

Sygn. akt KIO 1550/19

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 sierpnia 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **Królmet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Królmet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Królmet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od zamawiającego Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju na rzecz wykonawcy Królmet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawy dla kopalń Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. noży kombajnowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy* w podziale na zadania. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 028-063537.

W dniu 9 sierpnia 2019 r. wykonawca Królmet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie zadania 2, 3 oraz 4, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 25 i 26 ustawy Pzp poprzez zażądanie złożenia przez odwołującego dokumentów, które zdaniem Zamawiającego wykonawca miał obowiązek posiadać na dzień składania oferty, podczas gdy z treści ww. przepisów nie wynika obowiązek posiadania przez wykonawcę wszystkich dokumentów składanych w trakcie postępowania przetargowego już w chwili złożenia oferty i nie wynika możliwość zobowiązania wykonawcy przez zamawiającego do przedłożenia dokumentów zaopatrzonych w konkretną datę lub istniejących przed dniem złożenia oferty w ramach wezwania wystosowanego w oparciu o art. 26 ustawy Pzp;
2. warunku określonego w pkt 11.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia; z treści powyższego nie wynika, jakie konkretnie dokumenty będzie musiał złożyć wykonawca, gdyż dopiero po otwarciu ofert Zamawiający miał określić rodzaj żądanych przez niego dokumentów, tak więc wykonawca nie miał pewności, że Zamawiający zażąda wyników badań; co istotne Zamawiający nie sprecyzował wymagania, aby dokumenty, które ma złożyć wykonawca miały mieć datę sprzed dnia lub z dnia złożenia oferty;
3. art. 89 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty, która nie była dotknięta brakami formalnymi;
4. naruszenie zasady równego traktowania wykonawców; pomimo spełnienia warunków Zamawiającego i złożenia dokumentu wymaganego przez Zamawiającego oferta Odwołującego została odrzucona, co oznacza, że wobec innego wykonawcy (SOFITEC spółka z o.o.) zastosowano łagodniejsze i bardziej preferencyjne kryteria niż wobec innego wykonawcy w zakresie możliwości złożenia różnego rodzaju dokumentów

wystawionych po dniu złożenia oferty, co stanowi naruszenie art. 89 w zw. z art 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadania 2, 3 oraz 4, ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie zadań 2, 3 oraz 4, włączając w to ofertę Odwołującego.

Odwołujący wskazywał, że nie kwestionuje faktu, że Zamawiający miał prawo żądać od wykonawcy przedłożenia ekspertyzy sporządzonej przez niezależną jednostkę specjalistyczną potwierdzającą spełnienie wymagań Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia (wyniki badań twardości oraz struktury węglików spiekanych (uziarnienie) w oferowanych nożach kombajnowych). Takie ekspertyzy Odwołujący przedłożył. Art. 25a ustawy Pzp wskazuje, że do oferty wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. Nie dotyczy to jednak innych dokumentów składanych przez wykonawcę. Dlatego niezgodnym z art. 25 ustawy Pzp jest wymaganie posiadania przez wykonawcę wszelkich dokumentów już w chwili złożenia oferty, które to dokumenty później są przedkładane Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na jego żądanie.

Nie można mieć wątpliwości, że wszystkie dokumenty składane w toku postępowania przetargowego należy rozpoznawać łącznie, tj. wraz z treścią oferty i informacjami zawartymi w treści oferty (w niniejszym przypadku wraz dokumentem JEDZ), gdyż dokumenty muszą potwierdzać informacje i dane zawarte w właśnie w treści oferty. Tym samym aktualność każdego dokumentu składanego przez wykonawcę (niezależnie od daty wystawienia dokumentu) oznacza potwierdzenie oświadczeń zawartych w treści oferty na dzień złożenia tej oferty. Dokumenty składane przez wykonawcę mają więc potwierdzić prawidłowość oświadczeń złożonych w treści oferty, w tym w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub co do prawidłowości oferty z wymaganiami Zamawiającego. W aktualnym stanie prawnym nie ma zobowiązania do przedstawiania dokumentów dotyczących braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z datą sprzed składania oferty lub z dnia oferty, a nawet z datą po składaniu ofert, ale z wprost określonym stanem faktycznym dotyczącym daty składania oferty.

Odwołujący podkreślał, że Zamawiający nie zakwestionował treści dokumentu, nie żądał wyjaśnień co do treści dokumentu. Tak więc zgodnie z powyższym Zamawiający miał obowiązek przyjęcia, że dokument ten potwierdza stan na dzień złożenia oferty. Należy przy tym zauważyć, że inna ekspertyza złożona przez wykonawcę z dnia 13.03.2019 r. nie budziła wątpliwości Zamawiającego, choć zgodnie z jego tokiem rozumowania należałoby przyjąć, że

również nie spełnia wymagań zamawiającego, gdyż powinna ona zostać zaktualizowana na dzień złożenia oferty. Tak więc ekspertyza, która mogła przecież na chwilę złożenia oferty być już nieaktualna jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, a ekspertyza dużo bardziej aktualna, nie jest zgodna z jego oczekiwaniami.

Zwracał również uwagę na niekonsekwencję Zamawiającego. Wykonawca złożył szereg dokumentów, w posiadanie których wszedł po dniu złożenia oferty, potwierdzających prawdziwość oświadczeń zawartych w treści oferty. Jednak tylko ekspertyza wykonana przez Politechnikę Śląską z dnia 30 maja 2019 r. nie spełnia warunków Zamawiającego. Pozostałe dokumenty złożone przez wykonawcę, których spółka nie posiadała w dniu złożenia oferty nie były przez Zamawiającego uznane za nieprawidłowe.

Odwołujący wskazywał również na naruszenie przez Zamawiającego warunku określonego w pkt 11.1 SIWZ, zgodnie z którym wykonawca miał obowiązek złożenia dokumentów na wezwanie Zamawiającego. Z treści powyższego nie wynika jakie konkretnie dokumenty będzie musiał złożyć wykonawca, gdyż dopiero po otwarciu ofert Zamawiający miał określić rodzaj żądanych przez niego dokumentów. Wykonawca nie miał pewności, że Zamawiający zażąda przedstawienia wyników badań. Nawet, jeśli przyjąć, że wykonawca musiał spodziewać się wezwania do przedłożenia wyników badań to Zamawiający nie sprecyzował wymagania, aby dokumenty, które ma złożyć Wykonawca miały datę sprzed dnia lub z dnia złożenia oferty. Zamawiający jedynie wskazał, że dokumenty mają być aktualne na dzień złożenia oferty, co oznacza, że mają potwierdzać stan na dzień złożenia oferty. Wykonawca nie miał podstaw do przyjęcia, że Zamawiający jako aktualne uznaje jedynie dokumenty sprzed dnia złożenia oferty.

W konsekwencji powyższego Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty, która nie była dotknięta brakami formalnymi. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentu niezależnej jednostki specjalistycznej, potwierdzającego spełnienie wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego odrzucenie, ewentualnie oddalenie w całości. Podkreślał, że Odwołujący wraz z odwołaniem przedłożył skan pełnomocnictwa udzielonego p. M. M., zawierającego własnoręczne podpisy osób uprawnionych do występowania w imieniu spółki Królmet Sp. z o.o. Pełnomocnictwo to stanowi elektroniczną kopię pełnomocnictwa sporządzonego w formie pisemnej. Skoro zaś odwołanie zostało wniesione w formie elektronicznej, załączone do

odwołania pełnomocnictwo winno być udzielone również w formie elektronicznej, co wynika z art. 99 §1 Kodeksu cywilnego. Odwołujący wskazywał również na brak możliwości uzupełnienia pełnomocnictwa załączonego do odwołania.

Dalej wskazywał, że Odwołujący nie przedstawił dokumentu wskazanego w pkt 13.3 specyfikacji technicznej aktualnego oraz ważnego w dniu upływu terminu składania ofert. Ponadto złożył w ofercie gołosłowne oświadczenie, że oferowane przez niego noże kombajnowe spełniają wymagania zamawiającego w zakresie twardości oraz struktury (uziarnienia) węglików spiekanych oraz że dysponuje dokumentem z pkt 13.3 specyfikacji technicznej, potwierdzającym powyższe parametry. Skoro sprawozdanie Politechniki Śląskiej zostało sporządzone znacznie później niż złożenie przez Odwołującego oferty oraz dokumentu JEDZ, to nie może ono potwierdzać zawartych w nich oświadczeń spółki Królmet Sp. z o.o.

Zamawiający podnosił, że dokument przedmiotowy składany w postępowaniu potwierdza spełnienie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego najwcześniej w dniu jego wydania, a oświadczenie wykonawcy złożone w ofercie i JEDZ o posiadaniu dokumentu odnosiło się do hipotetycznej sytuacji, w której odwołujący zleci dopiero przeprowadzenie badań.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty oraz dokumentów złożonych przez wykonawcę Królmet Sp. z o.o., informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 sierpnia 2019 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa dla kopalń Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. noży kombajnowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy w podziale na 14 zadań. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Specyfikacja techniczna, stanowiąca Załącznik Nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”:

Zgodnie z pkt 8.7.1 SIWZ *Składając ofertę wykonawca w zakładce: Formularz ofertowy, w rubryce: dokumenty ogólne do oferty zamieszcza ponadto: 8.7.1. formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: jednolity dokument), wstępnie*

przygotowany przez zamawiającego w formie pliku xml (Załącznik Nr 1 do formularza ofertowego), zawierający wskazane przez zamawiającego pola. Wykonawca sporządza jednolity dokument, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje go kwalifikowanym podpisem elektronicznym (wykonawca składa jednolity dokument w formie elektronicznej),

Zgodnie z pkt 9.3 SIWZ W sekcji *α* części IV jednolitego dokumentu wykonawca składa ogólne oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (kryteriów kwalifikacji), co pozwala wykonawcy na niewypełnianie dalszych pól odnoszących się do szczegółowych warunków udziału w postępowaniu (kryteriów kwalifikacji), określonych przez zamawiającego.

Zgodnie z pkt 10.1.8 Na wezwanie zamawiającego, złożone w trybie art. 26 ust. 1, art. 26 ust. 2f lub ust. 3 PZP wykonawca, (w zależności od treści wezwania) zamieszcza w zakładce: *Korespondencja/Pytania i informacje skierowane do zamawiającego lub przesyła pocztą elektroniczną następujące dokumenty: dokumenty wskazane w Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik Nr 1 do SIWZ.*

Zgodnie z pkt 13 specyfikacji technicznej - *Wykaz dokumentów składanych na wezwanie zamawiającego: 13.1. Rysunek techniczny (półwidok-półprzekrój) dla każdego zadania zawierający: 13.1.1. wymiary liniowe noża kombajnowego określone w nazwie materiału wraz z uwzględnieniem tolerancji określonej w pkt 1.3 Specyfikacji technicznej, 13.1.2. zabezpieczenia przed ścieraniem określone w pkt 2.1; 3.1; 4.1; 5.1; 6.1; 7.1; 8.1; 9.1; 10.1; 11.1; 12.1 Specyfikacji technicznej (w zależności od oferowanego przedmiotu zamówienia), 13.1.3. wymiary liniowe węglika spiekane określone w pkt 2.2; 3.2; 4.2; 5.2; 6.2; 7.2; 8.2; 9.2; 10.2; 11.2; 12.2 Specyfikacji technicznej (w zależności od oferowanego przedmiotu zamówienia) wraz z uwzględnieniem tolerancji określonej w pkt 1.3 Specyfikacji technicznej, 10/10 13.1.4. uziarnienie węglika, twardość części roboczej noża, twardość części chwytowej noża, głębokość pokrycia lutem powierzchni łączenia wkładki węglika spiekane z korpusem noża, długość części walcowej węglika określone w pkt 2.2; 3.2; 4.2; 5.2; 6.2; 7.2; 8.2; 9.2; 10.2; 11.2; 12.2 Specyfikacji technicznej (w zależności od oferowanego przedmiotu zamówienia), 13.1.5. wzór cechy noża kombajnowego określony w pkt 1.5. i 1.6. Specyfikacji technicznej wraz z uwzględnieniem głębokości zafrezowania, 13.1.6. informację określoną w pkt 1.11 Specyfikacji technicznej - typ zabezpieczenia zostanie skonsultowany z przedstawicielem kopalni, na którą noże będą dostarczane, 13.1.7. informację o długości stopnia części chwytowej noża dwustopniowego określonej w pkt 1.12 Specyfikacji technicznej (w zależności od oferowanego przedmiotu zamówienia). 13.2. Wypełniony Załącznik nr 1 do Specyfikacji technicznej dla każdego zadania. 13.3. Dokument wydany przez niezależną jednostkę specjalistyczną, zawierający wyniki badań twardości oraz struktury węglików spiekanych (uziarnienie) w oferowanych nożach kombajnowych.*

Zamawiający wezwał (pismo z dnia 29 maja 2019 r.) wykonawcę Królmet Sp. z o.o. do złożenia na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp stosownych dokumentów oraz oświadczeń. Wykonawca pismem z dnia 6 czerwca 2019 r. przedłożył dokumenty, w tym m.in. ekspertyzę pod nazwą „Sprawozdanie z pracy nr NB-151/RMT-1/2019” wykonaną przez Politechnikę Śląską, datowaną na 31 maja 2019 r. Następnie Zamawiający pismem z dnia 11 lipca 2019 r. wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia ekspertyzy. W odpowiedzi na powyższe wykonawca w dniu 16 lipca 2019 r. przedłożył odpowiednie dokumenty.

Dnia 2 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy Królmet Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując że oferta nie została uzupełniona o dokument ważny na dzień składania ofert.

Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba, odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła oddalić przedmiotowy wniosek. Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2019 r. wpłynęło odwołanie wykonawcy Królmet Sp. z o.o. w formie elektronicznej w postaci jednego pliku (zawierającego załączniki, w tym pełnomocnictwo udzielone p. M. M., na którym znajdowały się własnoręczne podpisy osób uprawnionych do występowania w imieniu spółki Królmet Sp. z o.o.) opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Okoliczność, że podpisy osób uprawnionych do występowania w imieniu spółki zostały złożone pod dokumentem, który stanowił skan pełnomocnictwa pisemnego nie miała znaczenia w niniejszej sprawie. Przez złożenie wymaganego podpisu elektronicznego na pliku (zawierającym skan pełnomocnictwa) doszło do wytworzenia kolejnego oryginału, tym razem oryginalnego dokumentu w formie elektronicznej, spełniającej wymogi wynikające z art. 78¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. Oświadczenie woli zostało bowiem złożone w postaci elektronicznej (plik elektroniczny w formacie pdf) i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, należącym do osoby uprawnionej do reprezentacji odwołującego (podpis w formacie XAdes). W ocenie Izby, opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym oświadczenia istniejącego wcześniej jedynie w formie pisemnej spowodowało skutek prawny w postaci złożenia oświadczenia o tożsamej treści w nowej formie.

Nadto, Izba nie podziela poglądu o możliwości uzupełniania pełnomocnictwa do wniesienia odwołania jedynie w przypadku jego niezłożenia wraz z odwołaniem. Zgodnie z art. 187 ust. 3 ustawy Pzp 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 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 Pzp). Stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie wniesione zostało przez podmiot nieuprawniony. W ramach badania warunków formalnych odwołania należy zbadać czy osoba wnosząca odwołanie jest umocowana do dokonania tej czynności. Brak takiego umocowania czy to poprzez legitymowanie się wadliwym dokumentem pełnomocnictwa, czy też poprzez niezłożenie takiego dokumentu jest tożsame w skutkach i wskazuje na brak posiadania stosownego umocowania. Dlatego też w obu przypadkach powinien mieć zastosowanie ten sam tryb postępowania, a nie odrzucanie odwołania w trybie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, co potwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 4 marca 2015 r., o sygn. akt V Ca 4080/14.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący 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, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Za zasadny Izba uznała zarzut dotyczący nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 i 3 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że dokument przedmiotowy, jakim są wyniki badań twardości oraz struktury węglików spiekanych w oferowanych nożach kombajnowych wykonawca winien posiadać na dzień składania ofert. Dokonując oceny wykonawcy zamawiający opiera się na informacjach zawartych w oświadczeniu JEDZ, które stanowi wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, a następnie, przed udzieleniem zamówienia, wzywa wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej do przedłożenia w

wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Dokumenty składane w wyniku wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust.1 ustawy Pzp mają być aktualne na dzień złożenia tych oświadczeń lub dokumentów, co oznacza, że mogą być one wystawione po dacie składania ofert. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia przede wszystkim cel wprowadzenia w przepisach Pzp regulacji, zgodnie z którą wykonawcy nie mają obowiązku składania wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Celem ustawodawcy było odformalizowanie i uproszczenie procedur przetargowych przez zmniejszenie wymagań formalnych po stronie wykonawców polegających na braku konieczności składania wraz z ofertą wszystkich dokumentów i oświadczeń, potwierdzających spełnianie wymagań.

Zamawiający, dokonuje oceny spełniania wymagań wyłącznie w oparciu o dostarczone oświadczenie JEDZ, które zgodnie z art. 25a ust. 1 stanowi wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu i spełnia kryteria selekcji nie później niż na dzień składania ofert. Przedłożone w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dokumenty i oświadczenia stanowią jedynie potwierdzenie okoliczności uprzednio wykazanych w dokumentach JEDZ, a przez fakt, że przedłożone dokumenty są aktualne na dzień ich złożenia potwierdzają, że stan spełniania wymagań nie uległ zmianie i ma charakter ciągły. Podobne stanowisko co do aktualności dokumentów składanych w trybie art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach z dnia 19 grudnia 2016 r. Sygn. akt KIO 2249/16 oraz Sygn. akt KIO 366/17.

Izba nie podzieliła również argumentacji Zamawiającego, że oświadczenie złożone w treści oferty i w JEDZ przez Odwołującego nie było oświadczeniem złożonym w oparciu o rzeczywisty stan faktyczny. Skoro Odwołujący jest producentem noży kombajnowych, wyniki badań dotyczyły właściwości zaoferowanego urządzenia (równocześnie Zamawiający nie podnosił, że zostało ono zastąpione innym), a wykonawca nie złożył nieprawdziwych informacji (wyniki badań jednoznacznie potwierdzają spełnienie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego), to nie sposób uznać, że wykonawca nie mógł wstępnie oświadczyć, że oferowane przez niego wyroby spełniają wymagania określone w postanowieniach SIWZ. Błędne jest również rozumowanie zasadzające się na tym, że wykonawca składając wstępne oświadczenie w JEDZ potwierdza, że dysponuje dokumentem przewidzianym w SIWZ w terminie składania ofert. W ocenie Izby, dla Zamawiającego jest bez znaczenia, czy według stanu na dzień składania ofert wykonawca posiadał dokumenty potwierdzające spełnienie określonych wymagań.

Z tych też względów Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił, że złożona w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ekspertyza wystawiona po dacie składania ofert, jest dokumentem niepotwierdzającym spełnienia wymagań Zamawiającego w dniu składania ofert. Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podnoszone zaś przez Odwołującego w odwołaniu okoliczności dotyczące interpretacji postanowienia z pkt 11.1 SIWZ Izba traktuje jako zarzut spóźniony, który nie może być przez Izbę rozpoznany. Powinien on zostać zgłoszony przez Odwołującego na etapie publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, to zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia zarzutu, użytego w ww. przepisie. Niemniej, w świetle całokształtu regulacji ustawowej, zwłaszcza w powiązaniu z instytucją uwzględniania odwołania przez zamawiającego, należy przyjąć, że zarzutu nie tworzy samo wskazanie naruszonych przepisów prawa, ale również wskazanie okoliczności faktycznych, na których zarzut polega i na których się zasadza. Izba ustaliła, że Odwołujący nie wskazał okoliczności faktycznych uzasadniających w jego ocenie zastosowanie przez Zamawiającego łagodniejszych kryteriów oceny wobec oferty wykonawcy Sofitec Sp. z o.o.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: