej sytuacji pracownica zamawiającego posługiwała się informatycznym systemem łączności z bankiem i pracownica ta potwierdziła na podstawie wglądu do odpowiednich stron internetowych, że **wykonawcy ZULRIK** wniósł wadium. Mimo to, **odwołujący** zarzucił, że informacja o wniesieniu wadium nie pochodziła od członka komisji przetargowej, ale od postronnego pracownika zamawiającego i dlatego informacja ta nie powinna być brana pod uwagę przez komisję przetargową. Skład orzekający Izby stwierdza, że w ustawie nie ma przepisów nakazujących komisji, aby podczas swoich prac komisja mogła brać pod uwagę tylko informacje pochodzące od członków komisji. Również **odwołujący** nie wykazał, że takie postanowienia znajdowały się w specyfikacji, ogłoszeniu o zamówieniu czy jakimkolwiek uregulowaniu np. w wewnętrznym regulaminie zamawiającego.

Wobec przytoczonej argumentacji skład orzekający Izby nie mógł uwzględnić zarzutu trzeciego – naruszenia **art. 24 ust. 2 oraz art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono 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 zamawiającego 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: