**Sygn. akt: KIO 1361/16**

**WYROK**
**z dnia 9 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:
**Przewodniczący:** członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**
**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 sierpnia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 lipca 2016 r.** przez wykonawcę: **E.H. prowadzącą działalność gospodarczą- firmą „KONCEPT E.H." Wólka Sokołowska 237, 36-050 Sokołów Młp.,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miejską Kraków - Urząd Miasta Krakowa, Pl. Wszystkich** Świętych **3-4, 31-004 Kraków,** zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca:
**A. B.K. prowadzący działalność gospodarczą- firmą BARTGRAFIC B.K., ul Składowa 10, 62-081 Przeźmierowo**

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
1.3. wezwanie odwołującego do uzupełnienia zdjęć każdego z rodzajów urn, określonych w pkt 3.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
1.4. wezwanie odwołującego do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie tych dostaw,
1.5. ponowienie czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty,

**2.** Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Gminę Miejską Kraków - Urząd Miasta Krakowa, Pl. Wszystkich** Świętych **3-4, 31-004 Kraków,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **E.H. prowadzącą działalność gospodarczą- firmą „KONCEPT E.H." Wólka Sokołowska 237, 36-050 Sokołów Młp.,** tytułem wpisu od odwołania,



---

2.2. zasądza od zamawiającego: **Gminy Miejskiej Kraków - Urzędu Miasta Krakowa, Pl. Wszystkich** Świętych **3-4, 31-004 Kraków** na rzecz odwołującego **E.H. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „KONCEPT E.H." Wólka Sokołowska 237, 36-050 Sokołów Młp.** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:**

**……...**



---

**Sygn. akt KIO 1361/16**

**Uzasadnienie:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego pod nazwą. „Dostawa urn wyborczych z poliwęglanu litego dla Urzędu Miasta Krakowa" (BZP poz. 96007 z 21.06.2016 r.), w dniu 25 lipca 2016 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: E.H. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „KONCEPT E.H." z siedzibą Wólka Sokołowska, w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 24 lipca 2016 r.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec powiadomienia wykonawców drogą elektroniczną w dniu 19 lipca 2016 r. o wyniku przetargu, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i o wyborze oferty wykonawcy

B.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BARTGRAFIC B.K., ul Składowa 10, 62-891 Przeźmierowo.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia niższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Następuje jednak na czynność odrzucenia oferty odwołującego. Wobec tego zgodnie z brzmieniem art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - odwołanie jest dopuszczalne. Zarzut wyboru oferty wykonawcy B.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BARTGRAFIC B.K. nie podlegał rozpoznaniu, jako nieobjęty dyspozycją art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego przesłane drogą elektroniczną z dnia 26 lipca 2016r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w kopii przesłane stronom, w ustawowym terminie 28 lipca 2016 r. złożył wykonawca B.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BARTGRAFIC B.K. z siedzibą w Przeźmierowie, który wnosił o oddalenie odwołania i powoływał się na interes w popieraniu stanowiska zamawiającego - utrzymania w mocy czynności wyboru złożonej oferty, jako najkorzystniejszej.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę B.K. prowadzącego działalność gospodarczą po firmą BARTGRAFIC B.K., do udziału w rozpoznawanej sprawie, uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zostały wykazane.

Zaskarżone czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, którym odwołujący zarzucał niezgodność z przepisami ustawy, to:
1) czynność odrzucenia oferty odwołującego,



2) zaniechanie czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia zdjęć każdego z rodzajów urn, określonych w pkt 3.2 specyfikacji, oferowanych przez odwołującego,
3) zaniechanie czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie tych dostaw,
4) czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy B.K. BARTGRAFIC.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Miejskiej Kraków naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) zwaną „ustawą Pzp," tj.:
1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy zamawiający przed odrzuceniem oferty powinien wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów,
2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia zdjęć każdego z rodzajów urn, określonych w pkt 3.2 specyfikacji, podczas gdy zamawiający był zobowiązany do wezwania,
3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie tych dostaw, podczas gdy zamawiający był zobowiązany do wezwania,
4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy B.K. BARTGRAFIC, podczas gdy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Wskazując na powyższe, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3) wezwania odwołującego do uzupełnienia zdjęć każdego z rodzajów urn, określonych w pkt 3.2 specyfikacji,
4) wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie tych dostaw,
5) ponowienia czynności badania i oceny ofert, ponadto o:
6) obciążenie kosztami postępowania zamawiającego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty 7 500,00 zł, stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów żądań odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym celu złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert zgodnie z punktem 19.1 SIWZ jest cena (90%) oraz okres gwarancji (10%). W przedmiotowym postępowaniu odwołujący zaoferował za realizację przedmiotu zamówienia kwotę 294 339,47 zł. Zadeklarował również 96 miesięczny okres gwarancji. Uwzględniając kryteria oceny ofert oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą. Gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności, do których był zobowiązany, wezwałby odwołującego do uzupełnienia dokumentów. W wyniku prawidłowego uzupełnienia dokumentów - oferta odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Z powyższego odwołujący wywodził doznanie szkody.

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z SIWZ wykonawcy, którzy składali ofertę w przedmiotowym postępowaniu - powinni dołączyć do oferty określone dokumenty. Wykaz dokumentów został określony w punkcie 6.2 SIWZ. W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca powinien dołączyć między innymi wykaz dostaw - na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt 5.1 SIWZ sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ oraz dowody, że dostawy, o których mowa w pkt 6.2.2 zostały wykonane należycie (punkt 6.2.2 oraz 6.2.3 SIWZ).

Z kolei w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego wymagane było dołączenie zdjęć każdego z rodzajów urn, określonych w pkt 3.2 SIWZ, oferowanych przez wykonawcę (punkt 6.2.10 SIWZ).

Zdaniem odwołującego zamawiający wyraźnie określił, że dołączenie zdjęć ma nastąpić w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Poza tym, w SIWZ nie określono żadnego innego sposobu oceny zdjęć.

Odwołujący przyznał, że do jego oferty nie zostały dołączone:

a) wykaz dostaw,

b) dowody, że dostawy zostały wykonane należycie oraz

c) zdjęcia urn.

W dniu 19 lipca: 2016 r. zamawiający przesłał do wykonawców rozstrzygnięcie postępowania. Jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy B.K. BARTGRAFIC. Jednocześnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem zamawiającego: *„zgodnie z pkt. 6.2.10 specyfikacji Wykonawca zobowiązany byt dołączyć do oferty zdjęcia każdego z rodzajów urn oferowanych przez Wykonawcę. Wykonawca nie dołączył do oferty* żadnego *z wymaganych zdjęć. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku zdjęć o takim statusie jak w niniejszym*



*postępowaniu, nie jest dopuszczalne ich uzupełnianie, ponieważ stanowią bezpośrednio treść oferty Wykonawcy. Przykładowo w wyroku z dnia 17 września 2008 r. (sygn. KIO 919/08) Izba podkreśla, że „inny (...) będzie status próbki, czy też wzoru, gdy był on wymagany tylko i wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno - jakościowego, czy też jakościowego, a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W pierwszym wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust.. 3 P.z.p. jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to de facto uzupełnienie elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element, w drugim wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p. jest, zdaniem Izby, w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione.*

*Jeśli zatem Zamawiający, tak jak to uczynił w niniejszym przypadku, wymagał załączenia do oferty szczególnego rodzaju dokumentów lub opisów, w celu dokonania na ich podstawie oceny ofert, nie jest , możliwe uzupełnienie tych braków, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Stanowiłoby ono bowiem uzupełnienie treści oferty i prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany jej treści. Próbka ta bowiem nosi niewątpliwie cechy oferty. O szczególnej wadze treści oferty zawartej na dołączonych do niej zdjęciach* świadczy *zresztą odrzucenie pięciu innych ofert konkurencyjnych, jako niezgodnych ze specyfikacją, z powodu ustalenia (na podstawie zdjęć dołączonych do tych ofert) zastosowania niewłaściwego typu* śrub *z oczkiem.*

*Stanowisko zamawiającego potwierdza także wyrok Izby z dnia 17 września 2015 r. (sygn. KIO 1937/15), w którym stwierdzono: „w sytuacji gdy próbka traktowana jest w kategorii*

*treści oferty, nie podlega ona uzupełnieniu, zaś próba dopełnienia oferty o niezałączoną do niej próbkę, bądź zamianę próbki nie spełniającej wymagań postawionych w SIWZ, skutkuje uznaniem, że mamy do czynienia z ofertą niezgodną ż SIWZ bądź następczą - po terminie składania ofert zmianą oferty, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp."*
*Informacja dodatkowa:*
*Ponadto z ostrożności Zamawiający zwraca uwagę, że Wykonawca nie dołączył do oferty wymaganych dokumentów, o których mowa w pkt 6.2:2. i 6.2.3. specyfikacji tj. wykazu wykonanych dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie tych dostaw. Wykonawca nie został wezwany, na podstawie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia ww. dokumentów, ponieważ pomimo ich złożenia oferta podlega odrzuceniu."*

Odwołujący podnosił, że chcąc uniknąć angażowania Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszą sprawę, wystosował do zamawiającego informację o czynności niezgodnej z prawem. W opracowanym dokumencie szczegółowo przedstawił swoje stanowisko. Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności

6

---

badania ofert wraz z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec tego, że zamawiający do dnia upływu terminu na wniesienie odwołania nie udzielił odpowiedzi na informację, powstała konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Oznacza to, że zamawiający nie może automatycznie dokonać odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli określony brak można uzupełnić. W takim przypadku zamawiający jest zobowiązany do wezwania do złożenia brakujących dokumentów.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i stanowisko doktryny, gdzie podkreśla się, że można wzywać do uzupełnienia jedynie oświadczeń i dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym, nie można uzupełnić innych dokumentów niż wymienione w tym przepisie. Dotyczy to przede wszystkim wadium, oferty, formularza cenowego, przedmiaru. Dokumentów tych nie można uzupełnić. Ich brak w pierwotnej ofercie musi powodować wykluczenie wykonawcy bądź odrzucenie oferty bez wzywania do uzupełnienia.

Za istotne dla prawidłowego ustalenia niniejszego stanu faktycznym, odwołujący uznał więc ustalenie - czy zdjęcia miały stanowić (1) treść oferty *sensu stricto,* czy (2) miały potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego?

W tym pierwszym przypadku wezwanie do uzupełnienia nie byłoby możliwe. Z kolei w drugim przypadku zamawiający jest do tego zobowiązany.

7

---

Odwołujący zaznaczał, że problem ten był przedmiotem wielu rozważań Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 17 września 2008 r. KIO stwierdziła, że: *„inny (...) będzie status próbki, czy też wzoru, gdy był on wymagany tylko i wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy też jakościowego, a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane*

*dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W pierwszym wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p. jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to de facto uzupełnienie elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element, w drugim wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p. jest, zdaniem Izby, w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione".*

Przywołał kolejne wyroki KIO:

- z dnia 12 listopada 2013 r. *„Z ukształtowanej linii orzeczniczej wynika, że w przypadku, gdy próbka ma służyć potwierdzeniu wymagań zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zamawiający w toku oceny próbki ma obowiązek zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., w okolicznościach wskazanych w przepisie, jeśli natomiast ma stanowić element oferty (w tym z częstym przełożeniem na kryterium oceny ofert), wówczas wskazany przepis nie ma zastosowania."*
- z dnia 17 września 2015 r. *„Próbka, a w konsekwencji - przeprowadzenie prezentacji jej cech i właściwości oraz działania, sprawdzenie walorów oferowanego przedmiotu, czy zbadanie umiejętności osób może służyć ustaleniu zgodności przedmiotu oferty z SIWZ (art. 89 ust. 2 ustawy), sprawdzeniu jego szczegółowych parametrów, zwartościowaniu cechy tego przedmiotu według przyjętych kryteriów pozacenowych, a wreszcie - zbadaniu, czy oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Przedmiotem rozważań dotyczących próbki w postępowaniu o zamówienie publiczne jest kwestia dopuszczalności uzupełnienia próbki. Spory zasadzają się na kwestii, czy w konkretnej sytuacji próbka ma charakter oferty (oświadczenia woli w rozumieniu art. 66 § 1 KC), czy też dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W tym drugim wypadku mamy do czynienia z dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego (nazywanym powszechnie „dokumentem przedmiotowym"), w postaci próbki, który to dokument podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ZamPublU. Natomiast w sytuacji, gdy próbka traktowana jest w kategorii treści oferty, nie podlega ona uzupełnieniu, zaś próba dopełnienia oferty o niezałączoną do niej próbkę, bądź zamiany próbki nie spełniającej wymagań postawionych w SIWZ, skutkuje uznaniem, że mamy do czynienia z ofertą*



---

*niezgodną z SIWZ bądź następczą - po terminie składania ofert zmianą oferty, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU.*
*Przyjmuje się, że w tej mierze rozstrzygające są postanowienia SIWZ opracowanej na użytek konkretnego postępowania. Przy braku takich postanowień jednoznacznie przesądzających o znaczeniu próbki, ocenie podlega charakter wymagania."*

Odwołujący zaznaczał, że podobne stanowisko jest prezentowane w nauce prawa. „Innym istotnym problemem związanym z żądaniem próbki jest jej właściwe zakwalifikowanie. Co do zasady, jak wskazano powyżej, próbka jest dokumentem przedmiotowym wymaganym w celu weryfikacji posiadania przez oferowany przedmiot wymaganych w siwz parametrów. Nie oznacza to jednak, że próbka nie może być składana w ofercie również w innych celach. Przykładowo, zamawiający może wymagać załączenia próbek w celu oceny cech oferowanych produktów w kryteriach oceny ofert. Tym samym nie jest ona składana na potwierdzenie posiadania przez przedmiot zamówienia wymagań zamawiającego, ale precyzuje przedmiot zamówienia. Wówczas należy przyjąć, że próbka stanowi część oferty, gdyż na podstawie praktycznej weryfikacji próbki przydzielana jest konkretna ocena punktowa, która rzutuje na pozycję oferty w rankingu ofert. (...) Ustalenie statusu próbki, tj. odpowiednie zakwalifikowanie jej do grona dokumentów przedmiotowych lub do elementów oferty, bezpośrednio wpływa na uprawnienia zamawiającego i wykonawcy związane ze złożoną próbką. Jeżeli bowiem próbka stanowi jeden z dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 PrZamPubl, dokument ten podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 PrZamPubl lub wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 PrZamPubl. Natomiast próbka traktowana jako część oferty nie może podlegać uzupełnieniu, lecz co najwyżej wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 PrZamPubl." (J. Pieróg Zamówienia publiczne. Akty wykonawcze. Warszawa 2015 r.)

Nie ulegało wątpliwości odwołującego, że w niniejszym postępowaniu zdjęcia miały potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Zamawiający wprost wskazał to w treści SIWZ zastrzegając, że dołączenie

zdjęć ma nastąpić w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego (punkt 6.2.10 SIWZ). Taki zapis w sposób jednoznaczny przesądza o charakterze zdjęć. Poza tym, w SIWZ nie określono żadnego innego sposobu oceny zdjęć. W szczególności zdjęcia nie były w żaden sposób brane pod uwagę jako kryterium oceny ofert. Odwołujący zaznaczał, że zamawiający miał możliwość w treści SIWŻ zastrzec na przykład, że wprowadza kryterium oceny ofert - jakość, a na podstawie zdjęć lepiej będą oceniane produkty z systemem zatrzaskowym, czy wkręcanymi śrubami bez oczek. Nie zrobił jednak tego. Zastrzegł, że zdjęcia będą jedynie potwierdzać, że



dostawy spełniają określone wymagania. Zamawiający nie ma prawa na etapie badania ofert naruszać zasad, które ustanowił w SIWZ.

Zdaniem odwołującego, zamawiający prawidłowo przytacza orzeczenia KIO, natomiast dokonuje ich nieprawidłowej interpretacji, przez co nadaje zdjęciom błędną kwalifikację. W stanach faktycznych, na kanwie których zapadły wyroki cytowane przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty, złożone dokumenty (próbki) miały być podstawą oceny oferty w kryterium jakość. Na tej podstawie stanowiły integralną część oferty i nie mogły podlegać uzupełnieniu. Według odwołującego w niniejszym przypadku jednak zdjęcia nie są częścią oferty, a dokumentem potwierdzającym spełnienie wymagań. O takim charakterze zdjęć zadecydował sam zamawiający formułując zapisy SIWZ. Za chybiony uznał również argument zamawiającego, że na podstawie zdjęć odrzucono pięć ofert konkurencyjnych wykonawców. Dla ustalenia, czy zdjęcia stanowiły treść oferty, czy dokument potwierdzający, ta okoliczność jest całkowicie irrelewantna. Podtrzymał, że zdjęcia nie stanowią więc treści oferty, a jedynie potwierdzenie, że dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Uzupełnienie ich - nie spowoduje zmiany treści oferty odwołującego. W związku z powyższym w stosunku do zdjęć znajdzie zastosowanie norma prawna wynikająca z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakazująca zamawiającemu wezwanie odwołującego do uzupełnienia.

Uwzględniając powyższe, odwołujący stwierdził, że nie zaktualizuje się przepis mówiący o tym, że nie wzywa się do uzupełnienia dokumentów, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Skoro oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, zamawiający zobowiązany jest również wezwać do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie tych dostaw.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej w dniu 9 sierpnia 2016 r. i do protokołu rozprawy, podał, że rynek urn przezroczystych nie istnieje, dopiero się tworzy. Zamawiającemu zależało na maksymalnym poszerzeniu konkurencji w tym postępowaniu, na dopuszczeniu wykonawców, którzy mieli doświadczenie w produkcji urn stosowanych w poprzednim okresie, jak i takich wykonawców, którzy uruchomili produkcję z nowego materiału poliwęglanu litego - *de facto* nowego produktu na rynku. Poprzez przedłożone zdjęcia zamawiający chciał sprawdzić czy wykonawca jest w stanie zaoferować urny wykonane z poliwęglanu. Chodziło, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia, o cztery typy urn. Zamawiający wywodził swoje twierdzenia, że zdjęcia stanowiły treść oferty - z określenia w pkt 6.2.10 „urn oferowanych przez wykonawcę". Nie przeczył, że w nadpisaniu do pkt 6.2.10 stwierdził, iż zdjęć tych wymaga - w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zamawiający oświadczył, że jego intencją było, że zdjęcia mają stanowić treść oferty - poprzez kolejne postanowienie



dotyczące tej kwestii w pkt 6.2.10 „zdjęcia każdego rodzaju urn określonego w pkt 3.2 SIWZ oferowanych przez wykonawcę". Określił zatem, że zdjęcia te będą wyrażały treść oferowanego przedmiotu. Zamawiający zwracał uwagę, że do potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom OPZ - mógł się posłużyć takimi dokumentami jakie wynikają z rozporządzenia w sprawie dokumentów i wybrał dokument dopuszczony w paragrafie 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w postaci fotografii. Orzecznictwo określa, iż znaczenie dla oceny tego dokumentu ma cel jego złożenia oraz zakres informacji wynikający z ich treści. Zamawiający oświadczył, że potwierdzeniem tego, iż przez zdjęcia rozumiał treść oferty jest fakt że odrzucił oferty pięciu wykonawców, którzy tak jak odwołujący nie załączyli zdjęć lub też zdjęcia, które złożyli wprost potwierdzały złożenie oferty niezgodnej z

SIWZ. Chodziło m.in. o tzw. śruby z oczkiem. Podtrzymał, że zdjęcia niosły w sobie treść oferty i dlatego niemożliwe jest ich uzupełnienie, ponieważ prowadziłoby to do zmiany treści oferty, lub negocjacji treści oferty z wykonawcą, lub obejścia zakazu składania więcej niż jednej oferty. Jeżeli wykonawcy, którzy złożyli zdjęcia obrazujące niezgodny z opisem sposób wykonania urn - byliby wezwani do ich uzupełnienia to wówczas złożyliby inne zdjęcia i de facto inną ofertę, a zatem obchodziliby zakaz składania więcej niż jednej oferty, a to jest niedopuszczalne. Zamawiający oświadczył, że w przy ewentualnej ponownej ocenie ofert musiałby brać pod uwagę wszystkie oferty odrzucone z danej przyczyny. Za nieuprawnione uznał twierdzenie odwołującego, że treść oferty miała się dopiero pojawić przy podpisaniu umowy. Treść oferty konkretyzowała się poprzez treść złożoną na formularzu i poprzez zdjęcie - ono stanowiło oświadczenie woli wykonawcy i jego zobowiązanie, stąd zamawiający wywodził konieczność odrzucenia oferty odwołującego i uczynił to w oparciu o znane mu orzecznictwo. Zamawiający podnosił, że po otwarciu ofert udostępnił zdjęcia wykonawcom, którzy byli zainteresowani wglądem do ofert, w tym odwołujący miał pełną wiedzę o zawartości ofert wykonawców, ponieważ zażądał do nich wglądu. Zdaniem zamawiającego odwołujący miał wiedzę o treści ofert konkurentów. Zamawiający zgadzał się, że nawet z przedstawionych fotografii skoro nie zawierają skali nie da się odczytać czy oferowana urna jest np. zgodna z wymiarami podanymi w Opisie przedmiotu zamówienia według załączników 1-5 do wzoru umowy. Zdaniem zamawiającego nie odbiera to jednak żądanym fotografiom możliwości ustalenia zgodności treści oferty (oferowanego przedmiotu zamówienia) z opisem jeżeli nawet nie w 100%, to w pewnej części. Zamawiający uznawał, że jego stanowisko jest zgodne z dosłowną treścią odnośnego postanowień SIWZ, że nie dokonał interpretacji pkt 6.2.10, a jedynie przywołał jej treść wskazującą, iż chodzi o urny oferowane przez wykonawcę, a zatem zapis ten wprost określa cel i zakres informacji wynikających z fotografii. Nie była to zatem interpretacja czy nadinterpretacja, ale wyraźne brzmienie pkt 6.2.10 SIWZ. Nie można twierdzić, że uzupełnienie fotografii nie spowoduje zmiany treści oferty. Badanie ofert odnosi się do ofert


---

złożonych w postępowaniu, a nie do pojedynczej oferty, to jest oferty odwołującego. Treść zawarta w ofertach konkurencyjnych, a odrzuconych ma oczywiste znaczenie dla tego postępowania i zamawiający nie może od niej abstrahować przy ocenie ofert.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z postanowień ogłoszenia, SIWZ z wyjaśnieniami, oferty odwołującego, oferty przystępującego, korespondencji kierowanej do zamawiającego przez odwołującego, z protokołu postępowania i z zawiadomienia o wyniku przetargu.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, 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 na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wynika następujący stan faktyczny - Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (zwana „SIWZ")

3. Opis przedmiotu zamówienia

3.2. Przedmiotem zamówienia jest dostawa urn wyborczych z poliwęglanu litego transparentnego w 2016 r. dla Urzędu Miasta Krakowa, wykonanych zgodnie z wytycznymi Państwowej Komisji Wyborczej (PKW) określonymi w załącznikach do uchwały z dnia 21 marca 2016 r. w sprawie wzorów urn wyborczych (M.P. poz. 312), z uwzględnieniem uchwały PKW z dnia 11 kwietnia 2016 r. zmieniającej uchwałę w sprawie wzorów urn wyborczych (M.P. poz. 398), według poniższego wyszczególnienia:

Lp. Typ urny Liczba urn (minimalna) Liczba urn (maksymalna)

1) Urna wyborcza dla obwodu głosowania do 750 wyborców, w tym dla obwodu, w którym lokal wyborczy dostosowany jest do potrzeb wyborców niepełnosprawnych (wg opisu w zał. nr 1 do umowy),
2) Urna wyborcza dla obwodu głosowania powyżej 750 wyborców (wg opisu w zał. nr 2 do umowy),
3) Urna wyborcza dla obwodu głosowania powyżej 750 wyborców, w którym lokal wyborczy dostosowany jest do potrzeb wyborców niepełnosprawnych (wg opisu w zał. nr 3 do umowy),
4) Urna wyborcza pomocnicza (przenośna) dla obwodu głosowania w zakładzie opieki

zdrowotnej i w domu pomocy społecznej (wg opisu w zał. nr 4 do umowy),

12

---

3.3. Zamawiający gwarantuje zamówienie minimalnej liczby urn (523 szt.) jednak zastrzega sobie możliwość zwiększenia zamówienia maksymalnie do liczb wskazanych w kolumnie 4 w pkt. 3.2 specyfikacji (prawo opcji), zgodnie z postanowieniami § 3 ust 3 wzoru umowy.
3.4. Zamawiający informuje, że ocena ofert zostanie dokonana w oparciu o łączną cenę brutto za minimalną liczbę urn wskazaną w Formularzu oferty.
3.5. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera wzór umowy wraz z załącznikami stanowiący załącznik nr 3 do specyfikacji.
3.7. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych.
3.8. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych.
4. Termin wykonania zamówienia
Przedmiot umowy (wraz z prawem opcji) będzie realizowany od dnia zawarcia umowy do 30 września 2016 r. zgodnie z zapisami § 2 ust. 3 wzoru umowy.
5. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.
5.1 W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają wymogi określone w art. 22 ust. 1 ustawy, w tym w szczególności posiadają wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), należycie wykonali co najmniej:
a) jedną dostawę wyrobów z poliwęglanu litego realizowaną na podstawie jednej umowy (zamówienia), na kwotę min. 100 000,00 zł brutto lub
b) dwie dostawy wyrobów z poliwęglanu litego na kwotę min. 50 000,00 zł brutto każda.
5.3 Ocena spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu - o których mowa w pkt 5.1. specyfikacji - zostanie dokonana w oparciu o dokumenty wymienione w punktach 6.2.1. - 6.2.4. specyfikacji, a warunku o którym mowa w pkt. 5.2 specyfikacji - zostanie dokonana w oparciu o dokumenty wymienione w punktach 6.2.5.- 6.2.8. specyfikacji.
6. Oświadczenia i dokumenty, jakie Wykonawca zobowiązany jest złożyć w ofercie w celu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i niepodlegania wykluczeniu.
6.2. Wykonawca jest zobowiązany złożyć w ofercie:
- w celu oceny spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy:
6.2.1. Oświadczenie Wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu - wypełnione i podpisane odpowiednio przez osoby upoważnione do reprezentowania

13

---

Wykonawcy [załącznik nr 2 A (część I) do specyfikacji] albo przez Pełnomocnika reprezentującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [załącznik nr 2 B (część I) do specyfikacji].
6.2.2. Wykaz dostaw - na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt 5.1 specyfikacji - sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji.
6.2.3. Dowody, że dostawy, o których mowa w pkt 6.2.2. zostały wykonane należycie: (…)
- w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego:
6.2.9. Atest higieniczny płyt z poliwęglanu litego transparentnego z których zostaną wykonane urny lub inny równoważny dokument sporządzony przez uprawnioną do tego instytucję.
6.2.10. Zdjęcia każdego z rodzajów urn, określonych w pkt 3.2 specyfikacji, oferowanych przez Wykonawcę.
- oraz inne dokumenty tj.:
6.2.11. Formularz oferty - wypełniony i podpisany przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy.
16. Termin i miejsce składania i otwarcia ofert. Oferty należy składać (…) - nie później niż do 5 lipca 2016 r.
17. Sposób obliczenia ceny oferty.
17.1 Wykonawca w Formularzu oferty ma obowiązek podać cenę brutto za wykonanie

zamówienia zgodnie z kalkulacją zawierającą ceny netto poszczególnych pozycji 1-4 tabeli oraz wskazać zastosowaną stawkę podatku VAT (w %).
19. Kryteria oceny ofert, ich znaczenie oraz sposób oceny ofert.
19.1. Oferty, które nie podlegają odrzuceniu z postępowania i zostały złożone przez Wykonawców, zapewniających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 5.1. i 5.2. specyfikacji, będą podlegały ocenie według kryterium:
P1 - cena - waga kryterium 90%,
P2 - okres gwarancji - waga kryterium 10%.
Okres gwarancji jakości: minimum 48 miesięcy, maksimum 96 miesięcy.
19.4. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska najwyższą sumę punktów (P1 + P2) (…).



---

20.4. Wykonawca zobowiązany jest przed podpisaniem umowy przedstawić Zamawiającemu opis techniczny każdego z rodzajów urn określonych w pkt 3.2 specyfikacji zawierający w szczególności parametry określone w załącznikach 1-5 do wzoru umowy tj.:
a) wymiary urn wyborczych
b) technologię formowania
c) kąt ugięcia krawędzi
d) liczbę i sposób łączenia nitów
e) rodzaj mechanizmów do zablokowania pokrywy urny
f) rodzaj uchwytów meblowych, model, sposób montażu
g) model nakrętki
h) wymiary otworu wrzutowego
21.2. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy, Zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.
23. Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy/ogólne warunki umowy/wzór umowy. Wzór umowy (wraz z załącznikami) stanowi załącznik nr 3 do specyfikacji.
Wykaz załączników stanowiących integralną część specyfikacji:
Załącznik nr 1 - Formularz oferty - wzór
Załącznik nr 2 - Oświadczenie Wykonawcy/ Pełnomocnika/ podmiotu (2A, 2B, 2C)
Załącznik nr 3 - Wzór umowy wraz z załącznikami
Załącznik nr 4 - Wykaz wykonanych dostaw
Załącznik nr 1 specyfikacji
FORMULARZ OFERTY
I. Zarejestrowana nazwa (firma) Wykonawcy …
Zarejestrowany adres (siedziba) Wykonawcy z numerem kodu pocztowego: (…)
II. Składając ofertę w postępowaniu na „Dostawę urn wyborczych z poliwęglanu litego dla Urzędu Miasta Krakowa” zobowiązuję się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z następującymi warunkami:
1. Cena za wykonanie przedmiotu zamówienia wynosi:.....zł brutto w tym stawka podatku VAT ……. % zgodnie z kalkulacją:
Lp. Typ urny wyborczej, Minimalna liczba urn, Cena jednostkowa netto, Cena łączna netto (…) Razem zł netto: …Razem zł brutto:….
2. Udzielam gwarancji na okres … miesięcy (min. 48 miesięcy).
3. Zobowiązuję się do wykonania przedmiotu umowy (wraz z prawem opcji) w terminie do 30 września 2016 r. zgodnie z zapisami § 2 ust. 3 wzoru umowy.



---

III. 1. Warunki płatności: zgodnie ze wzorem umowy (…)
2. Oświadczam, że zapoznałem się z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z jej załącznikami i nie wnoszę do niej zastrzeżeń, jak również, że uzyskałem wszelkie informacje niezbędne do złożenia niniejszej oferty i wykonania zamówienia.
3. Oświadczam, że jestem związany złożoną ofertą przez 30 dni od upływu terminu składania ofert.
4. Oświadczam, że w przypadku uznania mojej oferty za najkorzystniejszą zobowiązuję się do wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach przedstawionych w złożonej ofercie i

zawartych w dołączonym do specyfikacji wzorze umowy. (…)
Załącznik nr 2A do specyfikacji
Imię/ Nazwisko/ Firma Wykonawcy, Adres Wykonawcy
W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa urn wyborczych z poliwęglanu litego dla Urzędu Miasta Krakowa", oświadczam na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) co następuje:
I. o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy: stosownie do treści art. 22 ust. 1 ww. ustawy oświadczam, iż Wykonawca którego reprezentuję spełnia warunki dotyczące:
a) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
b) posiadania wiedzy i doświadczenia;
c) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
d) sytuacji ekonomicznej i finansowej.
II. o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy: (…)
Załącznik nr 4 do specyfikacji
WYKAZ WYKONANYCH DOSTAW na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 5.1. specyfikacji
Lp Opis przedmiotu zamówienia Kwota brutto za wykonane dostawy Termin realizacji Podmioty na rzecz, których dostawy zostały wykonane
Powyższy wykaz obejmuje dostawy zrealizowane/realizowane przez…(wypełnić gdy Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy).
Zamawiający udzielał odpowiedzi na zapytania wykonawców do postanowień SIWZ.
16

---

OR-10.271.67.2016 Kraków, 23 czerwca 2016 r.
Dotyczy: postępowania pn. „Dostawa urn wyborczych z poliwęglanu litego dla Urzędu Miasta Krakowa"
Działając zgodnie z treścią art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015, poz. 2164), Zamawiający informuje, że w przedmiotowym postępowaniu w dniu 22 czerwca 2016 r. wpłynęło pytanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść pytania w oryginalnym brzmieniu wraz z odpowiedzią Zamawiającego znajduje się poniżej.
Pytanie 1 Odnośnie zapisu z Załączników Nr 1, 2, 3 i 4 do umowy, chcielibyśmy odnieść się do pkt.6.,tj.: „Do zablokowania pokrywy urny mają być zastosowane mechanizmy odciągane (bez możliwości ich całkowitego wyjęcia).
Według zapisów z Uchwały Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 21 marca 2016r., w sprawie wzorów urn wyborczych z uwzględnieniem uchwały Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 11 kwietnia 2016r. zmieniającej uchwałę w sprawie wzorów urn wyborczych, która rozszerza technologię sporządzania urn wyborczych oraz pismach Szefa Krajowego Biura Wyborczego z dnia 21 kwietnia 2016r. w sprawie umieszczenia godła na urnach i pisma z dnia 25 kwietnia 2016r. w sprawie dotyczącej konstrukcji urny wyborczej, a także Zbioru Wyjaśnień Państwowej Komisji Wyborczej Dotyczących Przezroczystych Urn Wyborczych: „Dopuszczalne jest zastosowanie do zamknięcia i blokowania wieka urny: 1) mechanizmów odciąganych (bez możliwości ich całkowitego wyjęcia) zamiast zakręcanych, pod warunkiem umieszczenia w ścianach bocznych i wieku urny otworów umożliwiających założenie plomby plastikowej lub metalowej, lub:
2) śrub wkręcanych (bez możliwości całkowitego wykręcenia) w nitonakrętki zamocowane w ścianach bocznych urny."
/Nazwa Wykonawcy/ stosuje śruby wkręcane, bez możliwości ich całkowitego wykręcenia. Przeprowadzone przez nas testy wykazały, iż mechanizmy odciągane, w momencie przewrócenia urny 'otwierają' się, przez co może dojść do zerwania plomb i wysypania głosów. Śruby zakręcane dają większe zabezpieczenie m.in. przed łatwym dostaniem się do zawartości urny (akt wandalizmu).
Prosimy o uwzględnienie tego rozwiązania w wymaganiach technicznych, dotyczących przezroczystych urn wyborczych.

Odpowiedź
Zamawiający, działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy, dokonuje zmiany treści punktu 6 załączników nr 1, 2, 3 i 4 do wzoru umowy (stanowiącego zał. nr 3 do specyfikacji):

17

---

z: „Do zablokowania pokrywy urny mają być zastosowane mechanizmy odciągane (bez możliwości ich całkowitego wyjęcia)”
na: „Do zablokowania pokrywy urny mają być zastosowane mechanizmy odciągane (bez możliwości ich całkowitego wyjęcia) lub mechanizm blokujący w postaci nakrętek wkręcanych bez otworów tzw. oczek”.
W tym miejscu zamawiający potwierdza, że można było zastosować jedno z dwóch wyżej wskazanych rozwiązań technicznych, gdyż były one dopuszczone w wyjaśnieniach Państwowej Komisji Wyborczej.
Pozostałe zapisy specyfikacji oraz treść ogłoszenia o zamówieniu pozostaje bez zmian.
OR-10.271.67.2016 Kraków, 28 czerwca 2016 r.
Pytanie 1
W nawiązaniu do zamieszczonego przez Państwa zamówienia pod nazwą „ Dostawa urn wyborczych z poliwęglanu litego dla Urzędu Miasta Krakowa" chcielibyśmy nawiązać do następującego punktu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a mianowicie:
„.....5. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.
5.1 W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają wymogi określone w art. 22 ust. 1 ustawy, w tym w szczególności posiadają wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie),należycie wykonali co najmniej:
a) jedną dostawę wyrobów z poliwęglanu litego realizowaną na podstawie jednej umowy (zamówienia), na kwotę min. 100 000,00 zł brutto lub
b) dwie dostawy wyrobów z poliwęglanu litego na kwotę min. 50 000,00 zł brutto każda. "
Jesteśmy producentem artykułów wyborczych od 2001 roku. W ofercie posiadamy towar, który jest niezbędny do wyposażenia lokali wyborczych tj. urny wyborcze, kabiny wyborcze, flagi, stojaki, parawany wyborcze i wiele innych. Od lat zajmujemy się produkcją oraz sprzedażą powyższych artykułów na terenie całego kraju, oraz poza granicami Polski.
Urny wyborcze przezroczyste znajdujące się dotychczas w naszej ofercie jak i innych producentów lub dystrybutorów artykułów wyborczych były produkowane z tworzywa PCV, stali, drewna lub plexi do momentu wprowadzenia zmian przez Krajowe Biuro Wyborcze. Nie mieliśmy więc okazji jako producent artykułów z tej branży do wykonywania produktów z poliwęglanu litego, ponieważ nie było takiego zapotrzebowania w okresie działalności naszej firmy. Nawiązując do punktu 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przytoczonego

18

---

powyżej, posiadamy bogate doświadczenie w dziedzinie produkcji urn wyborczych lecz eliminuje nas brak sprzedaży wyrobów z poliwęglanu litego.
Zwracamy się zatem z prośbą o odstępstwo od powyższego zapisu. Jednocześnie możemy udokumentować sprzedaż urn wyborczych do ponad tysiąca urzędów w Polsce i placówek dyplomatycznych zagranicą. Zaznaczamy, iż w tym roku na urny wyborcze wykonane z poliwęglanu litego złożyło już u nas zamówienia ponad sto urzędów na kwotę ok. 1 mln złotych. Bierzemy również udział w większości pojawiających się przetargów na dostawę i zakup urn wyborczych z całej Polski.
Odpowiedź
Zamawiający podtrzymuje zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwłaszcza wobec możliwości opisanych w art. 26 ust. 2b oraz art. 23 ust. 1 ustawy (por także pkt 6.1 oraz 8.1 specyfikacji.
Pytanie 2
Zamawiający pismem z dnia 23 czerwca 2016 r. zmienił treść punktu 6 załączników nr 1,2,3 i 4 wzoru umowy (stanowiącego zał. nr 3 SIWZ), który otrzymał brzmienie: „Do zablokowania pokrywy urny mają być zastosowane mechanizmy odciągane (bez możliwości ich całkowitego wyjęcia) lub mechanizm blokujący w postaci nakrętek wkręcanych bez otworów tzw. oczek”.

Zgodne z uchwałą Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 21 marca 2016 r. (M.P. z 2016 r. poz. 312) oraz uchwałą Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 11 kwietnia 2016 r. zmieniającej uchwałę w sprawie wzorów urn wyborczych (M.P. z 2016 r. poz. 398) w zał. nr 5 (Detale konstrukcyjne urn wyborczych) wskazany jest sposób mocowania plomby (przeciągnięcie przez uchwyt oraz „oczko" w śrubie). Zgodnie z powyższym konieczne jest stosowanie śruby z oczkiem. Zgodnie ze zbiorem wyjaśnień PKW dot. urn wyborczych gdy zostaną zastosowane uchwyty umożliwiające przełożenie plomby oraz śruby wkręcane z otworem (oczkiem): „nie ma konieczności umieszczania w jej bokach i pokrywie dodatkowych otworów na przełożenie plomby" Jedynie gdy stosowane są alternatywne rozwiązania konieczne jest stosowanie dodatkowych otworów na plomby. Należy nadmienić, iż każdy dodatkowy otwór osłabia konstrukcję urny. Punkt B Zbioru wyjaśnień PKW wyraźnie stwierdza:" Wykonawca ma dowolność zarówno w zaprezentowaniu gminie uchwytów meblowych, jak też nakrętek służących do blokowania wieka urny „Ponadto zastosowanie śrub bez oczek wiąże się z koniecznością posiadania kluczy płaskich lub oczkowych do otwierania i zamykania urny.
Pytanie 1. Czy Zamawiający dopuszcza stosowanie śrub z oczkiem i co za tym idzie sposób mocowania plomby określony w załączniku nr 5 uchwały?

19

---

Odpowiedź
Zamawiający nie dopuszcza stosowania śrub z oczkiem. Zgodnie z pkt 7 załączników nr 1, 2, 3 i 4 do umowy, Zamawiający wymaga, aby w ścianach bocznych i wieku urny umieszczone były otwory umożliwiające założenie plomby plastikowej lub metalowej. Otwory na plomby nie mogą być zbyt duże, ponieważ może to osłabić konstrukcję urny.
Pytanie 3
Zamawiający w punkcie 5 załączników nr 1, 2, 3 i 4 wzoru umowy (stanowiącego zał. nr 3 SIWZ) określa: „W otworze wrzutowym wykonanie zagiętych do wnętrza urny krawędzi ( kołnierza)".
Zgodne z uchwałą Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 21 marca 2016 r. (M.P. z 2016 r. poz. 312) oraz uchwałą Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 11 kwietnia 2016 r. zmieniającej uchwałę w sprawie wzorów urn wyborczych (M.P. z 2016 r. poz. 398) w zał. 1, 2, 3 i 4 (Wzory urn wyborczych), oraz w zał. nr 5 (Detale konstrukcyjne urn wyborczych) precyzyjnie zostały określone jego parametry: "Otwór wrzutowy wycięty w poliwęglanie litym 3mm, oszlifowane krawędzie" oraz został zamieszczony jego rysunek techniczny. W piśmie Przewodniczącego Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 11 kwietnia 2016 r. zostały zamieszczone dwa zalecenia dotyczące produkcji urn:
1) wykonania zagięć górnych krawędzi ścian urny do wewnątrz
2) stosowanie uchwytów o trzech punktach podparcia lub uchwytów, które całą powierzchnią przylegają do boków urny.
Ponadto w w/w piśmie zostało sformułowane iż „ dopuszczalne jest":
a) „W otworze wrzutowym wykonanie zagiętych do wnętrza urny krawędzi (kołnierza)".
b) „Zastosowanie do zamknięcia i blokowania urny mechanizmów odciągowych"
Zgodnie z powyższym, a także z interpretacją Biura Prawnego Państwowej Komisji Wyborczej konieczne jest wykonanie urn zgodnych ze wzorami określonymi w zał. 1-5 Uchwały Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 21 marca 2016 r. oraz uchwałą z dnia 11 kwietnia 2016 r. (dodającej sformułowanie: „albo wygięty na zimno), a także z zaleceniami PKW opisanymi powyżej. Wykonanie zagiętych do wnętrza urny krawędzi (kołnierza) jest jedynie „DOPUSZCZALNE" i nie może być bezwzględnie wymagane jako konieczne, tak jak nie może być bezwzględnie wymagane stosowanie mechanizmów odciągowych zamykania urny zamiast śrub wkręcanych.
W związku z powyższym wnosimy o zmianę treści punktu 5 załączników nr 1, 2, 3 i 4 wzoru umowy (stanowiącego zał. nr 3 SIWZ) i dodanie sformułowania: Otwór wrzutowy wykonany zgodnie Zgodne z uchwałą Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 21 marca 2016 r. (M.P. z 2016 r. poz. 312) oraz uchwałą Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 11 kwietnia 2016 r.

20

---

zmieniającej uchwałę w sprawie wzorów urn wyborczych (M.P. z 2016 r. poz. 398).
Dopuszczalne jest w otworze wrzutowym wykonanie zagiętych do wnętrza urny krawędzi

(kołnierza).
Odpowiedź
Zamawiający, działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy, informuje o zmianach dokonanych we wzorze umowy (stanowiącym zał. nr 3 do specyfikacji) - poprzez zmianę treści pkt 5 załączników nr 1, 2, 3 i 4 do wzoru umowy:
z treści: „W otworze wrzutowym wykonanie zagiętych do wnętrza urny krawędzi („kołnierza"), co usztywni konstrukcję wieka urny oraz ułatwi wyborcom wrzucanie kart do głosowania (po zwężeniu otwór wrzutowy nie może być węższy niż 1,5 cm)"
na: „W otworze wrzutowym wykonanie zagiętych do wnętrza urny krawędzi („kołnierza"), co usztywni konstrukcję wieka urny oraz ułatwi wyborcom wrzucanie kart do głosowania (po zwężeniu otwór wrzutowy nie może być węższy niż 1,5 cm). Dopuszcza się również wykonanie otworu wrzutowego wyciętego w poliwęglanie litym 3 mm, oszlifowane krawędzie, o wymiarach określonych w załącznikach 1-5 do umowy."
Pytanie 4
W punkcie 6.2.9 SIWZ Zamawiający żąda od wykonawców złożenia w ofercie atestu higienicznego płyt z poliwęglanu litego z którego zostaną wykonane urny lub innego równoważnego dokumentu sporządzonego przez uprawnioną do tego instytucję.
Zgodnie z informacjami umieszczonymi na stronie Państwowego Zakładu Higieny Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego atestacji (pomijając grupy wyrobów dla dzieci oraz spożywczych) winny podlegać jedynie wyroby: (…)
Odpowiedź
Zamawiający, działając zgodnie z treścią art. 38 ust. 4 ustawy, informuje o zmianach dokonanych w treści specyfikacji polegających na usunięciu pkt 6.2.9 specyfikacji o treści „Atest higieniczny płyt z poliwęglanu litego transparentnego, z których zostaną wykonane urny lub inny równoważny dokument sporządzony przez uprawnioną do tego instytucję".
Dodatkowo Zamawiający informuje o zmianie terminu składania i otwarcia ofert. W związku z powyższym wprowadzono następujące zmiany:
a) pkt 15.11 specyfikacji - zmianie ulega termin otwarcia ofert, ostatnie zdanie w opisie koperty otrzymuje zatem brzmienie: „Nie otwierać przed 5 lipca 2016 r. godz. 10:00",
b) termin składania ofert wskazany w pkt 16.1. specyfikacji ulega zmianie na: „5 lipca 2016 r. do godz. 9:00",



---

Ponadto informuję, że ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, zawierające powyższe modyfikacje, zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 czerwca 2016 r. pod numerem: 107313 - 2016.
Wykonawca winien uwzględnić powyższe w składanej ofercie. Pozostałe zapisy specyfikacji i ogłoszenia o zamówieniu nie ulegają zmianie.
OR-10.271.67.2016 Kraków, 29 czerwca 2016 r.
Pytanie 1
Czy warunek udziału w postępowaniu opisany w punkcie III.3.2 wiedza i doświadczenie związany z wymogiem określonym w art.22 ust 1 zostanie uznany za spełniony jeżeli:
a) firma dokonała dostawy urn wyborczych, których dotyczy zamówienie czyli zgodnych z projektem PKW z dn.11 kwietnia 2016 w ilości większej niż 100 000 zł brutto w okresie 1 miesiąca w roku 2016 do wielu Gmin w Polsce na podstawie wielu umów.
Odpowiedź
Zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów załączonych do złożonych przez Wykonawców ofert. Patrz również odpowiedź na pytanie nr 1 z dnia 28 czerwca 2016 r (tura II).
Pytanie 2
Proszę o wskazanie dwóch przykładowych niezależnych podmiotów uprawnionych do kontroli jakości mogących potwierdzić że dostarczone urny i ich komponenty odpowiadają określonym normom i specyfikacjom technicznym.
Odpowiedź
Zamawiający zrezygnował z wymogu dołączenia do oferty dokumentu, o którym mowa w pkt. 6.2.9 specyfikacji. Patrz odpowiedź na pytanie nr 4 z dnia 28 czerwca 2016 r (tura II).
Zapisy specyfikacji oraz ogłoszenia o zamówieniu pozostają bez zmian.
UMOWA (wzór umowy)
Zawarta w dniu ..... pomiędzy Gminą Miejską Kraków – Urzędem Miasta Krakowa z siedzibą

w Krakowie przy pl. Wszystkich Świętych 3-4, zwaną dalej Zamawiającym, reprezentowanym przez: działającym na podstawie Pełnomocnictwa (…) a …. zwanym/i dalej Wykonawcą.
§ 1 Umowa zostaje zawarta z Wykonawcą, który został wyłoniony w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej ustawą.

22

---

§ 2 Przedmiot umowy 1. Przedmiotem zamówienia jest „Dostawa urn wyborczych z poliwęglanu litego transparentnego w 2016 roku dla Urzędu Miasta Krakowa", wykonanych zgodnie z wytycznymi Państwowej Komisji Wyborczej, określonymi w załącznikach do uchwały z dnia 21 marca 2016 r. w sprawie wzorów urn wyborczych (M. P. poz. 312) z uwzględnieniem uchwały Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 11 kwietnia 2016 r. zmieniającej uchwałę w sprawie wzorów urn wyborczych (M. P. poz. 398).
2. Szczegółowy opis i zakres zamówienia jest określony w załącznikach nr 1-5 i nr 6 do wzoru umowy pn. „Zakres rzeczowo - finansowy".
3. Przedmiot umowy (wraz z prawem opcji) będzie realizowany od dnia zawarcia umowy do 30 września 2016 r., przy czym:
a) partia próbna w liczbie po dwie sztuki z każdej pozycji zamówienia określonej w załączniku nr 6 do niniejszej umowy, zostanie dostarczona w terminie 14 dni od daty zawarcia umowy w celu uzyskania akceptacji warunkującej przystąpienie Wykonawcy do realizacji zamówienia. W przypadku akceptacji przez Zamawiającego partia próbna zostanie zaliczona na poczet realizacji zamówienia.
Wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia uwag Zamawiającego co do zgodności z opisem przedmiotu zamówienia.
b) pierwsza dostawa w liczbie nie mniejszej niż 20 % całości zamówienia zostanie zrealizowania do 31 sierpnia 2016 r.
4. Strony ustalą szczegółowy harmonogram poszczególnych dostaw.
§ 3 Wynagrodzenie i ogólne warunki umowy
1. Wysokość wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu umowy nie przekroczy kwoty: … złotych słownie: …, w tym stawka podatku VAT …%.
2. W trakcie realizacji przedmiotu umowy ceny jednostkowe określone w załączniku nr 6 do umowy pn. „Zakres rzeczowo - finansowy" nie ulegną zmianie.
3. Minimalna liczba zamawianego asortymentu została określona w załączniku nr 6 do umowy. Zamawiający zastrzega sobie, w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1, prawo zamówienia dodatkowo maksymalnie:
a) 10 sztuk urn wyborczych, o których mowa w poz. 1 załącznika nr 6 do umowy,
b) 22 sztuk urn wyborczych, o których mowa w poz. 2 załącznika nr 6 do umowy,
c) 19 sztuk urn wyborczych, o których mowa w poz. 3 załącznika nr 6 do umowy,
d) 3 sztuk urn wyborczych, o których mowa w poz. 4 załącznika nr 6 do umowy (prawo opcji).
Oświadczenie woli o skorzystaniu z prawa opcji, zostanie złożone na piśmie, przez osobę upoważnioną ze strony Zamawiającego najpóźniej do 7 dni od daty zawarcia umowy.
23

---

4. Strony ustalają następujące warunki wykonania Zamówienia:
a) Towar może być dostarczany partiami, jednak nie mniej niż trzy i nie więcej niż pięć dostaw pod wskazane przez Zamawiającego adresy, na terenie miasta Krakowa.
c) Wszystkie urny objęte zamówieniem muszą być produktami nowymi, oryginalnymi - wyprodukowanymi i zapakowanymi w opakowania jednostkowe tj. w opakowania wykonane z kartonu minimum pięciowarstwowego (kolor obojętny), których celem będzie zapewnienie wieloletniego przechowywania.
5. Okres gwarancji jakości wynosi …. miesięcy licząc od daty wystawienia faktury końcowej. Gwarancja jakości obejmuje w szczególności: pęknięcia i mikropęknięcia poliwęglanu litego transparentnego, odbarwienia oraz pozostałe w użytkowaniu elementy mocowań, nitowania, uchwytów i ewentualne rozejście się urn pod wpływem właściwego dla danej urny ciężaru wsadu. Okres gwarancji jest tożsamy z przyjętą ofertą. (…)
§ 7 Kary umowne
W przypadku, gdy Wykonawca będzie wykonywał Zamówienie w sposób wadliwy albo

sprzeczny z umową, Zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu Zamawiający może odstąpić od umowy. (…)
Do wyznaczonego terminu 5 lipca 2016 r. oferty złożyło 10 wykonawców.
Zamawiający odrzucił oferty 8 wykonawców, w tym ofertę odwołującego.
Inni wykonawcy, których oferty zostały odrzucone - poza odwołującym nie wnieśli środków ochrony prawnej, co zamawiający potwierdza.
Oferty podlegające ocenie w kryteriach:

A. B.K. prowadzący działalność gospodarczą- firmą BARTGRAFIC B.K., ul Składowa 10, 62-891 Przeźmierowo - przyznana punktacja - 99,23 pkt (cena - 359 468,73 zł; okres gwarancji - 96 miesięcy)
B. A.B. ADAMEX Hucisko - przyznana punktacja - 92,50 (cena - 331 515,65; okres gwarancji - 60 miesięcy).

Oferta odwołującego, w przypadku, gdyby podlegała klasyfikacji w kryteriach otrzymałaby najwyższą ilość punktów, gdyż oferowała najniższą cenę - 294 339,47 zł i maksymalny okres gwarancji - 96 miesięcy, co zamawiający bezspornie przyznał.
Odwołujący złożył ofertę na formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, w którym zawarł oświadczenie w punkcie 4. „Oświadczam, że w przypadku uznania mojej oferty za najkorzystniejszą zobowiązuję się do wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach



przedstawionych w złożonej ofercie i zawartych w dołączonym do specyfikacji wzorze umowy.
Okoliczność bezsporną stanowiło, że odwołujący w dokumentach oferty nie złożył:

1. zdjęć każdego z rodzajów urn, określonych w pkt 3.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z wymaganiem pkt 6.2.10 - w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego,
2. wykazu wykonanych dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie tych dostaw.

Odwołujący sporządził adnotację, że: *„Z powodu braku możliwości wywołania zdjęć nie załączono ich do oferty. Zdjęcia prześlę mailem po otwarciu ofert, jako uzupełnienie do oferty.”*
W powiadomieniu z dnia 19 lipca 2016 r. o wyniku przetargu zamawiający podał następujące uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego:
*„Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uzasadnienie faktyczne: „Zgodnie z pkt. 6.2.10 specyfikacji Wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty zdjęcia każdego z rodzajów urn oferowanych przez Wykonawcę. Wykonawca nie dołączył do oferty żadnego z wymaganych zdjęć. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku zdjęć o takim statusie jak w niniejszym postępowaniu, nie jest dopuszczalne ich uzupełnianie, ponieważ stanowią bezpośrednio treść oferty Wykonawcy. Przykładowo w wyroku z dnia 17 września 2008 r. (sygn. KIO 919/08) Izba podkreśla, że „inny (...) będzie status próbki, czy też wzoru, gdy był on wymagany tylko i wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy też jakościowego, a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W pierwszym wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p. jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to de facto uzupełnienie elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element, w drugim wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p. jest, zdaniem Izby, w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione.*
*Jeśli zatem Zamawiający, tak jak to uczynił w niniejszym przypadku, wymagał załączenia do oferty szczególnego rodzaju dokumentów lub opisów, w celu dokonania na ich podstawie oceny ofert, nie jest, możliwe uzupełnienie tych braków, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Stanowiłoby ono bowiem uzupełnienie treści oferty i prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany jej treści. Próbka ta bowiem nosi niewątpliwie cechy oferty. O szczególnej wadze treści oferty zawartej na dołączonych do niej zdjęciach* świadczy *zresztą odrzucenie pięciu innych ofert konkurencyjnych, jako niezgodnych ze specyfikacją, z powodu ustalenia (na*

*podstawie zdjęć dołączonych do tych ofert) zastosowania niewłaściwego typu* śrub *z oczkiem. Stanowisko zamawiającego potwierdza także wyrok Izby z dnia 17 września 2015r. (sygn. KIO 1937/15), w którym stwierdzono: „w sytuacji gdy próbka traktowana jest w kategorii treści oferty, nie podlega ona uzupełnieniu, zaś próba dopełnienia oferty o niezałączoną do niej próbkę, bądź zamianę próbki nie spełniającej wymagań postawionych w SIWZ, skutkuje uznaniem,* że *mamy do czynienia z ofertą niezgodną ż SIWZ bądź następczą - po terminie składania ofert zmianą oferty, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp."*
*Informacja dodatkowa: Ponadto z ostrożności Zamawiający zwraca uwagę,* że *Wykonawca nie dołączył do oferty wymaganych dokumentów, o których mowa w pkt 6.2:2. i 6.2.3. specyfikacji tj. wykazu wykonanych dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie tych dostaw. Wykonawca nie został wezwany, na podstawie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia ww. dokumentów, ponieważ pomimo ich złożenia oferta podlega odrzuceniu."*
Odwołujący zwracał się do zamawiającego pismem z dnia 20 lipca 2016 r. w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, informując o niezgodnych (zdaniem odwołującego) z przepisami ustawy Pzp czynnościach podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

**Izba zważyła, co następuje.**

Odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności przez zamawiającego - z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co prowadzi do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskania wynagrodzenia za zrealizowane zamówienie.

Zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonych parametrów technicznych i właściwości wyrobu. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy



oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniania z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „oferta", wobec czego na podstawie art. 14 ustawy Pzp, należy odwołać się do Kodeksu cywilnego. Pojęcie oferty zostało zdefiniowane w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego jako: „Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, które stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy." Oferta jako jeden z rodzajów oświadczenia woli prowadzących do zawarcia umowy powinna zawierać więc istotne postanowienia umowy, co zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 570/09; KIO/UZP 571/09 oznacza, że: *„Treść oferty na gruncie p.z.p. należy rozumieć w sposób* ścisły, *i utożsamiać ją z oświadczeniem wykonawcy, z którego wynika zobowiązanie wykonawcy względem Zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy."* W powyższej kwestii wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 721/09), w którego uzasadnieniu wskazano, że: *„O zakresie*

*zobowiązania wyrażonego w ofercie wykonawcy w pierwszej kolejności przesądza jego treść, której materialnym substratem jest pismo wykonawcy, przedstawiające np. w formie formularza ofertowego cenę, sposób wykonania czy inne warunki zobowiązania, które wykonawca podejmuje."* Odnosząc powyższe do regulacji określonych w Prawie zamówień publicznych, istotne postanowienia (essentialia negotii) przyszłej umowy są określane przez wykonawcę składającego ofertę na podstawie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podstawowy dla przebiegu postępowania, jak i oceny oferty dokument, tj. specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera cały szereg wskazówek, co do sposobu przedstawienia oferty, od czysto formalnych, poprzez informacyjne, czy też o charakterze ubocznym, aż do postanowień istotnych dla oceny oferty, których niespełnienie obliguje zamawiającego do jej odrzucenia. Postanowienia te można zaliczyć jako określające składniki treści czynności prawnej *essentialia negotii* (przedmiotowo istotne składniki treści czynności prawnej, *naturalia negotii* (przedmiotowo nieistotne składniki ) oraz *accidentalia negotii* ( nie wpływające na istotę czynności) w rozumieniu pojęć Kodeksu cywilnego.

27

---

Na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które mają pierwszeństwo zastosowania w odniesieniu do czynności stron z mocy art. 14 Pzp, przed przepisami K.c. powyższy podział doznaje modyfikacji o tyle, że zamawiający w oparciu o własne zamierzenia, cele które chce osiągnąć wybierając najkorzystniejszą ofertę w wyniku rozstrzygnięcia przetargu, z góry w warunkach zamówienia ustala, jakie wymogi mają dla niego wymiar istotny, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty.

Zamawiający może w SIWZ podnieść do rangi istotnych postanowień, takie które w pojęciu cywilistycznym mieszczą się w określeniu *accidentalia negotii,* jak np. dotyczące terminu, czy oznaczonych klauzul umownych.

Rzeczą oczywistą i niebudzącą sporów, jest, że do istotnych warunków SIWZ, a zatem i oferty należą postanowienia dotyczące ceny (cen) ofertowych, które będą przyjmowane do rozliczeń stron, czy spełnienie parametrów granicznie wymaganych, oznaczenie zakresu przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Opis przedmiotu zamówienia zawarty w załącznikach od 1 do 5 wzoru umowy zawierał wymagane parametry i właściwości zamawianych urn wyborczych o charakterze normatywnym, wynikające wprost z wytycznych Państwowej Komisji Wyborczej, określonych w załącznikach do uchwały z dnia 21 marca 2016 r. w sprawie wzorów urn wyborczych (M. P. poz. 312) z uwzględnieniem uchwały Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 11 kwietnia 2016 r. zmieniającej uchwałę w sprawie wzorów urn wyborczych (M. P. poz. 398), które obligatoryjnie muszą zostać spełnione przez zaoferowany przedmiot zamówienia.

Nie można było jednak pominąć, że określone szczegóły konstrukcyjne urn, w ujęciu ww. wytycznych potwierdzonych wyjaśnieniami zamawiającego do SIWZ, mogły zostać rozwiązane przez wykonawcę w sposób alternatywny, dopuszczony w Opisie przedmiotu zamówienia.

Dla przejrzystości procedury i przewidywalności dla wykonawców podejmowanych decyzji w postępowaniu, zamawiający winien z góry w SIWZ podać w jakim zakresie wymagania stanowić mają istotną treść oferty, a ich niespełnienie będzie skutkowało odrzuceniem takiej oferty. Szczególnie w sytuacji, gdy kwestia ta może budzić kontrowersje.

Jeżeli zamawiający nie podaje, że spełnienie określonego wymogu ma dla niego charakter merytoryczny pod groźbą odrzucenia oferty - w przypadku złożenia odwołania kwestionującego czynność odrzucenia oferty z danej przyczyny, pozostaje zbadanie przez Izbę celu dla którego zamawiający ustanowił dany wymóg - aby wywieść z tego czy niespełnienie wymagań miało wpływ na istotę stosunku prawnego, który ma być nawiązany

28

---

między stronami. Przykładowo do treści oferty można byłoby zaliczyć harmonogram dostaw urn wyborczych, skorelowany z terminarzem wyborczym.

Faktem jest, że zamawiający wymagał, aby wykonawca załączył zdjęcia każdego z zaoferowanych rodzajów urn, określonych w pkt 3.2 SIWZ, jednakże z wyraźnym stwierdzeniem, że dokument jest żądany *„w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy*

*spełniają wymagania określone przez Zamawiającego."* W oparciu o przytoczony wyżej materiał dowodowy sprawy należało ustalić, czy sporny wymóg można było zaliczyć do istotnej treści oferty.

Zdaniem Izby, SIWZ przewidywała, aby wykonawca przedłożył sporną dokumentację fotograficzną w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowany produkt wymagań określonych przez zamawiającego, o czym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Treść oferty wyznaczało natomiast samo oświadczenie w punkcie 4 Formularza oferty odwołującego wykonawcy: *„Oświadczam, że w przypadku uznania mojej oferty za najkorzystniejszą zobowiązuję się do wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach przedstawionych w złożonej ofercie i zawartych w dołączonym do specyfikacji wzorze umowy."* Odwołujący złożył oświadczenie w Formularzu oferty, że zobowiązuje się wykonać zamówienie zgodnie z wszystkimi warunkami SIWZ, poprzez stwierdzenie, że zapoznał się z treścią specyfikacji i jej załączników oraz, że przyjmuje je bez zastrzeżeń.

Zamawiający żądał potwierdzenia spełnienia wymagań minimalnych (granicznych) - odrębnym oświadczeniem wykonawcy, ale dopiero na etapie przed zawarciem umowy z wybranym wykonawcą, gdyż zgodnie z punktem 20.4 SIWZ postawił wymóg, że wykonawca zobowiązany jest przed podpisaniem umowy przedstawić Zamawiającemu opis techniczny każdego z rodzajów urn określonych w pkt 3.2 specyfikacji zawierający w szczególności parametry określone w załącznikach 1-5 do wzoru umowy tj.:

a) wymiary urn wyborczych
b) technologię formowania
c) kąt ugięcia krawędzi
d) liczbę i sposób łączenia nitów
e) rodzaj mechanizmów do zablokowania pokrywy urny
f) rodzaj uchwytów meblowych, model, sposób montażu
g) model nakrętki
h) wymiary otworu wrzutowego.

Ocena spełniania przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań zamawiającego miała zostać dokonana w oparciu formularz oferty i o załączoną do oferty dokumentację fotograficzną.

29

---

Zdaniem Izby dokumentacja zdjęciowa nie dawała możliwości pełnej oceny zgodności zaoferowanego wyrobu z opisem przedmiotu zamówienia przedstawionym w załącznikach 1-5 do wzoru umowy, np. w odniesieniu do obligatoryjnych wymiarów urn, czy grubości użytego materiału - poliwęglanu litego. Wbrew stanowisku zamawiającego dokumentacji fotograficznej nie można również przypisywać statusu próbek wyrobu - w postaci każdego z rodzajów zamawianych urn, których zamawiający wymagał od wykonawcy w terminie 14 dni od daty zawarcia umowy - *„partia próbna w liczbie po dwie sztuki z każdej pozycji zamówienia określonej w załączniku nr 6 do niniejszej umowy, zostanie dostarczona w terminie 14 dni od daty zawarcia umowy w celu uzyskania akceptacji warunkującej przystąpienie Wykonawcy do realizacji zamówienia."*

Odwołujący w sposób uogólniony zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami zgodnie z warunkami SIWZ. Treść oferty kreuje bowiem zobowiązanie wykonawcy. Zamawiający wymagał potwierdzenia spełnienia parametrów i właściwości w sposób podany w opisie przedmiotu zamówienia, ale dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, żądał na etapie zawarcia umowy podania istotnych z punktu widzenia Opisu przedmiotu zamówienia - parametrów technicznych oferowanych wyrobów, w tym wymiarów. Okoliczność powyższa pozostawała bezsporna i została całkowicie pominięta przez obie strony. Mimo kontradyktoryjności postępowania odwoławczego, Izba z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp przeprowadza dowód z dokumentacji akt postępowania przetargowego, do których złożenia w każdej sprawie odwoławczej zamawiający jest wzywany.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Z kolei § 6 ust. 1 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 być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) pozwala w celu

potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, żądać w szczególności:

1) próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego.

Żądanie fotografii oferowanego produktu mieści się w upoważnieniu przywołanych przepisów. Dokumenty te jednak nie stanowią treści oferty, która pod rygorem nieważności zgodnie z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp wymaga formy pisemnej. Dokumenty te (oprócz poświadczania za zgodność z oryginałem) nie są podpisywane przez wykonawcę jako jego

30

---

oświadczenie woli stanowiące - ofertę. Z powyższych przyczyn dozwolone jest ich uzupełnianie w przeciwieństwie do samego zobowiązania ofertowego.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko zawarte w wyroku KIO z dnia 7 marca 2013r., sygn. KIO 392/13, 393/13, zgodnie z którym: *„Wykonawca czytając SIWZ nie może się domyślać jakie wymagania powinien spełnić startując do przedmiotowego postępowania. Wymagania zamawiającego powinny być określone w SIWZ w sposób jednoznaczny; nie budzący wątpliwości, gdyż sporządzona przez zamawiającego SIWZ, wiąże zarówno zamawiającego jak i wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych też względów SIWZ musi być precyzyjna i jednoznaczna, a jakiekolwiek wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, przy poszanowaniu przepisów prawa rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Zamawiający nie może również obowiązku sporządzenia oraz doprecyzowania zapisów SIWZ przerzucać na wykonawców."*

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z błędnych czynności podejmowanych przez zamawiająco, w tym czynności, których efektem jest niespójność za i sprawne pomiędzy postanowieniami SIWZ. Odpowiedzialność profesjonalne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego leży po stronie zamawiającego.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2397/11 podaje, że: *„Postępowanie o zamówienie publiczne musi uwzględniać pewną równość reguł zarówno wobec wykonawców, jak i zamawiającego. Jakkolwiek postępowanie to - jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, wykonawcy winni, zatem wykazać należytą staranność wynikającą z zawodowego charakteru prowadzonej działalności, to staranność ta nie może sięgać tak daleko, by stawiać wobec wykonawców postulat wnioskowania na podstawie niejednoznacznych w treści dokumentów postępowania o intencji zamawiającego."* Wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji błędów i zaniedbań zamawiającego, zaś w przypadku ich wystąpienia winny być one każdorazowo odczytywane i interpretowane na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji złożonej oferty oraz (…) dokonywania jakiejkolwiek zmiany jej treści, a więc zmiany oświadczenia wykonawcy. Z mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, możliwe jest uzupełnianie dokumentów, w tym dokumentów przedmiotowych - potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

31

---

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (…), albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zawierające błędy (…), do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy będzie podlegać odrzuceniu albo konieczne będzie unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie (…) przez oferowane dostawy (…) wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu składania (…) ofert.

W ustalonych okolicznościach Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że sporne

fotografie były wymagane na potwierdzenie spełnienia przez oferowany produkt wymagań określonych przez zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zachodzą więc obligatoryjne podstawy do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tak jak zamawiający sobie życzył i ustalił w warunkach zamówienia, wszystkie wyspecyfikowane elementy techniczne zamawianych urn wyborczych - otrzyma od wykonawcy wybranego - w momencie zawarcia umowy.

Niezależnie, więc od wskazywanych i ustalonych niejednoznaczności oraz niespójności postanowień SIWZ w tym zakresie, które zawsze przemawiają na korzyść wykonawcy, stwierdzony brak w ofercie odwołującego nie dawał podstaw do oceny, że treść tej oferty pozostaje niezgodna z treścią SIWZ, w aspekcie przesłanek materialnych oferowanego świadczenia, które niewątpliwie w Formularzu oferty obejmowało pełny zakres świadczenia, zgodny z jego opisem. Również w literaturze przedmiotu prezentowany jest pogląd o konieczności korelacji pomiędzy prawem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów a zakazem dokonywania przez niego zmiany treści złożonej oferty *„przepisy o dokumentach dotyczących jakości przedmiotu zamówienia - art. 25 ust. 1, procedura ich uzupełniania - art. 26 ust. 3 oraz przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów - nie mogą być rozumiane i właściwie stosowane w oderwaniu od oferty. Ich składanie i możliwość uzupełniania zostały co prawda uregulowane szczegółowo w art. 26 ust. 3, ale nie może to prowadzić do naruszenia norm odnoszących się do niezmienności zobowiązania zawartego w ofercie (…). Dokumenty te nie służą bowiem opisaniu oferowanego produktu, lecz wyłącznie potwierdzeniu cech jakościowych produktu opisanego w ofercie."* [cyt. za Janusz Dolecki, Dokumenty wskazane przepisami art. 25 ust. 1 pkt 2, w: Zamówienia Publiczne - Doradca, Nr 9/2010 r.]

Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie oraz w stanowisku prezentowanym na rozprawie starał się znaleźć uzasadnienie dla wykazania, że sporny wymóg miał dla niego istotny walor merytoryczny, między innymi ze względu na równe traktowane wykonawców.



---

Jakkolwiek Izba rozważyła argumentację zamawiającego przestawioną w odpowiedzi na odwołanie, to za podstawę rozstrzygnięcia należało przyjąć treść przekazanego wykonawcy uzasadnienia odrzucenia złożonej oferty, do tego bowiem uzasadnienia wykonawca - E.H. firma „KONCEPT" odnosił zarzuty wniesionego odwołania, a Izba z kolei nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, gdyż taki zakaz wynika z art. 192 ust. 7 Pzp.

Materiał dowodowy sprawy dawał podstawy do stwierdzenia, że odrzucenie oferty odwołującego z przyczyn wskazanych w piśmie z dnia 19 lipca 2016 r. nie znajdowało normatywnego wsparcia w przywołanym, jako podstawa tej czynności art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Skoro oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, zamawiający zobowiązany jest również wezwać do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie tych dostaw.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy zamawiający przed odrzuceniem oferty powinien wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów,

2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia zdjęć każdego z rodzajów urn, określonych w pkt 3.2 specyfikacji, podczas gdy zamawiający był zobowiązany do wezwania,

3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie tych dostaw, podczas gdy zamawiający był zobowiązany do wezwania,

4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy B.K. BARTGRAFIC, w sytuacji gdy czynność badania ofert została przeprowadzona wadliwie, gdyż wybór tej oferty był co najmniej przedwczesny, a o wyborze oferty zdecyduje wynik ponownego badania i oceny ofert

- znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy, przy czym naruszenia ww. przepisów miały istotny wpływ na wynik postępowania.

Przeprowadzenie czynności w postępowaniu niezgodnie z odnośnymi przepisami zawsze wiąże się z naruszeniem zasad tego postępowania wyrażonych w art. 7 ustawy Pzp, tj. gwarantujących przestrzeganie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

33

---

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na podstawie § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty wpisu i koszty zastępstwa przez pełnomocnika na podstawie złożonych faktur.

**Przewodniczący:**

**……**

34