

WYROK

z dnia 12 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Stanisław Sadowy

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. Grażynę Korytowską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcji Konfekcji Odzieżowej i Bieliźniarskiej „ARGOS” ul. Rolna 14, 62-002 Suchy Las, 2. ROKIET Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Michał Siuda, Ewelina Siuda-Winiarska Sp. j. ul. Rolna 39 62-090 Rokietnica, 3. REK-SWED Sp. z o.o. Błękiwit 61, 77-400 Złotów**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Komendę Główną Policji ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa

protestu z dnia 5 lutego 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grażynę Korytowską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcji Konfekcji Odzieżowej i Bieliźniarskiej „ARGOS” ul. Rolna 14, 62-002 Suchy Las, ROKIET Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Michał Siuda, Ewelina Siuda-Winiarska Sp. j. ul. Rolna 39, 62-090 Rokietnica oraz REK-SWED Sp. z o.o. Błękiwit 61, 77-400 Złotów i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grażynę Korytowską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcji Konfekcji Odzieżowej i Bieliźniarskiej „ARGOS” ul. Rolna 14, 62-002 Suchy Las, ROKIET Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Michał Siuda, Ewelina Siuda-Winiarska Sp. j. ul. Rolna 39, 62-090 Rokietnica oraz REK-SWED Sp. z o.o. Błękiwit 61, 77-400 Złotów**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grażynę Korytowską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcji Konfekcji Odzieżowej i Bieliźniarskiej „ARGOS” ul. Rolna 14, 62-002 Suchy Las, ROKIET Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Michał Siuda, Ewelina Siuda-Winiarska Sp. j. ul. Rolna 39, 62-090 Rokietnica oraz REK-SWED Sp. z o.o. Błękiwit 61, 77-400 Złotów** na rzecz **Komendy Głównej Policji ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grażynę Korytowską**

prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcji Konfekcji Odzieżowej i Bielizniarskiej „ARGOS” ul. Rolna 14, 62-002 Suchy Las, ROKIET Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Michał Siuda, Ewelina Siuda-Winiarska Sp. j. ul. Rolna 39, 62-090 Rokietnica oraz REK-SWED Sp. z o.o. Błękiwit 61, 77-400 Złotów.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 60.000 kompletów bielizny termoaktywnej zimowej (podkoszulki i kalesony), którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 31 października 2008 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2008/S 212–281818. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 3.245.902 zł, tj. 837.198 euro.

28 stycznia 2009 r. Odwołującego otrzymał informację o wykluczeniu go z postępowania i o odrzuceniu jego oferty. 5 lutego 2009 r. wniósł protest na jego bezprawne wykluczenie z udziału w postępowaniu oraz bezprawne zaniechanie zwrotu wadium. Zdaniem Odwołującego czynność wykluczenia została podjęta z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, a także art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zaniechanie zwrotu wadium narusza art. 46 ust. 2 pkt 2 lub art. 46 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania i dokonanie oceny jego oferty lub ewentualnie o odrzucenie jego oferty i zwrot wadium.

W informacji o wykluczeniu Zamawiający zarzucił Odwołującemu, iż nie złożył on dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz, że jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jej treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

9 stycznia 2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń poprzez załączenie:

1. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu zbiorowego – członka konsorcjum: ROKIET P.P.H.U. Michał Siuda, Ewelina Winiarska-Siuda Sp. j.,
2. aktualnego zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o braku zaległości w opłacaniu składek dla członka konsorcjum: REK-SWED Sp. z o.o.,
3. aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego o braku zaległości w opłacaniu podatków dla członka konsorcjum: REK-SWED Sp. z o.o.,
4. aktualnych zaświadczeń o wynikach badań laboratoryjnych dla materiałów podstawowych użytych do wykonania oferowanego przedmiotu zamówienia (w tym wzoru załączonego do oferty) potwierdzających spełnienie wymagań Specyfikacji Technicznej zawartych w pkt. 5.1.1. tabela 1. „Zestawienie materiałów i dodatków” Lp. 1. oraz pkt. 5.1.2. „Specyfikacji Technicznej -ST-17/KGP/2008”.

Wezwanie do uzupełnienia zaświadczeń o wynikach badań laboratoryjnych stało w sprzeczności z informacją podaną w odpowiedzi na pytania oraz modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 4 grudnia 2008 r., zgodnie z punktem 4. której Zamawiający odwołał się do ust. 7 załącznika nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Specyfikacji Technicznej), którego tytuł brzmi: „Wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań Specyfikacji Technicznej” i który dotyczy m.in. zaświadczeń o wynikach badań z akredytowanego laboratorium oraz deklaracji zgodności wyrobu ze Specyfikacją Techniczną oraz złożoną ofertą. Wbrew treści ww. informacji Zamawiający wymagał złożenia stosownych zaświadczeń z laboratorium o wynikach badań, a Odwołujący ustosunkował się do wezwania, załączając w terminie brakujące dokumenty, w tym zaświadczenia laboratorium o wynikach badań. Niemniej jednak powyższa informacja przekazana przy okazji zmiany treści specyfikacji istotnych

warunków zamówienia w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań Specyfikacji Technicznej mogła być i faktycznie została inaczej odczytana przez Odwołującego, tym samym doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Na wypadek uznania, że Zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powyższa okoliczność przemawia za tym, że rzekome nieuzupełnienie przedmiotowych dokumentów (zaświadczeń o wynikach badań) nie wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy – w rozumieniu art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poza tym nieuzasadnione jest stwierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący nie złożył dokumentów, do uzupełnienia których został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący, stosując się do wezwania, złożył dokumenty, których dotyczyło wezwanie w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, tj. do dnia 16 stycznia 2009 r. do godz. 10.00. Dokumenty zostały dostarczone w oryginale oraz kopii poświadczonej za zgodność przed godz. 10.00 16 stycznia 2009 r., jak wynikało z przesłanego faksem wezwania. To samo wezwanie pełnomocnik konsorcjum otrzymał również listem poleconym 16 stycznia 2009 r. Dopiero z tego pisma wynikało, że termin uzupełnienia dokumentów został wyznaczony na 15 stycznia 2009 r. Nawet gdyby pismo to pełnomocnik konsorcjum otrzymał wcześniej, nie byłoby możliwości dochowania terminu wyznaczonego przez Zamawiającego. W świetle orzecznictwa i literatury przedmiotu termin ten powinien być odpowiedni i dający wykonawcy możliwość zastosowania się do wezwania. W związku z powyższym nie ulega wątpliwości, że Odwołującego obowiązywał termin uzupełnienia dokumentów upływający 16 stycznia 2009 r. o godz. 10.00. Dlatego też Zamawiający nieprawidłowo wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu z powołaniem się na art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przyczyna rzekomego niedotrzymania terminu uzupełnienia dokumentów leży po stronie bądź to

urządzeń telefaksowych, które zniekształciły cyfrę „5” na „6”, bądź po stronie Zamawiającego, który mógł dokonać ingerencji w treść przekazu faksowego, a przy tym nie określił słownie daty upływu terminu. W przypadku uznania, że termin ten był jednak wyznaczony na 15 stycznia 2009 r., Odwołujący nie ponosi winy za niezłożenie brakujących dokumentów w terminie. Faksem z 14 stycznia 2009 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, iż zamierza uzupełnić brakujące dokumenty w terminie wyznaczonym, tj. do 16 stycznia 2009 r. i jednocześnie załączył kopie dokumentów. Zamawiający nie odpowiedział na powyższe pismo, a tym samym przyjął do wiadomości, iż zdaniem Odwołującego termin uzupełnienia dokumentów upływa 16, a nie 15 stycznia 2009 r. Nie zrobił jednak nic, by Wykonawcę z ewentualnego błędu wyprowadzić.

W informacji o wyniku przetargu Zamawiający stwierdził, że uzupełnione dokumenty zostały wystawione po dniu składania ofert, podczas gdy w piśmie z 30 stycznia 2009 r. uznał jednak, iż Odwołujący nie złożył tych dokumentów. Nie można jednak zarówno nie uzupełnić brakujących dokumentów, jak i złożyć je z datami wystawionymi po dniu składania ofert. Również art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obecnie obowiązującym nie wymaga, aby data wystawienia dokumentu była najpóźniej datą upływu terminu składania ofert. Wynika z niego jedynie, że uzupełniane dokumenty mają potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego nie później niż w tym dniu. Zatem ustawodawca oraz orzecznictwo i doktryna prawa dopuszcza składanie dokumentów wystawionych z datą późniejszą, byle tylko potwierdzały spełnianie określonych wymagań, np. brak zaległości podatkowych czy niekaralność. Inna wykładnia tego przepisu byłaby również sprzeczna z jego *ratio legis* – regulacja ta zobowiązywałaby do rzeczy niemożliwych lub zmuszała uczestników postępowania do antydatowania dokumentów.

Odwołujący załączył do oferty zaświadczenia z ZUS i urzędu skarbowego dla REK-SWED Sp. z o.o., które uległy „przeterminowaniu” wyłącznie z uwagi na przesunięcie przez Zamawiającego terminu składania ofert, wątpliwa jest zatem prawidłowość wezwania do przedstawienia tego rodzaju zaświadczeń

(bardziej aktualnych) na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na wniosek wykonawcy zamawiający ma obowiązek niezwłocznie zwrócić wadium m.in. w sytuacji, gdy wykluczył uczestnika z udziału w postępowaniu lub gdy odrzucił jego ofertę (art. 46 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). W przypadku określonym w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

Odwołujący dwukrotnie wezwał Zamawiającego do zwrotu wadium, mimo to Zamawiający zaniechał jego niezwłocznego zwrotu. W prawie obowiązuje generalna zasada, że wyjątków nie można interpretować rozszerzająco (łac. *exceptiones non sunt extentendae*). Celem nowej regulacji było ukrócenie procedury składania przez wykonawców będących w porozumieniu w sposób celowy ofert niekompletnych, następnie nieuzupełnianych. W niniejszej sprawie nie zachodzi takie ryzyko, choćby dlatego, że cena podana w ofercie Odwołującego była zbyt wysoka, w związku z czym nie miałby on żadnego interesu w nieuzupełnianiu brakujących dokumentów. Literalna wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że omawiana sankcja utraty wadium grozi wyłącznie tym wykonawcom, którzy nie złożyli dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie dotyczy więc sytuacji, w której dokumenty lub oświadczenia zostały uzupełnione, a jedynie nie spełniają wymagań Zamawiającego. W takim wypadku Zamawiający winien odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co koresponduje z oświadczeniem Zamawiającego zawartym w informacji o wyniku przetargu, zgodnie z którym oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Wykładania rozszerzająca nowej regulacji nie jest dopuszczalna. Zatem sankcja z art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy jedynie przypadków nieuzupełnienia dokumentów lub przypadków złożenia takich dokumentów, które w ogóle nie zmierzają do potwierdzenia spełniania warunków udziału

w postępowaniu lub wymagań zamawiającego. Ponadto art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy wyłącznie działań zawinionych przez wykonawcę, w przypadku wykazania przez wykonawcę przyczyn niezależnych, które wpłynęły na nieuzupełnienie dokumentów, zamawiający nie ma prawa zatrzymywać wadium na tej podstawie.

16 lutego 2009 r. Zamawiający oddalił protest stwierdzając, iż twierdzenie, że nie wymagał dołączenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy określonych wymagań, jest bezpodstawne. Zgodnie z rozdziałem VII „Informacje o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy” ust. II pkt 2, wykonawca był zobowiązany dołączyć do oferty aktualne zaświadczenia o wynikach badań dla materiałów podstawowych użytych do wykonania oferowanego przedmiotu zamówienia (w tym wzoru załączonego do oferty) potwierdzające spełnienie wymagań Specyfikacji Technicznej zawartych w pkt. 5.1.1. tabela 1. „Zestawienie materiałów i dodatków” Lp. 1. (z wyłączeniem wymagań zamawiającego dot. grubości przędzy i splotu dzianiny) oraz w pkt. 5.1.2. „Specyfikacji Technicznej ST-17/KGP/2008”. Zamawiający pismem z 4 grudnia 2008 r. poinformował wykonawców, że dokumenty, o których mowa w załączniku nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „ST-17/KGP/2008” ust. 7, należy przedstawić po podpisaniu umowy. W ppkt. a) powyższego ustępu mowa jest o „wynikach badań z akredytowanego laboratorium badawczego dla każdej nowej dostawy dzianiny”, co dotyczy sytuacji, gdy po podpisaniu umowy wykonawca uszyje bieliznę z innej partii materiału. Powyższa informacja nie dotyczyła zapisów z rozdziału VII „Informacje o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy” ust. II pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie można się też zgodzić z zarzutem, że Odwołujący uzupełnił dokumenty i oświadczenia w wymaganym przez Zamawiającego terminie. Zamawiający 9 stycznia 2009 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, które nie zostały dołączone do oferty tj.:

1. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych dla członka

konsorcjum ROKIET Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe
Michał Siuda, Ewelina Winiarska-Siuda Sp. j.,

2. aktualnych zaświadczeń właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu .Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzających odpowiednio, że członek konsorcjum REK-SWED Sp. z o.o. nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,

3. aktualnych zaświadczeń o wynikach badań dla materiałów podstawowych użytych do wykonania oferowanego przedmiotu zamówienia (w tym wzoru załączonego do oferty), potwierdzających spełnienie wymagań Specyfikacji Technicznej zawartych w pkt. 5.1.1. tabela 1. „Zestawienie materiałów i dodatków” Lp. 1. (z wyłączeniem wymagań zamawiającego dat. grubości przędzy i splotu dzianiny) oraz w pkt. 5.1.2. „Specyfikacji Technicznej ST-17/KGP/2008”.

W piśmie tym Zamawiający zaznaczył, że stosowne dokumenty i oświadczenia muszą być złożone w jego kancelarii do 15 stycznia 2009 r. godz. 10.00 w formie zgodnej z zapisem rozdziału VII ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. „wymagana forma składania dokumentów: dokumenty należy przedstawić w formie oryginałów albo kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę”. Odwołujący 14 stycznia 2008 r. przesłał faksem dokumenty wyszczególnione w punkcie 1 i 2 oraz dokument wystawiony przez firmę MARKO-KOLOR Sp. j. dotyczący badań dzianiny, który nie był wymagany przez Zamawiającego. Powyższy sposób uzupełnienia dokumentów był niezgodny z treścią powyższego pisma, a przekazane dokumenty nie spełniały wymagań określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zgodnie z którym dokumenty powinny być składane w oryginale lub kopii poświadczonej przez wykonawcę.

16 stycznia 2009 r. wykonawca złożył w formie pisemnej dokumenty, o których mowa w pkt. 1 i 2 oraz wystawione przez Instytut Włókiennictwa w Łodzi zaświadczenia o wynikach badań: raport nr BCH 6/10/11/2009/AP, sprawozdanie z badań nr 10.2/2009/G/A, sprawozdanie z badań nr 10.1/2009/G/A. Fakt, że wykonawca błędnie odczytał datę wyznaczonego przez Zamawiającego terminu do uzupełnienia dokumentów, wynika z przyczyn, na które Zamawiający nie mógł mieć wpływu. Faks Odwołującego nie obligował Zamawiającego do wyjaśniania, że błędnie odczytał on termin uzupełnienia dokumentów. Ponadto sam Odwołujący potwierdza, że nie był w stanie dochować wyznaczonego terminu.

Aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych dla ROKIET P.P.H.U. Michał Siuda, Ewelina Winiarska-Siuda Sp. j. oraz zaświadczenie z Urzędu Skarbowego dla członka konsorcjum REK-SWED Sp. z o.o. nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w terminie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ zostały wystawione po 6 stycznia 2009 r. i potwierdzają odpowiednio, że wykonawca nie figuruje w Kartotece Karnej na dzień 7 stycznia 2009 r. oraz nie ma zaległości podatkowych na dzień 15 stycznia 2009 r., więc wykluczenie jest zasadne.

Ponadto, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ Odwołujący nie przedstawił wymaganych zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia rozdział VII ust. II pkt 2 aktualnych zaświadczeń o wynikach badań dla materiałów podstawowych użytych do wykonania oferowanego przedmiotu zamówienia... Ponadto ze sprawozdania z badań nr 10.1/2009/G/A wynika, że oferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie odporności na pilling („Specyfikacja Techniczna” -ST-17/KGP/2008 tabela 2. „Wymagania dla dzianiny” Lp. 8). Zamawiający wymagał, aby wartość parametru odporności na pilling dzianiny wynosiła nie mniej niż 4, natomiast z przedłożonych dokumentów wynika, że odporność na pilling zaoferowanej dzianiny wynosi 3.

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje prowadzenie postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, które realizowane jest poprzez nałożenie na wszystkich wykonawców tego samego obowiązku spełnienia warunków udziału w postępowaniu podmiotowych i przedmiotowych w jednakowym dla wszystkich terminie – w terminie składania ofert. Bez znaczenia dla oceny prawidłowości działania zamawiającego jest fakt, że wykonawca w późniejszym terminie taki dokument otrzymał.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zwalnia wykonawcy z obowiązku posiadania wymaganego dokumentu na dzień składania ofert, a odnosi się jedynie do sytuacji, w której wykonawca nie złożył wymaganego dokumentu.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uznając jego ofertę za odrzuconą oraz, zgodnie z art. 46 ust 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, zatrzymał wadium. Następnie 30 stycznia 2009 r. zwrócił się do wykonawcy o przedstawienie dowodów potwierdzających, że niezłożenie na wezwanie dokumentów, wynika z przyczyn nie leżących po jego stronie, lecz Odwołujący nie udokumentował, że pomimo dochowania należytej staranności nie był w stanie uzyskać dokumentu.

25 lutego 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 2 marca 2009 r.), w którym zarzucił Zamawiającemu bezprawne wykluczenie z udziału w postępowaniu oraz bezprawne zaniechanie zwrotu wadium, co narusza art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, a także art. 29 ust. 1 oraz art. 46 ust. 2 pkt 2 lub art. 46 ust. 2 pkt 3 w zw. z 89 ust. 1 pkt 2 i art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
2. dokonania czynności oceny oferty złożonej przez Odwołującego lub ewentualnie:
3. dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

4. dokonania czynności zwrotu wadium wraz z odsetkami na rzecz Odwołującego oraz
5. przyznanie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie lub posiedzenia Izby oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z udzielonymi wyjaśnieniami, protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego interes prawny w uzyskaniu zamówienia dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Interes prawny posiada więc każdy podmiot, który wykluczono z udziału w postępowaniu lub którego ofertę odrzucono. Ewentualne zajmowanie dalszego niż pierwsze miejsce w rankingu ofert nie stanowi jeszcze bezwzględnie o tym, iż wykonawca nie ma żadnych szans na uzyskanie zamówienia w danym postępowaniu.

Izba uznała także, iż stan faktyczny przedstawiony w proteście, jego rozstrzygnięciu oraz odwołaniu, nie jest sporny między Stronami.

W odniesieniu do postawionych zarzutów Izba stwierdziła przede wszystkim, iż Zamawiający prawidłowo zastosował art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wezwał Odwołującego do uzupełnienia wskazanych w wezwaniu dokumentów (wymienionych powyżej w pismach Stron), gdyż:

1. Postanowienia rozdziału VII specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącego dokumentów i oświadczeń, jakie mają dostarczyć wykonawcy w chwili składania ofert, jednoznacznie i wyraźnie wskazują te dokumenty, w tym w punkcie II ppkt 2 (w brzmieniu po modyfikacji z 4 grudnia 2008 r.) aktualne zaświadczenia z akredytowanego laboratorium o wynikach badań dla materiałów podstawowych użytych do wykonania oferowanego przedmiotu zamówienia (w tym wzoru załączonego do oferty) potwierdzające spełnienie wymagań Specyfikacji Technicznej zawartych w pkt. 5.1.1. tabela 1. „Zestawienie materiałów i dodatków” l.p. 1. (z wyłączeniem wymagań dotyczących grubości przędzy i splotu dzianiny) oraz pkt. 5.1.2. „Specyfikacji Technicznej – ST-17/KGP/2008”. Tak więc z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnień z 4 grudnia 2008 r. wynika, iż Zamawiający wymagał złożenia w ofercie przedmiotowych zaświadczeń z akredytowanego laboratorium, a we wskazanym w odpowiedzi z 4 grudnia 2008 r. ust. 7 załącznika nr 5 zarówno przed, jak i po modyfikacji, wyraźnie stwierdzono, że wyniki badań, które należy złożyć w terminie późniejszym, dotyczą „każdej nowej dostawy dzianiny”, a więc nie dotyczą dokumentów przedstawianych Zamawiającemu na etapie składania oferty (które zostały opisane w rozdziale VII specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie zał. nr 5 do niej).

2. Odwołujący nie przedstawił w chwili składania oferty niektórych z tych dokumentów (informacji z KRK dla ROKIET P.P.H.U. Michał Siuda, Ewelina Winiarska-Siuda Sp. j. jako podmiotu zbiorowego oraz zaświadczenia z laboratorium) lub zostały wystawione one z datą niezgodną z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) – zaświadczenie z ZUS i urzędu skarbowego dla REK-SWED Sp. z o.o. Przy tym nie ma znaczenia, że Zamawiający zmienił termin składania ofert (tym bardziej, iż zrobił to z miesięcznym wyprzedzeniem, więc Odwołujący miał wystarczająco dużo czasu na zdobycie odpowiednich dokumentów), wykonawca powinien był złożyć zaświadczenia z ZUS i urzędu

skarbowego wystawione nie wcześniej niż trzy miesiące przed ostatecznie wyznaczonym terminem składania ofert.

3. Podniesiona przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu przyczyna ewentualnego odrzucenia oferty ze względu na nieosiągnięcie wymaganej wartości parametru odporności na pilling ujawniła się dopiero 16 stycznia 2009 r., czyli po otrzymaniu dokumentów od Odwołującego, a zatem nie stanowiła podstawy do zaniechania wezwania do uzupełnienia, o której mówi art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała także, iż sama czynność wezwania do uzupełnienia złożonych dokumentów z 9 stycznia 2009 r. była dokonana w sposób prawidłowy, gdyż wskazywała w sposób precyzyjny i jednoznaczny, jakie dokumenty i w jakiej formie (poprzez odniesienie do rozdziału VII specyfikacji istotnych warunków zamówienia), a także gdzie i do kiedy należy przedłożyć Zamawiającemu. Wezwanie to zawierało ponadto pouczenie o aktualnej treści art. 26 ust. 3 i art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. W wezwaniu tym Zamawiający określił datę uzupełnienia na 15 stycznia 2009 r. godz. 10.00. Również wyznaczonego terminu nie można uznać za pozbawiający Odwołującego możliwości uzupełnienia tych dokumentów.

W odniesieniu do zarzutu wykluczenia Odwołującego z postępowania Izba uznała, iż również ta czynność została dokonana przez Zamawiającego prawidłowo. Odwołujący nie uzupełnił wymaganych dokumentów w wyznaczonym terminie, którym bezsprzecznie jest 15 stycznia 2009 r. i we wskazanej wyraźnie w wezwaniu formie (oryginał lub kopia poświadczona przez wykonawcę za zgodność z oryginałem). Zniekształcenie przez faks Odwołującego tej daty nie ma wpływu na uznanie, iż dniem uzupełnienia powinien być 16 stycznia 2009 r. Natomiast nie udowodniono, iż przekłamanie to wynika z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Również nie ma żadnych powodów przypuszczać, iż Zamawiający celowo ingerował w czytelność tej daty. Sytuacja Odwołującego nie zmieniłaby się także, gdyby Zamawiający odpowiedział 15 stycznia 2009 r. na jego pismo przesłane 14 stycznia 2009 r. o godz. 16.00. (Wskazane w rozdziale VIII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia godziny urzędowania

Zamawiającego to 8.15 – 16.15, a termin uzupełnienia dokumentów upływał o godz. 10.00.).

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych warunkiem skutecznego uzupełnienia dokumentów jest złożenie ich w wyznaczonym terminie, w związku z tym dla dokonania czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma znaczenia, czy dokumenty te (dostarczone po terminie) dodatkowo posiadają wskazane przez Zamawiającego mankamenty.

Zamawiający w „Informacji o wyniku przetargu nieograniczonego” z 28 stycznia 2009 r. stwierdził jedynie, iż „ponadto oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia” nie podając w uzasadnieniu innych przyczyn niż nieuzupełnienie wskazanych dokumentów. Informacja o niespełnieniu przez Odwołującego wymaganej wartości parametru odporności na pilling pojawiła się dopiero w rozstrzygnięciu protestu, zatem nie została objęta jego zarzutami.

Przepis art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje Zamawiającemu zatrzymać 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.

Krajowa Izba Odwoławcza jest organem powołanym do rozpatrywania odwołań będących jednym ze środków ochrony prawnej określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy

Instytucja zatrzymania wadium nie jest związana z samym uzyskaniem zamówienia, zatem Izba nie ma podstaw prawnych do rozpoznawania sprawy

w tym zakresie. Co prawda Izba wydawała orzeczenia dotyczące zatrzymania wadium, np. KIO/UZP 1420/08 lub KIO/UZP 1530/08, lecz były one związane z możliwością dalszego uczestniczenia wykonawców w postępowaniu – ubiegania się o zamówienie. W niniejszej sprawie ustalono, że wykonawca nie zostanie przywrócony do postępowania, zatem zatrzymanie wadium, nawet jeśli naruszałoby przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest związane z możliwością uzyskania przez niego zamówienia, więc, zgodnie z art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest przedmiotem właściwym dla zastosowania środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niejednoznaczne sporządzenie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentów zostały podniesiony po terminie, jednak dla potrzeb innych ustaleń Izba stwierdziła, jak powyżej.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba może orzekać co do zarzutów, które były zawarte w proteście.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania na podstawie przedstawionego rachunku, stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122). Ze względu na połączenie odwołań do łącznego rozpoznania Izba orzekła o kosztach w wysokości połowy kwoty wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....