

**WYROK**  
**z dnia 25 maja 2011r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2011r. przez wykonawcę Minova Ekochem Spółka Akcyjna w Siemianowicach Śląskich w postępowaniu prowadzonym przez Jastrzębską Spółkę Węglową Spółka Akcyjna, Zakład Logistyki Materiałowej w Jastrzębiu Zdroju

przy udziale wykonawcy Piotra Ślosorza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD” Piotr Ślosorz w Mysłowicach, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w części 2 i 4 zamówienia

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Minova Ekochem Spółka Akcyjna w Siemianowicach Śląskich i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Minova Ekochem Spółka Akcyjna w Siemianowicach Śląskich tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Minova Ekochem Spółka Akcyjna w Siemianowicach Śląskich na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółka Akcyjna, Zakład Logistyki Materiałowej w Jastrzębiu Zdroju kwotę 3 787 zł 50 gr (słownie: trzy tysiące siedemset osiemdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego, dojazdu na posiedzenie oraz opłaty skarbowej uiszczonej od pełnomocnictw.

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 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

Zamawiający - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. w Jastrzębiu-Zdroju - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są dostawy do kopalń JSW S.A. worków do transportu materiałów sypkich, rękawów do wykładki mechanicznej, pojemników do budowy pasów podpornościowo-izolacyjnych i tkaniny podsadzkowej polipropylenowej w łącznej ilości 36.058 sztuk i 185.800 m<sup>2</sup> z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do 31.12.2011 r.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 listopada 2010 r., pod numerem 2010/S 221-338848

Przedmiot postępowania został podzielony na 4 zadania (części).

4 maja 2011 r. zamawiający przesłał informację o wynikach postępowania, w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy Minova Ekochem S.A. w częściach nr 1, 2 i 4. Wykonawca wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego w zakresie zadań 1, 2 i 4, pomimo iż oferta ta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy „DLD” Sp. z o. o. w zakresie zadania nr 1, pomimo iż ofertą najkorzystniejszą w tym zakresie była oferta odwołującego;
- 3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD” Piotr Ślosorz w zakresie zadania nr 4, pomimo, iż ofertą najkorzystniejszą w tym zakresie była oferta odwołującego;
- 4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD” Piotr Ślosorz w zakresie zadania nr 2, pomimo iż w zakresie tego zadania złożone zostały trzy oferty niepodlegające odrzuceniu, w związku z czym powinna zostać przeprowadzona aukcja elektroniczna;
- 5) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp przez niedokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego w zakresie zadań nr 1 i 4;
- 6) art. 91a ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 7 Pzp przez nieprzeprowadzenie aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 2, pomimo iż jej przeprowadzenie zostało przewidziane przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i złożone zostały trzy oferty niepodlegające odrzuceniu,

7) art. 46 ust. 4a Pzp polegające na zatrzymaniu wadium złożonego przez odwołującego, z powodu niezłożenia dokumentów żądanych przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, podczas gdy brak ku temu jakichkolwiek podstaw.

8) niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2011 roku (sygn. akt: KIO 387/11), przez stwierdzenie wbrew ustaleniom zawartym w tym wyroku, iż oferta odwołującego w zakresie zadań nr 1, 2 i 4 nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odrzucenie oferty odwołującego na tej podstawie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadań nr 1, 2 i 4;
- 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 1, 2 i 4;
- 3) stwierdzenia, że oferta odwołującego czyni zadość wymogom opisanym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do zadań nr 1, 2 i 4;
- 4) powtórzenia czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do zadań nr 1, 2 i 4;
- 5) przeprowadzenia aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 2,
- 6) wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, w odniesieniu do zadań nr 1 i 4,
- 7) unieważnienia czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego.

Ponadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania i o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami reprezentacji, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że jest sprzedawcą polipropylenowych tkanin technicznych podsadzkowych produkowanych przez Dr. Klaus Schulte GmbH Chemisch Technische Fabrikation (o nazwie handlowej PP-fabric G04) oraz wyrobów z tych tkanin, w tym worków do transportu materiałów sypkich, rękawów do wykładki mechanicznej, pojemników do budowy pasów podpornościowo-izolacyjnych. Wyroby te zgodnie z posiadanymi certyfikatami mogą być stosowane w górnictwie. Wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z dnia 14 marca 2011 r., sygn. akt KIO 387/11, uwzględniła odwołanie odwołującego. Odwołujący podkreślił, że w uzasadnieniu tego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła jednoznacznie, że treść oferta złożonej w niniejszym postępowaniu przez Minova Ekochem S.A. jest „zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia” (str. 20 wyroku), a mimo to zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty w zakresie zadań nr 1, 2 i 4 oraz wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie tych zadań. Wywodził, że zamawiający jest związany ustaleniami poczynionymi w wyroku i przy ponownej ocenie ofert nie może podejmować czynności, które byłyby sprzeczne z tymi ustaleniami, zatem

zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego ze względu na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skoro wcześniej Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że oferta ta jest zgodna z tą specyfikacją. Podnosił, że na obecnym etapie postępowania kwestionowanie przez zamawiającego zgodności oferty odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest formalnie niedopuszczalne i choćby z tego względu czynności zamawiającego są sprzeczne z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że dołączone do oferty certyfikaty nr OBAC/389/CB/08 (zadanie nr 1), nr OBAC/294/CB/10 (zadanie nr 2) i nr OBAC/231/CB/08 (zadanie nr 4) są aktualne, żaden z nich nie został unieważniony lub zawieszony. Okresy ważności tych certyfikatów upływają odpowiednio: 25 września 2011 r., 8 lipca 2013 r. i 21 lipca 2011 r. Żaden przepis prawa, ani postanowienie umowne nie nakłada na odwołującego obowiązku przedstawiania dodatkowych zaświadczeń potwierdzających, że dany certyfikat nie utracił aktualności lub że nie jest konieczne uzyskanie aneksu do tegoż certyfikatu. Zamawiający potwierdził, że aktualizacja została zgłoszona jednostce certyfikującej, jednak stwierdził, że „w uzupełnieniu nie ma odpowiedzi z jednostki certyfikującej, że wprowadzone zmiany nie wymagają aneksu do certyfikatu”, nie wskazując na jakiej podstawie uważa, że koniecznym było przedstawienie informacji jednostki certyfikującej potwierdzającej, że nie jest wymagany aneks do certyfikatu. Odwołujący zarzucił, że twierdzenia zamawiającego o nieaktualności certyfikatów należy uznać za bezpodstawne, a postępowanie zamawiającego jest niezgodne z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący argumentował, że certyfikat udzielany jest „do wyrobu”, a nie „do dokumentacji i instrukcji stosowania”, stąd nie było koniecznym, ani nawet możliwym, uzupełnienie oferty „o aktualny certyfikat do dokumentacji i instrukcji stosowania”. Podnosił, że zmiany w dokumentacji lub instrukcji, które nie są związane ze zmianami wyrobu, nie mają wpływu na ważność czy aktualność certyfikatu. Wyjaśnił, że dołączona do oferty dokumentacja odpowiednio w odniesieniu do zadań 1,2 i 4) DT-04/08/27/P/WRZ/11, DT-115F/10/27/P/WRZ/11 i DT-07/09/27/P/WRZ/11 z grudnia 2010 r. opisuje szczegółowo przedmiot oferty, jest zgodna z dokumentacją techniczną wskazaną w odnoszących się do poszczególnych zadań certyfikatów i nie wykracza poza jej ramy. Podkreślił, że odpowiednie aktualizacje instrukcji IS-04/MINOBAG-Z/08, IS-115F/MINOBAG 2RV-mPE-D/10 i IS-07/PP-FG04/08 ed. II z grudnia 2010 r. zostały zgłoszone jednostce certyfikującej OBAC, co potwierdzone jest adnotacją na piśmie nr 070/12/10/DTT-SM/PZ z dnia 7.12.2010r. Odwołujący ocenił, że instrukcja bezpiecznego stosowania, przechowywania i transportu wyrobu pełni również funkcję dokumentacji technicznej.

Odwołujący zarzucił, że zatrzymanie wadium ze względu na fakt, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp odwołujący nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 pozostaje w sprzeczności z okolicznościami faktycznymi postępowania i jest sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Wywiódł,

że skoro zamawiający przyznaje, że odwołujący uzupełnił ofertę w odpowiedzi na wezwanie stwierdzając jedynie, że „w uzupełnieniu nie ma odpowiedzi z jednostki certyfikującej, że wprowadzone zmiany nie wymagają aneksu do certyfikatu”, nie sposób uznać, że mamy od czynienia z sytuacją, której dotyczy art. 46 ust. 4 a Pzp. Argumentował, że w przypadku rzeczono przepisu, ustawodawca miał na myśli rzeczywisty brak dokumentu polegający na nieprzedłożeniu w wyznaczonym terminie przez wezwanego wykonawcę wskazanego oświadczenia i dokumentu. Art. 46 ust. 4a dotyczy oceny stanu faktycznego (fizykalnego) złożenia wymaganego oświadczenia lub dokumentu, opartego na zasadzie: złożono/nie złożono. W tym zakresie bez znaczenia pozostaje okoliczność ich „aktualności” oraz potwierdzenia spełnienia wymaganego warunku czy wymagań, jak ma to miejsce w przypadku art. 26 ust. 3 Pzp. Wobec tego, jeśli oświadczenie lub dokument został faktycznie złożony, ale nie potwierdza, w ocenie zamawiającego, spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub określonych wymagań przez oferowane dostawy, to wykonawcę dotkną jedynie skutki przewidziane w art. 24 ust. 2 pkt 4 lub art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wadium zostanie zatrzymane jedynie w przypadku, gdy wykonawca uchybi wezwaniu i w wyznaczonym terminie w ogóle nie złoży oświadczenia lub dokumentu lub uczyni to po jego upływie i nie wykaże, że okoliczności te były od niego niezależne i niezawinione.

Piotr Ślosorz prowadził działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD” Piotr Ślosorz przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w częściach 2 i 4, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała odwołanie na rozprawie, podczas której zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Po dopuszczeniu dowodów z pism i dokumentów wymienionych w uzasadnieniu oraz po wysłuchaniu stanowisk stron i uczestnika Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w szczególności zysku. Odwołujący w częściach 1 i 4 złożył ofertę, która mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. W części 2 w razie przeprowadzenia aukcji elektronicznej odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z dnia 14 marca 2011 r., sygn. akt KIO 387/11, uwzględniła odwołanie odwołującego i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności badania i oceny ofert w zakresie zadań nr 1, 2 i 4, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań nr 2 i 4, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 1, dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego w zakresie zadań nr 1, 2 i 4 oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu orzeczenia Izba stwierdziła jednoznacznie, że treść oferty złożonej przez odwołującego jest „zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia” (str. 20).

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzut niezgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozpoznawany przez Izbę dotyczył sporu, czy produkt oferowany przez odwołującego wymaga stosowania dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia uziemienia. Zarzut oparty był o tę samą podstawę prawną – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - jednak dotyczył innych podstaw faktycznych. Brak możliwości co do orzekania przez Izbę w postępowaniu o sygn. KIO 387/11, co do braku wymaganych certyfikatów, wskazanych przez zamawiającego na etapie rozprawy w pisemnej odpowiedzi na odwołanie został wprost stwierdzony w treści uzasadnienia (str. 20).

Zamawiający dokonując ponownej oceny badania i oceny ofert prawidłowo wykonał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 marca 2011r. (sygn. akt KIO 387/11). Zamawiający unieważnił czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonał jej ponownego badania i oceny. Izba rozpoznając odwołanie orzekła o niedopuszczalności odrzucenia oferty odwołującego z powodu w odniesieniu do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do uziemienia. Zamawiający uwzględnił ustalenia oraz oceny Izby w toku ponownego badania ofert, nie odrzucił z powołanej przyczyny oferty odwołującego. Odrzucenie oferty wobec której stwierdzono inne uchybienia skutkujące jej odrzuceniem nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, nawet jeśli czynność odrzucenia dokonywana jest w oparciu o tę samą podstawę prawną – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ustawodawca nie ustalił obowiązku jednokrotnego badania i oceny złożonych ofert. mając na względzie nie tylko możliwość popełnienia błędów lub niedokładności w toku tej czynności, ale też cel prowadzonej procedury - udzielenia zamówienia wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył najkorzystniejszą ofertę odpowiadającą wymaganiom zamawiającego.

Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W pkt 2.1. specyfikacji technicznej – załącznika Nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą certyfikatu potwierdzającego, że

oferowany wyrób jest zgodny z dokumentacją techniczną bądź techniczno-ruchową, spełnia wymagania przewidziane we wskazanych w specyfikacji technicznej normach oraz można go bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, wydane przez akredytowaną jednostkę certyfikującą.

Wraz z ofertą odwołujący złożył:

1. w zakresie zadania nr 1: dokumentację techniczną DT-04/08/27/P/WRZ/11, instrukcję bezpiecznego stosowania IS-04/MINOBAG-Z/08 edycja II z grudnia 2010r., certyfikat wydany przez Ośrodek Badań Certyfikacji i Atestacji OBAC Sp. z o.o. w Gliwicach nr OBAC/389/CB/08, który powołuje się na dokumentację techniczną nr DT-MINOBAG/08/08, Edycja I oraz instrukcję edycja I - wrzesień 2008r. ;
2. w zakresie zadania nr 2: dokumentację techniczną DT-115F/10/27/WRZ/11, instrukcję bezpiecznego stosowania IS-115F/MINOBAG-2RV-mPE-D/10 edycja II z grudnia 2010, oraz certyfikat wydany przez Ośrodek Badań Certyfikacji i Atestacji OBAC Sp. z o.o. - OBAC/294/CB/08, który powołuje się na edycję I instrukcji z czerwca 2010.
3. w zakresie zadania nr 4: dokumentację techniczną DT-07/09/27/P/WRZ/11, instrukcję bezpiecznego stosowania IS-07/PP-FG04/08 ed. II z grudnia 2010r. certyfikat wydany przez Ośrodek Badań Certyfikacji i Atestacji OBAC Sp. z o.o. - OBAC/231/CB/08 który powołuje się na dokumentację techniczną DT-PP-FG04/08 Edycja 2.

W treści certyfikatów znajduje się zastrzeżenie odpowiednio w pkt 5.3, 2.2. 3.3., że o wprowadzeniu jakichkolwiek zmian w dokumentacji technicznej zmieniających parametry techniczne i warunki eksploatacyjne należy bezzwłocznie powiadomić Ośrodek Badań Certyfikacji i Atestacji - OBAC – jako autora niniejszego certyfikatu, w celu przeprowadzenia ponownych badań.

Zamawiający pismem z 5 kwietnia 2011 r. zwrócił się do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o złożenie aktualnych certyfikatów z przywołaniem pkt 2.1. specyfikacji technicznej oraz stanu wynikającego z dokumentów złożonych wraz z ofertą. W odpowiedzi z 11 kwietnia 2011 r. odwołujący stwierdził, że złożone certyfikaty są aktualne, a instrukcja stosowania pełni również funkcję dokumentacji technicznej. Przesłał również pismo skierowane do ośrodka certyfikującego, w którym zwraca się z prośbą o wprowadzenie instrukcji i sprawozdania z badań do dokumentacji związanej z certyfikatem, z potwierdzeniem jej wpływu do adresata.

Izba zważyła, że wymaganie zamawiającego zawarte w pkt 2.1. specyfikacji technicznej dotyczyło aktualności certyfikatu nie tylko w odniesieniu do okresu jego obowiązywania, lecz również zgodności certyfikatu z dokumentacją techniczną bądź techniczno-ruchową, potwierdzenia spełniania przez oferowany produkt wymagań przewidziane we wskazanych w specyfikacji technicznej normach oraz możliwości bezpiecznego stosowania produktu,



którego dotyczy certyfikat, w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Tylko certyfikat o wymienionych cechach stanowi dokument potwierdzający, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego. Nie budzi też wątpliwości, że certyfikat może być uznany za dokument prawidłowy, jeśli odnosi się do przedmiotu dostawy, którego dotyczy wskazana w jego treści dokumentacja techniczna.

Wymaganiem zamawiającego objęta była zgodność certyfikatu z dokumentacją techniczną. Zamawiający zatem trafnie uznał, że złożone przez odwołującego certyfikaty odnoszące się do produktów – innej dokumentacji technicznej, nie potwierdzają spełnienia wymagań stawianych przedmiotowi zamówienia i wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia prawidłowego certyfikatu.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie nie złożył wymaganych certyfikatów. Izba zważyła, że wprawdzie nie można *a priori* wykluczyć, że certyfikaty złożone wraz z ofertą zachowały swą aktualność w odniesieniu do zmienionej dokumentacji technicznej oraz instrukcji stosowania innych edycji, jednak ciężar dowodu w tej mierze spoczywa na odwołującym (art. 6 k.c w zw. z art. 14 Pzp, art. 190 ust. 1 Pzp). Odwołujący podnoszonych okoliczności nie wykazał. Dokumentacja techniczna, może być uznana, za dokument przedmiotowy – potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego - jednak niewłaściwe jest, co do zasady, zamienne traktowanie przez odwołującego pojęć „dokumentacji technicznej” oraz „instrukcji bezpiecznego stosowania”. § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) odrębnie wymienia opis urządzeń technicznych oraz instrukcję obsługi.

Odpowiedzi Ośrodka Badań Certyfikacji i Atestacji OBAC Sp. z o.o. z 24 marca 2011r. oraz 12 maja 2011 r. na pismo odwołującego z 7 grudnia 2010r. - nie stanowią potwierdzenia tezy odwołującego. Ośrodek oświadczył wprawdzie, że certyfikaty są aktualne na dzień dokonania zgłoszenia (zatem przed upływem terminu składania ofert), jednak nie odnoszą się do kwestii zgodności certyfikatów ze złożoną wraz z ofertą dokumentacją techniczną. Tymczasem zamawiający uzyskał stanowiska Ośrodka Badań Certyfikacji i Atestacji OBAC Sp. z o.o. z 13 i 23 maja 2011r. potwierdzające, że certyfikaty złożone przez odwołującego są niezgodne ze złożoną dokumentacją techniczną. Ośrodek oświadczył też, certyfikaty OBAC/294/CB/08 oraz OBAC/231/CB/08 zachowują swoją ważność, jednak wraz z przywołanymi w nich dokumentacjami technicznymi oraz instrukcjami bezpiecznego stosowania. Twierdzenie odwołującego o konieczności uznania certyfikatów złożonych wraz z ofertą nie może się ostać.

Odwołujący oświadczył, że zmian w dokumentacji technicznej musiał dokonać w celu spełnienia wymagań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia. Izba uznała, że art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie znajduje zastosowania w sprawie. Dyspozycją przepisu objęte

jest dokonywanie zmian w treści oferty, korekta uchybień polegających na niezgodności opisu oferowanego świadczenia ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Tym samym zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp i prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 1, 2 i 4 postępowania, z pominięciem przeprowadzenia aukcji elektronicznej w części 2. Zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp, art. 91a ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 7 Pzp nie znalazły potwierdzenia.

Zamawiający, w złożonej na rozprawie pisemnej odpowiedzi na odwołanie podniósł, że zatrzymanie wadium nie może samodzielnie stanowić podstawy orzekania przez Izbę. Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz.1778) głęboko zmieniła przepisy dotyczące środków ochrony prawnej. W wyniku zmiany przepisów wobec czynności zatrzymania wadium *de lege lata* przysługują środki ochrony prawnej. Pogląd powyższy znalazł swój wyraz w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z 7 maja 2010r. V CSK 456/09, w którym Sąd Najwyższy wskazał nawiązując do treści art. 180 ust. 1 Pzp, że o ile pod rządami przepisów sprzed nowelizacji istniały wątpliwości w tej mierze, to obecnie badanie zarzutów dotyczących zatrzymania wadium mieści się kognicji Izby.

Uwzględniając stanowisko Sądu Najwyższego oraz mając na względzie, że zatrzymanie wadium zamawiający powiązał z odrzuceniem oferty odwołującego Izba rozpoznała zarzut wadliwego zatrzymania wadium. Zarzut znalazł potwierdzenie mimo, że Izba nie podzieliła prezentowanej przez odwołującego wykładni art. 45 ust. 4 a Pzp.

Przywołany przepis stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że jedynie fizyczny brak dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw objętych żądaniem lub złożenie ich z uchybieniem wyznaczonego terminu uzasadnia zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp. Art. 25 ust. 1 Pzp stanowi o dokumentach potwierdzających spełnianie przez wykonawców warunków udziału lub w postępowaniu lub przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego. Złożenie dokumentów nie potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu lub wymagań zamawiającego, dokumentów potwierdzających spełnianie wymogów jednak na dzień inny niż upływ terminu składania ofert nie może być, co do zasady, uznane za prawidłową odpowiedź na dokonane wezwanie (art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 Pzp *a contrario*). Analogicznie kwalifikować należy fakt złożenia dokumentów niepełnych, wybranych spośród objętych wezwaniem lub, z

wyjątkiem przewidzianym wprost w art. 26 ust. 2c Pzp oraz wynikającym z art. 26 ust. 2c Pzp, złożenie innych dokumentów, niż wskazane przez zamawiającego. Jedynie złożenie dokumentów wymaganych przez zamawiającego, wskazanych w wezwaniu, czyni zadość obowiązkowi wykonawcy wezwanemu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (tak też: w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 16 lipca 2009r. , XIX Ga 268/09.

Z treści art. 46 ust. 4a Pzp wynika domniemanie, że niezuzpełnienie dokumentów stanowi zawinione zaniechanie wykonawcy. Domniemanie to ma charakter wzruszalny, wykonawca może je obalić, jeśli udowodni, że niezuzpełnienie dokumentów nie zostało przez niego zawinione. Należy zauważyć, że wykonawca odpowiadając na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie jest w żaden sposób zobowiązany do wywodzenia braku winy, na okoliczność ewentualnego nieuznania przez zamawiającego uzupełnionych dokumentów. Obowiązku takiego w żaden sposób nie można wywieść z treści przepisów.

Skoro ciężar dowodu braku winy zgodnie z art. 46 ust. 4a Pzp spoczywa na wykonawcy, zamawiający winien umożliwić wykonawcy wykazanie braku winy. Obowiązkiem zamawiającego w razie ustalenia, że złożone dokumenty nie odpowiadają treści wezwania, jest zwrócenie się do wykonawcy do wykonawcy w celu ustalenia przyczyn takiego stanu rzeczy. Wykluczenie wykonawcy lub odrzucenie oferty poprzedzone bezskutecznym wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie rodzi automatycznie skutku w postaci zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp. Wykonawca powinien mieć możliwość złożenia stosownych wyjaśnień lub wykazania braku winy dowolnymi środkami dowodowymi.

Zamawiający, który po bezskutecznym dokonaniu wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, odrzucił ofertę odwołującego i jednocześnie zatrzymał wniesione przez niego wadium naruszył art. 46 ust. 4 a Pzp. Obowiązkiem zamawiającego było umożliwienie wykazania przez odwołującego, że niezuzpełnienie certyfikatów nastąpiło bez jego winy. Nie należy z góry przyjmować, że wystąpienie przez odwołującego do Ośrodka Badań Certyfikacji i Atestacji OBAC Sp. z o.o. na trzy dni przed składaniem ofert stanowi o niedołożeniu należytej staranności przez odwołującego i skutkuje winą w niezuzpełnieniu certyfikatów, skoro złożenie wymaganych dokumentów jest uzależnione od zachowania podmiotu trzeciego – ośrodka certyfikacyjnego. Zamawiający nie badał winy odwołującego, nie wykazał też przed Izbą, że nie jest możliwe uzyskanie potwierdzenia spełnienia wymogu pkt 2.1. specyfikacji technicznej na dzień dokonania zgłoszenia.

Art. 192 ust. 2 Pzp wymaga stwierdzenia naruszenia przepisów które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Skoro nie potwierdziły się zarzuty dotyczące odrzucenia oferty odwołującego, wyniki postępowania ustalone przez zamawiającego nie ulegną zmianie. Zatem potwierdzenie jedynie zarzutu dotyczącego zatrzymania wadium nie może skutkować uwzględnieniem odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oddaliła odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu pełnomocnika na posiedzenie oraz opłat skarbowych od pełnomocnictw na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w kwocie 3.600 zł zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:.....**