

**WYROK**  
**z dnia 12 marca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 marca 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 lutego 2018 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Hollywood Textille Service Sp. z o.o. z siedzibą w Sierpcu** i **[2] HTS Baxter Sp. z o.o. z siedzibą w Tykocinie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce, Al. Jana Pawła II 120A, 07-410 Ostrołęka**

**orzeka:**

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

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert
- 3) ponownego badania i oceny ofert;
- 4) odrzucenia oferty **wykonawcy Postęp Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce.**

**2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce, Al. Jana Pawła II 120A 07-410 Ostrołęka**

i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Hollywood Textille**

**Service Sp. z o.o. z siedzibą w Sierpcu i [2] HTS Baxter Sp. z o.o. z siedzibą w Tykocinie** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2) zasądza od zamawiającego **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce, Al. Jana Pawła II 120A 07-410 Ostrołęka** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Hollywood Textille Service Sp. z o.o. z siedzibą w Sierpcu i [2] HTS Baxter Sp. z o.o. z siedzibą w Tykocinie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce, Al. Jana Pawła II 120A 07-410 Ostrołęka wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Świadczenie usług pralniczych i dezynfekcyjnych w zakresie transportu i prania bielizny szpitalnej i hotelowej, odzieży roboczej i innych wyrobów oraz instalację niezbędną infrastruktury do obsługi systemu radiowej identyfikacji bielizny i odzieży RFID (działającego kompatybilnie z funkcjonującą w Szpitalu technologią RFID HF) – nr sprawy: MSS-TZP-ZPP-26-32/17«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12.12.2017 r. pod nrem 2017/S 238-494191.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) zwanej dalej w skrócie Pzp.

Zamawiający poinformował 09.02.2018 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Postęp Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Energetyczna 14, 07-401 Ostrołęka [dalej: wykonawca P].

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] Hollywood Textile Service Sp. z o.o. z siedzibą w Sierpcu i [2] HTS Baxter Sp. z o.o. z siedzibą w Tykocinie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 19.02.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie od:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy P, pomimo że treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), co stanowi naruszenie art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 2) wyboru oferty wykonawcy P jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 w zw. oraz art. 82 ust. 3 Pzp;
- 3) dokonania, w sposób nieuprawniony, zmian w treści złożonej oferty wykonawcy P, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3, w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp;
- 4) zaniechania wezwania wykonawcy P do złożenia dokumentów potwierdzających, że wskazane w ofercie usługi i produkty spełniają wymogi określone w SIWZ, pomimo

że dokumenty złożone przez wykonawcę P nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ, co stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp;

- 5) zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, spośród złożonych ofert a niepodlegających odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy P;
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenie oferty wykonawcy P na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako oferty, której treść nie odpowiada SIWZ;
- 4) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego;
- 5) ponadto odwołujący wnosi o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Argumentacja odwołującego

Zdaniem odwołującego oferta złożona przez wykonawcę P podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wskazuje, że w cz. IV pkt 1 SIWZ zamawiający wymagał dołączenia do oferty podpisanego zał. nr 1 do SIWZ i umowy – Opisu przedmiotu zamówienia [dalej: OPZ].

Na etapie przed składaniem oferty 9.01.2018 r. zamawiający dokonał zmiany SIWZ polegającej na zmianie:

- załącznika nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia,
- załącznika nr 9 do SWIZ – Projekt umowy.

Zmiany, które wprowadził zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ – opisie przedmiotu zamówienia są następujące:

1. W cz. I ust. 1 OPZ – dokonano następującej zmiany (zmiana pogrubiona):

Postanowienie w brzmieniu:

»Wykonawca będzie świadczył usługę zgodnie z wymogami obowiązującymi w ochronie zdrowia ze szczególną dbałością o zachowanie czystości mikrobiologicznej pranej bielizny. W tym zakresie wymagane jest stosowanie oddzielnych cykli prania bielizny pochodzącej z Hotelu (w ramach działalności statutowej MSS w Ostrołęce administruje obiektem Hotelu), oddziałów noworodkowych i dziecięcych, oddziałów: obserwacyjno-zakaźnego, Traktu

Porodowego i Bloku Operacyjnego oraz bielizny skażonej z innych oddziałów pochodzącej od pacjentów chorych zakaźnie lub podejrzanych o zakażenie».

zmieniona na:

»[...] bielizny oznaczonej jako skażona pochodzącej z innych oddziałów».

Zmiana dotyczy zakresu bielizny oddawanej do prania w pierwotnej wersji obejmowała jedynie bieliznę skażoną pochodzącą od pacjentów chorych zakaźnie lub podejrzanych o zakażenie w wersji zmienionej rozszerzono zakres do każdej bielizny oznaczonej jako skażona, czyli pochodzącej nie tylko od pacjentów, ale także np. od personelu szpitala.

Jest to istotna zmiana rozszerzająca zakres usług, a tym samym zakres przedmiotu zamówienia.

2. W cz. I ust. 9 tiret drugie postanowienie w brzmieniu:

»zainstalowania odpowiedniego urządzenia odczytującego w systemie HF i zestawu komputerowego z drukarką oraz oprogramowaniem do ewidencjonowania bielizny czystej (w Magazynie Bielizny czystej w Użytkowaniu) u zamawiającego do prowadzenia rozliczeń przy zastosowaniu technologii RFID. Zamawiający oczekuje od wdrażanego oprogramowania funkcjonalności w zakresie wymaganym do prowadzenia ewidencji i rozliczeń księgowych, w szczególności możliwości generowania raportów przy użyciu urządzeń odczytujących przekazywaną bieliznę do pralni oraz przyjmowaną z pralni do Szpitala (sztuki) z możliwością generowania raportów zbiorczych za cały Szpital, jak również na poszczególne placówki lub oddziały Szpitala oraz z możliwością podziału na bieliznę hotelową. Równoległe z raportami generowanymi przez system RFID zamawiający prowadzi również ewidencję zlecaną do prania brudnej bielizny i przyjęcie czystej według dokumentu „Dowód obrotu bielizną pomiędzy MSS a firmą świadczącą usługę prania MB-P ZBIORCZY” (wzór – załącznik nr 3 do umowy) i odzieży roboczej według dokumentu „Dowód obrotu odzieżą roboczą pomiędzy MSS a firmą świadczącą usługę prania P – zbiorczy” (wzór – załącznik nr 4 do umowy)».

zmieniono na:

»[...] komórki organizacyjne Szpitala [...]».

Jest to zmiana istotna i znacznie rozszerzająca zakres usług, gdyż zgodnie z definicją zawartą w regulaminie organizacyjnym szpitala – Zarządzenie nr 304-2017 ustalające jednolity tekst Regulaminu Organizacyjnego MSS, komórka organizacyjna to:

§ 4 pkt 3: »komórka organizacyjna – to wyodrębniona część jednostki organizacyjnej albo część podmiotu leczniczego działająca poza jednostkę organizacyjną (oddziały, poradnie, pracownie, gabinety, komórki administracyjne, samodzielne stanowiska pracy)».

Przytoczona wyżej definicja „komórki organizacyjnej” oznacza, zatem dużo szerszy zakres obiektów niż tylko placówki lub oddziały, którego określenia użył zamawiający w pierwotnej wersji OPZ.

3. W cz. I ust. 20 OPZ postanowienie w brzmieniu:

»Wykonawca zobowiązany jest do wykonania raz na pół roku (I-VI, VII-XII) na swój koszt badań mikrobiologicznych potwierdzających skuteczność procesów prania i dezynfekcji przeprowadzonych w pralni. Minimum 5 badań z różnych asortymentów np.: bielizna biała, bielizna operacyjna, pielucha, kołderka noworodkowa, koc, poduszka itp. Wyniki badań mikrobiologicznych wykonawca dostarczy zamawiającemu. Ponadto zamawiający zastrzega sobie prawo do wykonania własnych wymazów czystościowych z bielizny czystej dostarczonej przez wykonawcę«.

zmieniono na:

»wykonawca zobowiązany jest dostarczyć zamawiającemu. [...] W przypadku uzyskania wyników nieprawidłowych zamawiający obciąży kosztami badań wykonawcę. Brak przeprowadzenia i dostarczenia badań w wymienionym terminie spowoduje naliczenie kary umownej«.

Należenie przez zamawiającego w OPZ dodatkowych zobowiązań na wykonawcę w sposób istotny zmieniło zakres odpowiedzialności wykonawcy względem zamawiającego.

4. W cz. I ust. 24 postanowienie w brzmieniu:

»Zamawiający zastrzega sobie prawo do kontroli pomieszczeń pralniczych oraz procesu prania pod względem technologicznym i epidemiologicznym. Ponadto zamawiający zastrzega sobie prawo do wykonania okresowo własnych wymazów czystościowych z czystej bielizny dostarczonej przez wykonawcę«.

zamawiający zmienił na:

„Za nienależyte wykonanie przedmiotu umowy lub niedotrzymanie terminów w niej określonych wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne«.

Zmianą tą zamawiający ponownie rozszerzył zakres odpowiedzialności, co również zmieniło treść SIWZ w sposób istotny.

Zmiany wprowadzone przez zamawiającego zmieniły zakres wymaganych usług świadczonych na rzecz zamawiającego oraz zakres zobowiązań wykonawcy względem zamawiającego, co oznacza, że zakres przedmiotu zamówienia uległ istotnej zmianie.

Wykonawca P wraz z ofertą złożył podpisany Załącznik nr 1 do SIWZ – OPZ w wersji pierwotnej przed zmianą. Zatem treść złożonego dokumentu jest niezgodna z treścią SIWZ po zmianach, czyli jest niezgodna z wersją obowiązująca wszystkich wykonawców.

Złożenie nieprawidłowego dokumentu – opisu przedmiotu zamówienia, oznacza, że wykonawca P zaoferował wykonanie usługi w zakresie niezgodnym z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ. Dokument ten nie podlega uzupełnieniom ani zmianie w ramach wyjaśnień, gdyż powodowałoby to zmianę oświadczenia woli wykonawcy złożonego wraz z ofertą, a zatem zmianę oferty, co jest niedozwolone zgodnie z przepisami Pzp.

Niezgodność złożonego przez wykonawcę P dokumentu – OPZ zauważył zamawiający, jednak zamiast podjąć decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy P z uwagi na jej niezgodność z SIWZ, zamawiający podjął szereg działań, mających na celu „uzdrowienie” oferty wykonawcy P, które stanowią naruszenie przepisów Pzp oraz zasad uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców, mianowicie:

Zamawiający 7.02.2018 r. skierował do wykonawcy P pismo z wezwaniem do wyjaśnień w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp, o treści:

„(...) czy wykonawca zrealizuje usługę prania zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz wprowadzonymi do jej treści zmianami”.

Odwołujący podkreślił, że wezwanie przez zamawiającego wykonawcy P do złożenia wyjaśnień w oparciu o treść art. 87 ust. 1 Pzp, oznacza, że u zamawiającego zrodziły się wątpliwości odnośnie treści oferty i konieczne było uzyskanie wyjaśnień od wykonawcy P, nie jest to natomiast przepis pozwalający na negocjacje i uzupełniania treści oferty w ramach wyjaśnień.

W odpowiedzi na pismo zamawiającego wykonawca P pismem z 08.02.2018 r. oświadczył:

„W odpowiedzi na pismo z dnia 07.02.2017 r., Zarząd P sp. o.o. oświadcza, że zrealizujemy usługę prania zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz wprowadzonymi do jej treści zmianami”.

Mając na uwadze powyższe, należy jednoznacznie stwierdzić, że pismem z 8.02.2018 r. wykonawca P dokonał zmiany treści oferty przez złożenia oświadczenia o odmiennej treści od oświadczenia złożonego wraz z ofertą. Działanie takie jest niezgodne z art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie, z którym niedopuszczalne jest w ramach wyjaśnień dokonywanie zmian w treści oferty.

Dostrzegając niezgodność oświadczenia wykonawcy P z treścią SIWZ, wynikającego ze złożenia nieprawidłowego OPZ wraz z ofertą, co potwierdził wykonawca P składając nowe

oświadczenie w piśmie z 8.02.2018 r. zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty wykonawcy P czego jednak nie uczynił.

Zamawiający nie tylko nie odrzucił oferty wykonawcy P, ale podjął kolejne działania mające wykazać prawidłowość oferty wykonawcy P mianowicie 8.02.2018 r. zamawiający wystosował pismo do wykonawcy P, w którym to piśmie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający oświadczył, że dokonał w ofercie wykonawcy P, w załączniku nr 1 do SIWZ i umowy, tj. w złożonym wraz z ofertą podpisanym OPZ, poprawienia tzw. innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Poprawienie omyłki polegało na wprowadzeniu do złożonego przez wykonawcę P OPZ w pierwotnej wersji wszystkich zmian jakie zamawiający 9.01.2018 r. wprowadził do OPZ i tym samym dostosowaniu brzmienia złożonego przez wykonawcę P pierwotnego OPZ do jego brzmienia w zmienionej wersji 9.01.2018 r. Działanie takie oznacza, że zamawiający w sposób nieuprawniony zmienił treść oświadczenia wykonawcy P, czyli treść oferty, zamiast ofertę wykonawcy P odrzucić za niezgodność z SIWZ.

Działania zamawiającego, w odniesieniu do oferty wykonawcy P świadczą o działaniu zamawiającego wprost nakierowanym na wybór oferty wykonawcy P poza wszelkimi zasadami obowiązującymi na gruncie zamówień publicznych oraz w jawnej sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazuje, że obowiązkiem wykonawcy P było zaoferowanie usługi w zakresie określonym przez zamawiającego albo nieskładanie oferty.

Czynność polegająca na złożeniu oferty nieodpowiadającej wymogom SIWZ jest niezgodna z ustawą Pzp, na co wielokrotnie zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza, co potwierdza jej utrwalona linia orzecznicza Izby.

Zamawiający zaniechał dokonania czynności wezwania wykonawcy P do złożenia dokumentów potwierdzających, że wskazane w ofercie usługi i produkty spełniają wymogi określone w SIWZ.

Zamawiający w cz. III SIWZ „Dokumenty i oświadczenia potwierdzające, że przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego” wymagał złożenia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnianie warunków określonych w SIWZ. Jednym z wymaganych dokumentów było zgodnie z cz. III ust. 4 SIWZ:

„Oświadczenie wykonawcy o posiadaniu lub dysponowaniu systemem znakowania bielizny metodą chipowania”.



Wykonawca P złożył wraz z ofertą oświadczenie, z którego wynika, że pralnia dysponuje systemem znakowania odzieży metodą chipowania.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w cz. I ust. 1 SIWZ:

Zatem zamawiający wyszczególnił w opisie przedmiotu zamówienia takie pozycje jak:

- 1) bielizna;
- 2) odzież;
- 3) i inne wyroby,

– natomiast w cz. III ust. 4 SIWZ wymagał oświadczenia dotyczącego chipowania bielizny.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że złożone oświadczenia wykonawcy dotyczące chipowania odzieży nie stanowi potwierdzenia spełnienia warunku określonego przez zamawiającego, który wprost wymagał złożenia oświadczenia w zakresie chipowania bielizny. Zatem oświadczenie złożone przez wykonawcę P jest nieprawidłowe.

Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę P do złożenia prawidłowego dokumentu, aby móc ocenić czy oferta wykonawcy P jest zgodna z SIWZ.

To zamawiający ma nie tylko uprawnienie polegające na tworzeniu treści SIWZ, ale ma również obowiązek przestrzegania postanowień SIWZ, które sam określił. Nie jest uprawniony do dowolnej zmiany tych postanowień po dacie składania ofert ani do dowolnego odstępowania od wymagań, które sam nałożył na wykonawców.

Kolejnym dokumentem, którego złożenia wymagał zamawiający był o zgodnie z cz. III ust. 5 SIWZ:

„Oświadczenie producenta chipów potwierdzające, że chipy są pasywne, bezpieczne dla ludzi i sprzętu, takiego jak np. rozrusznik serca oraz zgodne z normami ISO 15693 i ISO 18000-3”.

Wykonawca P złożył oświadczenie producenta chipów DATAMARS w języku angielskim wraz z tłumaczeniem, z którego nie wynika, aby chipy były *„bezpieczne dla ludzi i sprzętu, takiego jak np. rozrusznik serc”*.

Brak oświadczenia producenta chipów w tym zakresie wykonawca P zastąpił oświadczeniem dystrybutora NetJet K.J., w treści którego to oświadczenia znajduje się fragment o tym, że oferowane chipy są bezpieczne dla ludzi i sprzętu.

Powyższe oznacza, że wykonawca P nie złożył oświadczenia producenta chipów, które potwierdzałoby spełnianie przez oferowane produkty (chipy) wszystkich wymagań zamawiającego, zaś złożenie dodatkowego dokumentu niewymaganego przez zamawiającego – oświadczenia dystrybutora chipów, w żaden sposób nie może uzupełniać braków żądanego dokumentu przez zamawiającego.

Zatem ponownie wykonawca P, nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane produkty wymogów określonych w SIWZ, a zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy P do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Odnosząc się do obowiązku dokładnego i literalnego weryfikowania i oceny ofert w odniesieniu do brzmienia SIWZ, zamawiający nie dokonał szczegółowej oceny kolejnego dokumentu złożonego wraz z ofertą przez wykonawcę P.

Zamawiający określił w cz. III ust. 2 SIWZ, że wykonawca zobowiązany jest złożyć opinię sanitarną:

„Aktualna opinia Państwowej Inspekcji Sanitarnej potwierdzająca, że pralnia, w której wykonawca będzie realizował usługę prania, spełnia wymogi zgodnie z obowiązującymi przepisami”.

W ofercie wykonawcy P znajduje się opinia sanitarna, z której wynika, że usługi świadczone przez pralnię spełniają wymogi zgodnie obowiązującymi przepisami. Zatem literalnie, opinia sanitarna dotycząca usług nie jest tym samym co opinia dotycząca pralni. W tym zakresie zamawiający powinien chociażby w drodze wyjaśnień uzyskać pewność, że opinia sanitarna dotycząca usług jest wystarczająca, aby potwierdzić, że pralnia spełnia wymogi określone przepisami prawa.

Zamawiający określił warunek doświadczenia, którym mają się wykazać wykonawcy składający oferty. Na potwierdzenie należytego wykonania danych usług wykonawcy zobowiązani są do złożenia dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty.

Wykonawca P wraz z wykazem usług złożył dowód na potwierdzenie należytego wykonania usługi wskazanej w wykazie. Dowodem tym są referencje.

W wykazie usług wykonawca P, wskazał, że usługa prania była wykonywana w okresie 18.10.2011-23.10.2013 r., natomiast złożone referencje są opatrzone datą 10.09.2013 r. zatem referencje pochodzą z okresu, gdy usługa była jeszcze świadczona, a nie po jej zakończeniu. Tym samym dokument ten nie potwierdza należytego wykonania usługi jako całości, ale jedynie części usługi wykonanej do daty wystawienia referencji.

Zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy P do uzupełnienia dokumentów przez złożenie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie całej usługi.

Dodatkowo, mając świadomość, że termin na wniesienia odwołania na warunki określone w SIWZ upłynął – odwołujący wskazuje, że zamawiający określając warunek doświadczenia, wydłużył okres, w którym wykonawcy mogli nabyć wymagane doświadczenie z 3 lat do 5 lat. Odwołujący nie kwestionował wydłużenia okresu nabycia doświadczenia,

uważając, że zamawiający dokonał takiego wydłużenia kierując się chęcią zwiększenia konkurencyjności w postępowaniu, bowiem jak wiadomo, jeżeli w ocenie zamawiającego mało jest podmiotów mogących wykazać się doświadczeniem w świadczeniu usługi wymaganej w SIWZ, wydłużenie okresu doświadczenia jest uzasadnione.

Odnosząc się do treści ww. orzeczenia Izby, w ocenie odwołującego w rozpoznawanym postępowaniu nie wystąpiły okoliczności uzasadniające wydłużenie okresu nabycia doświadczenia wymaganego do wzięcia udziału w postępowaniu, ponieważ na rynku jest wiele podmiotów, świadczących usługi w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, i gdyby były zainteresowane wykonywaniem usługi na rzecz zamawiającego, na warunkach określonych w SIWZ, mogłyby złożyć oferty w postępowaniu.

Odwołujący wykazuje, że wybór oferty wykonawcy P jako najkorzystniejszej narusza również wymóg art. 91 Pzp. Przejawia się to w tym, że wybrana przez zamawiającego oferta nie obejmuje pełnego zakresu usług wymaganych przez zamawiającego.

Oferta jako jeden z rodzajów oświadczenia woli prowadzących do zawarcia umowy powinna zawierać istotne postanowienia umowy.

Skoro treść oferty nie jest zgodna z SIWZ, to również zawarta umowa będzie miała inny kształt i inną treść, niż pierwotnie przewidziana dokumentacją. Jest to całkowicie niedopuszczalne.

Odwołujący podnosi, że umowa, która będzie zawarta z wykonawcą, którego oferta była niezgodna z SIWZ, będzie umową nieważną i naruszającą art. 7 ust. 1 oraz 3 Pzp.

Odwołujący wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w oparciu o przepisy Pzp jest postępowaniem bardzo sformalizowanym.

Odwołujący raz jeszcze podkreśla, że zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający zobowiązany jest do wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy w oparciu o kryteria oceny ofert. Odwołujący wskazuje jednak, że w pierwszej kolejności zamawiający powinien dokonać badania i oceny ofert pod kątem zgodności z treścią SIWZ oraz z przepisami Pzp i pozostałych powszechnie obowiązujących przepisów. W szczególności zamawiający jest zobligowany do weryfikacji czy oferta danego wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp.

W treści art. 89 ust. 1 Pzp posłużono się nakazem, zgodnie z którym „zamawiający odrzuca ofertę”. Okoliczność użycia przez ustawodawcę określenia „odrzuca” bezsprzecznie

wskazuje na fakt, że jest to obowiązek zamawiającego, a nie przekazana mu do swobodnego stosowania kompetencja, z której może korzystać według swojego uznania.

Odwołujący podnosi, że w postępowaniu zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy P, która powinna podlegać odrzuceniu. W dalszej konsekwencji działanie to stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazuje, że wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy P był niedopuszczalny i został dokonany wbrew przepisom ustawy i w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ wszystkie wymienione w odwołaniu argumenty przesadzają o zasadności podniesionych zarzutów, a tym samym skutkują koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy P na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ponadto, wybór oferty wykonawcy P jako najkorzystniejszej jest równoznaczny z niespełnieniem wymogu opisanego w art. 91 ust. 1 Pzp, tj. „wyboru oferty najkorzystniejszej”, za którą to powinna zostać uznana oferta odwołującego.

Wszystkie wyżej wymienione zarzuty skutkują koniecznością uznania oferty wykonawcy P za ofertę, której „treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, a zatem skutkują koniecznością odrzucenia przez zamawiającego takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wykazuje, że w wyniku zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej doszło naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 19.02.2018 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 19.02.2018 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

27.02.2018 r. wykonawca P złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego. Pismo zostało złożone po upływie terminu 3 dni od powiadomienia tego wykonawcy o wniesieniu odwołania, czyli wykonawca P nie mógł stać się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 2.03.2018 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 dowodów złożonych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego. Izba podkreśla, że mimo, iż odwołujący złożył ofertę z ceną przekraczającą kwotę podaną (zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp) przez zamawiającego przed otwarciem ofert, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przekroczenie to nie może to wpływać na posiadanie interesu odwołującego we wniesieniu środków ochrony prawnej.

Art. 179 ust. 1 Pzp brzmi »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«, a art. 86 ust. 3 Pzp brzmi »Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia«.

Zamawiający w przypadku wyboru najkorzystniejszej oferty z ceną przekraczającą budżet zamawiającego musi podjąć działania, aby uzyskać dodatkowe środki i jednak zrealizować zamówienie. Dopiero gdy próba lub próby pozyskania dodatkowych środków nie przyniosą wystarczających rezultatów, zamawiający będzie mógł i musiał unieważnić postępowanie stosując się do art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, który brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty«.

W związku z tym Izba stwierdza, że w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym nie może wchodzić w rachubę brak interesu wykonawcy we wniesieniu środków ochrony prawnej, gdy cena ofertowa tego wykonawcy przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdyż po wyborze takiej oferty zamawiający musi podjąć czynności zmierzające do zwiększenia kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Dopiero w wyniku stwierdzenia braku możliwości

zamawiającego zwiększenia (obojętnie z jakich powodów) środków na sfinansowanie zamówienia zamawiający będzie mógł unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Dlatego sugerowanie z góry braku interesu odwołującego w przytoczonych okolicznościach nie może być wzięte pod uwagę przez Izbę.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby koniecznością odrzucenia odwołania.

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.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez zamawiającego:

- 1) dowód nr 1 – pismo obecnego odwołującego do zamawiającego z 30.01.2018 r. w sprawie zauważonych nieprawidłowości w ofercie wykonawcy P;
- 2) dowód nr 2 – pismo obecnego odwołującego do zamawiającego z 5.02.2018 r. w sprawie zauważonych nieprawidłowości w ofercie wykonawcy P;
- 3) dowód nr 3 – pismo obecnego odwołującego do zamawiającego z 31.01.2018 r. w sprawie zauważonych nieprawidłowości w ofercie wykonawcy P;
- 4) dowód nr 4 – oferta cenowa obecnego odwołującego z 19.02.2018 r. na 50 dni na wykazanie, że odwołujący stosuje różne podejścia do wyliczania cen na oferty krótko- i długoterminowe;
- 5) dowód nr 5 – referencje dla wykonawcy P od zamawiającego z 7.02.2018 r. na wykazanie, że zamawiający podstawnie uznał, że wykonawca P spełnił warunek zamawiającego w zakresie posiadania doświadczenia.

Jednak Izba musi stwierdzić, że zamawiający składając dowody 1-3 przedstawił argument, że odwołujący składając do zamawiającego pisma w trakcie badania i oceny ofert z zastrzeżeniami dotyczącymi innych ofert niż oferta odwołującego cyt. z protokołu »próbował wpłynąć na decyzję zamawiającego«. Ale Izba stwierdza, że takim zachowaniem odwołujący nie naruszył żadnego przepisu Pzp. Zwłaszcza nie został naruszony przepis art. 84 ust. 1 Pzp regulujący (*a contrario*) postępowanie dotyczące kontaktów zamawiającego z wykonawcami po upływie terminu składania ofert. Przepis art. 84 ust. 1 Pzp brzmi »Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę«.

Wynika z tego przepisu, że wykonawcy nie mogą po upływie terminu składania ofert samodzielnie zmienić oferty lub jej wycofać. Pozostałe aktywności wykonawcy jak np. zwracanie uwagi zamawiającego na niedostatki ofert innych wykonawców nie są zakazane.

Podobnie nie może mieć wpływu na postrzeganie Izby w rozpoznawanym postępowaniu dowód nr 4, którym to dowodem zamawiający zamierzał wykazać, że odwołujący zaoferował zbyt wysoką cenę w ofercie w rozpoznawanym postępowaniu, gdy mógł tę cenę znacząco ograniczyć, jak to odwołujący uczynił składając ofertę na ten sam przedmiot zamówienia, ale w znacznie krótszym terminie wykonania zamówienia – bo na okres 50 dni. Izba stwierdza, że odnośnie ceny ofertowej zamawiający jest obowiązany odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«. Natomiast aby zamawiający nie był zmuszony do zawierania niekorzystnych dla niego cenowo umów stoi na straży prawna instytucja właściwego wycenienia zamówienia i przedstawienia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o czym stanowi art. 86 ust. 3 Pzp, który brzmi »Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia«.

W ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P, pomimo że treść oferty nie odpowiada SIWZ oraz

zarzut trzeci naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp – przez dokonanie, w sposób nieuprawniony, zmian w treści złożonej oferty wykonawcy P – zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający wymagał w cz. IV pkt 1 SIWZ dołączenia do oferty [m.in.] podpisanego załącznika nr 1 do SIWZ – Opisu przedmiotu zamówienia. 9.01.2018 r. zamawiający dokonał zmiany SIWZ m.in. przez zmianę OPZ i jednocześnie zamawiający przedłużył o 8 dni termin składania ofert. Wykonawca P dołączył do oferty pierwotną, nieaktualną wersję OPZ.

Po przeprowadzeniu wyjaśnień, zamawiający uznał, że zamienienie załącznika do oferty wykonawcy P z nieaktualnego OPZ na właściwy OPZ mieści się w granicach procedury wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie [...] inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«.

Izba podkreśla, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp umożliwia zamawiającym prowadzić postępowania mniej formalistycznie, bo nie ślepy formalizm jest celem ustawy. Zamawiający

mogą prowadzić – dzięki art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – postępowania bardziej logicznie i nie odrzucać ofert, w których znajdują się omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ. Zamawiający może na podstawie tego przepisu poprawić w ofercie takie omyłki. Jednak zamawiający musi brać pod uwagę dalszą treść przepisu uściślającą możliwość poprawy omyłek w ofertach do omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

W związku z tym Izba stwierdza, że omyłki w ofertach należy za każdym razem rozpatrywać indywidualnie, a szczególnie biorąc pod uwagę treść całej oferty i również treść całej specyfikacji. W rozpoznawanym przypadku omyłka polega na załączeniu do oferty pierwotnego OPZ zamiast zmienionego pismem z 9.01.2018 r. Pismem tym z 9.01.2018 r. zamawiający wprowadził – bez wyróżniania – 4 zmiany do SIWZ [pkt 1-4], a wśród tych zmian zamawiający dokonał zmiany OPZ, zgodnie z art. 38 ust. 4 Pzp, który to przepis brzmi »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust. 5 stosuje się odpowiednio«. Zmiany w SIWZ były na tyle poważne w mniemaniu zamawiającego, że zamawiający przedłużył termin składania ofert o 8 dni [z 17 na 25.01.2018 r.]. Zostało to ustanowione w pkt 5 omawianego pisma z 9.01.2018 r. Do zamknięcia rozprawy zamawiający nie wykazał, że zmiany w SIWZ dotyczące OPZ były nieistotne, a pozostałe zmiany były na tyle znaczące, że wpłynęły na przesunięcie terminu składania ofert. Skoro przed upływem terminu składania ofert zagadnienia poruszane w piśmie z 9.01.2018 r. były traktowane przez zamawiającego jako ważące w postępowaniu na tyle, że zamawiający dokonał przedłużenia terminu składania ofert, to zamawiający nie powinien tych kwestii bagatelizować po upływie terminu składania ofert, a przynajmniej zamawiający nie powinien ich bagatelizować bez uzasadnienia. Dlatego Izba nie może zaakceptować poprawionych przez zamawiającego zmian jako niepowodujących istotnych zmian w treści oferty i Izba musi przychylić się do zarzutu pierwszego, że zamawiający naruszył tym art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba biorąc pod uwagę zmiany w SIWZ dokonane pismem z 9.01.2018 r. musi stwierdzić, że dołączenie przez wykonawcę P do oferty nieaktualnego OPZ, czyli w rzeczywistości zaoferowanie wykonania innego przedmiotu zamówienia niż wymagany, jest niezgodne z warunkami określonymi w art. 82 ust. 3 Pzp. Przepis art. 82 ust. 3 Pzp brzmi »Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Zamawiający natykając się na rozbieżność treści oferty z treścią SIWZ, której nie można było usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp powinien się być zastosować do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucić taką ofertę. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę,



jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Jednocześnie Izba musi stwierdzić, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszenie zasady wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami Pzp nie może zasługiwać na uwzględnienie. Odwołujący w żadnym miejscu uzasadnienia odwołania nie odniósł się do naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Odwołujący stwierdził w odwołaniu tylko cyt. »Działania zamawiającego, w odniesieniu do oferty wykonawcy P świadczą o działaniu zamawiającego wprost nakierowanym na wybór oferty wykonawcy P poza wszelkimi zasadami obowiązującymi na gruncie zamówień publicznych oraz w jawnej sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji«, a stwierdzenia takiego nie można uznać za uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, który brzmi »Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że [...] odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5« Izba jest zobligowana do odrzucenia odwołania jeżeli Izba stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania. Istotą przepisu jest powiadomienie zamawiającego o całej treści odwołania, a nie tylko o fakcie wniesienia odwołania. Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp, który brzmi »Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania«, w skład treści odwołania wchodzi m.in. wskazanie okoliczności faktycznych i prawne uzasadnienie wniesienia odwołania w szczególności aby zamawiający mógł odnieść się do odwołania przez np. zanegowanie czy uwzględnienie odwołania w danym zakresie. Izba podkreśla, że odwołujący w zakresie zarzutu drugiego nie zawarł w odwołaniu żadnych wymaganych części odwołania w związku z czym należy stwierdzić, że odwołujący nie tylko nie przesłał kopii odwołania zamawiającemu, ale nawet nie sformułował tego odwołania w odpowiednim zakresie i nie przekazał tego uzasadnienia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a także nie przekazał kopii tego uzasadnienia zamawiającemu. Zgodnie z paremią *a minori ad maius* – skoro należy odrzucić odwołanie, jeżeli jego kopia nie została przesłana do zamawiającego, to tym bardziej należy odrzucić odwołanie, jeżeli odwołanie nie zostało uzasadnione i kopia uzasadnienia nie została przekazana zamawiającemu.

W związku z tym Izba nie może uwzględnić odwołania w zakresie zarzutu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Sumarycznie Izba musi uznać za zasadne zarzut pierwszy naruszenia art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz zarzut trzeci naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3, w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

W ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 w zw. oraz art. 82 ust. 3 Pzp – przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy P jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu oraz

zarzut piąty naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp – przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, spośród złożonych ofert a niepodlegających odrzuceniu – zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że skoro oferta wykonawcy P powinna zostać odrzucona [uzasadnienie wyżej], to nie może ona zaistnieć w następnej fazie postępowania zamówieniowego, czyli w fazie oceny ofert, co jest normowane przez art. 20 ust. 1 Pzp, który brzmi »Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do [1] oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do [2] badania i [3] oceny ofert«. Dlatego wybór takiej oferty stanowi naruszenie art. 82 ust. 3 art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp odwołujący nie przekazał właściwego uzasadnienia, co zmusza Izbę do odrzucenia odwołania w tym zakresie.

W ocenie Izby zarzut czwarty naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp – przez zaniechanie wezwania wykonawcy P do złożenia dokumentów potwierdzających, że wskazane w ofercie usługi i produkty spełniają wymogi określone w SIWZ, pomimo że dokumenty złożone przez wykonawcę P nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy P, o czym w uzasadnieniu uwzględnienia zarzutów pierwszego i trzeciego. W związku z tym fakt naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp nie ma wpływu na wynik postępowania, a więc Izba nie może uwzględnić w tym zakresie odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp.

Ponadto, wobec zarzutu, że zamawiający nie mając właściwych referencji zasadnie uznał spełnienie warunku doświadczenia przez wykonawcę P zamawiający złożył dowód nr 5 – referencje dla wykonawcy P od zamawiającego z 7.02.2018 r. na wykazanie, że zamawiający podstawnie uznał, że wykonawca P spełnił warunek zamawiającego w zakresie posiadania doświadczenia. Izba musi stwierdzić, że żaden przepis nie stanowi, żeby zamawiający posiadał całą dokumentację postępowania w jednym miejscu, jednak że

względu na przepis art. 96 ust. 3 Pzp takie zgromadzenie dokumentów ułatwia zamawiającemu właściwe wywiązanie się z obowiązku udostępnienia zainteresowanym odpowiednich dokumentów przez zamawiającego. Art. 96 ust. 3 Pzp brzmi »Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu«. Jednak ze względu na brak wpływu na wynik postępowania Izba nie uwzględniła zarzutu braku odpowiednich dokumentów do wykazania spełnienia warunków.

Przepis art. 192 ust. 2 Pzp brzmi »Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«.

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

Przepis art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp brzmi »Do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca: 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu; 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3«.

Zamawiający naruszył art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Z powyższych względów Izba uwzględniła odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty

wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47).

**Przewodniczący:** .....