

Sygn. akt: KIO 81/11

WYROK
z dnia 28 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania z dnia 14 stycznia 2011 r. wniesionego przez wykonawcę **Socotec Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, al. Jerozolimskie 84, 00-807 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o., z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mott Mac Donald Limited, Mott Mac Donald Polska Sp. z o.o., BBF Sp. z o.o., z siedzibą w lidera w Warszawie, ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego a ponadto nakazuje dokonać oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o., z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz**

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 **Socotec Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, al. Jerozolimskie 84, 00-807 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o., z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz** na rzecz wykonawcy **Socotec Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, al. Jerozolimskie 84, 00-807 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony 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 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów PRONATURA Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Pomoc techniczna dla Jednostki Realizującej Projekt pn. „Budowa Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych dla Bydgosko-Toruńskiego Obszaru Metropolitalnego”«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

05.10.2010 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 193-294807.

05.01.2011 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mott Mac Donald Limited, Mott Mac Donald Polska Sp. z o.o., BBF Sp. z o.o., z siedzibą w lidera w Warszawie, ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa;**
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy SOCOTEC POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją) – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

14.01.2011 r. w terminie zgodnym z art. 182 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp wykonawca SOCOTEC POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców;
- 2) zaniechanie dokonania czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do której zamawiający jest zobligowany przepisami prawa;
- 3) bezprawne, przedwczesne wykluczenie odwołującego z postępowania;

- 4) bezprawne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż nie zachodzi żadna z przesłanek uzasadniających konieczność odrzucenia oferty.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp;
- 2) art. 24 Pzp;
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp;
- 4) art. 89 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie, aby zamawiający:

- 1) unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnił czynność odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) uznał, że treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 4) wezwał odwołującego, który w określonym terminie nie złożył wymaganych przez zamawiającego dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, do ich uzupełnienia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.

Argumentacja odwołującego:

Odwołujący, w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, złożył ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia. Złożona przez odwołującego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom specyfikacji oraz nie zachodzi wobec niej żadna z przesłanek opisanych w art. 89 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie był wzywany przez zamawiającego do udzielenia jakichkolwiek wyjaśnień związanych ze złożeniem oferty, ani do uzupełnienia któregośkolwiek z dokumentów złożonych wraz z ofertą.

05.01.2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, wskazując ofertę uznaną przez siebie za najkorzystniejszą. Zamawiający wskazał również, że oferta nr 5 odwołującego została uznana za odrzuconą na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż wykonawca nie spełnia warunku pkt 9.1.2 specyfikacji, tj. nie przedstawił w swojej ofercie specjalisty ds. postępowań przetargowych oraz specjalisty ds. prawnych. Wobec tego treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji.

Wskazane naruszenie przez odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest całkowicie chybione, ponieważ treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji, a jedynym sformułowanym wobec oferty zarzutem jest nieprzedstawienie w dokumentach załączonych do oferty kandydatów na stanowiska: „Specjalisty ds. postępowań przetargowych oraz specjalisty ds. prawnych”.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do złożenia tych oświadczeń lub dokumentów w wyznaczonym terminie.

Zamawiający mógłby zaniechać wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów gdyby sporządzona i złożona przez odwołującego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek opisanych w art. 89 ust. 1 Pzp albo gdyby konieczne było unieważnienie postępowania.

W rozpoznawanej sprawie nie zachodzi jednak żadna z wyżej wymienionych podstaw. Zamawiający nie widzi przesłanek do unieważnienia postępowania, czemu dał wyraz informując wykonawców o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący złożył w postępowaniu ważną i zgodną z ustawą ofertę, która nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji i której cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący nadto nie popełnił błędu w obliczeniu ceny oferty, ani nie popełnił w ofercie żadnej omyłki, wobec której musiałby wyrazić wobec zamawiającego swoje stanowisko w kwestii jej poprawienia.

Treść oferty odwołującego odpowiada w pełni treści specyfikacji.

Jak wskazuje się w »Komentarzu do Prawa zamówień publicznych« M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych., wyd. IV: »Celem instytucji uzupełnienia dokumentów jest stworzenie możliwości uzyskania [...] ofert poprawnych pod względem oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo pierwotnych braków lub uchybień«.

Ponadto odwołujący wskazuje, że podana przez zamawiającego w rozstrzygnięciu postępowania podstawa prawna odrzucenia oferty – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – jest całkowicie chybiona, ponieważ norma ta odnosi się do niezgodności treści oferty ze specyfikacją, a nie do załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadnienie odrzucenia oferty nie jest zatem powiązane z przytoczonymi przez zamawiającego podstawami faktycznymi odrzucenia oferty, bowiem pkt 9.1.2 specyfikacji dotyczy warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawców. Tym samym wymagania w nim zawarte nie dotyczą treści oferty. Art. 44 Pzp wyraźnie rozróżnia ofertę i oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, czy też dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Na potwierdzenie powyższego stanowiska odwołujący przytoczył fragmenty dwóch wyroków Krajowej Izby Odwoławczej:

1) sygn. akt: KIO/UZP 570/09, KIO/UZP 571/09, wyrok KIO z dnia 14 maja 2009 r. – treść oferty na gruncie Prawa zamówień publicznych należy rozumieć w sposób ścisły, i utożsamiać ją z oświadczeniem wykonawcy, z którego wynika zakres zobowiązania wykonawcy względem zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy;

2) sygn. akt: KIO/UZP 1589/09, wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2009 r. – Izba wskazuje, iż zamawiający w trakcie postępowania, (...) miesza wymagania dotyczące treści oferty z instytucją warunków udziału w postępowaniu, tak jak i dokumenty i załączniki składające się na treść w oferty (opisującymi i dookreślającymi zobowiązanie wykonawcy) z dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzającymi, iż dostawy, usługi oraz roboty budowlane oferowane przez wykonawców spełniają wymogi zamawiającego (...).

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowiący o konieczności odrzucenia oferty w przypadku, gdy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, znajduje zastosowanie w przypadku niezgodności materialnej zakresu zobowiązania wynikającego z treści oferty z zobowiązaniem opisanym i wymaganym w specyfikacji ewentualnie braku, czy niezgodnego ze specyfikacją przygotowania elementów oferty, które ww. treści zobowiązaniowe mają wyrażać i dookreślać. W żadnym razie hipotezy ww. przepisu nie wypełnia brak załączenia do oferty dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (...).

Zamawiający nie podał żadnego innego uzasadnienia faktycznego dla czynności odrzucenia oferty, czy też uzasadnienia prawnego dla wykluczenia odwołującego z postępowania.

14.01.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 Pzp).

14.01.2011 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

17.01.2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Mott Mac Donald Limited, Mott Mac Donald Polska Sp. z o.o., BBF Sp. z o.o., z siedzibą w lidera w Warszawie, ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa** złożyli:

- (1) Prezesowi KIO,
- (2) zamawiającemu i
- (3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

24.01.2011 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

Zarzuty odwołującego są całkowicie bezpodstawne.

Zamawiający wnosi o nieuwzględnienie żądania Wykonawcy, określonego na str. nr 2 jego odwołania, sformułowanego jako: „zobowiązanie zamawiającego do wezwania odwołującego w trybie przewidzianym art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów złożonych wraz z ofertą na potwierdzenie udziału w postępowaniu”.

Odwołanie to nie kwestionuje ważności wyboru najkorzystniejszej oferty (zarzut formalny).

Zarzuty odwołującego i stanowisko zamawiającego.

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący nie wskazał w żadnej części swojego odwołania, naruszenia przez zamawiającego tego przepisu. Statuuje on zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający w żadnej swej czynności, czy też żadnym zaniechaniem nie uchybił wskazanym tu zasadom. Jedynie domniemanie zamawiającego (wobec braku sformułowania w tej części zarzutów jakiegokolwiek tezy) pozwala zamawiającemu przypuszczać, iż odwołujący opacznie rozumie zapewnienie zamawiającego standardów uczciwej konkurencji wykonawców. Rozumienie to, sprowadza się do następującego założenia:

Każdy wykonawca w przetargu, którego oferta zawiera błędy lub braki musi zostać wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oferty. Bez takiego wezwania zamawiający nie ma prawa odrzucić oferty jakiegokolwiek wykonawcy.

Teza postawiona powyżej, a będąca kluczowym twierdzeniem odwołującego, na którym buduje on swe odwołanie, jest fałszywa. Minio braku konkretyzacji zarzutu odwołującego, polegającego na naruszeniu przez zamawiającego treści art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający podkreśla, iż właśnie uczynienie zadość żądaniu wykonawcy, stanowiłoby wyraz nierównego traktowania wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Pozostałe oferty były zgodne ze specyfikacją i stanowiły odzwierciedlenie oczekiwań zamawiającego.

Natomiast oferta odwołujący sprawiała wrażenie złożonej w oparciu o inną specyfikację, w której zamawiający żądał pięcio osobowego, a nie siedmio osobowego minimalnego składu zespołu eksperckiego.

Wzywając do uzupełnienia takiej oferty zamawiający przyznałby, iż oferta odwołującego jest zgodna ze specyfikacją, a więc bezpodstawnie i łamiąc zasady wskazane w art. 7 Pzp

uznałby, że oferta odwołującego zasługuje na równe potraktowanie z innymi ofertami, które nie zostały odrzucone.

Z pewnością nie taki jest zamysł racjonalnego ustawodawcy, by każda oferta, której treść jest niezgodna ze specyfikacją w danym postępowaniu, mogła być uzupełniana na podstawie instytucji stworzonej w ramach art. 26 ust. 3 Pzp. Skutek takiej interpretacji byłby negatywny dla zdyscyplinowania wykonawców, usprawnienia procedury i innych celów procedury udzielania zamówień publicznych.

2. Naruszenie art. 24 Pzp

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty, a nie wykluczenia wykonawcy. Zamawiający nie zastosował przepisu art. 24 Pzp.

3. Naruszenie art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 Pzp

Zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia oferty, jeżeli oferta ta nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający wymagał w pkt 9 specyfikacji zaoferowania 7 fachowców. Odwołujący zaoferował 5 fachowców.

Jest rzeczą oczywistą, że oferta zawierająca w swej treści wszystkie niezbędne elementy wskazane w dokumentacji przetargowej zamawiającego, w której sposób przedstawienia koniecznych informacji pod względem formalnym różni się od formularzy proponowanych przez zamawiającego, nie może zostać odrzucona.

W rozpoznawanym przetargu jedną z najbardziej kluczowych spraw jest kwestia zespołu osobowego, który będzie gwarantował zamawiającemu wykonanie zadania zgodnie z jego założeniem. Oferta musi więc być zgodna ze specyfikacją w tej elementarnej części, zaś niezgodność takiej oferty ze specyfikacją jest niezgodnością, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ramach zamówień publicznych oferta jest adresowana do zamawiającego, a istotne postanowienia współpracy są określane przez wykonawcę na podstawie specyfikacji. Treść oferty składanej przez każdego wykonawcę w zaskarżonym postępowaniu musi polegać na tym, że zobowiązuje się on, na podstawie warunków określonych w specyfikacji, do świadczenia usług na rzecz zamawiającego za pomocą dedykowanego do tego celu minimalnego (siedmioosobowego) zespołu ekspertów. Nie ma tu znaczenia fakt, że dodatkowo jedynie (a nie tylko i wyłącznie) zamawiający dodał do dokumentacji przetargowej załącznik, w którym wykonawca był zobowiązany wpisać fachowców przeznaczonych do zespołu kluczowego dla zadania. Zgodnie z przywołanym wcześniej orzeczeniem KIO (565/08) cyt. „należy uznać, że elementem oferty są też dokumenty przedstawione przez wykonawcę, potwierdzające spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych

warunków zamówienia”. W przedmiotowym zamówieniu wykaz osób dedykowanych do wykonania zadania stanowi istotny element oferty.

Biorąc pod uwagę przedstawioną przez wykonawcę, ofertę, jego propozycja (zobowiązanie) względem zamawiającego przedstawia się tak, że zamierza on zrealizować określone w specyfikacji zadanie za pomocą 5 specjalistów. Tymczasem zamawiający określił minimalne wymaganie dla wykonawców w analizowanym przetargu na poziomie 7 wyspecjalizowanych członków zespołu. Każdy z nich ma być odpowiedzialny za określoną dziedzinę zamówienia, bez której jego realizacja w takim kształcie, jaki jest konieczny dla osiągnięcia celu zamawiającego jest niemożliwa. Zamawiający nie dopuszcza asysty technicznej bez specjalistów w dziedzinie postępowań przetargowych i spraw prawnych, Wykonawca natomiast zaproponował zamawiającemu zespół pozbawiony ekspertów w tych dziedzinach, a więc treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji.

Do chwili obecnej wykonawca nie zadeklarował nawet, iż brak przedstawienia przez niego, oferty, zgodnej ze specyfikacją jest spowodowany niedopatrzaniem i że zamierza wykonać zadanie zgodnie z treścią specyfikacji, a więc przy pomocy 7, a nie 5 specjalistów.

Wykonawca na etapie składania oferty powinien był sformułować siedmio osobowy zespół.

4. Pozostałe braki oferty Wykonawcy

Niezgodność treści oferty wykonawcy ze specyfikacją nie sprowadza się jedynie do tego, iż przedstawił on inną ofertę, polegającą na wykonaniu zadania określonego w postępowaniu za pomocą innego składu fachowców. Był to jednak tak istotny brak, że wystarczył on za podstawę do odrzucenia oferty odwołującego. Dodatkowo, podczas oceny złożonych ofert, Komisja Przetargowa stwierdziła, że oferta ta:

- została złożona w 1 egzemplarzu, choć zamawiający wymagał złożenia oryginału oraz kopii;
- nie zawiera zgody Christiana Ingels na udostępnienie zasobu podmiotu trzeciego;
- zawiera referencje na potwierdzenie doświadczenia w zakresie doradztwa finansowego od Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp, z o. o w Starachowicach, które to referencje nie dotyczyły tego rodzaju działalności;
- nie zawierała ważnej polisy ubezpieczeniowej.

W specyfikacji zostały w sposób jednoznaczny, wyraźny i zrozumiały dla wykonawców, określone warunki udziału w postępowaniu. Komisja Przetargowa dokonała szczegółowej oceny spełnienia każdego z warunków w każdej ofercie na zasadzie określonej w specyfikacji według formuły „spełnia/nie spełnia”. Na podstawie tej oceny dokonano odrzucenia oferty odwołującego, która nie spełniała warunku minimalnego składu osobowego w zakresie zespołu eksperckiego. Każda z ofert, które podlegały ocenie została

poddana wnikliwej analizie przez członków Komisji, co znajduje wyraz w odpowiednich protokołach dokumentujących postępowanie.

Odwołujący stwierdził, że złożył ofertę, która nie stanowiła czynu nieuczciwej konkurencji i nie zawierała rażąco niskiej ceny. Na tym etapie postępowania jest to jedynie subiektywne odczucie odwołującego, w żadnej z tych kwestii, bowiem zamawiający nie zajął stanowiska (było to zbędne wobec zaistnienia przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucenia oferty). Nie bez znaczenia może być jednak wyjątkowo niska cena oferty odwołującego, w kontekście tego, że zamierza on wykonać zamówienie przy pomocy jedynie 5 a nie 7 ekspertów.

Przywołane przez odwołującego orzeczenie KIO UZP 570/09 stanowi w istocie potwierdzenie stanowiska zamawiającego, a nie odwołującego, albowiem zamawiający postąpił właśnie w taki sposób, jaki formułuje KIO i cyt. »utożsamił [ofertę] z oświadczeniem wykonawcy, z którego wynika zakres zobowiązania wykonawcy względem zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy«. Także drugie z przywołanych orzeczeń potwierdza zasadność odrzucenia oferty wykonawcy przez zamawiającego (KIO/UZP 1589/09).

W rozpoznawanej sprawie nie chodzi o formalne załączniki, oświadczenia, zaświadczenia itp., które nie decydują o meritum zobowiązania wykonawcy względem zamawiającego. Takie formalności, których brak przedstawienia nie może od razu skutkować odrzuceniem oferty były przedmiotem analizy niejednego składu orzekającego (np. wyrok ZA z 1 lutego 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-102/05, z 14 marca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-423/05, z 18 stycznia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-4/06). W tych i innych orzeczeniach wskazywano, jakie błędy formalne (np. brak podpisu) nie mają wpływu na treść złożonej oferty. W tej sprawie nie chodzi jednak o taką formalną niedokładność, o rzecz nieistotną, którą należy zweryfikować i uzupełnić, sprostować za pomocą dostępnych instytucji prawnych. Odwołujący złożył bowiem ofertę, która w swej treści nie odpowiada warunkom kluczowym dla zamawiającego, sformułowanym w treści podstawowego dokumentu przetargowego, jakim jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty zaniechania dokonania czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do której zamawiający jest zobligowany przepisami prawa (art. 26 ust. 3 Pzp) oraz bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego, pomimo iż nie zachodzi żadna z przesłanek uzasadniających konieczność odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 Pzp) – zasługują na uwzględnienie.

W ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.2.3 »Zdolność techniczna« (mieszczącej się w sekcji III.2 »Warunki udziału«) w kolumnie drugiej ust. 1 tiret 19 i 27 oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją) w części 9 »Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków« ust. 9.1 pkt 3 tiret 19 i 27 na str. 7 zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający wymagał wskazania co najmniej po jednej osobie do pełnienia funkcji specjalisty ds. postępowań przetargowych i specjalisty ds. prawnych z określeniem minimalnych wymagań, które muszą spełniać ci specjaliści.

Ponadto w części 11 »Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu« ust. 11.4 na str. 9 specyfikacji« zamawiający określił, że wykonawcy mają sporządzić wykaz osób na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do specyfikacji.

Odwołujący przyznaje, że nie załączył do oferty dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie, jednak – ze względu na to, że przedstawienie osób i stosownych dokumentów było wymagane przez zamawiającego celem wykazania spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu – zamawiający powinien zastosować procedurę uzupełnienia dokumentów unormowaną w art. 26 ust. 3 Pzp. 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«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w rozpoznawanym postępowaniu zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę, który nie złożył w ofercie wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub jeżeli te oświadczenia bądź dokumenty zawierają błędy – do złożenia tych oświadczeń i dokumentów w wyznaczonym terminie. Art. 25 ust. 1 Pzp brzmi: »W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert«.

Odwołujący w wykazie sporządzonym wg wzoru załącznika nr 3 do specyfikacji pominął 2 osoby – specjalistów ds. postępowań przetargowych i specjalistę ds. prawnych. W związku z tym zamawiający miał obowiązek w trakcie badania oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wystąpić do wykonawcy (odwołującego) o uzupełnienie każdego z brakujących dokumentów lub zawierających błędy. Skład orzekający Izby podkreśla, że unormowanie art. 26 ust. 3 Pzp stanowi wyjątek od reguły pozostawienia oferty po upływie terminu składania ofert bez zmian, co zostało wyrażone w art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp. Art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp brzmi: »Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«. ze względu na to, że art. 26 ust. 3 Pzp jest wyjątkiem należy go bardzo ściśle przestrzegać i nie można interpretować go rozszerzająco (*exceptiones non sunt extentendae*). Dlatego zamawiający musi się ograniczyć do żądania uzupełnienia dokumentów i oświadczeń z zakresu art. 25 ust. 1 Pzp, a zakres tych dokumentów został szczegółowo wyliczony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Odwołujący uzasadniając swoje odstąpienie od wykonania czynności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów powoływał się na zwolnienia z obowiązku wzywania w przypadku, gdy oferta i tak podlega odrzuceniu. Jednak zamawiający nie podał w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego, do czego zamawiający był obowiązany na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Art. Pzp brzmi: »Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty

zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne».

Zamawiający błędnie zastosował do rozpoznawanego problemu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucił ofertę, co pokazał formułując uzasadnienie prawne odrzucenia oferty. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi: »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał jako przyczynę odrzucenia oferty, przyczyny kwalifikujące wykonawcę do wykluczenia, jeżeliby odwołujący, na wezwanie zgodne z art. 26 ust. 3 Pzp, nie uzupełnił oświadczeń i dokumentów, cyt. »Firma ta [odwołujący] nie spełniła warunku sformułowanego przez zamawiającego w pkt 9.1.2 specyfikacji...«.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie sporządzonej 24.01.2011 r., a więc po terminie odrzucenia oferty odwołujący i po terminie wniesienia odwołania przywołał inne braki oferty odwołującego. odpowiedź ta została przekazana odwołującemu w trakcie rozprawy i odwołujący na bieżąco wskazał, że zostały one podniesione zbyt późno, a ponadto pierwszy z braków odnosi się do braku formalnego, którego skutkiem nie może być odrzucenie oferty, a pozostałe powody dotyczą dokumentów, które podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Na marginesie skład orzekający Izby stwierdza, że ustawodawca w art. 26 ust. 3 Pzp nie wskazał liczby dokumentów, oświadczeń czy pełnomocnictw, które mogą być uzupełnione na podstawie tego przepisu, a tylko wskazał ich rodzaj. W związku z tym w ekstremalnej sytuacji zamawiający będzie zobowiązany do wezwania wykonawcy o uzupełnienie wszystkich pełnomocnictw oraz oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Jednak ze względu na brak zarzutu dotyczącego większej liczby dokumentów nie załączonych do oferty Krajowa Izba Odwoławcza nie rozpoznaje tego zagadnienia.

Zamawiający nie wykazał, że oferta podlega odrzuceniu przede wszystkim w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp, ale także w późniejszych czynnościach zamawiającego, do których można zaliczyć argumentację przedstawioną podczas rozprawy, czyli zamawiający niczym nie poparł decyzji o odrzuceniu oferty, a więc naruszył art. 89 ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający może odrzucić ofertę tylko o ile wykaże zaistnienie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 Pzp. Art. 89 ust. 1 Pzp brzmi »1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 1) jest niezgodna z ustawą; 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; 5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert; 6) zawiera błędy w obliczeniu ceny; 7) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie

zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3; 8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów».

W związku z brakiem wykazania podlegania odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający ma obowiązek – zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp – wezwać 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.

Wobec powyższego zarzut zaniechania dokonania czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do której zamawiający jest zobligowany przepisami prawa (art. 26 ust. 3 Pzp) – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty zaniechania dokonania czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do której zamawiający jest zobligowany przepisami prawa (art. 26 ust. 3 Pzp) oraz bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego, pomimo iż nie zachodzi żadna z przesłanek uzasadniających konieczność odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 Pzp) – zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący nie dowiódł ogólnie sformułowanego zarzutu, że zamawiający prowadził postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp) dlatego – zdaniem składu orzekającego Izby – zarzut nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu bezprawnego, przedwczesnego wykluczenia odwołującego z postępowania (art. 24 Pzp) skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie powoływał się na ten przepis i nie dokonał wykluczenia odwołującego, w związku z tym zarzut nie może zostać uwzględniony.

Zamawiający naruszył art. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 3 Pzp przez odrzucenie oferty i zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty.

Z powyższych względów uwzględniono 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....