

WYROK
z dnia 22 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 lipca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 lipca 2015 r.** przez wykonawcę **MEDIA HOTEL Sp. z o. o., ul. Kombatantów 34 lok. 710, 66-400 Gorzów Wielkopolski**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Uzdrowisko Kołobrzeg S.A., ul. ks. Piotra Ściegiennego 1, 78-100 Kołobrzeg**,
orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **MEDIA HOTEL Sp. z o. o., ul. Kombatantów 34 lok. 710, 66-400 Gorzów Wielkopolski**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego **MEDIA HOTEL Sp. z o. o., ul. Kombatantów 34 lok. 710, 66-400 Gorzów Wielkopolski** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego **MEDIA HOTEL Sp. z o. o., ul. Kombatantów 34 lok. 710, 66-400 Gorzów Wielkopolski** na rzecz zamawiającego **Uzdrowisko Kołobrzeg S.A., ul. ks. Piotra Ściegiennego 1, 78-100 Kołobrzeg** kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 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 **Koszalinie**.

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej progów wymienionych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych (poz. 148232 z 18.06.2015 r., na „na wykonanie systemu do odbioru programów telewizyjnych wraz z dostawą telewizorów LCD 32” w ilości 390 sztuk oraz LCD 40” w ilości 10 sztuk do obiektów Uzdrowisko Kołobrzeg S.A.”, w dniu 13 lipca 2015 r. zostało wniesione pisemne odwołanie przez wykonawcę **MEDIA HOTEL Sp. z o. o.**, z siedzibą w Gorzowie Wlkp., w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia przez zamawiającego drogą elektroniczną w dniu 7 lipca 2015 r. o wynikach przetargu, w tym o wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania, jako wniesionego z uchybieniem terminu. Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp z podawanej przez zamawiającego przyczyny. Termin na wniesienie odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp został przez odwołującego dochowany. Do liczenia terminów w postępowaniu odwoławczym zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego, w tym art. 111 § 2 K.c. stanowiący, że jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło, wobec czego termin na wniesienie środka ochrony prawnej w postaci odwołania - jest liczony od dnia następnego od powiadomienia wykonawcy, w tym przypadku drogą elektroniczną - o czynności

zamawiającego będącej podstawą wniesienia odwołania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 13 lipca 2015 r. zgłoszenia do postępowania odwoławczego nie złożył żaden wykonawca.

Odwołanie zostało wniesione wobec następujących czynności zamawiającego:

1. wykluczenia odwołującego z niniejszego postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą,
2. wyboru jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w niniejszym postępowaniu - oferty wykonawcy BETASI M. G. z siedzibą w Nowym Sączu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Uzdrowisku Kołobrzeg S.A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień zarzucił naruszenie ustawy z

2

dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), dalej ustawy Pzp, tj.:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez przyjęcie, że odwołujący, składając w niewłaściwej formie oświadczenie o spełnieniu warunków P.POŻ, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy zgodnie z SIWZ odwołujący nie był zobowiązany do złożenia takiego oświadczenia wraz z ofertą, a zgodność oferowanych urządzeń z wymogami P.POŻ wynikała z dokumentów załączonych do oferty (specyfikacja techniczna oferowanych urządzeń), a co za tym idzie skierowane do niego wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp było bezzasadne,
2. art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tj. Dz.U. z 2015 poz. 128, zwanej dalej: „PrBank”) zw. z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 poz. 231, zwanego dalej: „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”), poprzez błędne uznanie, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący był zobowiązany do przedłożenia elektronicznego potwierdzenia przelewu podpisanego przez upoważnionego przedstawiciela wykonawcy podczas, gdy przedłożony dokument przez odwołującego dla zachowania formy pisemnej - co wynika wprost z samej jego treści - nie wymagał podpisu ani stempla. Stanowi on oświadczenie woli banku związane z dokonywaniem czynności bankowych i spełniał wymagania formy pisemnej (oryginału). Dlatego też odwołujący uznawał, że przedkładając elektroniczne potwierdzenie przelewu spełnił postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VII, pkt. 5 SIWZ,
3. art. 91 Pzp poprzez niezasadne zaniechanie wyboru oferty odwołującego, pomimo że oferta ta powinna być uznana za najkorzystniejszą,
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez wykluczenie odwołującego z uwagi na brak złożenia przez niego dokumentów, których zamawiający nie żądał w SIWZ oraz w formach, które nie są wymagane przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa, i których brak zachowania nie mógł skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w niniejszym postępowaniu oferty złożonej przez BETASI M. G., podczas gdy odwołujący wykazał spełnienie warunków w postępowaniu, a jego oferta była najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,

3

5. art. 24 ust. 2 pkt 2) w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3) Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności oraz bez przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności,
6. art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą w sytuacji, gdy brak było przesłanek do wykluczenia odwołującego z postępowania,
7. art. 87 ust. 1 Pzp, art. 14 Pzp w zw. z art. 56 oraz art. 65 § 1i § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny („K.c.”) poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny całości oferty, a w konsekwencji przyjęcie, że dokumenty przedstawione przez

odwołującego nie są rzetelne oraz bezzasadne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W oparciu o powyższe zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania, nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 4) wykluczenia wykonawcy BETASI M. G. z postępowania,
- 5) dokonania ponownej oceny i badania oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 6) wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,
- 7) obciążenie kosztami postępowania zamawiającego na rzecz odwołującego, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przypisanych ponadto, odwołujący wnosił o zabezpieczenie niniejszego odwołania poprzez zakazanie zamawiającemu zawarcia umowy z wykonawcą BETASI M. G., do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia w przedmiocie niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na swój interes w uzyskaniu zamówienia oraz, że działania zamawiającego naruszają wskazane przepisy ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, iż spełnił warunki udziału w niniejszym postępowaniu. Jego oferta natomiast została sporządzona zgodnie z przepisami Pzp i zapisami SIWZ i jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Na tej zasadzie niezgodne z prawem wykluczenie odwołującego z niniejszego postępowania przez zamawiającego pozbawia odwołującego realnych i możliwych do oszacowania korzyści finansowych wynikających z wyboru jego

4

oferty jako najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu przetargowym i realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zarzut I.

Pismem z dnia 7 lipca 2015r. zamawiający poinformował odwołującego m.in. o wykluczeniu i uznaniu jego oferty za odrzuconą oraz o wyborze jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w niniejszym postępowaniu oferty wykonawcy BETASI M. G. . W uzasadnieniu swojego stanowiska zamawiający wskazywał, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w przetargu. Treść jego oferty jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz z przepisami prawa. Odnośnie oferty odwołującego wskazywał natomiast, że: Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pomimo wezwania do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący przyznał, że na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wezwał go do uzupełnienia brakujących dokumentów, potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, tj. wymaganych w rozdziale VII, pkt. 5 SIWZ „Opłaconej polisy, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 100.000,00 zł” - wykonawca do oferty dołączył samą polisę bez potwierdzenia wpłaty, tak więc wymóg opłaconej polisy nie został spełniony oraz w opisie przedmiotu zamówienia załącznik nr 1, w pkt. II w opisie telewizorów był wymóg aby do oferty dołączyć oświadczenie o spełnieniu warunków P.POŻ. - wykonawca nie dołączył do oferty wymaganego oświadczenia. Zamawiający utrzymywał, że odwołujący w wyznaczonym terminie uzupełnienia oferty, tj. 03.07.2015r. przedstawił dokumenty nie spełniające wymogów zamawiającego, tj. dokument o spełnieniu warunków P.POŻ. przez oferowane telewizory wystawiony był z datą późniejszą niż termin składania oferty i był nie podpisany przez wykonawcę, potwierdzenie zapłaty za polisę OC było nie podpisane przez wykonawcę. Zgodnie z SIWZ, zapis w rozdziale X pkt. 3, wszystkie składniki oferty wraz z załącznikami (również te dosyłane w ramach uzupełnienia) muszą być podpisane przez upoważnionego przedstawiciela wykonawcy.

Odwołujący nie zgodził się z ww. stanowiskiem zamawiającego. Stwierdził, że zamawiający nie wymagał złożenia przez wykonawców wraz z ofertą oświadczenia o spełnieniu warunków P.POŻ. Zamawiający w pkt. VII SIWZ - DOKUMENTY WYMAGANE W OFERCIE - określił dokumenty, jakie wykonawcy w niniejszym postępowaniu byli

zobowiązani przedłożyć m.in. na okoliczność nie podlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 Pzp. Wśród wymienionych tam dokumentów brak jest „oświadczenia o spełnieniu warunków P.POŻ.” Zamawiający zatem nie wymagał, aby wykonawcy złożyli wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków P.POŻ. Obowiązek taki nie został także

5

postawiony - wbrew twierdzeniu zamawiającego - w opisie przedmiotu zamówienia załącznik nr 1, w pkt. II w opisie telewizorów. Wskazano tam bowiem, jedynie wymagania dla telewizorów. Wśród nich wymienione zostało „oświadczenie o spełnieniu warunków P.POŻ”. Niemniej jednak, z treści zawartego tam zapisu nie wynika, że oświadczenie to stanowi dokument, który wykonawcy powinni przedłożyć wraz z ofertą. Przyjmując przeciwny sposób rozumienia tego zapisu do oferty należałoby dołączyć telewizory hotelowe LED 32” - 390 szt., anteny satelitarne typu offset, konwertery satelitarne typu Quatro itd. Zamawiający żądał w niniejszym postępowaniu próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone - w postaci Specyfikacji technicznych oferowanych urządzeń oraz telewizorów, wraz z wizualizacją (pkt VII ppkt 4) - według odwołującego - nie określono w żadnym miejscu SIWZ, że ich element stanowić powinno ww. oświadczenie. Wobec powyższego, odwołujący przekonywał, że wezwanie go do przedłożenia oświadczenia o spełnieniu warunków P.POŻ wraz z ofertą było nieuzasadnione, a co za tym idzie, ewentualny brak przedłożenia tego dokumentu przez odwołującego w niniejszym postępowaniu - który co wykazywał - nie miał miejsca - nie mógł stanowić podstawy dla wykluczenia go z postępowania.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp „W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) 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.

Odwołujący powoływał się na orzecznictwo, że powyższy przepis oraz wynikający z art. 7 Pzp nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakładają na zamawiającego obowiązek precyzyjnego określenia dokumentów, które wykonawcy są obowiązani złożyć dla wykazania spełnienia warunków udziału, jak i precyzyjnego określenia samych warunków. Wskazane wymagania wiążą zamawiającego, co w praktyce oznacza, że zamawiający może w toku postępowania żądać jedynie dokumentów przez siebie wskazanych i mających na celu wykazanie, jedynie opisanych warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może żądać od wykonawców dokumentów innych niż wynikające z wykazu dokumentów wskazanych w SIWZ - ta zasada odnosi się do każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, (tak wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 25.04.2008r., sygn. akt X Ga 59/08).

6

W świetle powyższego, zgodnie ze „wskazaniem art. 25 ust. 1 Pzp zamawiający nie może żądać od wykonawców oświadczeń i dokumentów, które nie zostały jednoznacznie wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie jest uprawniony do zmiany wymagań w zakresie dokumentów na etapie badania i oceny ofert.” (tak wyrok KIO z dnia 20.04.2012r., sygn. akt KIO 689/12, także wyrok KIO z dnia 29.10.2009 r., KIO/UZP 1459/09).

Odwołujący podsumował, że zamawiający nie był w niniejszym postępowaniu uprawniony do żądania od wykonawców do złożenia wraz z ofertą „oświadczenia o spełnieniu warunków P.POŻ”. Takie żądanie byłoby uzasadnione tylko wówczas, gdyby zostało wyraźnie sformułowane w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie jest uprawniony - do jego domniemywania. Stoi temu na przeszkodzie nie tylko wyraźne brzmienie art. 25 ust. 1 i art. 7 Pzp, ale zasada wypracowana przez orzecznictwo, z której wynika, iż wszelkiego rodzaju wątpliwości interpretacyjne należy rozstrzygać na korzyść wykonawców ubiegających się o zamówienie - w szczególności gdy pojawiają się one po terminie składania ofert i nie jest już możliwe doprecyzowanie lub

wyjaśnienie treści postanowień SIWZ (tak wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2853/13). Podobne stanowisko wyraziła Izba w wyroku KIO z dnia 21 października 2013r., sygn. akt KIO 2384/13, gdzie wskazywała, że „Dookreślenie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków na etapie oceny ofert, narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem swobodna interpretacja regulacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ dokonywana przez zamawiającego, nieznana wykonawcom na etapie przygotowywania ofert oraz dokonywanie oceny spełnienia warunków w oparciu o tą interpretację uniemożliwia wykonawcom złożenie ofert zawierających odpowiednie dokumenty. Takie działanie zamawiającego narusza również niewyartykułowaną wprost, lecz wynikającą z ustawy i dającą się skonkretyzować na podstawie jej zapisów, zasadę prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy (udzielenia zamówienia).”

Powyższe doprowadziło odwołującego do wniosku, że podstawa do żądania przez zamawiającego ww. oświadczenia, nie może być wywodzona z faktu, iż zamawiający zażądał od wykonawców, aby załączyli do oferty „Specyfikację techniczną oferowanych urządzeń oraz telewizorów wraz z wizualizacją (pkt VII ppkt 4)”. Zamawiający nie określił bowiem w żadnym miejscu SIWZ, że ich element stanowić powinno ww. oświadczenie. Okoliczności takiej - co wykazywał wyżej - nie można antycypować.

Mając powyższe na uwadze, dokonane wykluczenie - z uwagi na brak przedłożenia ww. oświadczenia, jako nie mające podstawy prawnej zdaniem odwołującego - nie mogło za sobą pociągać takiego rygoru, lub odrzucenia oferty.

7

Odwołujący rozważał, że nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że wykonawca był zobowiązany do złożenia omawianego oświadczenia, to jego wykluczenie nie byłoby uzasadnione. Przypomniał, że wraz z ofertą przedłożył zamawiającemu podpisane przez siebie materiały poglądowe producenta telewizorów, z których również wynika, iż telewizory spełniają normy w zakresie niepalności - w części Dane techniczne znajduje się zapis „Bezpieczeństwo: Podwójna izolacja, klasa II, Niepalny”. Dodatkowo uzasadniał, że bez znaczenia dla okoliczności niniejszej sprawy pozostaje fakt, że dokument o spełnieniu warunków P.POŻ. przez oferowane telewizory, który został złożony przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, a który potwierdzał jedynie wcześniej wykazany fakt, był z datą późniejszą niż termin składania ofert.

Odwołujący uznał, że istnieje ugruntowana linia orzecznicza, iż nie jest istotna data wystawienia dokumentu, ale to czy wynika z niego, iż warunki wymagane przez zamawiającego były spełnione na dzień składania ofert. *„Przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. nie określa terminu wystawienia dokumentu, co pozwala przyjąć, że wykonawca może przedłożyć dokument wystawiony zarówno przed dniem, w którym upłynął termin składania ofert, jak i dokument wystawiony po tym dniu, wszakże pod warunkiem, aby wynikało z niego, że nie później niż w dniu otwarcia ofert zaoferowane przez wykonawcę urządzenia (dostawy) spełniały określone przez zamawiającego wymagania (art. 25 ust. 1 p.z.p.).”* (tak wyrok KIO z dnia 06.08.2013r., sygn. akt KIO 1793/13).

Zarzut II.

Odwołujący wyjaśniał, że przedkładając na wezwanie zamawiającego - bankowe potwierdzenie zapłaty składki od polisy OC potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Bankowe potwierdzenie zapłaty polisy OC nie wymagało podpisania przez upoważnionego przedstawiciela odwołującego.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłożenia dowodu opłaty polisy OC, odwołujący uznał, iż przedłożył dokument - potwierdzenie wykonania przelewu krajowego - wygenerowany z systemu bankowego w dniu 17.06.2015r. tym samym - potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w pkt. VII ppkt 5 SIWZ. Dokument taki, wbrew twierdzeniu zamawiającego nie wymagał podpisu upoważnionego przedstawiciela odwołującego. Dokument ten na mocy art. 7 ust. 3 ustawy PrBank w formie elektronicznej spełniał wymagania formy pisemnej (oryginału).

Odwołujący zaznaczał, że z § 7 ust. 1 zd. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów wynika, iż „Dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.” Zgodnie z art. 7 ust. 1 PrBank. „Oświadczenia woli związane z dokonywaniem czynności bankowych mogą być składane w postaci elektronicznej.” W art.

7 ust. 3 PrBank. określono natomiast, że „Jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, uznaje się, że czynność dokonana w formie, o której mowa w ust. 1, spełnia wymagania formy pisemnej także wtedy, gdy forma została zastrzeżona pod rygorem nieważności.” Odwołujący przekonywał, że powyższe oznacza, że przedłożony dokument przez odwołującego dla zachowania formy pisemnej - co wynika wprost z samej jego treści - nie wymagał podpisu ani stempla. Stanowi on oświadczenie woli banku związane z dokonywaniem czynności bankowych. W tym konkretnym przypadku, związane z prowadzeniem rachunku bankowego (art. 5 ust. 1 pkt 1 PrBank). Powyższe stanowisko potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15.03.2012r., sygn. akt KIO 445/12. Rozpatrując tam kwestię charakteru pisemnych wydruków ze strony internetowej banku, wskazywała, że „nie ulega jednakże wątpliwości, iż w świetle przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 ze zm.), zachowanie formy pisemnej należy oceniać, biorąc pod uwagę fakt, iż przedmiotowe przepisy stanowią regulację szczególną w odniesieniu do art. 78 § 2 k.c. (B. Smykła: Prawo bankowe. Komentarz.). Zaś, zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Prawo bankowe, czynności bankowe dokonane w formie elektronicznej spełniają wymagania formy pisemnej.” Odwołujący ponowił argumentację, że skoro w świetle art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo bankowe, prowadzenie rachunków bankowych stanowi czynność bankową, a wszelkie oświadczenia woli związane z dokonywaniem czynności bankowych mogą być składane w formie elektronicznej (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo bankowe), to nie ulega wątpliwości, iż informacja banku o stanie rachunku bankowego [podobnie jak informacja o dokonanych przelewach] mieści się w zakresie oświadczeń woli składanych w związku z wykonywaniem czynności bankowych i dopuszczalne jest jej przedstawienie w postaci elektronicznej, nie wymagającej opatrzenia bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Przy czym, elektroniczna postać tychże dokumentów, z mocy wskazanych przepisów, spełnia wymagania formy pisemnej.

Zdaniem odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy przedmiotowe informacje nie wymagały formy pisemnej, ani też potwierdzenia za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Dla dochowania formy pisemnej, w świetle przepisów ustawy Prawo bankowe, nie jest również wymagane opatrzenie przedmiotowych dokumentów pieczęcią banku ani też podpisem jego pracownika.

Wskazywał, że podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30.01.2013r., sygn. akt KIO 2866/12, KIO 2869/12, KIO 2873/12, gdzie rozpatrywała kwestię możliwości złożenia przez wykonawcę poświadczenia gwarancji w formie elektronicznej. Izba wskazywała tam, że „art. 7 Prawa Bankowego, dopuszcza składanie w obrocie bankowym oświadczeń woli w dowolnej postaci elektronicznej, a nie tylko

oświadczeń opatrzonych podpisem elektronicznym (por. też J. Byrski, Podpis elektroniczny przy składaniu oświadczenia woli związanego z dokonywaniem czynności bankowych, PB 2005, Nr 3, s. 45). Banki to podmioty cieszące się szczególną pozycją. Ustawodawca w poszczególnych systemach prawnych nakłada na nie surowe wymogi, ale obdarza równocześnie szczególnym zaufaniem, jako podmioty działające pod nadzorem publicznoprawnym. Z tego względu nie jest potrzebne gwarantowanie ekwiwalentu podpisu własnoręcznego (F. Wejman, Komentarz do art. 7 ust. Prawo Bankowe Lex 2005).”

Odwołujący podsumował, że nie był zobowiązany do złożenia dodatkowego poświadczenia potwierdzenia przelewu. Elektroniczna forma tego dokumentu ma walory formy pisemnej (oryginału). Także żądanie przez zamawiającego w SIWZ, aby dokument został dodatkowo poświadczony nie znajduje jakichkolwiek podstaw prawnych. W szczególności żądanie przez zamawiającego, aby dokument złożony w formie elektronicznej, który spełnia wymagania formy pisemnej, został dodatkowo poświadczony przez odwołującego - uznał za sprzeczne z dyspozycją cyt. wyżej § 7 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który dopuszcza wprost możliwość składania dokumentów w oryginale. Abstrahując od tego, że żądanie poświadczenia oryginalnych dokumentów i uzależnienie od tego ich ważności jest wewnętrznie sprzeczne, to nawet, gdyby uznać, że warunek ten powinien zostać przez odwołującego spełniony, nie powinien on skutkować wykluczeniem go z postępowania. Wymóg dodatkowego poświadczania dokumentów złożonych w formie elektronicznej, które spełniają wymagania formy pisemnej, nie wynika z żadnego przepisu

obowiązującego prawa. Brak spełnienia tego wymogu - według odwołującego - nie może skutkować sankcją w postaci wykluczenia wykonawcy i w konsekwencji odrzucenia jego oferty. Urząd Zamówień Publicznych w Informatorze nr 5 z 2009r. str. 19 zwraca uwagę, że (...) pomimo braku wyraźnego rozróżnienia zawartego w ustawie, iż formalne elementy oferty należy podzielić na istotne (których brak skutkuje nieważnością oferty i koniecznością jej odrzucenia lub jedynie samą sankcją odrzucenia) oraz elementy nieistotne (nie obarczone sankcją nieważności i brakiem konieczności odrzucenia takiej oferty). Tym samym powyższa klasyfikacja odnosi się do również do braków formalnych, które analogicznie możemy podzielić na istotne i nieistotne z punktu widzenia ważności samej oferty i sankcji polegającej na konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. Do istotnych elementów formalnych oferty należy zaliczyć konieczność sporządzenia oferty w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 oraz art. 82 ust. 2 ustawy w zw. z art. 78 § 1 ustawy Kodeks cywilny) oraz konieczność sporządzenia oferty w języku polskim (art. 9 ust. 2 ustawy). Istotne elementy w zakresie formy zostały określone przez ustawodawcę w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, które zostały uzupełnione przepisami ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Do elementów

10

nieistotnych należy zaliczyć te, które zostały określone przez zamawiającego w treści SIWZ. Zaliczyć do nich należy m. in. konieczność parafowania każdej ze stron oferty, konieczność numeracji wszystkich stron, formę załączników i oświadczeń zawartych w ofercie (tj. układ tabel, rozmieszczenie tej treści oraz kolejność zawartych w ofercie oświadczeń i informacji), jak również konieczność złożenia oferty w dwóch kopertach, sposób opisanie koperty zewnętrznej i wewnętrznej.

Jako, że wymóg dodatkowego poświadczania dokumentów złożonych w formie elektronicznej, które spełniają wymagania formy pisemnej (oryginałów), nie wynika z żadnego przepisu obowiązującego prawa, podobnie jak parafowanie tych dokumentów. Brak złożenia dodatkowych poświadczonych dokumentów, jak utrzymywał odwołujący - nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Za wyrokiem KIO z dnia 20.11.2009r., sygn. akt KIO/UZP 1429/09 wskazał, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp „nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dorobkiem doktryny oraz orzecznictwa, jest pogląd, że norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp referuje się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie można mówić w sytuacji, gdy niezachowane zostały wymagania formalne przewidziane w SIWZ np. w odniesieniu do parafowania stron, ich numeracji. Brak parafowania stron nie dyskwalifikuje oferty jako niezgodną z treścią SIWZ i nie powoduje obowiązku jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący podnosił, że wykonawca składając ofertę nie oferuje zamawiającemu parafowanych stron. Składa oświadczenie woli o realizacji (jeśli złożona przez niego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego) - przedmiotu zamówienia zgodnie z merytorycznymi wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ. Wobec uprzednich twierdzeń - odwołujący podtrzymał, że wykluczenie go z postępowania było niezasadne, tym bardziej zamawiający nie wskazał podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tejże czynności i w konsekwencji stwierdził, iż uznanie oferty odwołującego za odrzuconą było niesłuszne, bowiem brak było przesłanek do wykluczenia go z postępowania. Zatem podnosił, iż poza sporem jest fakt, iż zamawiający nie przeprowadził rzetelnego badania i oceny całości oferty, wobec tego oznacza to równocześnie naruszenie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W świetle powyższego, uznał raz kolejny, że przedkładając na wezwanie zamawiającego dokument -potwierdzenie przelewu składki OC spełnił warunki udziału w postępowaniu.

11

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego,

korrespondencji stron.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego - wynika następujący stan faktyczny.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Rozdział III. pkt 1. Przedmiot zamówienia stanowi wykonanie systemu do odbioru programów telewizyjnych wraz z dostawą telewizorów LCD 32 w ilości 390 sztuk oraz LCD 40 w ilości 10 sztuk do obiektów Uzdrowsko Kołobrzeg S.A."

Rozdział V. Informacje o sposobie porozumiewania zamawiającego z wykonawcami.

Wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia, informacje (...) w toku postępowania są przekazywane z zachowaniem formy pisemnej. Złożenie wymienionych dokumentów za pomocą telefaksu lub e-mailem nie wymaga potwierdzenia w innej formie, jednak każda ze stron na żądanie drugiej zobowiązana jest niezwłocznie potwierdzić fakt ich otrzymania.

Rozdział VI.1. O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy złożą ofertę oraz oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a także inne wymienione w dalszej części specyfikacji dokumenty.

Ocena warunków wymaganych od wykonawcy zostanie dokonana według formuły spełnianie spełnia. Niespełnienie chociażby jednego warunku skutkować będzie wykluczeniem oferenta.

Rozdział VII dokumenty wymagane w ofercie.

Pkt 2. Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na druku zał. nr 3 do SIWZ.

Pkt 4. Specyfikacje techniczne oferowanych urządzeń oraz telewizorów wraz z wizualizacją.

Pkt.5 Oplaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 100.000,00 zł.

Rozdział X pkt. 2 oferta musi odpowiadać treści SIWZ i powinna zawierać wszystkie wymagane dokumenty, oświadczenia i załączniki, o których mowa w specyfikacji zamawiającego. W wykazie cenowym należy określić typ, model i producenta urządzenia.

12

Pkt. 3. Oferta oraz wszystkie wymagane załączniki winny być podpisane przez upoważnionego przedstawiciela wykonawcy. Zamawiający stwierdza, że, wszystkie składniki oferty wraz z załącznikami (również te dosyłane w ramach uzupełnienia) muszą być podpisane przez upoważnionego przedstawiciela wykonawcy.

Rozdział XI Termin składania ofert 1 lipca 2015 r.

Rozdział XIII opis kryteriów przy wyborze oferty:

- cena
- czas udzielonej gwarancji
- integracja z obecnym systemem.

Zał. nr 1. Opis przedmiotu zamówienia. Punkt II. wymagania dotyczące telewizorów, m.in. oświadczenie o spełnieniu warunków P. Poż.

Oferty złożyli :

1. odwołujący (cena brutto) - 590 400,00 zł
2. BETASI M. G. (cena brutto) - 587 325,00 zł
3. Acentic Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (cena brutto) - 537 880,23 zł.

Odwołujący - wykonawca do oferty dołączył samą polisę OC bez potwierdzenia opłacenia składki - wystawioną przez TUiR Warta SA. (nr 908537498578), okres ubezpieczenia od 28 maja 2015 r. do 27 maja 2016 r. Wyznaczony termin opłacenia składki - do 9.06.2015 r. Faktyczny termin przelewu do innego banku kwoty składki 16.06.2015 r.

Odwołujący wykonawca - nie dołączył do oferty oświadczenia o spełnieniu warunków P.POŻ odwołujący zaofertował telewizory marki Philips wraz z podaniem ich oznaczenia przez producenta.

Wraz z ofertą przedłożył zamawiającemu podpisane przez siebie materiały informacyjne producenta telewizorów, z których wynika, iż telewizory spełniają normy w zakresie niepalności - w części Dane techniczne znajduje się zapis „Bezpieczeństwo: Podwójna izolacja, klasa II, Niepalny. Posiadają specjalną obudowę z materiału trudnopalnego.

Telewizory firmy Philips nie podsycają płomieni (str. 18 i 22 oferty). Bezpieczeństwo. Podwójna izolacja klasa II; niepalny; (str. 19) (32 HLF 3010T- adnotacja str. 17 oferty - ekologiczna konstrukcja trudnopalna obudowa.

Zamawiający pismem z dnia 2 lipca 2015 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

„Na podst. art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów, potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, tj. wymaganych w rozdziale VII, pkt. 5 SIWZ „Opłaconą polisę, a w przypadku

13

jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 100.000,00 zł” – wykonawca do oferty dołączył samą polisę bez potwierdzenia wpłaty, tak więc wymóg opłaconej polisy nie został spełniony oraz w opisie przedmiotu zamówienia załącznik nr 1, w pkt. II w opisie telewizorów był wymóg aby do oferty dołączyć oświadczenie o spełnieniu warunków P.POŻ. - wykonawca nie dołączył do oferty wymaganego oświadczenia.

W wyznaczonym terminie uzupełnienia oferty, tj. 3 lipca 2015r. odwołujący przedstawił dokumenty, tj. dokument o spełnieniu warunków P.POŻ. przez oferowane telewizory wystawiony był z datą późniejszą niż termin składania ofert tj. 03.07.2015 r., a termin składania ofert upływał 1.07.2015 r., i był nie podpisany przez wykonawcę, (dokument był przesłany drogą elektroniczną - jako skan dokumentu, na którym był odwzorowany podpis Mariusz Chudziński i oświadczenie to nie pochodziło od odwołującego, a od firmy, która zajmuje się dystrybucją produktów Philipsa, (co odwołujący potwierdził). Informacja z dnia 3.07.2015 r. TP Vision Europe BV Oddział w Polsce, stwierdza że poniższe produkty:

- 32HFL3010T

- 40HFL 3010T

odnoszące się do telewizorów - posiadają certyfikaty poświadczające spełnienie wymogów dotyczących niepalności. Dokument został dostarczony w formie e-mail bez potwierdzenia za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Odwołujący przedstawił w wyniku uzupełnienia dokumentów oferty - wydruk z systemu bankowego Alior Banku - dokonania przelewu z dnia 17.06.2015 r. na kwotę 1578,00 zł tytułem opłacenia polisy nr 908537498578 w TUIR Warta SA. z adnotacją, że niniejszy dokument został wygenerowany elektronicznie i nie wymaga podpisu ani stempla. Dokument sporządzony na podstawie art.7 Ustawy Prawo Bankowe (Dz. U. Nr 140 z 1997 r. poz. 939 z późn. zm.). Dokument został dostarczony w formie e-mail i potwierdzenie zapłaty za polisę OC było niepodpisane przez wykonawcę.

Zamawiający dnia 7 lipca 2015 r. powiadomił drogą elektroniczną odwołującego, że wybrał ofertę wykonawcy BETASI M. G., Rynek 28/1, 33-300 NOWY SĄCZ, odrzucił ofertę wykonawcy Acentic sp. z o.o., wykluczył odwołującego z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą.

„Wykonawcy wykluczeni: Oferta nr 2 MEDIA HOTEL Sp. z o.o. ul. Kombatantów 34/710 66-400 GORZÓW WLKP. Uzasadnienie: Faktyczne: Wykonawca nie wykazał spełnienia

14

warunków udziału w postępowaniu, pomimo wezwania do uzupełnienia oferty, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

Na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów, potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, tj. wymaganych w rozdziale VII, pkt. 5 SIWZ „Opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 100.000,00 zł” - wykonawca do oferty dołączył samą polisę bez potwierdzenia wpłaty, tak więc wymóg opłaconej polisy nie został spełniony oraz w opisie przedmiotu zamówienia załącznik nr 1, w pkt. II w opisie telewizorów był wymóg aby do oferty dołączyć oświadczenie o spełnieniu warunków P.POŻ. - wykonawca nie dołączył do oferty wymaganego oświadczenia.

W wyznaczonym terminie uzupełnienia oferty, tj. 03.07.2015 r. godz. 14.00, Wykonawca dołączył dokumenty nie spełniające wymogów Zamawiającego, tj. dokument o spełnieniu warunków P.POŻ. przez oferowane telewizory wystawiony był z datą późniejszą niż termin składania oferty i był nie podpisany przez Wykonawcę, potwierdzenie zapłaty za polisę OC było nie podpisane przez Wykonawcę. Zgodnie z SIWZ, zapis w rozdziale X pkt. 3, wszystkie składniki oferty wraz z załącznikami (również te dosyłane w ramach uzupełnienia) muszą być podpisane przez upoważnionego przedstawiciela wykonawcy. Uzasadnienie prawne: art. 24, ust. 2. pkt. 4 ustawy PZP."

Izba zważyła, co następuje.

Odwolujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ubiega się o przedmiotowe zamówienie, mógł zatem dowodzić, że czynności zamawiającego wobec jego oferty zostały podjęte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co godziło w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogło go narażać na poniesienie szkody.

Z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia, w tym postępowaniu zastosowanie znajduje art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp - odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności, (w tym pkt 3 i 4) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia i od odrzucenia jego oferty. Żadne zarzuty i żądania wobec oceny ofert konkurentów nie mogły być zgłaszane.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania należało mieć na uwadze zarówno uregulowania prawne odnoszące się do sposobu wykazania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak i warunki szczegółowe, które określił zamawiający w

15

postanowieniach ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podanych do wiadomości i stosowania przez wszystkich wykonawców, którzy zdecydowali się na złożenie oferty.

Art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące między innymi: 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej. Ust. 3. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu (...). Z kolei art. 25 ust. 1 ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do żądania w postępowaniu o udzielenie zamówienia od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
 - 2) 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.

Rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oraz w celu potwierdzenia, że dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, a także formy, w jakich dokumenty te mogą być składane - określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), stanowiąc w § 1 ust. 1 pkt 11, że zamawiający może żądać następujących dokumentów: opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Natomiast w celu potwierdzenia, że dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, może żądać w szczególności: próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają być dostarczone.

O przedmiotowe zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają wyznaczone warunki. Zamawiający zapowiedział, iż ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana metodą spełnia/nie spełnia na podstawie złożonych przez wykonawców, a wymaganych przez zamawiającego dokumentów.

Rozdział VII SIWZ dokumenty wymagane w ofercie.

2. Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na druku zał. nr 3 do SIWZ
4. Specyfikacje techniczne oferowanych urządzeń oraz telewizorów wraz z ich

5. Opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 100.000,00 zł.

Dyspozycja art. 26 ust. 2a ustawy Pzp zobowiązuje wykonawców na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym do wykazania odpowiednio, nie później niż na dzień składania (...) ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia - nie do końca w pełny sposób wypełniają postulaty przytaczanych powyżej uregulowań prawnych. Warunki podane jednolicie dla wszystkich wykonawców zostały ukształtowane jednak w sposób wiążący, i na obecnym etapie postępowania muszą być stosowane zgodnie z ich literalną treścią.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że cytowane wyżej przepisy ustawy Pzp nakładają na zamawiającego obowiązek dokładnego określenia dokumentów, które wykonawcy są obowiązani złożyć w ofercie dla wykazania spełnienia warunków udziału, jak i precyzyjnego określenia samych warunków. Wskazane wymagania wiążą zamawiającego, co w praktyce oznacza, że zamawiający może w toku postępowania żądać jedynie dokumentów przez siebie wskazanych, i mających na celu wykazanie spełnienia jedynie opisanych warunków udziału w postępowaniu, a także w odniesieniu do zamawianych dostaw. Zamawiający nie może żądać od wykonawców dokumentów innych niż wynikające z wykazu dokumentów wskazanych w SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający w rozdziale VII SIWZ - DOKUMENTY WYMAGANE W OFERCIE - określił dokumenty, jakie wykonawcy w niniejszym postępowaniu byli zobowiązani przedłożyć. Wśród wymienionych tam dokumentów brak jest „oświadczenia o spełnieniu warunków P.POŻ” przez oferowany sprzęt. Zastrzeżenie, że zamawiający wymaga też dokumentów podanych w dalszych postanowieniach SIWZ (w zał. nr 1 do SIWZ - niewyspecyfikowanych wprost w spisie dokumentów przedkładanych wraz z ofertą - pozostawało bezskuteczne dla przypisania odwołującemu zarzutu niezłożenia wraz z ofertą oświadczenia o spełnieniu warunków P.POŻ przez oferowane telewizory. Opis z załącznika nr 1 można było tak rozumieć, iż wybrany wykonawca - wymienione oświadczenie zobowiązany jest przedłożyć wraz z dostawą zamawianego sprzętu. W żaden sposób nie został też oznaczony zakres omawianego oświadczenia oraz to, od kogo miało ono pochodzić (od wykonawcy, producenta, dystrybutora produktów).

W świetle powyższego, nie było uprawnione żądanie od wykonawcy osobnego oświadczenia o spełnieniu warunków P.POŻ przez oferowane telewizory marki Philips 32HFL3010T i 40HFL 3010T - przy złożeniu oferty, ani w formie oryginału, ani w formie

odpisu potwierdzonego za zgodność z oryginałem. Z przytaczanych zapisów SIWZ nawet nie dało się wywieść, iż wymienione oświadczenie miało pochodzić od wykonawcy. Dotyczyło dokumentów składnych na potwierdzenie wymagań odnoszonych do oferowanego sprzętu. Tak też zostało zrozumiane przez odwołującego, który na wezwanie zamawiającego przedstawił informację z dnia 3.07.2015 r. firmy TP Vision Europe BV Oddział w Polsce (dystrybutora wyrobów Philips), że poniższe produkty:

- 32HFL3010T

- 40HFL 3010T

posiadają certyfikaty poświadczające spełnienie wymogów dotyczących niepalności.

Okoliczność, że dokument został dostarczony w formie e-mail, bez potwierdzenia za zgodność z oryginałem, w tym przypadku nie miała znaczenia, albowiem w dokumentacji oferty nie było wymagane zamieszczenie odrębnego oświadczenia o spełnieniu warunków P.POŻ przez oferowane telewizory. Przedstawiono natomiast wymagane - opisy producenta oferowanych telewizorów zawarte na stronach 17, 18 i 22 dokumentów oferty (podpisane przez wykonawcę), a zwłaszcza strona 22 zawiera informacje o niepalności zaoferowanych telewizorów. Zamawiający nie zarzucał, iż te opisy zostały załączone w nieprawidłowej formie - niepoświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Opisy te należy

zatem traktować jako oświadczenie o niepalności telewizorów - złożone przez producenta i załączone do oferty przez wykonawcę, w ramach wymogu przedstawienia Specyfikacji technicznej oferowanych urządzeń oraz telewizorów wraz z wizualizacją (pkt VII ppkt 4 SIWZ).

W tych warunkach, okoliczność, że dodatkowe oświadczenie przedstawiciela producenta o niepalności telewizorów zostało przedstawione w dniu 3 lipca 2015 r., a termin składnia ofert upłynął 1 lipca 2015 r. - nie mogła stanowić podstawy do wykluczenia odwołującego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Dokument był żądany na potwierdzenie deklarowanych właściwości przedmiotu dostawy, cech przedmiotowych oferowanego świadczenia, zatem nawet nie odnosił się do sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ani nie mógł stanowić podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Zamawiający wykluczając odwołującego z podanej wyżej przyczyny na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu - naruszył dyspozycję tej normy. Potwierdzenie znalazł zatem zarzut odwołującego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp oraz poprzez przyjęcie, że odwołujący, składając w niewłaściwej formie oświadczenie o spełnieniu warunków P.POŻ., nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy zgodnie z SIWZ odwołujący nie był zobowiązany do

18

złożenia takiego oświadczenia wraz z ofertą, a zgodność oferowanych urządzeń z wymogami P.POŻ wynikała z dokumentów załączonych do oferty (specyfikacja techniczna oferowanych urządzeń), a co za tym idzie skierowane do odwołującego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp było bezzasadne. W konsekwencji stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy Pzp zamawiający uchybił też zasadom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego – wynikającym z art. 7 ust 1 ustawy Pzp - równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania przy poszanowaniu reguł uczciwej konkurencji.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołującego nie zasługiwały na uwzględnienie. Okolicznością bezspornie ustaloną i przyznaną przez odwołującego, stanowiło, że w dokumentach oferty zawarł polisę ubezpieczenia OC wystawioną przez TUiR Warta, od której nie została opłacona składka należna ubezpieczycielowi do 9.06.2015 r. Na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący przedstawił wydruk z systemu elektronicznego Alior Banku - dokonania przelewu na rachunek w innym banku - z dnia 17.06.2015 r. na kwotę 1578,00 zł tytułem opłacenia polisy nr 908537498578 w TUiR Warta SA. z adnotacją, że niniejszy dokument został wygenerowany elektronicznie i nie wymaga podpisu ani stempla. Dokument sporządzony na podstawie art.7 Ustawy Prawo Bankowe (Dz. U. Nr 140 z 1997 r. poz. 939 z późn. zm.).

W okolicznościach tej sprawy nie miało jednak decydującego znaczenia, że omawiany dokument został dostarczony w formie skanu załączonego do wiadomości e-mail, i nie był podpisany przez wykonawcę.

Zgodnie z art. 454 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, jeżeli miejsce spełnienia świadczenia nie jest oznaczone ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie pieniężne winno być spełnione w miejscu zamieszkania lub siedzibie wierzyciela, w chwili spełnienia świadczenia. W § 2 art. 454 Kodeks cywilny stanowi, że o ile zobowiązanie ma związek z przedsiębiorstwem dłużnika lub wierzyciela o miejscu spełnienia świadczenia rozstrzyga siedziba przedsiębiorstwa. Miejsce wykonania zobowiązania jest jednym z elementów należytego wywiązania się przez dłużnika ze swego zobowiązania.

Jeżeli zobowiązanie ma związek z przedsiębiorstwem dłużnika, to i tak świadczenie pieniężne powinno być spełnione w siedzibie przedsiębiorstwa wierzyciela (postanowienie Sądu Najwyższego z 8 listopada 1991 r. II CO 16/91 (OSNCP 1993, nr 3, poz. 40). Jeżeli zobowiązanie pieniężne ma formę bezgotówkową o miejscu spełnienia świadczenia w tej formie rozstrzyga umiejscowienie rachunku bankowego wierzyciela (por. uzasadnienie uchwały SN z dnia 20 listopada 1992 r. III CZP 138/92, OSNCP 2002, nr 11, poz. 131).

Iżba nie kwestionuje, iż dokument przelewu sporządzony na podstawie art. 7 Ustawy Prawo Bankowe (Dz. U. Nr 140 z 1997 r. poz. 939 z późn. zm.) wygenerowany

19

elektronicznie nie wymaga podpisu ani stempla. Rzeczą powszechnie wiadomą jest jednak, że banki potwierdzają dokumentem ze stemplem - dokonywane w oddziałach bankowych operacje, mimo że także posługują się wydrukami z systemu elektronicznego.

Nie to jednak stanowiło zasadniczą kwestię w tej sprawie, a oddawczy charakter długu pieniężnego. Przelew składki nastąpił na rachunek wierzyciela w innym banku. Tylko wierzyciel, w tym przypadku TUIRW Warta mógł potwierdzić, iż składka wpłynęła na jego rachunek, i przedstawiona w ofercie polisa ubezpieczenia OC została opłacona należną składką. Dowodu takiego nie stanowiło bankowe potwierdzenie dyspozycji przelewu. Świadczenie w innym miejscu niż należało - powoduje popadnięcie dłużnika w zwłokę, lub może zadecydować o niewykonaniu zobowiązania w zupełności. Tym bardziej, że składka została opłacona po upływie wyznaczonego terminu. Ubezpieczenie OC prowadzonej działalności gospodarczej odwołującego - nie ma charakteru obowiązku nałożonego ustawą, jak np. ubezpieczenia OC komunikacyjne, zatem reakcja ubezpieczyciela na opóźnienie opłacenia składki mogła być taka, że nie objął ochroną ubezpieczeniową oznaczonych w tej polisie ryzyk. Dowodu na tę okoliczność odwołujący nie przedstawił. Bezwarunkowo potwierdzenie faktu opłacenia składki - powinno pochodzić od ubezpieczyciela i zostać przedłożone zgodnie z opisem zamawiającego zawartym w SIWZ w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Odwołujący nie wykazał się posiadaniem opłaconej polisy potwierdzającej, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na dzień nie późniejszy niż, w którym upłynął termin składania ofert - jak wymaga art. 26 ust. 3, zdanie 2 ustawy Pzp. Ponowne wzywanie odwołującego do przedstawienia tego samego dokumentu - nie może mieć miejsca.

Czynność wykluczenia odwołującego z postępowania w związku z nieuzupełnieniem potwierdzenia opłacenia składki od złożonej polisy OC znajdowała normatywne wsparcie w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 tej ustawy. Uznanie oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, jest zaś konsekwencją wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło zasadności czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia z omawianej wyżej przyczyny:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tj. Dz.U. z 2015 poz. 128,) w zw. z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 poz. 231)

20

2. art. 91 Pzp poprzez niezasadne zaniechanie wyboru oferty odwołującego,
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez wykluczenie odwołującego z uwagi na brak złożenia przez niego dokumentu potwierdzenia opłacenia polisy OC.
5. art. 24 ust. 2 pkt 2 (dotyczy wadium) w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3) Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności oraz bez przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności. W ocenie Izby - uzasadnienie było dostateczne i nie utrudniło odwołującemu możliwości podjęcia obrony jego stanowiska,
6. art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą w sytuacji, gdy brak było przesłanek do wykluczenia odwołującego z postępowania - skoro wykonawca podlegał wykluczeniu, jego oferta musiała zostać uznana za odrzuconą.
7. art. 87 ust. 1 Pzp, art. 14 Pzp w zw. z art. 56 oraz art. 65 § 1 i § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny całości oferty, a w konsekwencji przyjęcie, że dokumenty przedstawione przez odwołującego nie są rzetelne oraz bezzasadne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wniosek odwołującego o zabezpieczenie odwołania poprzez zakazanie zamawiającemu zawarcia umowy z wykonawcą BETASI M. G., Rynek 28/1, 33- 300 NOWY SĄCZ do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia w przedmiocie niniejszego odwołania - był bezprzedmiotowy, gdyż spełnienie tego postulatu odwołującego wynika z art. 183 ust. 1

ustawy Pzp. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie przyznaje Krajowej Izbie Odwoławczej takich kompetencji.

Niespełnienie chociażby jednego warunku udziału w postępowaniu powoduje skutek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła wyrokiem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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:

21

22