Sygn. akt: KIO 428/15

WYROK
z dnia 18 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 18 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2015 r. przez **IMPEXRUR S. A., Plac** Św. **Michała 4, 38 – 500 Sanok** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (PGNiG S.A), ul. M. Kasprzaka 25, 01 – 224 Warszawa**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: "BOWM" Spółka Akcyjna, PASSAT-STAL Spółka Akcyjna, ul. Niwecka 1E, 41-200 Sosnowiec** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **IMPEXRUR S. A. z siedzibą w Sanoku** i
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **IMPEXRUR S. A. z siedzibą w Sanoku** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący: ……..……..……..……...

Sygn. akt: KIO 428/15

Uzasadnienie

Zamawiający : Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie mające na celu zawarcie umowy ramowej, którego przedmiotem jest: „Zapewnienie dostaw rur okładzinowych oraz wydobywczych wraz z osprzętem dla potrzeb otworów wiertniczych realizowanych przez PGNiG SA" znak sprawy : ZP/PGNIG/2014/0019/GE/SR.

Odwołujący: IMPEXRUR Spółka Akcyjna z siedzibą w Sanoku wniósł odwołanie od zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych - w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej . Odwołujący posiada interes w pozyskaniu zamówienia , albowiem:
- Przedmiot tego zamówienia jest podstawowym zakresem prowadzonej przez niego działalności gospodarczej,
- Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia (w częściach objętych ofertą), co potwierdził zamawiający nie dokonując wykluczenia odwołującego się , ani nie odrzucając jego oferty ,
Na skutek zaniechania zamawiającego - stanowiącego przedmiot odwołania - odwołujący może nie pozyskać zamówienia publicznego co może skutkować wystąpieniem szkody w jego majątku, albowiem przy składaniu ofert na zawarcie umów realizacyjnych, w ramach umowy ramowej będzie zmuszony konkurować z podmiotem , którego oferta winna była być odrzucona.

Zamawiający zamierza zawrzeć umowę ramową z wykonawcą, którego postępowanie przy składaniu oferty może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ust. 2

ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Ponadto — zgodnie z utrwalonym orzecznictwem „Również w przypadku odwołań odnoszących się do etapów postępowania wcześniejszych niż wybór oferty najkorzystniejszej jak np. ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - czy w niniejszym przypadku : zawarcie umowy ramowej - wykonawcy posiadają interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej, gdyż można ustalić ich potencjalną szkodę w dopuszczeniu do składania ofert konkurujących z nimi wykonawców , którzy powinni być z postępowania wykluczeni lub w inny sposób nie dopuszczeni do składania tych ofert (jak np. poprzez zawarcie umowy ramowej)" tak: wyrok KIO 1946/12 .
Odwołujący wnosi odwołanie od zaniechania przez zamawiającego czynności, do której był zobowiązany, a to :

- odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o dopuszczenie ich do zawarcia umowy ramowej - konsorcjum BOWIM S.A. z siedzibą 41-200 Sosnowiec , ul. Niwecka 1e oraz PASSAT-STAL S.A., z siedzibą w Białej , dalej zwanych Wspólnymi wykonawcami.
Odwołujący zarzuca zamawiającemu prawa to jest:
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp - przez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z wymogami zamawiającego, opisanymi w SIWZ,
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z powodu naruszenia przepisu powołanego w tiret 1. ,
Wnosi o nakazanie Zamawiającemu
1. Unieważnienie czynności wyboru ofert.
2. dokonania powtórnej oceny ofert.
3. Odrzucenie oferty Wspólnych wykonawców z postępowania o zawarcie umowy ramowej , jako nieodpowiadającej treści SIWZ , a to poprzez niespełnienie wymogu ponad 50% udziału w oferowanych dostawach towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców .
Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.
W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający opisał między innymi „Wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia i zakres dokumentów na potwierdzenie podstawowych wymogów" (cz. 4 na str. 6 SIWZ), w tym - na str. 7 SIWZ cz. 4.1.14- następujący wymóg : cyt. „ złożyć ofertę na daną część zamówienia w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców przekracza 50%" .
Wymóg ten zgodnie z wolą zamawiającego ma dotyczyć wszystkich części zamówienia.
Ponadto zamawiający poinformował w SIWZ potencjalnych wykonawców, że niespełnienie wymogu, o którym mowa wyżej skutkować będzie obligatoryjnym odrzuceniem oferty.
Zamawiający wyartykułował swoje zobowiązanie w tym zakresie następującym zapisem w części 14.12 na stronie 21 specyfikacji „Zamawiający odrzuci również ofertę , w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców nie przekracza 50%" . Istotnym jest w tym miejscu podkreślenie , że zgodnie z art. 138 c ust. 1 pkt. 4 w przytoczonych wyżej okolicznościach (niezachowania wymogu wspólnotowego pochodzenia oferowanych w dostawach towarów) zamawiający może odrzucić ofertę jeżeli przewidział to w SIWZ. W postępowaniu , którego dotyczy to odwołanie zamawiający nie tylko przewidział możliwość odrzucenia oferty na podstawie cytowanego wyżej art. 138 ust. 1

---

pkt. 4 , ale „podniósł wydatnie rangę" wymogu pochodzenia towarów, sankcjonując jego niezachowanie obligatoryjnym odrzuceniem oferty .
W odpowiedzi na ogłoszenie i na podstawie SIWZ ofertę w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej złożyło - między innymi - konsorcjum wykonawców : BOWIM S.A. z siedzibą 41-200 Sosnowiec , ul. Niwecka 1e oraz PASSAT-STAL S.A., z siedzibą 09-411 Biała. Wśród dokumentów oferty (sygnowanej przez lidera konsorcjum - BOWIM S.A.) znalazły się między innymi oświadczenia o procentowym udziale towarów pochodzących a państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy

o równym traktowaniu przedsiębiorców - stanowiące załącznik nr 9 do formularza ofertowego) . Oferent BOWIM S.A. (w imieniu konsorcjum) złożył ofertę na pięć części przedmiotu zamówienia i tyleż oświadczeń „o pochodzeniu" oferowanych towarów.
Z oświadczeń tych wynikało jednak, iż w oferowanych przez wspólnych wykonawców towarach udział towarów pochodzących z państw członkowskich UE lub państw , z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców nie przekracza 50% .„ Warto w tym miejscu podnieść, że załącznik nr 9 do formularza ofertowego został przez składającego ofertę przeredagowany względem wzoru zawartego w SIWZ, a zatem nie może być tutaj mowy o pomyłce polegającej na niewłaściwym wyborze opcji zaproponowanej przez zamawiającego we wzorze oświadczenia Do dnia upływu terminu składania ofert (7.10.2014 r.) wspólni wykonawcy nie złożyli dokumentów stanowiących zmianę oferty, trzeba zatem przyjąć, że na dzień składania ofert nie spełnili oni wymogu materialnego udziału w postępowaniu, skutkiem czego ich oferta winna być przez zamawiającego odrzucona.
Dnia 14 października 2014 r., a więc 7 dni po upływie terminu składania ofert, Lider konsorcjum wykonawców BOWIM S.A. oraz PASSAT-STAL S.A., wniósł do zamawiającego pismo wskazujące na fakt złożenia w ofercie nieodpowiadających treści SIWZ oświadczeń w sprawie tzw. wspólnotowego pochodzenia towarów oferowanych w dostawach . BOWIM S.A. powołała się w swoim wystąpieniu na zasady wykładni celowościowej i - w sposób dorozumiany - logicznej, twierdząc, że cyt. : „Składanie oświadczenie , iż towary nie spełniają wymogu pochodzenia , przy jednoczesnym złożeniu oferty ich dostawy mijałoby się zresztą zupełnie z celem „ i dalej „ Niestety , na skutek oczywistej pomyłki , błędnie skorzystano z opatrzonej znakiem „*"opcji wyboru i z podpisanych formularzy wg. wzoru z załącznika nr 9 do SIWZ, wynikać się zdaje coś zupełnie sprzecznego z treścią naszej oferty i naszą wolą tzn. że oferowane towary nie spełniają opisanego w art. 138 c ust. 1 pkt. 4 PZP wymogu pochodzenia" .

Do powołanego wyżej pisma BOWIM S.A. dołączyła prawidłowe - jej zdaniem - oświadczenia o tzw. wspólnotowym pochodzeniu towaru (zał. nr 9 do formularza oferty), datowane na dzień 14 października 2014 r., a więc 7 dni po upływie terminu składania ofert.
Nie sposób w tym miejscu odnieść się do kwestii opisanych w powyższym akapicie uzasadnienia , a związanych z wystąpieniem BOWIM S.A. do zamawiającego i stwierdzić, że
- po pierwsze : Lider konsorcjum mija się z prawdą twierdząc jakoby na skutek oczywistej pomyłki błędnie skorzystano z oznaczonej gwiazdką opcji formularza stanowiącego załącznik nr 9 do formularza ofertowego (oświadczenie o pochodzeniu towarów), albowiem składający w imieniu konsorcjum ofertę przeredagował formularz względem wzoru zawartego w SIWZ i „pozbawił" ów formularz opcji przekracza / nie przekracza * . Fakt ten świadczy o świadomym działaniu wykonawcy , który wpisał do oświadczenia zwrot „nie przekracza" , a nie błędnie wybrał opcję - jak to sugeruje .
- po drugie : Pismo BOWIM S.A. z dnia 14.10.2014 r. wniesione do zamawiającego w przedmiocie jakoby sprostowania oczywistej pomyłki w oświadczeniach o pochodzeniu oferowanych towarów nie ma żadnego waloru, który można by wskazać jako podstawę walidacji oferty wspólnych wykonawców. Jakkolwiek można by przyjąć , że wykonawca może z własnej inicjatywy składać do zamawiającego wnioski w postępowaniu - choć przeważająca część orzecznictwa i doktryny prezentuje diametralnie odwrotne stanowisko - to z całą pewnością nie może żaden wykonawca, tu wspólni wykonawcy, zmieniać, ani poprawiać oferty po upływie terminu otwarcia ofert. Takie działanie wykonawcy, a tym bardziej akceptacja tego działania przez zamawiającego stanowiły by bowiem naruszenie - wprost - norm prawa materialnego zapisanych w art. 84 ust. 1 i 87 ust. 1 ustawy pzp.
- po trzecie : Pismo BOWIM S.A. z dnia 14.10.2014 r. można by - w określonych uwarunkowaniach - traktować jako zmianę oferty gdyby zostało ono złożone przed terminem otwarcia ofert, a nie w siedem dni po tym terminie .
- po czwarte : Jeśliby nawet zamawiający - przy bardzo dużej dozie dobrej woli i lekceważącym stosunku do przepisów prawa powołanych wyżej w tiret 1 oraz do naczelnej zasady udzielania zamówień publicznych, jaką jest zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów - chciał przyjąć oświadczenie BOWIM S.A. z dnia 14.10.2014 r. i dołączone do niego oświadczenia o pochodzeniu, to w dalszym ciągu oświadczenie to nie jest zgodne z treścią SIWZ, albowiem nie potwierdza spełnienia wymogu

stawianego przez zamawiającego na dzień upływu terminu składania ofert, tylko na 7 dni później.
Można by zatem przyjąć domniemanie, że wspólni wykonawcy mieli o 7 dni dłuższy termin - niż inni oferenci w tym postępowaniu - na znalezienie dla siebie dostawcy towarów ze wspólnotowym pochodzeniem (bo sami ich nie wytwarzają), a następnie spełnili wymóg

zamawiającego już po otwarciu ofert (a zatem znając ceny ofert konkurencyjnych), zaś zamawiający postępowanie takie zaakceptował dopuszczając wykonawców do zawarcia umowy.
Gdyby powyższe wnioskowanie miało okazać się prawdziwe to zdaniem wnoszącego odwołanie - doszłoby do rażącego naruszenia i obrazy przez zamawiającego prawa materialnego, w zakresie , do którego stosowania zamawiający jest z mocy ustawy powołany i zobowiązany.
Reasumując odwołujący stwierdził, że niezrozumiałym jest, dlaczego zamawiający w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej dopuścił się tak rażącego zaniechania , polegającego na dopuszczeniu do zawarcia umowy ramowej wykonawców (wspólnych) , których oferta winna być odrzucona, a oni sami z postępowania wykluczeni. Jedynym wytłumaczeniem jest dla odwołującego się intencja zamawiającego - dopuszczenia do zawarcia umowy ramowej maksymalnej ilości wykonawców w celu zwiększenia konkurencji przy składaniu ofert na zawarcie umów realizacyjnych w ramach umowy ramowej. Jeżeli taka była faktycznie intencja zamawiającego, to przez zaniechanie stanowiące przedmiot tego odwołania zamierza on (zamawiający) osiągnąć skutek zupełnie odwrotny. Dopuszcza bowiem do zawarcia umowy ramowej wykonawców, którym stworzył dalece lepsze warunki złożenia oferty „dając" niejako dodatkowe 7 dni na znalezienie dostawcy towarów spełniających wymóg wspólnotowego pochodzenia.
Postępowanie zamawiającego jest w omawianym postępowaniu przejawem nierównego traktowania podmiotów i bez znaczenia pozostaje tutaj fakt, że odwołujący i tak będzie musiał konkurować o pozyskanie zamówień z pozostałymi partnerami zamawiającego w umowach ramowych, albowiem jednym z tych partnerów ma być konsorcjum wykonawców , którym - poprzez zaniechanie odrzucenia ich wadliwej oferty - zamawiający stworzył korzystniejsze warunki dla pozyskania zamówień , aniżeli wszystkim pozostały oferentom.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że odwołujący popełnił błąd odnoszący się do sformułowania zarzutów opierając je na przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w sytuacji, gdy ewentualne naruszenie zagrożone jest odrzuceniem oferty na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy pzp stanowiący odrębną przesłankę od wskazanej w art. 89 ustawy.
W zakresie argumentacji merytorycznej zamawiający zauważył, że stan faktyczny sprawy jest bezsporny tj. wymóg, aby wykonawca oferując przedmiot zamówienia złożył ofertę na daną część zamówienia, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców przekracza 50% (pkt 4.1.14 siwz). Na potwierdzenie ww.

okoliczności wykonawca miał złożyć oświadczenie (osobno dla każdej części zamówienia, o którą się ubiega) o procentowym udziale towarów w oferowanej dostawie pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców (pkt 4.2.14 siwz).
Jednocześnie stosownie do art. 138c ust. 1 pkt 4 przewidziano w siwz odrzucenie ofert, w których udział towarów w pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców nie przekracza 50% (pkt 14.12 siwz).

się ubiegał złożył Wykonawca BOWIM dla

czterech części zamówienia, o które
oświadczenie na wzorze wskazanym w siwz, że udział towarów pochodzenia jw. w oferowanych dostawach nie przekracza 50%.
Dnia 14 października 2014 r. tj, po terminie otwarcia ofert złożył pismo z wyjaśnieniami oraz oświadczeniami dla każdej części, w której złożył ofertę.

Zamawiający stwierdził, że przedmiotowy dokument – oświadczenie, jest dokumentem o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, a nie elementem oferty w rozumieniu art. 84 ust. 1 ustawy pzp. Zauważył, że wymagania odnośnie treści oświadczenia opisano w pkt 4 siwz pn. Wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia i zakres dokumentów na potwierdzenie spełniania postawionych wymogów (4.1.14 i 4.2.14 siwz). Tym samym, wobec faktu, że oświadczenie zostało uwzględnione w siwz w oparciu o art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, a zatem dotyczy bezpośrednio wykazania spełniania wymagań z siwz, istnieje możliwość jego uzupełnienia w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Wskazał w oparciu o orzecznictwo, że jest to tzw. dokument przedmiotowy podlegający uzupełnieniu. Zamawiający stwierdził, że wykonawca uprzedzając zamiar zamawiającego wezwania BOWIM do uzupełnienia złożonych oświadczeń, samodzielnie przedłożył pismo z 14.10.2014 r., w którym oświadczył, że 7.10.2014 r. złożył ofertę i uczynił to poświadczając zarazem, że towary, które oferuje spełniają wymogi siwz, w szczególności w zakresie pochodzenia. Zamawiający przyjął złożone oświadczenie jako prawidłowe i nie znalazł w takim stanie rzeczy podstaw do ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu. Wskazał, że dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie wymagań co do przedmiotu zamówienia, uzupełniane przez wykonawcę mają potwierdzać dane okoliczności na dzień składania ofert, przy czym nie jest istotny dzień wystawienia dokumentu. Bezspornie wykonawca potwierdził stan faktyczny istniejący w dacie nie późniejszej, niż dzień upływu terminu składania ofert i bez znaczenia jest data wystawienia. Zamawiający uznał za dopuszczalne samodzielne złożenie przez wykonawcę wymaganych dokumentów i jednocześnie bezprzedmiotowość wzywania w sprawie dokumentów, które już posiada.

Zamawiający nie potraktował złożonych błędnie oświadczeń jako zawierających oczywistą omyłkę i dlatego argumentację w tym zakresie uznał za bezprzedmiotową.
Przypomniał, że postępowanie prowadzone jest w celu zawarcia umowy ramowej, która zachowując konkurencję umożliwi skrócenie czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zamówienia wykonawczego) na przedmiot zamówienia. Wskazał na walor ekonomiczny oraz konkurencyjności w razie uznania oferty przystępującego za niepodlegającą odrzuceniu. Zadeklarował, że prowadził postępowanie rzetelnie i z poszanowaniem prawa.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał w pełni wyjaśnienie z dnia 14 października 2014 r. Wskazał na powoływane wcześniej postanowienia siwz oraz fakt, że w formularzu ofertowym w pkt 9 oświadczył, że zapoznał się siwz i przyjmuje ją bez zastrzeżeń, co może wskazywać na brak konieczności składania odrębnych oświadczeń o spełnieniu wymogu z pkt 4.1.14 siwz. Stwierdził, że na skutek oczywistej omyłki, błędnie skorzystał z opcji wyboru na formularzu załącznika nr 9, z czego wynikać się zdawało coś zupełnie sprzecznego z treścią jego oferty i wolą tzn. że oferowane towary nie spełniają wymogu pochodzenia. Pomyłkę uzasadnił wcześniejszą praktyką w zakresie takich oświadczeń, w których formularzach chodziło o potwierdzenie, że udział towarów spoza UE itd. nie przekracza 50%. Także przepis używa negacji przekroczenia 50% wskaźnika udziału.

W toku rozprawy strony i uczestnik podtrzymali stanowiska.
Odwołujący stwierdził, że stan faktyczny sprawy jest bezsporny. Odnosząc się do stanowiska zamawiającego przedstawionego w złożonym piśmie zanegował zawarte tam stwierdzenie, że przystępujący złożył jako uzupełnione oświadczenie o stanie faktycznym na dzień nie późniejszy niż termin składania ofert. Podkreślił, że przystępujący miał korzystniejszą lecz nieuprawnioną pozycję w stosunku do konkurentów i po zapoznaniu się z treścią otwartych ofert z własnej inicjatywy dokonał uzupełnienia dokumentów w tych częściach. Na poparcie stanowiska wskazał na orzeczenia KIO 2313/11, KD/82/10. Zauważył, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż wykonawca popełnił w dokumencie złożonym wraz z ofertą oczywistą omyłkę, skoro złożył jednoznaczne oświadczenie na zmodyfikowanym przez siebie formularzu stanowiącym zał. nr 9 do SIWZ. Zauważył także, że w pkt 9 formularza ofertowego zawarto jedynie oświadczenie o akceptacji SIWZ, w tym także treści oświadczenia z opcją wyboru, którego miał dokonać każdy wykonawca. Stwierdził, że wobec złożenia z ofertą konkretnego dokumentu brak jest podstaw do zastosowania art. 26 ust. 3

Pzp. Zauważył, że ofertą nie jest jedynie formularz ofertowy, lecz także załączniki w nim

wymienione, a w szczególności oświadczenia, których treść jest przedmiotem sporu. Ponownie podkreślił, ze z treści dokumentów uzupełnionych nie wynika, iż potwierdzają one postawione warunki nie później niż na dzień składania ofert. Zauważył, że zamawiający podkreślał okoliczność takiego terminu w wezwaniu skierowanym do innego wykonawcy uczestniczącego w tym postępowaniu.
Zamawiający wskazał na wadę prawna zarzutu odwołującego. Przypomniała, ze sporny dokument jest dokumentem o charakterze przedmiotowym wymaganym na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, a w konsekwencji jest dokumentem „uzupełnialnym" na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Przypomniał, ze wykonawca z własnej inicjatywy uzupełnił dokumenty, co nie jest zabronione przepisami prawa, a dopuszczone w orzecznictwie. Stwierdził, że w tym stanie faktycznym późniejsze uzupełnienie dokumentów nie prowadziło do uprzywilejowania wykonawcy i zauważył przy tym, że niniejsze postępowanie nie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego lecz w celu zawarcia umowy ramowej, co oznacza, że dopiero w ofertach wykonawczych oferenci będą konkurować ceną i konkretyzować przedmiot świadczenia, wskazywać producenta, itd. Podkreślił dopuszczalność uzupełniania elementów oferty nie stanowiących wprost jej treści, co w istocie oznacza dokonywanie czynności na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.
Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego oraz własne przedstawione w przystąpieniu. Zauważył, że istotą oświadczenia woli był wypełniony formularz oferty z treścią, w której deklaruje się zgodność oferty z wymaganiami SIWZ. Stwierdził, że oświadczenie na formularzu stanowiącym zał. nr 9 z opcją wyboru (przekracza/nieprzekracza) byłoby uzasadnione, o ile odnosiłoby się do przepisu art. 138c ust. 2 Pzp. Twierdzenie, iż wykonawca świadomie złożył oświadczenie, którego skutkiem jest automatyczne odrzucenie oferty jest bezsensowne i nieracjonalne. W tych okolicznościach uzasadnione jest stwierdzenie o możliwości uzupełnienia dokumentu zawierającego błąd na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp lub jak w niniejszej sprawie z inicjatywy własnej wykonawcy.
Po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, a także postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty i wyjaśnień złożonych przez przystępującego, Izba zważyła, co następuje.
Rozpoznając odwołanie merytorycznie Izba uznała, że podlega ono oddaleniu.
Skład orzekający stwierdza, że istotnie podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jest sformułowany wadliwie. W rzeczywistości w niniejszym postępowaniu sektorowym w okolicznościach faktycznych sprawy ewentualne zastosowanie

miałby art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy pzp stanowiący odrębną przesłankę odrzucenia oferty. Powyższe ustalenie nie stanowi jednak przeszkody do merytorycznego rozpoznania, bowiem odwołujący przedstawił zarzuty, oraz wskazał okoliczności uzasadniające wniesienie odwołania (art. 180 ust. 3 ustawy pzp). Pomocniczo Izba kieruje się przy tym zasadą „da mihi facta dabo tibi ius).
Istotnie stan faktyczny sprawy jest bezsporny tj. zapisany wymóg specyfikacji, aby wykonawca oferując przedmiot zamówienia złożył ofertę na daną część zamówienia, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców przekracza 50% (pkt 4.1.14 siwz). Na potwierdzenie ww. okoliczności wykonawca miał złożyć oświadczenie/oświadczenia (osobno dla każdej części zamówienia) o procentowym udziale towarów w oferowanej dostawie pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców (pkt 4.2.14 siwz).
Stosownie do art. 138c ust. 1 pkt 4 przewidziano w siwz odrzucenie ofert, w których udział towarów w pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców nie przekracza 50% (pkt 14.12 siwz).
Wykonawca BOWIM (tu przystępujący) dla czterech części zamówienia, o które się ubiegał złożył oświadczenie na wzorze wskazanym w siwz, że udział towarów pochodzenia jw. w

oferowanych dostawach nie przekracza 50%.
Dnia 14 października 2014 r. tj. po terminie otwarcia ofert złożył pismo z wyjaśnieniami oraz oświadczeniami dla każdej części, w której złożył ofertę, tym razem o udziale towarów pochodzenia jw. w oferowanych dostawach przekraczającym 50%.
Zamawiający stwierdził, że przedmiotowy dokument – oświadczenie, jest dokumentem o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, a nie elementem oferty w rozumieniu art. 84 ust. 1 ustawy pzp. Zauważył, że wymagania odnośnie treści oświadczenia opisano w pkt 4 siwz pn. Wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia i zakres dokumentów na potwierdzenie spełniania postawionych wymogów (4.1.14 i 4.2.14 siwz). Tym samym, wobec faktu, że oświadczenie zostało uwzględnione w siwz w oparciu o art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, a zatem dotyczy bezpośrednio wykazania spełniania wymagań z siwz, istnieje możliwość jego uzupełnienia w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Wskazał w oparciu o orzecznictwo, że jest to tzw. dokument przedmiotowy podlegający uzupełnieniu.
Zamawiający stwierdził, że wykonawca uprzedzając zamiar zamawiającego wezwania BOWIM do uzupełnienia złożonych oświadczeń, samodzielnie przedłożył pismo z 14.10.2014 r., w którym oświadczył, że 7.10.2014 r. złożył ofertę i uczynił to poświadczając zarazem, że

towary, które oferuje spełniają wymogi siwz, w szczególności w zakresie pochodzenia.
Zamawiający przyjął złożone oświadczenie jako prawidłowe i nie znalazł w takim stanie rzeczy podstaw do ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu. Wskazał, że dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie wymagań co do przedmiotu zamówienia, uzupełniane przez wykonawcę mają potwierdzać dane okoliczności na dzień składania ofert, przy czym nie jest istotny dzień wystawienia dokumentu. Bezspornie wykonawca potwierdził stan faktyczny istniejący w dacie nie późniejszej, niż dzień upływu terminu składania ofert i bez znaczenia jest data wystawienia. Zamawiający uznał za dopuszczalne samodzielne złożenie przez wykonawcę wymaganych dokumentów i jednocześnie bezprzedmiotowość wzywania w sprawie dokumentów, które już posiada.
Zamawiający nie potraktował złożonych błędnie oświadczeń jako zawierających oczywistą omyłkę i dlatego argumentację w tym zakresie uznał za bezprzedmiotową.
Przypomniał, że postępowanie prowadzone jest w celu zawarcia umowy ramowej, która zachowując konkurencję umożliwi skrócenie czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zamówienia wykonawczego) na przedmiot zamówienia. Wskazał na walor ekonomiczny oraz konkurencyjności w razie uznania oferty przystępującego za niepodlegającą odrzuceniu. Zadeklarował, że prowadził postępowanie rzetelnie i z poszanowaniem prawa.

W konsekwencji zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w petitum i uzasadnieniu odwołania nie znalazł potwierdzenia w toku postępowania odwoławczego.

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:

……