

WYROK

z dnia 27 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2020 r. przez wykonawcę CARBOSPEC M. J. Sp. j., Paniówki,

w postępowaniu prowadzonym przez Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. z siedzibą w Bogdance,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę CARBOSPEC M. J. Sp. j., Paniówki i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę CARBOSPEC M. J. Sp. j., Paniówki tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy CARBOSPEC M. J. Sp. j., Paniówki na rzecz zamawiającego Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. z siedzibą w Bogdance kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 3 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy CARBOSPEC M. J. SPÓŁKA JAWNA (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. (dalej „Zamawiający”) naruszenie

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskutek bezzasadnego podjęcia czynności odrzucenia oferty Odwołującego podczas, gdy treść oferty Odwołującego w pełni odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskutek bezzasadnego podjęcia czynności unieważnienia postępowania podczas, gdy w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu przedmiotowego dotyczącego oferowanego wyrobu - dokumentu potwierdzającego, że właściwości fizykochemiczne wyrobu wymagane w § 28 ust 2 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych w zakresie trudnopalności, anty elektro statyczności i nietoksyczności są trwale i nie tracą tych własności w okresie użytkowania wyrobu;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a to poprzez brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców wskutek bezzasadnego podjęcia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, podczas, gdy treść oferty Odwołującego w pełni odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a ponadto Odwołujący deklaruje dodatkowo, obniżenie ceny ofertowej co najmniej do poziomu kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty oraz - uzupełnienia braku dokumentu potwierdzającego, że właściwości fizykochemiczne wyrobu wymagane w § 28 ust 2 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych w zakresie trudnopalności, antyelektrostatyczności i nietoksyczności są trwale i nie tracą tych własności w okresie użytkowania wyrobu i w efekcie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę siatki wielkowymiarowej z tworzywa sztucznego do opięcia stropu w procesie przygotowania ściany do likwidacji w warunkach LW „Bogdanka” S.A., postępowanie nr 1517/EZW/PKO/2020. Odwołujący złożył w przewidzianym przez Zamawiającego terminie ofertę, która została przez Zamawiającego zbadana w aspekcie jej zgodności z treścią SIWZ. Dowód: oferta Odwołującego znajdująca się w dokumentacji postępowania przetargowego - oferta znajduje się w dokumentacji przetargowej będącej w posiadaniu Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 26 czerwca 2020 r. Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ponieważ zdaniem Zamawiającego jej treść nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ odwołujący nie dołączył do oferty dokumentacji techniczno - ruchowej zawierającej rysunki dokumentacyjne i parametry techniczne oferowanej siatki (pkt 1 i 2 pisma Zamawiającego). Dowód: kopia pisma Zamawiającego z dnia 26.06.2020 r.

Odwołujący wskazał, że nie może zgodzić się z powyższym i stoi na stanowisku, iż odrzucenie jego oferty narusza w/w wymienione przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności Odwołujący stwierdził, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego

Odwołujący złożył wraz z ofertą kompletną dokumentację techniczno - ruchową (Instrukcja Stosowania), która zawiera zarówno rysunki wyrobu, jak i parametry techniczne. Dowód: kopia Instrukcji stosowania wraz z rysunkami; oferta Odwołującego znajdująca się w dokumentacji postępowania przetargowego - oferta znajduje się w dokumentacji przetargowej będącej w posiadaniu Zamawiającego.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, Zamawiający od lat zna i stosuje tożsamą siatkę oferowaną przez Odwołującego, czego dowodem są publikowane przez Zamawiającego artykuły dotyczące tego właśnie wyrobu, w których znajdują się zarówno opisy, jak i rysunki i zdjęcia siatki używanej przez Zamawiającego. Dowód: kopia 2 artykułów ze stycznia 2018 r. listopada 2019 r. publikowanych przez Zamawiającego w: pismo LW Bogdanka S.A.

Odwołujący wskazał, że wielokrotnie dostarczał dla Zamawiającego z powodzeniem tożsame produkt oraz brał udział w licznych postępowaniach zarówno objętych jak i nie objętych ustawą

Prawo Zamówień Publicznych i dostarczał Zamawiającemu dokumentację oraz rysunki oferowanej siatki. Dowód: kopia warunków oraz SIWZ w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego: z dnia 20.07.2017 r., 16.03.2018 r., postępowania nr 5951/EZP/PKO/2019 - przetarg „właścicielski” oraz z dnia 31.01.2019 r. - zamówienie publiczne; kopie umów;

Ponadto, Odwołujący wskazał, że Zamawiający jest w posiadaniu 6 Sprawozdań z badań oferowanej siatki. Które również zawierają rysunki oraz parametry techniczne. W związku z powyższym uznać należy, że Zamawiający bezzasadnie twierdzi, że oferta Odwołującego powinna podlegać odrzuceniu, wskazując w pkt 1 i 2 pisma z dnia 26.06.2020 r. fakty, które są nieprawdziwe.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Zamawiający niesłusznie wskazał w pkt 3 w/w pisma, że Odwołujący nie dołączył do oferty dokumentu potwierdzającego, że właściwości fizykochemiczne wyrobu wymagane w § 28 ust 2 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych w zakresie trudnopalności, antyelektrostatyczności i nietoksyczności są trwałe i nie tracą tych własności w okresie użytkowania wyrobu, wskazując jako podstawę wymagania rozdział II pkt 7 cz. III SIWZ. Odwołujący wskazał, że zgodnie z w/w zapisem Odwołujący winien był dołączyć do oferty dokumentację tam wymienioną, a więc dokumentację poświadczającą posiadanie przez siatkę łączy z urządzeniami służącymi do jej podwieszania, co zostało przez Odwołującego dokonane w złożonej ofercie. Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, cz. III pkt 7 w zw. z pkt 3 Rozdziału VI SIWZ; wyjaśnienia Zamawiającego do SIWZ z dnia 6.05.2020 r.; oferta Odwołującego znajdująca się w dokumentacji postępowania przetargowego - oferta znajduje się w dokumentacji przetargowej będącej w posiadaniu Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, niezależnie od powyższego, wskazać należy, że nawet, gdyby uznać, że Zamawiający co innego miał na myśli wskazując na brak w/w dokumentu, to powyższy brak podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazywał co prawda na wymóg złożenia dokumentu potwierdzającego, że właściwości fizykochemiczne wyrobu wymagane w § 28 ust 2 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych w zakresie trudnopalności, antyelektrostatyczności i nietoksyczności, są trwałe i nie tracą tych własności w okresie użytkowania wyrobu, ale skoro sam jest w jego posiadaniu, ponieważ oświadczenie o takiej treści było przez Odwołującego w aspekcie oferowanego wyrobu, składane wielokrotnie w innych postępowaniach, to Odwołujący uznał, że nie jest zobowiązany do jego złożenia po raz kolejny temu samemu

Zamawiającemu, skoro dotyczy to tego samego produktu, który jest już wykorzystywany przez Zamawiającego. Dowód: oświadczenia Odwołującego potwierdzające, że właściwości fizykochemiczne wyrobu wymagane w § 28 ust 2 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych w zakresie trudnopalności, antyelektrostatyczności i nietoksyczności, są trwałe i nie tracą tych własności w okresie użytkowania wyrobu, złożone w przeprowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu przetargowym nr 5951/EZP/PKO/2019.

Odwołujący wskazał, że oświadczenie o wymaganej przez Zamawiającego treści znajduje się na ogólnodostępnej, doskonale znanej Zamawiającemu stronie internetowej Odwołującego,

pod adresem <https://carbospec.pl/kategoria-produktu/siatki-grid-carbo/>. Dowód: wydruk ze strony internetowej Odwołującego <https://carbospec.pl/kategoria-produktu/siatki-grid-carbo/>

Ponadto, w ocenie Odwołującego niezależnie od powyższego, gdyby Zamawiający nie był w posiadaniu w/w dokumentu, to jego brak w ofercie podlegałby uzupełnieniu, a Zamawiający miałby obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia, co zostało uczynione w w/w wymienionym postępowaniu przetargowym nr 5951/EZP/PKO/2019, na dowód czego przedkładamy kopię pisma Odwołującego skierowanego do Zamawiającego jako odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia braków dokumentacji. Dowód: kopia pisma Odwołującego nr 27/JJ/01/20 skierowanego do Zamawiającego w postępowaniu przetargowym nr 5951/EZP/PKO/2019.

W ocenie Odwołującego dokumenty opisane w II pkt 9 Części III SIWZ, a w szczególności dokument potwierdzający, że właściwości fizykochemiczne wyrobu wymagane w § 28 ust 2 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych w zakresie trudnopalności, antylektrostatyczności i nietoksyczności są trwałe i nie tracą tych własności w okresie użytkowania wyrobu, stanowią tzw. przedmiotowe dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Zgodnie natomiast z § 13 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r., w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126) w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

- 1) próbek, opisów, fotografii, planów, projektów, rysunków, modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego;
- 2) certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność;
- 3) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;
- 4) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zapewnienia jakości, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zapewnienia jakości opartych na odpowiednich seriach norm europejskich;
- 5) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego, jeżeli zamawiający wskazuje środki zarządzania środowiskowego, które wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia publicznego, odwołując się do unijnego systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub do innych norm zarządzania środowiskowego opartych na odpowiednich normach europejskich lub międzynarodowych opracowanych przez akredytowane jednostki.

W ocenie Odwołującego powyższe zaś dokumenty, jako przedmiotowe dokumenty potwierdzające spełnianie wymogów narzuconych przedmiotowi zamówienia przez zamawiającego, podlegają uzupełnieniu, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten obejmuje dokumenty, o których mowa w ust. 1 paragrafu 25 ustawy PZP, a więc również wymienione w pkt 2, czyli dokumenty przedmiotowe doprecyzowane w § 13 cytowanego wyżej rozporządzenia, a których w przedmiotowym postępowaniu żąda Zamawiający, zgodnie z zapisem Rozdziału II pkt. 9 Części III SIWZ. Odwołujący powołał się na orzeczenia KIO z dnia 31 marca 2010 r., KIO/UZP 289/10 oraz z dnia 14 marca 2011 r., KIO 382/12.

Odwołujący wskazał ponadto, że deklaruje dodatkowo, w przypadku wyboru jego oferty w przedmiotowym postępowaniu, obniżenie ceny ofertowej co najmniej do poziomu kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r..

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa siatki wielkowymiarowej z tworzywa sztucznego do opięcia stropu w procesie przygotowania ściany do likwidacji w warunkach LW „Bogdanka” S.A., postępowanie nr 1517/EZW/PKO/2020.”

W Rozdziale II „Sposób przygotowania oferty”, Zamawiający wskazał, że każdy Wykonawca złoży tylko jedną ofertę. Na ofertę składają się wszystkie dokumenty wymienione w Rozdziale VI pkt 3.

W Rozdziale VI „Oświadczenia i dokumenty, do złożenia których zobowiązany jest Wykonawca”, pkt 3 Zamawiający wskazał, iż przez ofertę rozumie się prawidłowo wypełnione przez Wykonawcę: Formularz oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ) oraz następujące dokumenty, które Wykonawca zobowiązany jest złożyć przed upływem terminu składania ofert (niepodlegające uzupełnieniu na późniejszym etapie): (1) Dokumentacje wymienione w rozdziale II pkt 7 Części III SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia; (2) Dowód wniesienia wadium.

Z kolei w Rozdziale II pkt 7 Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, Zamawiający określił szczegółowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia. W pkt 9 Zamawiający wskazał, że do oferty należy dołączyć następujące dokumenty (niepodlegające uzupełnieniu najpóźniejszym etapie postępowania):

- a) dokumentację techniczno-ruchową dla użytkownika zawierającą między innymi rysunek wyrobu i jego parametry techniczne,
- b) rysunki dokumentacyjne siatki oraz urządzeń do jej podwieszania i rozwijania w trakcie zabezpieczania stropu,

Izba ustaliła, że Odwołujący nie złożył wraz z ofertą dokumentu wymaganego przez

Zamawiającego w Rozdziale II pkt 9 Części III - Opis Przedmiotu Zamówienia. Odwołujący złożył wraz z ofertą Instrukcję Stosowania.

Izba ustaliła, że w postępowaniu złożone 2 oferty. W wyniku badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, Zamawiający uznał, iż obie oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji, Zamawiający unieważnił postępowanie.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 26 czerwca 2020 r. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ Odwołujący nie

dołączył do oferty dokumentacji techniczno - ruchowej zawierającej rysunki dokumentacyjne i parametry techniczne oferowanej siatki oraz nie złożył dokumentu potwierdzającego, że właściwości fizykochemiczne wyrobu wymagane w § 28 ust 2 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych w zakresie trudnopalności, antyelektrostatyczności i nietoksyczności, są trwałe i nie tracą tych własności w okresie użytkowania wyrobu.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia. W przypadku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie Izby odwołanie podlegało oddaleniu.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp statuuje obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów podmiotowych i przedmiotowych oraz pełnomocnictw (tak m.in. SO w Katowicach w wyr. z 11.4.2013 r., XIX Ga 179/13). Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Dalej wskazać należy, że mając na uwadze formalizm postępowania i ograniczone możliwości uzupełnienia przez wykonawców dokumentów, to na wykonawcy decydującym się na udział w postępowaniu przetargowym ciąży obowiązek poprawnego przygotowania dokumentacji ofertowej, dołożenia należytej staranności i zachowania wymaganego poziomu profesjonalizmu. Oczywistym jest, że błędy ludzkie w przygotowaniu dokumentacji ofertowej mogą się zdarzyć. Ustawodawca przewidział instytucję ich korygowania, stwarzając każdemu wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia możliwość jednokrotnego poprawienia zaistniałych omyłek. Procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp umożliwia jednokrotną weryfikację i naprawienie błędów i niestaranności wykonawców bowiem to obowiązkiem wykonawcy jest wprowadzenia mechanizmów weryfikujących poprawność dokumentacji przetargowej, nawet jeśli wiąże się z dodatkowymi kosztami po jego stronie.

W kontekście powyższych rozważań wskazać również należy na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowi on, że toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Ustawodawca dopuścił m.in. poprawienie w ofercie wykonawcy innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Istotne w kontekście powyższych regulacji jest to, że instytucja uzupełniania dokumentów uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do zmiany treści oferty.

Mając na uwadze powyższe rozważania prawne wskazać należy, że w analizowanym stanie faktycznym spór pomiędzy stronami sprowadzał się do oceny charakteru dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w treści SIWZ, a stanowiących podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający w Rozdziale II, pkt 3 wskazał, że na ofertę składają się wszystkie dokumenty wymienione w Rozdziale VI pkt 3 SIWZ stanowiącym, iż przez ofertę rozumie się prawidłowo wypełniony przez Wykonawcę: Formularz oferty oraz następujące dokumenty, które Wykonawca zobowiązany jest złożyć przed upływem terminu składania ofert (niepodlegające uzupełnieniu na późniejszym etapie): 1) dokumentacja wymieniona w

Rozdziale II pkt 7 Część III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia; 2) dowód wniesienia wadium.

Nie ma również wątpliwości, iż w Części III - OPZ Zamawiający w pkt II sprecyzował wymagania techniczno - użytkowe wobec przedmiotu zamówienia. W pkt 8 określił wymagane cechy i parametry produktu. W pkt 9 Zamawiający sprecyzował wymagane dokumenty.

W zakresie dwóch pierwszych podstaw odrzucenia tj. braku dołączenia dokumentacji

techniczno - ruchowej dla użytkownika zawierającej między innymi rysunek wyrobu i jego parametry techniczne oraz braku dołączenia rysunków dokumentacyjnych siatki oraz urządzeń do ich podwieszania i rozwijania w trakcie zabezpieczenia, to argumentacja Odwołującego sprowadzała się do stwierdzenia, że Odwołujący załączył do oferty wymagane dokumenty. Ponadto Odwołujący powołał się na artykuły prasowe oraz raporty z badań, które, w jego ocenie, są dostępne Zamawiającemu oraz potwierdzają właściwości oferowanej siatki.

Wskazać należy w tym zakresie, że Odwołujący nie wykazał, iż złożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty. Odwołujący powołał się na rysunki zawarte w Instrukcji Stosowania, ale żaden ze wskazanych rysunków nie przedstawia przedmiotu zamówienia wraz z określeniem jego parametrów technicznych. Odwołujący również nie wskazał Izbie, który z rysunków w Instrukcji Stosowania należy uznać za rysunek dokumentacyjny siatki oraz urządzeń do jej podwieszania i rozwijania w trakcie zabezpieczenia. W ocenie Izby, powyższe dokumenty należy uznać za część oferty wykonawcy, gdyż określają one co stanowi przedmiot świadczenia wykonawcy oraz parametry techniczne oferowanego przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy było przedstawienie rysunku wyrobu wraz z jego parametrami technicznymi oraz rysunku dokumentacyjnego siatki i urządzeń do ich podwieszania i rozwijania w trakcie zabezpieczenia. Niewątpliwie dokumenty te określają co wykonawca oferuje Zamawiającemu, o jakich właściwościach, a tym samym stanowią oświadczenie woli wykonawcy co do świadczenia jakie wykonawca oferuje Zamawiającemu. Brak złożenia omawianych dokumentów przez Odwołującego stanowi o niezgodności oferty wykonawcy z wymaganiami wskazanymi w SIWZ i stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Braki te nie mogą być uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż tryb ten nie jest stosowany do uzupełniania braków w dokumentacji stanowiącej ofertę wykonawcy. Niedopuszczalne również byłoby zastosowanie procedury z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten wymaga m.in. wykazania, że doszło do omyłki wykonawcy, a w analizowanym stanie faktycznym Odwołujący nie powoływał się na omyłkę.

Nie można zgodzić, iż Odwołującym, iż braki w dokumentacji ofertowej powinny być sanowane tym, iż Odwołujący wielokrotnie dostarczał tożsamy produkt do Zamawiającego, a Zamawiający jest w posiadaniu sprawozdań z badań oferowanej siatki, które zawierają rysunki siatki oraz parametry techniczne. Wskazać w tym zakresie należy, że zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2017 r. poz. 570 oraz z 2018 r. poz. 1000, 1544 i 1669), jednakże jak wskazano w § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.) - w przypadku

wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne. Powyższe oznacza, że to wykonawca powinien powołując się na ww. przepisy wskazać dokumenty, do których przedłożenia został wezwany, a które są już w posiadaniu zamawiającego, aby móc skorzystać ze zwolnienia go z obowiązku ponownego przekazania tych dokumentów zamawiającemu.

W analizowanym stanie faktycznym Odwołujący powołał się na szereg dokumentów, które, w jego ocenie, są w posiadaniu Zamawiającego i potwierdzają zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami wskazanymi w SIWZ (artykuły prasowe,

sprawozdania z badania oferowanej siatki, informacje ze strony internetowej wykonawcy

dotyczące właściwości oferowanego produktu, dokumentacja z innych postępowań przeprowadzanych przez Zamawiającego). Odwołujący pomija przy tym przepisy ustawy Pzp jak i wymagania wskazane w SIWZ. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca jako profesjonalista zobowiązany jest, decydując się na udział w procedurze przetargowej, przygotować swoją ofertę zgodnie ze SIWZ oraz przepisami ustawy Pzp. Profesjonalizm wykonawcy przejawia się m.in. w przekazaniu Zamawiającemu wymaganych w SIWZ dokumentów, niezależnie do przyjętego ich charakteru (tj. treść oferty vs. dokumenty potwierdzające zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ), mając świadomość, że ustawodawca w bardzo wąskim zakresie umożliwia uzupełnienie czy poprawienie pierwotnie złożonej dokumentacji ofertowej. Odwołujący nie dochował w analizowanym stanie faktycznym wymaganego poziomu profesjonalizmu, składając swoją ofertę z brakami, które obecnie

próbuje uzupełnić powołując się na szereg dokumentów, które rzekomo winny być znane Zamawiającemu. Takie działanie Odwołującego jest, w ocenie Izby, nieuprawnione. Po pierwsze, brakujące dokumenty na jakie wskazał Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie należą do żadnej z kategorii dokumentów, o których mowa w §2, 5, 7 Rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Po drugie, nawet jeśliby hipotetycznie przyjąć, iż którykolwiek z tych dokumentów mieści się w zakresie dokumentów wskazanych w § 2, 5 lub 7 ww. rozporządzenie, to i tak nie zostały spełnione przesłanki do posłużenia się przez Zamawiającemu dokumentami, które są rzekomo w jego posiadaniu. Odwołujący bowiem w żadnym miejscu złożonej dokumentacji ofertowej nie wskazał, że określony dokument jest w posiadaniu Zamawiającego i że pozostaje on aktualny na potrzeby przedmiotowego postępowania. To obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego. I to Odwołujący winien w sposób jednoznaczny i precyzyjny wskazać jakie dokumenty rzekomo posiadane przez Zamawiającego mogą być wykorzystane do oceny wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, oświadczając jednocześnie o ich aktualności. Takich czynności Odwołujący jednak nie podjął, zaś powoływanie się w treści odwołania na szereg dokumentów dostępnych na stronie internetowej wykonawcy czy będących w posiadaniu Zamawiającego uznać należy za nieuprawnione. Takie uzupełnienie dokumentacji ofertowej wykonawcy nie znajduje umocowania w przepisach ustawy Pzp i aktach wykonawczych wydanych na jej podstawie. Zatem, w niniejszym przypadku nawet gdyby teoretycznie założyć, że któryś z brakujących dokumentów można by zakwalifikować pod zakres dokumentów określonych w §2, 5, 7 ww. rozporządzenia, to i tak nie wystąpiły przesłanki do zwolnienia Odwołującego z obowiązku ponownego przekazania tych dokumentów Zamawiającemu. W ocenie Izby odmienna interpretacja możliwości skorzystania z ww. uprawnienia przez wykonawcę byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem § 10 ust. 2 rozporządzenia.

W zakresie trzeciej okoliczności faktycznej stanowiącej podstawę odrzucenia oferty Odwołującego tj. braku złożenia dokumentu potwierdzającego, że właściwości fizykochemiczne wyrobu wymagane w § 28 ust 2 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych w zakresie trudnopalności, antyelektrostatyczności i nietoksyczności, są trwałe i nie tracą tych własności w okresie użytkowania wyrobu, to Izba uznała, że pomimo zapisów SIWZ wskazujących, iż dokument ten stanowi część oferty wykonawcy, uznać go należy za dokument potwierdzający, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego i podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, że w ustawie Pzp ustawodawca w sposób niebudzący wątpliwości rozróżnia ofertę wykonawcy jako oświadczenie woli wykonawcy precyzujące co wykonawca oferuje zamawiającemu oraz dokumenty służące potwierdzeniu, że to co jest oferowane spełnia wymagania wskazane w SIWZ. Ustawodawca odróżniając te dwie grupy dokumentów przypisał odmienne instytucje służące sanowaniu ewentualnych braków w dokumentacji składanej przez wykonawców, w zależności od rodzaju dokumenty. Zaznaczyć przy tym należy, że o ile treść SIWZ może zawierać informacje co do charakteru danego dokumentu wymaganego przez zamawiającego tj. czy stanowi on ofertę czy dokument potwierdzający właściwości oferowanego przedmiotu zamówienia, jednakże nie może być tak, że przez czynność prawną Zamawiający omija bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Inny słowy, za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której Zamawiający uznaje dany dokument za treść oferty, zaś w sposób oczywisty treści i charakter dokumentu potwierdza właściwości oferowanego przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji może być uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Gdyby dopuścić tak szeroki zakres swobody Zamawiającego w kształtowaniu postanowień SIWZ, wprowadzone wołą ustawodawcy instytucje służące konwalidowaniu błędów czy omyłek wykonawców nie miałyby nigdy zastosowania, co, w ocenie Izby, jest niedopuszczalne.

W analizowanym stanie faktycznym już sama nazwa wymaganego dokumentu cyt. „dokument potwierdzający, że właściwości...” wskazuje, iż jest to dokument potwierdzający właściwości oferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia. Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego miałby stanowić on treść oferty i nie podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, powołując się wyłącznie na ustalone przez siebie zapisy SIWZ. W ocenie Izby nie ma żadnych racjonalnych argumentów, aby sporne oświadczenie było zakwalifikowane jako część oferty wykonawcy. Dokument ten służy potwierdzeniu właściwości wymaganych przez Zamawiającego i określonych w SIWZ.

Ponieważ Odwołujący nie załączył wymaganego oświadczenia, uchybienie to podlegało uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający co do zasady winien więc wezwać wykonawcę do uzupełnienia powyższego braku w dokumentacji Odwołującego. W analizowanym stanie faktycznym wezwanie Odwołującego do uzupełnienia ww. braków jest

beprzedmiotowe z uwagi na okoliczność, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co Izba wskazał powyżej.

Odnosnie argumentacji Odwołującego jakoby wymagane oświadczenie było znane Zamawiającemu oraz, iż jest ono dostępne na stronie internetowej wykonawcy, to jak Izba wskazała i wyjaśniła powyżej, obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego. Możliwość posłużenia się dokumentami niezłożonymi Zamawiającemu jest ograniczona i regulowana przepisami ustawy Pzp. Przesłanki posłużenia się takimi dokumentami nie zostały spełnione przez Odwołującego, co Izba wskazał i wyjaśniła powyżej i co znajduje zastosowanie w odniesieniu do rzekomej dostępności wymaganego oświadczenia na stronie internetowej wykonawcy czy okoliczności, iż oświadczenie to było już poprzednio składane i jest w posiadaniu Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 3 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: