Sygn. akt: KIO 2051/11

WYROK
z dnia 12 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **OPA-ROW Sp. z o.o. w Rybniku oraz Elektrobudowa S.A. w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A. w Katowicach**

przy udziale wykonawcy: **Petroeltech S.A. w Mirosławiu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Kompanii Węglowej S.A. w Katowicach unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej oraz unieważnienie czynności poprawienia w ofercie złożonej przez Elektromontaż-Poznań S.A. w Poznaniu stwierdzonych omyłek, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez Elektromontaż-Poznań S.A. w Poznaniu, z uwagi na fakt, iż udział w niej towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%,**

---

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Kompanię Węglową S.A. w Katowicach** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **OPA-ROW Sp. z o.o. w Rybniku oraz Elektrobudowa S.A. w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Kompanii Węglowej S.A. w Katowicach** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **OPA-ROW Sp. z o.o. w Rybniku oraz Elektrobudowa S.A. w Katowicach** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika..

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Katowicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2051/11

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Modernizacja *zasilania KW S.A. Oddział KWK Rydułtowy – Anna Ruch I w energię elektryczną – część powierzchniowa”* zostało wszczęte przez Kompanię

Węglową S.A. w Katowicach, zwaną dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 126-209631) w dniu 5 lipca 2011 r.

W dniu 21 września 2011 r. Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej trzech wykonawców, tj. wszystkich, którzy złożyli oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W dniu 23 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: OPA-ROW Sp. z o.o. w Rybniku oraz Elektrobudowa S.A. w Katowicach, zwanych dalej łącznie Odwołującym.

W dniu 19 września 2011 r. wykonawca Petroeltech S.A. w Mirosławiu, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także oświadczenia i argumentację stron zaprezentowane w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez Elektromontaż-Poznań S.A. w Poznaniu, który w swojej ofercie zawarł oświadczenie, że udział w niej towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%. W ocenie Odwołującego stanowiło to naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 w zw. z art. 138c ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759

---

z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Odwołujący zarzucał ponadto Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1) i 3) ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw ku temu, aby poprawić oświadczenie złożone przez Elektromontaż-Poznań S.A. w sprawie pochodzenie towarów jako oczywistej omyłki lub innej omyłki. Jako konsekwencję wcześniejszych zarzutów, Odwołujący twierdził, iż Zamawiający naruszył przepis art. 91a ustawy Pzp poprzez zarządzenie przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w sytuacji, gdy złożono mu tylko dwie oferty niepodlegające odrzuceniu.

W przypadku, gdyby Zamawiający uznał, że oświadczenie złożone przez Elektromontaż-Poznań S.A. w sprawie pochodzenie towarów może zostać zmienione w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie tegoż przepisu.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Elektromontaż-Poznań S.A., nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Stwierdził, iż zarzut naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest niezasadny, ponieważ na żadnym z etapów postępowania o udzielenie zamówienia nie wskazywał, że oparł on swoje działanie na tym przepisie. Wyjaśnił, iż dokonał poprawienia stwierdzonych przez siebie omyłek w treści oferty złożonej przez Elektromontaż-Poznań S.A. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1) i 3) ustawy Pzp. W jego ocenie treść wszystkich dokumentów załączonych do oferty złożonej przez tego Wykonawcę pozwalała stwierdzić, że treść złożonego przez niego oświadczenia w sprawie

pochodzenie towarów stanowi oczywistą omyłkę, której poprawienie nie zmieni *de facto* treści oferty. W jego ocenie z powołanych dokumentów wynika, iż w ofercie tej udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców wynosi ponad 50% towarów. Podkreślał, iż o odrzuceniu oferty powinien decydować stan faktyczny sprawy, nie zaś błąd formalny Wykonawcy.

2

Stanowisko Przystępującego:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Przystępujący popierał w całości stanowisko Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba uznała, iż nie było podstaw ku temu, aby uznać, iż odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, o co wnioskował Zamawiający. Jak ustaliła Izba odwołanie dostało doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej z zachowaniem terminu określonego w przepisie art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba w toku posiedzenia ustaliła, iż wykonawca: Elektromontaż-Poznań S.A. nie dochował przepisanego art. 185 ust. 2 ustawy Pzp terminu. Otrzymał on bowiem w dniu 21 września 2011 r. kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpieniem do postępowania odwoławczego. Zgodnie z powołanym przepisem przystąpienie należy zgłosić w terminie 3 dni od tej daty, przy czym należy je doręczyć Prezesowi Izby w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W terminie tym Elektromontaż-Poznań S.A. doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie jedynie za pośrednictwem faksu w dniu 23 września 2011 r., a zatem nie dochował w tym przypadku wymaganej przepisami formy. Po upływie zaś terminu doręczył zgłoszenie, tak w formie pisemnej (26 września 2011 r.), jak i elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym (27 września 2011 r.). Wobec powyższego Izba uznała, iż powołany Wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego w sposób skuteczny, a tym samym nie uzyskał statusu uczestnika postępowania.

Izba postanowiła w poczet materiału dowodowego zaliczyć dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

3

Izba nie uwzględniła przy rozpoznawaniu odwołania pisemnego stanowiska Odwołującego doręczonego Prezesowi Izby w dniu 10 października 2011 r., a zatem po zamknięciu rozprawy. Zgodnie bowiem z art. 190 ust. 1 zdanie drugie własną argumentację i dowody na jej poparcie strony mogą przedstawiać tylko do zamknięcia rozprawy.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt XX.7 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) poinformował Wykonawców, iż na podstawie art. 138c ust 1 pkt 4) ustawy Pzp odrzuci ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców

nie przekracza 50% towarów. Zamawiający oczekiwał, iż Wykonawca w celu potwierdzenia pochodzenia towarów złoży oświadczenie o treści określonej w formularzu oferty (załącznik nr 2 do SIWZ). W pkt 7 lit. f) powołanego formularza Zamawiający zawarł następującą treść: „Oświadczamy, *że* (...) *udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców _____ * 50% towarów. * należy wpisać <> lub wpisać <>".* Nie byłą sporna między stronami okoliczność, iż Zamawiający nie żądał innych dokumentów na potwierdzenie pochodzenia towarów, chociażby świadectwa pochodzenia towarów.

Przed upływem terminu składania ofert wpłynęły do Zamawiającego trzy oferty. Jedną z nich złożył Wykonawca Elektromontaż-Poznań S.A. Wpisał on w powołanym pkt 7 lit. f) formularza oferty w pozostawione wolne miejsce frazę „nie *przekracza".* Zamawiający w toku badania ofert, mając na uwadze treść złożonych wraz z ofertą dokumentów, uznał, iż Wykonawca ten wpisując żądane wyrażenie dokonał omyłki, wobec czego poprawił ją w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, o czym poinformował Elektromontaż-Poznań S.A. pismem z dnia 30 sierpnia 2011 r. Na takie poprawienie treści złożonej przez siebie oferty Wykonawca ten wyraził zgodę w piśmie z dnia 1 września 2011 r. W toku rozprawy przed Izbą Zamawiający wyjaśniał w tym kontekście, iż dokonał poprawienia treści oferty głównie w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp. Nie informował o tym jednak Wykonawcy, gdyż w świetle przepisów ustawy Pzp nie miał takiego obowiązku.

W dniu 21 września 2011 r., uznając, iż żadna z trzech ofert mu złożonych nie podlega odrzuceniu, Zamawiający zaprosił drogą elektroniczną wszystkich trzech Wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jak ustaliła Izba, nie była między Stronami sporna okoliczność, iż fakt zawarcia w ofercie przez Wykonawcę towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców w ilości większej niż 50% miał zostać potwierdzony przez Wykonawców jedynie poprzez złożenie odpowiedniego oświadczenia. Tym samym to treść tego właśnie oświadczenia miała pozwolić podjąć Zamawiającemu decyzję o ewentualnym odrzuceniu oferty. Oświadczenie to miało zatem istotnych charakter, a jego treść determinowała postępowanie Zamawiającego.

Elektromontaż-Poznań S.A. w pozostawione przez Zamawiającego puste miejsce w formularzu oferty wpisał frazę „nie *przekracza".* Fakt, iż Wykonawca ten w pozostawione przez Zamawiającego puste miejsce, samodzielnie wpisał w formularzu oferty to wyrażenie, czyni wątpliwym, czy tak poczyniony wpis można uznać za oczywistą omyłkę, jak chciałby tego Zamawiający. Czym innym może być bowiem omyłkowe zaznaczenie niewłaściwej odpowiedzi spośród kilku zaproponowanych w formularzu, a czym innym wpisanie pełnego wyrażenia w miejsce pozostawione w formularzu specjalnie celem wpisania właściwej odpowiedzi, z których każda została opisana wyraźnie wytłuszczonym drukiem, tuż pod tym pustym miejscem. W tym przypadku znacznie bowiem trudniej popełnić omyłkę, wpisanie samodzielnie właściwej odpowiedzi wymaga większej uwagi i większego zaangażowania ze strony osoby uzupełniającej formularz.

Niemniej jednak jako decydujący argument o braku oczywistości omyłki popełnionej przez Elektromontaż-Poznań S.A. w treści złożonej przez niego oferty, przemawia w ocenie Izby, wbrew stanowisku Zamawiającego, brak możliwości samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego na podstawie dokumentów załączonych do oferty tego Wykonawcy

właściwej treści tejże oferty.

Zdaniem Izby nie sposób wywieźć z treści dokumentów złożonych wraz z tą ofertą, iż udział w niej towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców przekracza 50%.

Zasadnie podnosił Zamawiający, iż w świetle art. 138c ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp pięćdziesięcioprocentowy udział towarów pochodzących ze wskazanych przez Zamawiającego krajów należy ustalić tylko i wyłącznie w odniesieniu całkowitej wartości towarów objętych świadczeniem Wykonawcy. Tym samym dla rozstrzygnięcia czy udział towarów pożądanych przez Zamawiającego osiągnął w ofercie złożonej przez Elektromontaż-Poznań S.A., koniecznym było w pierwszej kolejności ustalenie wartości wszystkich towarów objętych ofertą.

W ocenie Izby, w oparciu o treść harmonogramu rzeczowo-finansowego zawartego na stronach 96 i 97 oferty nie sposób, jak chciałby tego Zamawiający, ustalić pełnego katalogu towarów tą ofertą objętych. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego ustalając całkowitą wartość towarów uwzględnił on jedynie pozycję III (część elektryczna) oraz IV (część sanitarna) harmonogramu. Zdaniem Izby odnoszenie się jedynie do tych pozycji jest niewystarczające. Oczywistym bowiem jest, iż oferta obejmuje również towary niezbędne do wykonania prac wycenionych w pozycji II (część budowlana) – bowiem do wykonania prac tam opisanych niezbędnym jest dostarczenie przez Wykonawcę odpowiednich towarów, które zostaną zużyte w trakcie realizacji prac. Dlatego też wartość także tych towarów powinna być wzięta pod uwagę w trakcie ustalania całkowitej wartości towarów objętych ofertą. Nie sposób jednak wywieść z treści poszczególnych punktów pozycji II harmonogramu, jakie towary zostaną do wykonania prac tam ujętych użyte, ani, tym bardziej jaka jest ich wartość. Uwzględniając tylko tę jedną okoliczność uznać należy, iż dalsza argumentacja zaprezentowana przez Zamawiającego obarczona była błędem, a zatem nie zasługiwała na uznanie.

Niezależnie od powyższego, istotnym jest, iż nawet gdyby przyjąć założenie Zamawiającego, iż pełen katalog towarów objętych ofertą zawarty został w pozycji III i IV harmonogramu, stwierdzić należy, iż nawet w tym zakresie Zamawiający nie wykazał, że udział wskazanych przez niego towarów przekracza 50% całkowitej wartości ujętej w tych dwóch pozycjach. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego o przekroczeniu progu 50% decyduje wartość towarów ujętych w pkt III.1 i III.7, która łącznie stanowi 4 023 856,00 zł. Suma wszystkich punktów pozycji III i IV harmonogramu równa się kwocie 8 226 147,00 zł. Jak ustaliła Izba wartość towarów ujętych w pkt III.1 i III.7 stanowi jedynie 48,92% sumy wszystkich punktów pozycji III i IV. Tym samym nie został przekroczony próg 50%. Dlatego też, w tak ustalonym stanie faktycznym nieistotna jest kwestia pochodzenia towarów ujętych w pkt III.1 i III.7.

Na marginesie wskazać należy, że dla rozstrzygnięcia o pochodzeniu towarów na potrzeby przepisu art. 138c ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp koniecznym jest odwołanie się do przepisów Wspólnotowego Kodeksu Celnego ustanowionego Rozporządzeniem Rady (EWG)

---

nr 2913/92 z dnia 12 października 1992 r. (Dz.Urz.UE.L 1992 Nr 302, str. 1), zwanego dalej WKC. Zgodnie z art. 23 WKC towarami pochodzącymi z danego kraju są towary całkowicie uzyskane w tym kraju. Dalej, art. 24, rozstrzyga, że w sytuacji gdy w produkcję towaru zaangażowany jest więcej niż jeden kraj, towar jest uznawany za pochodzący z tego kraju, w którym został on poddany ostatniej istotnej, ekonomicznie uzasadnionej obróbce lub przetworzeniu, które spowodowało wytworzenie nowego produktu lub stanowiło istotny etap wytwarzania w przedsiębiorstwie przystosowanym do tego celu. Tym samym, nawet gdyby wartość wskazywanych przez Zamawiającego towarów przekroczyła próg 50% wartości, musiałby on jeszcze udowodnić, iż towary ujęte w pkt III.1 i III.7 harmonogramu pochodzą z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców. W ocenie Izby

okoliczności tej nie sposób wywieść z treści dokumentów załączonych do oferty złożonej przez Elektromontaż-Poznań S.A. Nie jest istotne bowiem w jakim kraju siedzibę ma dany producent, ale to w jakim kraju oferowany przez niego towar został poddany ostatniej istotnej, ekonomicznie uzasadnionej obróbce lub przetworzeniu.

Z powołanych przez Zamawiającego dokumentów nie wynika bowiem gdzie wyprodukowane zostaną towary ujęte w pkt III.1 i III.7. Ze strony 99 oferty w odniesieniu do rozdzielnicy 6kV (pkt III.1) można jedynie powziąć widomość, iż jest ona produkowana przez Elektromontaż-Poznań S.A. Brak natomiast informacji, gdzie ta produkcja się odbywa, a to ta właśnie okoliczność jest istotna w świetle art. 24 WKC. W odniesieniu do rozdzielnicy 230/240V z treści zawartej na stronie 104 oferty można jedynie pośrednio wnioskować, że także ona będzie wyprodukowana przez Elektromontaż-Poznań S.A. Także tu brak jednak informacji o miejscu jej wytworzenia. W ocenie Izby nie mógłby zostać uznany za zasadny argument Zamawiającego, iż ostatecznym miejscem, w którym obie powołane rozdzielnice poddane zostałyby ostatniej istotnej, ekonomicznie uzasadnionej obróbce lub przetworzeniu jest miejsce ich instalacji wskazane przez Zamawiającego. Zgodnie bowiem z treścią pkt 5.1 na stronie 122 oferty, co najmniej rozdzielnica 6kV jest demontowana na czas transportu i dostarczana w zestawach transportowych. Z zapisu tego jednoznacznie zatem wynika, iż jest ona wytworzona jako całość w zakładzie Wykonawcy i jedynie rozłożona na mniejsze części celem ułatwienia transportu. Złożenie, rozłożonej pierwotnie na czas transportu, rozdzielnicy w miejscu wskazanym przez Zamawiającego, nie może zostać uznane, w ocenie Izby, za decydujące o pochodzeniu tego towaru. Dlatego też Izba uznała, że z przedstawionych wraz z ofertą złożoną przez Elektromontaż-Poznań S.A. dokumentów nie wynika, w jakim kraju oferowane przez tego Wykonawcę rozdzielnice będą poddane ostatniej istotnej, ekonomicznie uzasadnionej obróbce lub przetworzeniu.

Na analogiczną ocenę zasługują twierdzenia Zamawiającego odnoszące sie do poszczególnych części składowych, które będą wykorzystane przy wytworzeniu rozdzielnicy 6kV, a których producenci zostali wskazani w tabeli zawartej na stronie 121 oferty. Także w tym przypadku wskazane zostały jedynie nazwy producentów, z tabeli tej nie wynika jednak w jakim kraju części te zostały wytworzone.

Wobec powyższego Izba uznała, iż Zamawiający nie był uprawniony do uznania stwierdzonej przez siebie omyłki w treści oferty złożonej przez Elektromontaż-Poznań S.A. za oczywistą, a tym samym, że miał on prawo do jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp. Zgodnie zaś z oświadczeniem Zamawiającego złożonym w toku rozprawy, głównie w oparciu o ten właśnie przepis, poprawił on treść oferty złożonej przez Elektromontaż-Poznań S.A.

W ocenie Izby, Zamawiający nie był również uprawniony do uznania, iż deklaracja tegoż Wykonawcy, co do pochodzenia towarów objętych złożoną przez niego ofertą, jest inną omyłką, którą władny był poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Zmiana treści oświadczenia Wykonawcy o pochodzeniu towarów, w kontekście treści pkt XX.7 SIWZ, stanowiłaby istotną zmianę treści oferty. Ponadto nie sposób wskazać zapisów SIWZ, z którymi byłaby niezgodna treść oświadczenia zawartego w ofercie złożonej przez Elektromontaż-Poznań S.A., a to właśnie stwierdzona niezgodność treści oferty z treścią SIWZ uzasadnia zastosowanie przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Przepis ten bowiem wyraźnie koresponduje z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie można w ocenie Izby za zapis taki uznać treści pkt XX.7 SIWZ. Odwołuje się on bowiem wprost do przepisu art. 138c ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, który stanowi w ocenie Izby odrębną, od ustanowionej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, przesłankę do odrzucenia oferty. Dlatego też w rozstrzyganym przypadku nie mógł być zastosowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż zasadnie podnosił Odwołujący, że Zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę złożoną przez Elektromontaż-Poznań S.A. Zawarł on bowiem w swojej ofercie wyraźne oświadczenie, że udział w niej towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%.

Tym samym, powinien on uznać, że z racji faktu, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożono mu tylko dwie oferty niepodlegające odrzuceniu, nie jest on w świetle przepisu art. 91a ust. 1 ustawy Pzp uprawniony do przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

8

W oparciu o powyższe Izba uznała, iż potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 138c ust. 1 pkt 4), art. 87 ust. 2 pkt 1) i 3) oraz art. 91a ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła natomiast naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak oświadczył Zamawiający, w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie wskazywał on jako podstawy swych działań powołanego przepisu i nie opierał swych działań na tej regulacji. Stąd też wobec *de facto* warunkowego postawienia zarzutu przez Odwołującego, Izba uznała, iż nie wykazał on naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w tym zakresie. Izba podzieliła w tym miejscu stanowisko prezentowane przez Strony, iż oświadczenie składane przez Wykonawców o pochodzeniu towarów ujętych w ofercie, nie może zostać uznane za jeden z dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Stanowisko to znajduje swoje odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Izby (wyrok z dnia 7 listopada 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1163/08, wyrok z dnia 8 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1486/08, wyrok z dnia 29 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2702/10).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

9

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) lit. b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zaliczone w poczet kosztów postępowania odwoławczego nie mogą być wyższe niż kwota 3 600,00 zł.

Przewodniczący: ……

10