

Sygn. akt: KIO 1774/16

Wyrok

z dnia 7 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpatrzeniu na rozprawie z udziałem stron dnia 5 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 23 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: SANIT Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SANIT Sp. J. A. J. K. B., z siedzibą dla pełnomocnika (lidera konsorcjum) ul. Bema 5, 73-110 Stargard**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 PUM w Szczecinie, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: SANIT Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SANIT Sp. J. A, J, K, B., ul. Bema 5, 73-110 Stargard** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: SANIT Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SANIT Sp. J. A. J. K. B., ul. Bema 5, 73-110 Stargard** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.1 zasądza od **Konsorcjum: SANIT Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SANIT Sp. J. A. J. K. B., ul. Bema 5, 73-110 Stargard** na rzecz **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 PUM w Szczecinie, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252**

Szczecin kwotę **3 910 zł 98 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset dziesięć złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego (3.598,98 zł), kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę (278 zł) oraz kosztów poniesionych opłat skarbowych (34 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 PUM w Szczecinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Termomodernizację budynków Kliniki Psychiatrii SPSK 1 PUM w Szczecinie przy ul. Broniewskiego 26, wraz z przebudową i rozbudową pomieszczeń - II Etap” (nr postępowania: OS/ZP/55/16/WNO)

Wykonawcy: SANIT Sp. z o.o. Stargard i SANIT Sp. J. A. J. K. B. Stargard (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Powyższa czynność nastąpiła pomimo tego, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty co do okoliczności, na których obecnie opiera wykluczenie Odwołującego, przedstawione uprzednio w odwołaniu z dnia 2 września 2016 r., co spowodowało że KIO wydała w dniu 9 września 2016 r. postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (KIO 1621/16) w sprawie wywołanej wniesieniem odwołania, a co skutkuje na mocy art. 186 ust. 2 ustawy PZP obowiązkiem wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy PZP oraz w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5) oraz 93 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP poprzez wadliwe ich zastosowanie polegające na nieuprawnionym i nieuzasadnionym wykluczeniu Odwołującego (a w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia), pomimo że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tym bardziej, że Zamawiający uwzględniając w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu z 2 września 2016 r. obowiązany był do dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, tj. zgodnie z żądaniem zawartym w ww. odwołaniu, a co stanowi naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy PZP. Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo że Odwołujący nie powinien ulec wykluczeniu, jego oferta nie powinna ulec odrzuceniu, a jej cena nie przekracza budżetu zamawiającego. Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy PZP). Oferta jest jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu, najkorzystniejszą na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert, a ze względu na fakt, że jej cena nie przekracza kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - nie zachodzą także przesłanki unieważnienia postępowania. Zamawiający naruszył także art. 7 ust. 3 ustawy PZP. Dodatkowo naruszył art. 26 ust. 3 ustawy PZP, gdyż uwzględniając odwołanie Odwołującego uznał zasadność jego zarzutów zasadzających się

na tym, że zaoferowana przez Odwołującego papy nawierzchniowa odpowiada treści SIWZ, co w konsekwencji czyni nieuzasadnionym wzywanie do wykazywania powyższego.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia;
- 2) ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniających wniesienie odwołania odwołujący wskazał, co następuje.

Oferta odwołującego spełnia wymagania siwz, jej cena nie przekracza budżetu zamawiającego i nie zachodzą także przesłanki unieważnienia postępowania. Oferta złożona przez BWG Ebit Sp. z o.o., która sklasyfikowana została pierwotnie na miejscu pierwszym została odrzucona, ponieważ ww. wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą i terminu ważności wadium, ani nie wniósł nowego wadium, co doprowadziło do jego wykluczenia. W tej sytuacji uzasadnione jest wybranie jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Dokonane czynności: wykluczenie Odwołującego, odrzucenie oferty Odwołującego, a następnie unieważnienie postępowania odbyły się z naruszeniem przepisów ustawy PZP, które skutkuje w sferze interesów Odwołującego, który nie może uzyskać zamówienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

W przedmiotowym postępowaniu złożono cztery oferty. Mając na uwadze przyjęte kryteria oceny ofert oraz treść złożonych ofert klasyfikować je należy następująco:

1. Oferta nr 2, złożona przez wykonawcę BWG Ebit Sp. z o.o. podlega odrzuceniu, nie powinna być brana pod uwagę w zestawieniu złożonych ofert, pomimo że jej cena jest niższa niż cena oferty Odwołującego.;
2. Oferta nr 3, złożona przez Odwołującego;
3. Oferta nr 1, złożona przez SKANSKA S.A. podlega odrzuceniu.;
4. Oferta nr 4, złożona przez THERMBAU POLSKA Sp. z o.o. Sp. k. podlega odrzuceniu.

Zamawiający wykluczył Odwołującego stwierdzając w piśmie z dnia 21 września 2016 r., że Odwołujący w wyniku wezwania: „Wykonawca do dnia 19.09.2016 r. nie dostarczył ww. dokumentu ani żadnego innego zgodnego z Rozdziałem i Wymagania wobec Wykonawców pkt 3.3.SIWZ, który potwierdzałby spełnienie, wymagań parametrów granicznych dotyczących papy nawierzchniowej z wkładką kompozytową.” Na tej podstawie Zamawiający doszedł do wniosku, że Wykonawca nie wykazał warunków udziału w postępowaniu, a zatem zachodzi wskazana w art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy PZP przesłanka jego wykluczenia.

Jedynymi dokumentami, z których wynikał obowiązek przedłożenia określonych informacji w ofercie wraz z opisanymi dokumentami potwierdzającymi zgodność zaoferowanych rozwiązań materiałowych z treścią SIWZ były:

1. Projekt termomodernizacji, w którym na stronie 25, stwierdza się jak następuje: „Do prac budowlanych należy zastosować: [...] - papa termozgrzewalna wierzchniego krycia np. LEMBIT NRO lub równoważny, gr. 5,2 mm z wkładką kompozytową o gramaturze 200 g/m², produkowana zgodnie z normą PN - EN 13707:2007 i PN - EN 13707:2006”,
2. Załącznik nr 15 - „Wykaz podstawowych materiałów i urządzeń”, w którego treści wskazano, m.in.: „Papa nawierzchniowa. Parametry graniczne: - trudno zapalna NRO gr. 5,2 mm, - wkładka kompozytowa o gramaturze 200 g/m²”,
3. Nadto na stronie 10 SIWZ wskazano: „3. Ponadto Zamawiający żąda od Wykonawców przedłożenia wraz z ofertą: [...] 2. Wykazu podstawowych materiałów i urządzeń wyspecyfikowanych przez Zamawiającego z Załączniku nr 15 SIWZ. 3. Materiałów informacyjnych dotyczących oferowanych urządzeń (materiałów) zawierających pełne dane techniczne w których winny być zaznaczone informacje potwierdzające spełnienie przez oferowane urządzenia (materiały) wymagań parametrów granicznych.”.

Ze względu na powyższe wykonawcy w ofertach zawarli sporządzone zgodnie ze wzorem Zamawiającego wykazy podstawowych materiałów i urządzeń wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w załączniku nr 15 do SIWZ. Wykazy te zawierały tabelaryczne zestawienie kilkudziesięciu oferowanych artykułów lub urządzeń, dla których należało załączyć opis wskazujący na producenta, typ i model urządzenia (materiału) oferowanego równoważnego (dopuszcza się większą ilość producentów) a także wielkości oferowanych wymaganych parametrów wskazanych przez Zamawiającego, jako wymagane (graniczne). Do wykazu należało załączyć dokument potwierdzający ww. parametry oraz wskazać stronę oferty.

Odwołujący podnosi, że z treści jego oferty jednoznacznie wynika, że wszelkie zaoferowane przez niego parametry papy termozgrzewalnej zostały należycie wykazane i wynikają wprost z treści stanowiących integralną treść wykazu dokumentów w postaci, np.: kart katalogowych, rysunków, deklaracji zgodności, deklaracji właściwości użytkowych, kart technicznych, informacji technicznych, aprobat technicznych ITB, wyników badań, określeń właściwości szyb zespolonych, arkuszy informacyjnych, charakterystyk układów zasilających, itp.

Przechodząc do konkretnych zarzutów Zamawiającego w stosunku do Odwołującego, a wskazujących na fakt, że nie dostarczył on dokumentu, który potwierdzałby spełnienie wymagań parametrów granicznych dotyczących papy nawierzchniowej z wkładką kompozytowa, wskazać należy jak następuje:

Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Przede wszystkim zauważenia wymaga, że Zamawiający nie sformułował warunku udziału w postępowaniu dotyczącego oferowania danego rodzaju papy (sic!). Odwołujący zawarł natomiast w swojej ofercie dokument potwierdzający zastosowanie papy nawierzchniowej spełniającej wszystkie sformułowane wymagania, zgodnie z którymi należało zaoferować materiał:

„papa termozgrzewalna wierzchniego krycia np. LEM BIT NRO lub równoważny, gr. 5,2 mm z wkładką kompozytową o gramaturze 200 g/m², produkowana zgodnie z norma PN-EN 13707:2007 i PN - EN 13707:2006

Wykonawca zaoferował papę innego producenta, tj. IZOBUD Sp. z o.o., która szczegółowo opisana jest dwustronicową „Kartą techniczną wyrobu” - złożoną na karcie 50. i 51. oferty Odwołującego. Zgodnie z podanymi informacjami Odwołujący zaoferował następujący materiał:

- „Papa asfaltowa termozgrzewalna wierzchniego krycia modyfikowana kopolimerem SBS”
- „24. Rozprzestrzenianie płomieni po materiałach pokryciowych: materiał trudno - zapalny”
- „2. Wymiary, grubość 5,2 mm (±0,2)”
- „Rodzaj osnowy: włóknina poliestrowa; Rodzaj masy asfaltowej: asfalt modyfikowany SBS z domieszką grafitu ekspandującego; Typ wykończenia powierzchni: powierzchnia górna: posypka gruboziarnista, powierzchnia dolna: folia z tworzywa sztucznego”
- „Specyfikacja techniczna: PN-EN 13707:2009”.

Jak zatem z powyższego wprost wynika zaoferowana papa ma wszystkie cechy, które opisał Zamawiający w tym w szczególności posiada wkładkę kompozytową.

Rozwijając powyższe wskazać należy, że pojęcie: „wkładki kompozytowej” czy też ogólniej: „materiału kompozytowego”, nie zostało przez Zamawiającego zdefiniowane, czy chociaż doprecyzowane na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Brak takiego doprecyzowania wskazuje, że słowom tym nie należało nadawać znaczenia innego niż wynika ono z zasad ogólnych języka polskiego. Desygnatu tego pojęcia poszukiwać, zatem należy w słownikach języka polskiego czy też innych źródłach pozwalających na zrozumienie jego znaczenia, zgodnie z zasadami wykładni językowej, która polega na ustaleniu znaczenia i zakresu wyrażeń tekstu prawnego ze względu na język, w którym zostały one sformułowane.

Mając zatem powyższe na uwadze wskazać należy, że desygnatem słowa kompozyt zgodnie z definicją przedstawioną w elektronicznym wydaniu Słownika Języka Polskiego, Encyklopedii PWN (<http://encyklopedia.pwn.pl>, pod pojęciem „kompozyt” rozumie się:

„kompozyt [łac. compositus złożony, materiał utworzony z co najmniej 2 komponentów (faz) o różnych właściwościach w taki sposób, że ma właściwości lepsze i/lub właściwości nowe (dodatkowe) w stosunku do komponentów wziętych osobno lub wynikających z prostego sumowania ich właściwości”.

Podobnie, pojęcie „materiał kompozytowy”, „kompozyt” definiują inne źródła, jak np.: pod adresem strony: [https://pl.wikipedia.org/wiki/ Materiał kompozytowy](https://pl.wikipedia.org/wiki/Materia%C5%82_kompozytowy), wskazano, jak następuje:

„materiał kompozytowy”, „kompozyt” - materiał o strukturze niejednorodnej, złożony z dwóch lub więcej komponentów (faz) o różnych właściwościach. Właściwości kompozytów nigdy nie są sumą czy średnią właściwości jego składników. Najczęściej jeden z komponentów stanowi lepszycze, które gwarantuje jego spójność, twardość i elastyczność, a drugi, tzw. komponent konstrukcyjny zapewnia odporność na ściskanie/rozciąganie.

Wiele kompozytów wykazuje anizotropię różnych właściwości fizycznych. Nie muszą to być wyłącznie własności mechaniczne [...] Jednymi z najczęściej stosowanych komponentów konstrukcyjnych są silne włókna takie jak włókno szklane, kwarc, azbest, kevlar czy włókna węglowe dając materiałowi dużą odporność na rozciąganie. Do najczęściej stosowanych lepiszczy zaliczają się żywice syntetyczne oparte na poliestrach, polieterach (epoksydach), poliuretanach i żywicach silikonowych. [...] Kompozyty mają zastosowanie jako materiały konstrukcyjne w wielu dziedzinach techniki, m.in. w budownictwie (np. beton, żelbet), [...]

Rodzaje kompozytów:

- kompozyty strukturalne - w których występują ciągłe struktury komponentów konstrukcyjnych - warstwy (np. sklejka), pręty (np. żelbet) lub regularne struktury trójwymiarowe np. przypominające plaster miodu,
- laminaty - które składają się z włókien zatopionych w lepiszczach - w zależności od sposobu uporządkowania włókien rozróżnia się taśmy kompozytowe ~ włókna ułożone w jednym kierunku - maty kompozytowe - w dwóch prostopadłych kierunkach - lub nieuporządkowane np. pykret,”.

Nie ulega wątpliwości, że zastosowane w papie producenta IZOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Łąkach Kozielskich, zaoferowanej przez Odwołującego, rozwiązanie materiałowe jest rozwiązaniem opartym o zastosowanie wkładki kompozytowej albowiem na materiale zapewniającym sztywność papy: osnowie z włókniny poliestrowej zastosowano materiał zapewniający elastyczność: masę asfaltową modyfikowaną SBS z domieszką grafitu ekspandującego z posypką gruboziarnistą oraz folią z tworzywa sztucznego. Wskazane wyżej różnorodne materiały uzupełniają się wzajemnie zapewniając konstrukcji odpowiednią sztywność oraz elastyczność, a zatem tworzą kompozyt.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że treść oferty Odwołującego wskazuje na spełnianie wszelkich wymagań dotyczących oferowanych artykułów lub urządzeń (materiałów), zgodnie z wymaganiami SIWZ, zaś Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu polegającego na przedłożeniu materiałów informacyjnych dotyczących oferowanych materiałów zawierających pełne dane techniczne, w których zaznaczone informacje potwierdzają spełnienie przez oferowane materiały wymagań parametrów granicznych (R.1 pkt 4 ppkt 3.3. SIWZ), co skutkuje brakiem możliwości wykluczenia Odwołującego z tego powodu.

W tej sytuacji wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w ww. zakresie uznać należy za nieuzasadnione, ponieważ dokumenty takie zostały już złożone w ofercie Odwołującego.

Odwołujący dał temu wyraz składając informację o niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego z dnia 16 września 2016 r. wskazując dodatkowo, iż wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów celem wykazania, że treść oferty Odwołującego odpowiada SIWZ w sytuacji, gdy Zamawiający przed rozpoczęciem rozprawy (sygn. KIO 1621/16) uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu Odwołującego z dnia 2 września 2016 r. tj. naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez wadliwe ich zastosowanie polegające na nieuprawnionym i nieuzasadnionym odrzuceniu oferty Wykonawcy, pomimo że treść tej oferty odpowiada treści SIWZ, co spowodowało, że Krajowa Izba Odwoławcza wydała dnia 9.09.2016 r. postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego, a co skutkuje na mocy art. 186 ust. 2 ustawy PZP obowiązkiem wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, jest nieuzasadnione.

Zamawiający odrzucając uprzednio ofertę Odwołującego pismem z dnia 29 sierpnia 2016 r. stwierdził bowiem, że w ofercie tej zachodzi: „Niezgodność granicznych parametrów w załączniku nr 15 pkt 1.5 podano papę nawierzchniową z wkładką poliestrową, a powinna być papa nawierzchniowa z wkładką kompozytową”, (co w istocie odpowiada temu, na czym oparto wykluczenie Odwołującego w dniu 21 września 2016 r). Na tej podstawie Zamawiający doszedł do wniosku, że treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, a zatem zachodzi wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP przesłanka odrzucenia jego oferty. Odwołujący złożył odwołanie w dniu 2 września 2016 r., w którym podstawowym zarzutem było naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP poprzez wadliwe ich zastosowanie polegające na nieuzasadnionym odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo że treść tej oferty odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie Odwołującego pismem z dnia 7 września 2016 r. oświadczył, iż uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w tym odwołaniu, a w związku z tym wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

W tej sytuacji Zamawiającego obowiązuje przepis art. 186 ust. 2 zdanie 2 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Żądanie odwołania sformułowane zostało w następujący sposób:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji i czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) regulacji art. 87 ust. 1 ustawy PZP, jednak z pominięciem oferty nr 2 - wykonawcy BWG Ebit Sp. z o. o. - w przypadku, gdyby wykonawca, który ją złożył nie wniósł odwołania na czynność odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania;
- 3) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Tymczasem Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty o dokument Karty technicznej wyrobu dotyczącej papy nawierzchniowej z wkładką kompozytową (pkt 1.5 załącznika nr 15) twierdząc, że złożona przez Odwołującego Karta techniczna wyrobu potwierdza, że zaoferowana przez Odwołującego papa nawierzchniowa posiada inną wkładkę niż wymagana przez Zamawiającego.

Powyższe - jako kwestionujące to, że oferta Odwołującego odpowiada treści SIWZ w zakresie, w jakim Zamawiający wcześniej uznał, że oferta Odwołującego odpowiada treści SIWZ oraz jako sprzeczne z żądaniem Odwołującego zawartego w odwołaniu, tj. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego - stanowi naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy PZP. Zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwem KIO w świetle art. 186 ust 2 i 3 p.z.p. uwzględnienie zarzutu w całości przez zamawiającego musi prowadzić do wykonania czynności, której domaga się odwołujący. Jeśli zamawiający stwierdza zatem, że okoliczności sprawy opisane w zarzutach są jedynie w pewnym zakresie słuszne, lecz nie uzasadniają wykonania żądań zawartych w odwołaniu, to nie może uwzględnić zarzutów odwołania w całości, gdyż nie jest w stanie spełnić żądań wynikających z odwołania (wyrok KIO 675/15, LEX nr 1755872), oraz w sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatowi postawionemu w odwołaniu (postanowienie KIO 1305/14, LEX nr 1497056). Ponadto, zgodnie z wyrokiem KIO (604/14, LEX nr 1455799) sytuacja, w której zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania, skutkuje obowiązkiem dostosowania się przez niego do żądań zawartych w odwołaniu. Zamawiający

podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu, winien rozważyć także zasadność zgłoszonych żądań. Odstąpienie od obowiązku zrealizowania żądań zawartych w odwołaniu jest możliwe jedynie wówczas, gdy zgłoszone żądanie jest niemożliwe do realizacji bądź jest niezgodne z prawem.

Skierowanie do Odwołującego wezwania do uzupełnienia oferty pismem z dnia 13 września 2016 r. stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Zgodnie bowiem z jednolitym stanowiskiem doktryny ratio legis art. 26 ust. 3 stanowi dążenie przez ustawodawcę do konwalidowania ofert, które dotknięte są błędami czy też brakami w zakresie oświadczeń lub dokumentów, wymienionych w przepisie art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw (vide Bazan Aneta, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd.II, LEX 2015). W sytuacji, gdy Zamawiający uwzględniając odwołanie Odwołującego uznał zasadność jego zarzutów zasadzających się na tym, że zaoferowana przez Odwołującego papa nawierzchniowa odpowiada treści SIWZ, nieuzasadnione jest wzywianie Odwołującego do wykazywania powyższego.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na dalsze konsekwencje uwzględnienia przez Zamawiającego żądania odwołania z 2 września 2016 r. w postaci przyznania przez niego, iż dopuścił się naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez wadliwe jego zastosowanie i odrzucenie oferty. Zgodnie z art. 190 ust. 5 zdanie 2 ustawy PZP fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną nie wymagają dowodu, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W okolicznościach przedmiotowego, niezawilego stanu faktycznego o żadnych wątpliwościach nie może być mowy, a zatem uznać należy, iż faktyczne podstawy zastosowania przez Zamawiającego w stosunku do Odwołującego uprzednio art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, a obecnie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP są w istocie tożsame, zbędne wydaje się przeprowadzenie postępowania dowodowego dla wykazania dopuszczenia się przez Zamawiającego naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP. Powyższy pogląd potwierdza doktryna prawnicza. Zgodnie z publikacją Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., LEX, 2014: „Nie wymagają dowodu fakty przyznane przez stronę, przeciwną, jeżeli skład orzekający uzna, iż nie budzą wątpliwości co do swojej zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Przyznanie jest oświadczeniem wiedzy. Podlega zawsze weryfikacji składu orzekającego co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Nie powoduje skutków materialnoprawnych, takich jak uznanie odwołania, lecz jedynie skutek procesowy przejawiający się w tym, że fakty te nie wymagają udowodnienia. Ustawa nie przewiduje szczególnej formy dla przyznania faktów, w związku z tym należy przyjąć, że może ono nastąpić poprzez złożenie oświadczenia w formie pisemnej, jak też w formie ustnej. W orzecznictwie szeroko (KIO 2272/12; KIO 2333/12; KIO 2349/12; KIO 2350/12, LEX nr 1230399, KIO 459/11, LEX nr 788088 oraz KIO 79/11; KIO 89/11; KIO

90/11, LEX nr 784855) zaakceptowana jest koncepcja, iż uwzględnienie części zarzutów stanowi przyznanie się i potwierdzenie przez zamawiającego niezgodnego z prawem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, czyli jest przyznaniem faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zdanie 2 ustawy PZP. W takiej sytuacji, gdy przyznanie nie budzi wątpliwości, KIO upoważniona jest do odstąpienia od przeprowadzania postępowania dowodowego ze skutkiem uznania podniesionych zarzutów za potwierdzone. Wobec powyższego za przyznanie faktów leżących u podstaw zarzutów odwołania uznać należy uwzględnienie całości zarzutów przytoczonych w odwołaniu Odwołującego z dnia 2 września 2016 r.

Niezależnie od powyższego zaznaczyć należy, iż działanie Zamawiającego, który pozornie uwzględnia zarzuty Odwołującego tylko po to, by następnie postąpić w sposób, który sam uznał za naruszający przepisy ustawy jest w istocie działaniem zmierzającym do multiplikowania czynności związanych z odwoływaniem się od działań Zamawiającego sprzecznych z przepisami ustawy PZP. Takie działanie ocenić należy jednoznacznie negatywnie i jako próbę omijania przepisów ustawy PZP.

W tak zakreślonym stanie faktycznym niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne.

Dowody wymienione w treści uzasadnienia odwołania przedstawione zostaną na rozprawie, przy czym zaznaczenia wymaga, że zawarte są one w SIWZ i ofercie Odwołującego.

Odwołujący wprowadził wcześniej ze środków ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po terminie składania ofert (złożył odwołanie pismem z dnia 2.09.2016 r.), od których byłoby możliwe wydanie rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą, jednak postępowanie takie zostało umorzone. Tym samym Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia nowego odwołania. Nowe i powtórzone czynności (w części odbiegającej od żądań odwołującego) podlegają ponownej ocenie przed Izbą, w ramach uprawnień wykonawcy do złożenia nowego środka ochrony prawnej w postaci odwołania

Mając na uwadze wartość przedmiotowego postępowania, odwołanie dotyczy czynności określonych w art. 180 ust. 2 pkt 3) ustawy PZP tj. wykluczenia Odwołującego.

Zamawiający w złożonej pisemnej odpowiedzi na odwołanie, wniósł o jego oddalenie.

Stwierdził, że prawidłowo wykluczył odwołującego, a w konsekwencji unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. Stanowisko takie uzasadnia niewykazaniem przez odwołującego, pomimo wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów, iż zaoferowana w pkt 5.1

załącznika nr 15 do oferty pn. „Wykaz podstawowych materiałów i urządzeń” papa nawierzchniowa spełnia wymagany przez zamawiającego parametr dotyczący posiadania wkładki kompozytowej, co w konsekwencji skutkowało wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp. Skutkiem tego wykluczenia jest uznanie oferty wykonawcy za odrzuconą.

Zamawiający wskazał, że w zał. Nr 15 do siwz jednoznacznie określił warunki przedmiotowe, które miały spełniać oferowane materiały. Warunki przedmiotowe były przy tym parametrami granicznymi, kluczowymi dla zamawiającego, a ich niespełnienie skutkowało odrzuceniem oferty. Ponadto, zarówno w treści zał. Nr 15, jak i zapisu z R. I pkt 4 ppkt 3.3. wskazano, iż zamawiający żąda złożenia przez wykonawców „Materiałów informacyjnych dotyczących oferowanych urządzeń /materiałów/ zawierających pełne dane techniczne, w których winny być zaznaczone informacje potwierdzające spełnienie przez oferowane urządzenia /materiały/ wymaganych parametrów granicznych”. Odwołujący nie spełnił tego warunku przedmiotowego, gdyż nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowaną w pkt 1.5 załącznika nr 15 papę nawierzchniową parametrów granicznych ustalonych przez zamawiającego, a mianowicie posiadania przez papę wkładki kompozytowej. Dołączona przez odwołującego „Karta techniczna wyrobu” dotycząca papy IZOBUD sp. z o.o. nie potwierdza w swojej treści, że papa posiada wkładkę kompozytową. Przeciwnie, analiza przedmiotowego dokumentu prowadzi do odmiennej konstatacji, a mianowicie, że oferowana papa wkładki kompozytowej nie posiada. Za stanowiskiem zamawiającego przemawia użyte w odnośnym dokumencie sformułowanie „Rodzaj osnowy: włóknina poliestrowa”, co prowadzi do wniosku, iż odwołujący zaoferował wkładkę jednorodną, a nie kompozytową, której zamawiający żądał.

Zamawiający wyjaśnia, że wkładka oznacza warstwę nośną papy, która jest określana również jako osnowa, rdzeń, zbrojenie. Może ona występować w składzie papy jako jednorodna lub kompozytowa. Wkładka (osnowa) z włókniny poliestrowej, czyli taka jak zaoferowana przez odwołującego jest wkładką jednorodną (jednoskładnikową), natomiast wkładka kompozytowa zawiera dwa składniki tj. włókninę poliestrową i wzmacniającą ją siatkę z włókna szklanego, stąd nazwa kompozytowa albowiem stanowią ją dwa składniki. Wymaganie zamawiającego dotyczące konieczności zaoferowania papy z wkładką kompozytową było zamierzone przez zamawiającego i miało dla niego istotne znaczenie. Papy zbrojone wkładką kompozytową są bowiem elastyczne, ale i również mocne. Są one odporniejsze na uszkodzenia mechaniczne np. rozerwanie i posiadają tzw. stabilność wymiarową (bardziej odporne na temperatury i wilgoć). Zamawiający określił konieczność zastosowania papy nawierzchniowej z wkładką kompozytową, ponieważ miała stanowić

zewnątrzną warstwę układaną na izolacji dachu z wełny mineralnej, stąd przytoczone właściwości papy są istotne dla inwestycji, która ma podlegać realizacji.

Wskazał na wydruk artykułu mgr inż. M. B. pn. „Jak dobrać papę termozgrzewalną” ze strony internetowej, załączony do pisma.

Wskazał na wątpliwości odwołującego co do rozumienia sformułowania „wkładka kompozytowa”. Zamawiający stwierdził, że nie musiał definiować każdego pojęcia użytego w siwz i wskazał na wymóg posiadania przez wykonawców pewnej dozy wiedzy z zakresu budownictwa, która umożliwi im poprawne złożenie oferty, a następnie zrealizowanie zamówienia. Wskazał, że odwołujący nie korzystał z instytucji wyjaśnienia treści siwz.

W ocenie zamawiającego sformułowanie „wkładka kompozytowa” nie nastrocza trudności co do interpretacji.

Podkreślił, że błędne utożsamione i zrównane zostały przez odwołującego dwa całkowicie odrębne pojęcia: „wkładki kompozytowej” i „papy”, która sama w sobie stanowi kompozyt. Kwestionuje twierdzenie odwołującego, zgodnie z którym zastosowane w zaoferowanej przez niego papie „rozwiązanie materiałowe jest rozwiązaniem opartym o zastosowanie wkładki kompozytowej albowiem na materiale zapewniającym sztywność papy: osnowie z włókniny poliestrowej zastosowano materiał zapewniający elastyczność: masę asfaltową modyfikowaną SBS z domieszką grafitu ekspandującego z posypką gruboziarnistą oraz folią z tworzywa sztucznego. Wskazane wyżej materiały uzupełniają się wzajemnie zapewniając konstrukcji odpowiednią sztywność oraz elastyczność, a zatem tworzą kompozyt”. Jak stwierdza zamawiający, odwołujący podejmuje próbę udowodnienia, że wkładka zastosowana w zaoferowanej papie jest wkładką kompozytową, lecz wywód ten sprowadza się do błędnego założenia, że zaoferowana wkładka jest kompozytowa, ponieważ jest zastosowana w papie, która sama w sobie stanowi kompozyt. Zamawiający zaznacza, iż papa jest kompozytem bowiem składa się z więcej niż z jednego składnika (jednym z nich jest wkładka, inaczej rozumiana jako osnowa). Odróżnia pojęcia papy jako kompozytu i stanowiącej jeden z jej elementów – wkładkę, która może być kompozytem – czego wymagano w siwz. Wkładką będzie kompozytowa, gdy będzie się składała więcej niż z jednego składnika. Zaoferowana przez odwołującego papa posiada wkładkę poliestrową, czyli jednorodną, gdyż brak jest drugiego składnika – siatki z włókna szklanego. Zastosowany w zaoferowanej papie materiał: masa asfaltowa, nie jest elementem wkładki lecz odrębnym od niej elementem papy – stanowi odrębną warstwę.

Załączył wydruk z witryny internetowej dot. Papy oraz ww artykuł M. B. .

W świetle powyższego stwierdza, iż papa zaoferowana przez odwołującego nie spełnia parametru posiadania wkładki kompozytowej.

Zauważa przy tym, że na rynku są dostępne papy odpowiadające wymogom siwz i wskazuje na papę podaną w siwz, a ponadto papę VEDAPOINTRO produkcji VEDAG Polska sp. z o.o. oraz papy MONOLight i MONODACH WM produkowane przez ICOPAL S.A. Załączył informacje techniczne ww produktów.

Wskazując na powyższe zamawiający stwierdził, że zasadne było wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych potwierdzających spełnianie wymagań siwz przez zaoferowaną papę, tj. czy posiada ona wkładkę kompozytową. Wobec nie złożenia takich dokumentów w wyznaczonym terminie, wykluczył wykonawcę z postępowania z powodu nie spełniania warunków udziału w postępowaniu z konsekwencją uznania oferty za odrzuconą.

Zamawiający zauważył, że pomimo uwzględnienia przez niego odwołania z dnia 2 września 2016 r. nie był on zobowiązany do zastosowania się w pełni do żądań odwołującego albowiem podjęcie takiej czynności w danym wypadku mogłoby okazać się niemożliwe lub niezgodne z prawem. Wskazał na orzecznictwo Izby na poparcie stanowiska. Ponowna ocena ofert nie doprowadziła do wyboru oferty odwołującego, pomimo, że takie było jedno z żądań uwzględnionego odwołania. W stanowisku zawierającym uwzględnienie zarzutów zamawiający świadomie nie deklарował, że bezwarunkowo dokona wyboru oferty odwołującego.

Zakwestionował tezę odwołującego o dowodowym walorze o charakterze przyznania z art. 190 ust. 5 ustawy pzp oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania.

W toku rozprawy strony podtrzymały stanowiska i dodatkowo stwierdziły, jak niżej.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ustęp 2 pkt 4 ustawy, nie podnosząc przy tym wobec wykonawcy zarzutów o charakterze podmiotowym. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający stwierdził, iż nie otrzymał dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań parametrów granicznych dotyczących papy nawierzchniowej z wkładką kompozytową. W rezultacie stwierdzono, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przypomniał treść wymaganych parametrów w pkt 1.5 załącznika nr 15 do SIWZ (wykaz podstawowych materiałów i urządzeń). Stwierdził, że treść odpowiedzi na odwołanie, w tym opis i definicja papy załączona do odpowiedzi potwierdzają rozumienie przez Odwołującego postawionego wymogu. Wskazał na fragment opisujący osnowę zwaną wkładka nośna. Podano tam przykład włókniny lub tkaniny poliestrowej co odpowiada materiałowi zaoferowanemu. Stwierdził, że wskazane przez zamawiającego papy posiadające wymagane właściwości w rzeczywistości wymogów nie spełniają:

- 1/ papa firmy VEDAPOINTOO jako papa do pokryć jednowarstwowa nie spełnia wymogu
- 2/ MONOLITE w pkt 5 wskazano iż stosowana jest do pokryć jednowarstwowych, jednocześnie nie spełnia wymogów reakcji na ogień;
- 3/ MONODACH papa stosowana do pokryć jednowarstwowych. Przekracza również wymagany parametr grubości wynoszący dla niej 5,5mm;
- 4/ papa LEMBIT MRO firmy LEMAR nie spełnia wymogu grubości gdyż wynosi $5,0\text{mm} \pm 0,2\text{mm}$ przy wymogu 5,2mm. Zamawiający uznał ofertę innego wykonawcy z taka papa za niezgodna z treścią SIWZ i odrzucił ofertę (pismo z 29 sierpnia 2016r.)

Zauważył, że Zamawiający nie przedstawił jednoznacznej definicji spornego pojęcia. Stwierdził, że prawidłowo zaoferował materiał, wskazując jednocześnie na str.4 Opracowania M. B. o niestosowaniu pap z wkładką kompozytową w rozumieniu przyjętym przez Zamawiającego na podłożach z izolacji termicznej, a takie wykonania przewiduje się w tej sprawie.

Zamawiający stwierdził, że poddawana w wątpliwość kwalifikacja prawna dokonanej czynności nie powinna mieć wpływu na ostateczne rozstrzygnięcie. Odnosząc się do zarzutu merytorycznego wskazał na kartę techniczną wyrobu – str. 50 oferty, gdzie wskazano rodzaj osnowy jako włókninę poliestrową. W kontekście wymogu 1.5 w zał. 15 gdzie w tiret 2 wymagano wkładki kompozytowej. Zauważył, że papa jako produkt jest kompozytem. Wkładka czyli osnowa może być kompozytem (wymóg SIWZ) lub nie. Odwołujący zaoferował jednorodną wkładkę z włókniny poliestrowej nie stanowiącej kompozytu. Wskazał na załączone do pisma opracowanie M. B. z opisem na str. 2 – budowa papy. Wskazał także na opis struktury materiałowej, gdzie odróżnia się masę asfaltowa od osnowy (wkładki nośnej). Stwierdził, że Wykonawca nie wykazał zastosowania w oferowanej przez siebie papie wkładki kompozytowej. Kwestionuje stwierdzenie Odwołującego, że papy do pokryć jednowarstwowych nie spełniają wymaganych parametrów. Zauważył, że Odwołujący zaoferował papę o takiej samej odporności ogniowej, jaką kwestionuje w przykładach podanych przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięwszy pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia siwz, treść oferty odwołującego oraz przebieg postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1621/16, a nadto stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie stanu prawnego obowiązującego przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Stosownie bowiem do art. 16 ust. 1 tej ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Niespornie odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, w rozumieniu art. 179 ustawy pzp, a tym samym posiada legitymację do wniesienia odwołania spełniając materialno prawną przesłankę wszczęcia postępowania odwoławczego.

Skład orzekający uznaje, że odwołanie podlega oddaleniu.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp z powodu nie spełnienia warunków udziału w tym postępowaniu, a w konsekwencji unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. Stanowisko to uzasadnił niewykazaniem przez odwołującego, pomimo wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów, iż zaoferowana w pkt 5.1 załącznika nr 15 do oferty pn. „Wykaz podstawowych materiałów i urządzeń” papa nawierzchniowa spełnia wymagany przez zamawiającego parametr dotyczący posiadania wkładki kompozytowej, Skutkiem tego wykluczenia był uznanie oferty wykonawcy za odrzuconą.

Tym samym podstawą faktyczną decyzji zamawiającego było uznanie, że wykonawca nie przedstawił dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowany produkt wymagań określonych w siwz, stanowiących wymóg o charakterze przedmiotowym oparty o art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. W tym świetle niesporne jest prawo i obowiązek po stronie zamawiającego zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy pzp w sytuacji braku stosownych dokumentów, o ile rzeczywiście brak taki miał miejsce. W zależności od sposobu sformułowania warunku w tym przedmiocie w siwz, dokument przedmiotowy może być uznawany za ścisły element oferty (w tym wypadku przy jego braku oferta podlega odrzuceniu) lub dokument potwierdzający spełnianie wymogu i jako taki podlegający uzupełnieniu wg przepisu jw. W sprawie rozpoznawanej zachodzi druga z przedstawionych okoliczności, co mogło wzbudzić wątpliwości co do skutku nie złożenia dokumentu.

Omawiany warunek ma charakter przedmiotowy, a więc odnoszący się do przedmiotu zamówienia i warunków, na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne. Co do zasady jego nie spełnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Zakładając zatem, że zamawiający błędnie przedstawił uzasadnienie prawne czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania ze

skutkiem w postaci odrzucenia jego oferty, przy ewentualnym założeniu, że okoliczności faktyczne wskazujące na przesłanki odrzucenia oferty zaistniały, należy uznać, że pomimo takiego uchybienia, utrzymanie w obrocie tj. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oferty podlegającej odrzuceniu stanowiłoby naruszenie prawa. Izba wskazując na powyższe stwierdza, że w rozpatrywanej sprawie taka sytuacja nastąpiła i pomimo błędnego wskazania podstawy prawnej odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 5) zamiast art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, wynik postępowania ustalony przez zamawiającego w wyniku badania i oceny ofert, jest prawidłowy.

Izba podziela stanowisko zamawiającego co do wskazania, że w zał. Nr 15 do siwz jednoznacznie określono warunki przedmiotowe, które miały spełniać oferowane materiały. Warunki przedmiotowe były przy tym parametrami granicznymi. Odwołujący nie spełnił spornego warunku przedmiotowego, gdyż nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowaną w pkt 1.5 załącznika nr 15 papę nawierzchniową parametrów granicznych tj. posiadania przez papę wkładki kompozytowej. Dołączona przez odwołującego „Karta techniczna wyrobu” dotycząca papy IZOBUD sp. z o.o. nie potwierdza w swojej treści, że papa posiada wkładkę kompozytową. Oferowana papa wkładki kompozytowej nie posiada, gdyż jest zbudowana z włókniny poliestrowej, co oznacza, iż odwołujący zaoferował wkładkę jednorodną, a nie kompozytową, której zamawiający żądał. W konsekwencji skład orzekający podziela stanowisko, że utożsamianie i zrównanie dwóch odrębnych pojęć: „wkładki kompozytowej” i „papy”, która jako całość sama w sobie stanowi kompozyt, jest błędne.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy pzp należy zauważyć, że instytucja uwzględnienia zarzutów odwołania uregulowana ww przepisem ma charakter czysto proceduralny prowadzący do umorzenia postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia. Oświadczenie zamawiającego w tym zakresie skutkuje umorzeniem postępowania i ponowieniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W toku kolejnych czynności pomimo uwzględnienia zarzutów odwołania zamawiający w rzeczywistości nie jest zobowiązany do zastosowania się w pełni do żądań odwołującego; podjęcie takiej czynności w danym wypadku mogłoby okazać się niemożliwe lub niezgodne z prawem. Można przy tym zauważyć, że w przeważającej liczbie odwołań wykonawcy żądają również nakazania wyboru ich oferty jako najkorzystniejszej, co ze względów oczywistych, podobnie jak w przedmiotowej sprawie, nie może oznaczać automatycznego obowiązku zamawiającego dokonania takiej czynności.

Izba nie podziela w konsekwencji tezy odwołującego o dowodowym walorze o charakterze przyznania z art. 190 ust. 5 ustawy pzp oświadczenia zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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 ze zm.).

Przewodniczący: