

WYROK
z dnia 17 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 stycznia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2011 r. przez **Odwolującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: PETEK i Wspólnicy A Korbel Sp. j., MAS Sp. z o.o. i PCC Prodex Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Kompania Węglowa S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**,

przy udziale **Wykonawcy - Minova Ekochem S.A., ul. Budowlana 10, 41-100 Siemianowice Śląskie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwolującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: PETEK i Wspólnicy A Korbel Sp. j., MAS Sp. z o.o. i PCC Prodex Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: PETEK i Wspólnicy A Korbel Sp. j., MAS Sp. z o.o. i PCC Prodex Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze**, tytułem wpisu od odwołania,

1

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:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na dostawę klejów poliuretanowych do stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2012 roku („Postępowanie”). Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 7 października 2011 r. pod numerem: 2011/S 193-314886.

W dniu 30 grudnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PETEK i

Wspólnicy Adam Kobel Sp. z j. (lider), MAS Sp. z o.o., PCC Prodex Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze (adres lidera) (dalej „Konsorcjum PETEK” lub „Odwołujący”) na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechania Zamawiającego podjęte w Postępowaniu polegające na:

1. zaniechaniu wezwania Konsorcjum PETEK w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczenia o udziale towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, o którym mowa w ust. XX pkt 8 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”);
2. nieuzasadnionym odrzuceniu oferty Konsorcjum PETEK z powodu niezłożenia oświadczenia, o którym mowa w punkcie 1 powyżej, bez wezwania wykonawcy do jego uzupełnienia oraz pomimo tego, iż Zamawiający w ust. XX pkt 7 SIWZ postanowił, że okoliczność, iż udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%, nie będzie stanowiła podstawy do odrzucenia oferty. Zatem to, czy Konsorcjum PETEK złożyło dokument, czy też nie, nie powinno mieć wpływu na jego dopuszczenie do udziału w aukcji elektronicznej;
3. nieuzasadnionym niedopuszczeniu Konsorcjum PETEK do udziału w aukcji elektronicznej;

3

-
4. nieuzasadnionym zaniechaniu odrzucenia oferty Minova Ekochem S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (dalej „Minova”) oraz dopuszczeniu wykonawcy Minova do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo, że jego oferta nie spełniała warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ;
 5. zaniechaniu wykluczenia z Postępowania wykonawcy Minova, który w niektórych kartach charakterystyki oferowanych produktów załączonych do oferty nie zawarł zapisów, z których wynika, iż komponent B, z którego tworzy się klej poliuretanowy, może powodować rozwijanie się chorób nowotworowych. Obowiązek informowania o zagrożeniu, o którym mowa w zdaniu poprzednim stanowi naruszenie postanowień Rozporządzenia (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowania ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) (dalej „rozporządzenie REACH”).

Zamawiający, dopuszczając się wymienionych powyżej czynności, naruszył:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Konsorcjum PETEK i niedopuszczenie go do udziału w aukcji elektronicznej oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Minova i dopuszczenie tego wykonawcy do udziału w aukcji, pomimo licznych nieprawidłowości w załączonych przez Minova do oferty dokumentach;
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum PETEK do uzupełnienia brakującego dokumentu w postaci oświadczenia o udziale towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, o którym mowa w ust. XX pkt 8 SIWZ;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Konsorcjum PETEK z powodu niespełniania przez nią wymogów SIWZ, pomimo, że jego oferta odpowiada treści SIWZ;
4. art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z ust. XX pkt 7 SIWZ, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum PETEK z powodu niezłożenia oświadczenia o udziale towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, pomimo, iż w ust. XX pkt 7 SIWZ

Zamawiający wyraźnie postanowił, iż udział ten nie ma wpływu na rozstrzygnięcie postępowania, tj. nie decyduje o odrzuceniu oferty;

5. art. 91b ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewystosowanie zaproszeń do udziału w aukcji elektronicznej do wszystkich wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu, tj. zaniechaniu zaproszenia do udziału w aukcji Konsorcjum PETEK, oraz poprzez zaproszenie do udziału w aukcji Minova, pomimo nieprawidłowości w złożonych przez nią dokumentach;
6. zapisy rozporządzenia REACH, poprzez dopuszczenie do udziału w aukcji Minova pomimo przedłożenia przez tego wykonawcę wraz z ofertą nieaktualnych kart charakterystyki komponentu B.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości, a w konsekwencji o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia aukcji elektronicznej przewidzianej na dzień 30 grudnia 2011 r.;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum PETEK;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie z postępowania Minova i odrzucenie jej oferty, względnie wezwanie Minova do uzupełnienia lub poprawienia brakujących dokumentów;
5. nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum PETEK do uzupełnienia oświadczenia o udziale towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, o którym mowa w ust. XX pkt 8 SIWZ;
6. nakazanie Zamawiającemu dopuszczenie Konsorcjum PETEK do aukcji elektronicznej i przeprowadzenia aukcji przy udziale tego wykonawcy;
7. przyznanie Konsorcjum PETEK zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania tj. wpisu w kwocie 15.000,00 PLN oraz kosztów zastępstwa pełnomocnika w kwocie 3.600,00 PLN;
8. wezwanie Zamawiającego do przedstawienia znajdujących się w jego posiadaniu dokumentów, wymienionych w treści niniejszego pisma.

Odwołujący wskazywał, że informację o wykonawcach dopuszczonych do udziału w aukcji elektronicznej oraz o odrzuceniu jego oferty otrzymał w dniu 23 grudnia 2011 r. za pośrednictwem faksu. Termin do wniesienia odwołania został zatem zachowany.

Interes prawny Konsorcjum PETEK w niniejszym postępowaniu odwoławczym polega na tym, że w przypadku korzystnego dla wykonawcy rozstrzygnięcia odwołania, tj. nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy i dopuszczenia jej do udziału w aukcji elektronicznej, wykonawca będzie mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, co następuje.

Stosownie do postanowień SIWZ, Zamawiający nałożył na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia m.in. obowiązek przedłożenia wraz z ofertą dokumentu w postaci oświadczenia o udziale towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, o którym mowa w ust. XX pkt 8 SIWZ. Zamawiający w pkt 7 zastrzegł jednocześnie, że wielkość udziału, o którym mowa w zdaniu poprzednim, nie będzie miała wpływu na odrzucenie oferty. W dniu 23 grudnia 2011 r. Konsorcjum PETEK otrzymało za pośrednictwem faksu informację opatrzoną datą 21 grudnia 2011 r. o wykonawcach dopuszczonych do udziału w aukcji elektronicznej. Z przesłanego pisma wynika, iż oferta Konsorcjum PETEK została odrzucona z powodu nieprzedłożenia ww oświadczenia. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, iż dokument ten nie podlega

uzupełnieniu. Dodatkowo Zamawiający powiadomił Konsorcjum PETEK, iż do aukcji elektronicznej zaprosi następujących wykonawców: Minova, CARBOTECH- POLONIA Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, A. WEBER Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach oraz SCHAUM-CHEMIE MIKOŁÓW Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie.

Zamawiający dopuścił do udziału w aukcji elektronicznej Minova, pomimo występujących w ofercie tego wykonawcy nieprawidłowości. Odwołujący wskazywał, że na stronie 2 Certyfikatu Nr B/1077/111/2008 wydanego przez Główny Instytut Górnictwa (dalej „GIG”) w dniu 27 października 2008 r. wyszczególnione zostało sprawozdanie nr 242A/08/SM2 z dnia 17 września 2008 r. z badań „palnościowych” przeprowadzonych w GIG SM-2, które było podstawą do jego wydania. Do oferty Minova załączyła natomiast wraz z certyfikatem inne sprawozdanie, tj. sprawozdanie Nr 205-1/07/SM2 z dnia 24 września 2007 r. Ponadto Odwołujący podkreślał, że Minova do oferty na poszczególne zadania dołączyła różne karty charakterystyki dla komponentu B: do zadania I, III, IV, VI, VII załączone zostały karty nieaktualne z dnia 24 stycznia 2008 r., do zadania II kartę zaktualizowaną z 24 września 2010 r., a do zadania V kartę z 18 lipca 2011 r. Niektóre spośród kart charakterystyki nie spełniają wymogów określonych rozporządzeniem REACH, tj. nie zawierają postanowień wskazujących, że komponent B może powodować rozwój chorób nowotworowych. Okoliczność tych rozbieżności powinna zostać wyjaśniona przez

6

Zamawiającego. Zgodnie z obowiązującym prawem, oferent jest zobowiązany do przedłożenia aktualnej Karty charakterystyki substancji niebezpiecznej i niedopuszczalne jest posługiwanie się jej wcześniejszą wersją. Tym bardziej jeśli jest się w posiadaniu aktualnej Karty charakterystyki.

Odwołujący podkreślał, że istotnym jest również, że w zadaniu II Minova oferuje klej o parametrach czasowych przekraczających zakres ustalony certyfikatem. W certyfikacie Nr OBAC/508/CB/10 podane zostały czasy, w których klej MINOSTAT AS zachowuje właściwości, które zostały potwierdzone stosownymi badaniami. Oferta na stronie 176 zawiera informację, że czas startu zawiera się w przedziale 25-95 s, a czas końca reakcji 30-190 s. Certyfikatem zaś gwarantuje się utrzymanie właściwości w zakresie: czas startu 30-90 s, a czas końca reakcji 40-300 s. W przypadku czasu startu oferowany klej jest 5 s „wolniejszy”, a czas końca różni się o 10 s od czasu oczekiwanego w zadaniu II. Reasumując, Minova potwierdza w ofercie inne parametry niż gwarantuje to dokumentacja.

Odwołujący podnosił, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający każdorazowo wskazuje żądane oświadczenia lub dokumenty w ogłoszeniu o zamówieniu, w SIWZ lub w zaproszeniu do składania ofert. Szczegółowy katalog dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia zawiera rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „Rozporządzenie”). W przypadku zamówień sektorowych, art. 138c ust.1 pkt 2) ustawy Pzp, daje Zamawiającemu prawo do żądania od wykonawców także innych dokumentów niż określone w Rozporządzeniu, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków. Brak któregośkolwiek z dokumentów żądanych przez Zamawiającego w SIWZ, zarówno określonego w Rozporządzeniu, jak i innego wymaganego przez Zamawiającego na podstawie art. 138c ust.1 pkt 4), powinien skutkować obligatoryjnie wezwaniem wykonawcy do jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią wskazanego przepisu, 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

7

oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Wynikający z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących lub zawierających błędy dokumentów dotyczy również sytuacji, gdy wykonawca nie przedłoży wraz z ofertą oświadczenia o udziale towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców. Powyższe stanowisko wynika wprost z orzeczenia Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 lutego 2009 r., sygn. akt V Ga 15/09, dotyczącego sprawy analogicznej do będącej przedmiotem niniejszego odwołania, z tą różnicą, że w sprawie rozpoznawanej przez Sąd wykonawca w załączniku zawierającym oświadczenie o wielkości udziału towarów, nie dokonał niezbędnych skreśleń, za pomocą których należało określić, czy oferuje towary, w których udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza 50%. W przytoczonym wyroku Sąd jednoznacznie stwierdził, że jeżeli wykonawca w oświadczeniu dołączonym do swojej oferty nie dokonał skreśleń niezbędnych w celu określenia, czy w jego przypadku udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza czy też nie przekracza 50%, to nie ma jeszcze podstaw do tego, aby zamawiający odrzucił ofertę tegoż wykonawcy. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku, Zamawiający w takiej sytuacji jest nie tylko uprawniony, ale także zobowiązany w oparciu o przepis art. 26 ust.3 ustawy Pzp wezwać wykonawcę do wyjaśnienia lub do uzupełnienia oferty.

Odwołujący podkreślał, iż w kontekście uwag poczynionych powyżej uznać należy za nieuzasadnione i przedwczesne odrzucenie oferty Konsorcjum PETEK na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Jeżeli Zamawiający stwierdził braki lub nieprawidłowości w ofercie Konsorcjum PETEK, które wskazywały na jej niezgodność z SIWZ, powinien był obligatoryjnie wezwać Odwołującego do ich uzupełnienia. Zgodnie bowiem z wyrokiem Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 14 września 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2456/06, niewszczęcie przez zamawiającego procedury na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy zachodziły przesłanki w nim wymienione, oznacza, że zamawiający zaniechał czynności, do której był zobowiązany.

Odwołujący wskazywał, iż dodatkowo należy mieć na względzie art. 138c ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, który w zestawieniu z treścią ust. XX pkt 7 SIWZ, potwierdza, iż Zamawiający nie powinien był odrzucać oferty Konsorcjum PETEK z powodu niezłożenia oświadczenia o udziale towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców.

Zgodnie z treścią wskazanego przepisu ustawy Pzp, Zamawiający w przypadku zamówienia na dostawę, może odrzucić 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%, jeżeli przewidział to w SIWZ. W ust. XX pkt 7 SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, że jeżeli udział towarów będzie niższy niż 50%, okoliczność ta nie będzie stanowiła podstawy odrzucenia oferty. Tym samym stwierdzić należy, że postawiony przez Zamawiającego wymóg przedłożenia oświadczenia w tym zakresie miał dla niego charakter wyłącznie informacyjny.

Zgodnie z art. 91b ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający powinien wystosować zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej do wszystkich wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Zamawiający zobligowany jest uczynić w tym zakresie zadość zasadom najwyższej staranności, uprzednio w sposób szczegółowy dokonując analizy złożonych w toku postępowaniu ofert i załączonych do nich dokumentów. W przypadku jakichkolwiek braków w ofertach lub stwierdzenia, że występują w nich inne nieprawidłowości, jest on zobowiązany podjąć działania zmierzające do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości lub też wezwać oferentów do przedłożenia prawidłowych dokumentów, na co wskazywano na wstępie odwołania. Niedopuszczenie do udziału w aukcji elektronicznej Konsorcjum PETEK tylko z tego powodu, że do jego oferty nie zostało załączone oświadczenie o udziale towarów

pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przesądza jeszcze, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Stąd stwierdzić należy, że Zamawiający nie uczynił zadość dyspozycji art. 91b ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zwracał uwagę, że Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej Minova, pomimo, że oferta Minova zawiera liczne nieprawidłowości, które wskazują na jej niezgodność z SIWZ. Nieprawidłowości te zostały w szczegółowy sposób opisane w odwołaniu. Zamawiający nie podjął żadnych działań, które zmierzałyby do ich wyjaśnienia lub usunięcia, co należy uznać za niedopuszczalne i naruszające zasadę konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności mając na względzie okoliczność, że Zamawiający nie dopuścił do udziału w aukcji Konsorcjum PETEK. Podkreślał okoliczność, że niektóre spośród kart charakterystyki załączone przez Minova do oferty nie spełniają wymogów rozporządzenia REACH. Rozporządzenie REACH enumeratywnie wymienia sekcje, jakie powinna zawierać karta charakterystyki, przy czym ich szczegółową treść określa Załącznik nr 2 do rozporządzenia (dalej: „Załącznik 2”):

a) identyfikacja substancji/mieszaniny i identyfikacja przedsiębiorstwa;

9

- b) identyfikacja zagrożeń;
- c) skład/informacja o składnikach;
- d) pierwsza pomoc;
- e) postępowanie w przypadku pożaru;
- f) postępowanie w przypadku niezamierzonego uwolnienia do środowiska;
- g) postępowanie z substancją/mieszaniną i jej/jego magazynowanie; h) kontrola narażenia/środki ochrony indywidualnej;
- i) właściwości fizyczne i chemiczne;
- j) stabilność i reaktywność;
- k) informacje toksykologiczne;
- l) informacje ekologiczne;
- m) postępowanie z odpadami;
- n) informacje o transporcie;
- o) informacje dotyczące przepisów prawnych;
- p) inne informacje.

Zgodnie z Załącznikiem 2 w ramach sekcji pn. Informacje toksykologiczne należy każdorazowo rozpatrywać następujące cechy substancji:

- a) toksyczność ostra;
- b) działanie żrące/drażniące na skórę;
- c) poważne uszkodzenie oczu/działanie drażniące na oczy;
- d) działanie uczulające na drogi oddechowe lub skórę;
- e) działanie mutagenne na komórki rozrodcze;
- f) rakotwórczość;
- g) szkodliwe działanie na rozrodczość;
- h) działanie toksyczne na narządy docelowe - narażenie jednorazowe;
- i) działanie toksyczne na narządy docelowe - narażenie powtarzane;
- j) zagrożenie spowodowane aspiracją.

Stosownie do brzmienia Załącznika 2, w karcie charakterystyki należy podać informacje dla każdej z w/w sekcji. Nie ma możliwości pominięcia którejkolwiek z nich, tak jak uczyniła to Minova w niektórych załączonych przez siebie do oferty kartach, pomijając informację o kancerogenności komponentu B. Zamieszczenie tej informacji w karcie charakterystyki jest obligatoryjne. Tym bardziej, że jak wynika ze złożonej oferty, Minova jest w posiadaniu aktualnej karty charakterystyki dla PUR B, co zostało potwierdzone po dokonaniu wglądu do ofert w dniu 28 grudnia 2011 r., a komponent ten jest w takim samym zakresie stosowany we wszystkich oferowanych w tym postępowaniu klejach Minova. Zaniechanie temu obowiązкови należy zakwalifikować jako niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa, a

także świadome narażanie użytkowników kleju na zagrożenie dla ich życia i zdrowia, w przypadku zaistnienia nadzwyczajnych okoliczności.

W dniu 30 grudnia 2011 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 2 stycznia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Minova (dalej także "Przystępujący"). Przystępujący wskazywał, iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, dopuszczenie Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej, wreszcie zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania (punkty 4 i 5, s. 2 odwołania), wnosząc jednocześnie o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, względnie wezwanie Przystępującego do uzupełnienia lub poprawienia brakujących dokumentów (punkt 4 wniosków odwołania). Przystępujący posiada interes w wykazaniu, że zarzuty odwołania są w tym zakresie niezasadne. Przystępujący posiada również interes w odrzuceniu oferty Odwołującego, polegający na ograniczeniu liczby przedsiębiorców konkurencyjnych biorących udział w niniejszym postępowaniu.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu Przystępujący wskazywał, co następuje.

I. Zarzuty odwołania dotyczące oferty złożonej przez Minova

1. Na stronie 2 certyfikatu z dnia 27 października 2008 r. Nr B/1077/III/2008 wydanego przez Główny Instytut Górnictwa wyszczególnione zostało sprawozdanie nr 242A/08/SM2 z badań palnościowych. Minova załączyła natomiast do oferty sprawozdanie z dnia 24 września 207 r., Nr 205-1/07/SM2.

W Załączniku Nr 1 do SIWZ pkt C ppkt 9) Zamawiający wymagał „dokumentu potwierdzającego trudnopalność produktu (kleju): czas palenia i żarzenia poniżej 5 sekund”. Zamawiający żądał, aby dokument potwierdzający powyższe właściwości został wystawiony przez jednostkę uprawnioną do tego typu badań (s. 23 SIWZ). Zamawiający nie wymagał w szczególności, aby parametry potwierdzone zostały przez dokument wskazany w treści certyfikatu, w związku z czym zarzut Odwołującego, pozbawiony zresztą szerszego uzasadnienia, jest niezrozumiały. Wymóg taki byłby zresztą niemożliwy do zrealizowania z uwagi na fakt, że w licznych postępowaniach zamawiający wymagają odmiennych

11

właściwości oferowanych produktów (np. czas palenia i żarzenia „pomiędzy 2 a 4 sekundy”). Udział w postępowaniu wykonawcy, który dysponuje wskazanym w treści certyfikatu dokumentem, z którego wynika czas palenia i żarzenia poniżej 4 sekund, wiązałby się w tej sytuacji z koniecznością zmiany certyfikatu wyłącznie na potrzeby konkretnego postępowania (dla potwierdzenia, że czas ten wynosi nie mniej niż 2 sekundy). Wykonawca nie mógłby przy tym uczestniczyć w postępowaniach toczących się równolegle, w których ustanowiono odmienne wymagania w zakresie właściwości produktu. Co więcej, w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego ustanawiane są często wymagania dotyczące parametrów, które nie podlegają badaniu w procesie certyfikacji wyrobu. Skutkiem prezentowanej w odwołaniu koncepcji byłaby niemożność udziału w postępowaniu wykonawców, którzy posiadają certyfikat wydany zgodnie z właściwymi normami prawnymi, lecz nie spełniający wymogów konkretnej SIWZ. Ustanowienie w treści SIWZ wymogów, iż wszelkie parametry oferowanych wyrobów winny zostać potwierdzone dokumentami stanowiącymi podstawę wydania certyfikatu, narażałoby Zamawiającego na zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przystępujący załączył do oferty sprawozdanie z badań palności i temperatury reakcji kleju poliuretanowego Ekopur W, sporządzone przez Główny Instytut Górnictwa (Nr 205-1/207/SM2). Bezspornym jest, że z jego treści wynika, iż czas palenia i żarzenia wynosi 4,2 s., a w konsekwencji, że oferowany produkt spełnia wymóg określony w Załączniku Nr 1 do SIWZ punkt C 9). W związku z powyższym zarzut Odwołującego jest pozbawiony podstaw faktycznych i prawnych.

2. Zarzut załączenia do oferty Minova nieaktualnych kart charakterystyki dla komponentu B.

W Załączniku Nr 1 do SIWZ pkt C ppkt 6) Zamawiający wymagał przedłożenia kart charakterystyki preparatu chemicznego (komponentów do wytwarzania klejów). Zamawiający nie wymagał, aby karty te były aktualne (w odróżnieniu np. od wymogu w zakresie Atestu Higienicznego – pkt C ppkt 7) Załącznika oraz certyfikatów - s. 23 pkt a) Załącznika). Odwołujący, mając świadomość powyższego, poza ogólnym stwierdzeniem, iż „zgodnie z obowiązującym prawem oferent jest zobowiązany do przedłożenia aktualnej charakterystyki substancji niebezpiecznej i niedopuszczalne jest posługiwanie się jej wcześniejszą wersją. Tym bardziej jeśli jest się w posiadaniu aktualnej Karty charakterystyki”, nie przywołał żadnych przepisów prawnych lub postanowień SIWZ potwierdzających prezentowane stanowisko. W praktyce do składanych ofert wykonawcy załączają karty charakterystyki aktualne na dzień obowiązywania certyfikatu. Natomiast aktualne karty charakterystyki

12

dostarczane są zamawiającym wraz z pierwszą dostawą materiału. Obowiązek taki przewidział zresztą Zamawiający w § 8 ust. 5 lit. d) Załącznika Nr 6 do SIWZ (s. 47 SIWZ). W celu rozwiania wątpliwości Odwołującego w zakresie zgodności z prawem aktualnych kart charakterystyki, Przystępujący załączył je do przystąpienia.

3. W zadaniu 2 Minova oferuje klej o parametrach czasowych przekraczających zakres ustalony certyfikatem. Oferta na stronie 176 zawiera informację, że czas startu zawiera się w przedziale 25-95 s., a czas końca reakcji 30-190 s. Certyfikatem zaś gwarantuje się utrzymanie właściwości w zakresie czasu startu 30-90 s., a czas końca reakcji 40-300 s.

W Załączniku Nr 1 do SIWZ pkt A Zamawiający wymagał, aby początek czasu reakcji zawierał się w przedziale 25-95 s. Wynika z tego, że spełni wymagania SIWZ produkt, którego początek czasu reakcji będzie mieścił się w powyższych wartościach (będzie wynosił np. 30-80, 40-90 itp.). Koniec czasu reakcji Zamawiający określił na 30-190 s.

W certyfikacie Nr OBAC/508/CB/10 (s. 180 oferty Przystępującego) gwarantuje się utrzymanie właściwości w zakresie czasu startu 30-90 s., a czas końca reakcji 40-300 s. Analogiczne wartości wskazano w instrukcji bezpiecznego stosowania, przechowywania i transportu dwuskładnikowego kleju poliuretanowego typu MINOSTAT AS (Nr 04-DTP/06, s. 222 oferty). Z kolei w dokumentacji technicznej Nr DT-89/06/331103449/Z2 (s. 282 oferty) Przystępujący zobowiązał się, iż oferowany w niniejszym postępowaniu produkt będzie charakteryzował się następującymi parametrami: czas startu reakcji 30-90 s., czas końca reakcji 40-190 s.

Odwołujący nie kwestionuje parametrów określonych w przywołanych powyżej, zawartych w ofercie Przystępującego dokumentach, w szczególności dokumentacji technicznej. Odwołujący podnosi jedynie, że w tabeli zawartej na stronie 176 oferty wpisano we właściwych polach, co było oczywistą omyłką, parametry inne, niż wynikające z dokumentacji technicznej i certyfikatów. Znając wartości wskazanych tam parametrów, Odwołujący dokonuje poważnego nadużycia stwierdzając, iż Minova oferuje w zadaniu II klej „o parametrach czasowych przekraczających zakres ustalony certyfikatem”. Ze wszelkich załączonych do oferty dokumentów wynika bowiem, iż produkt spełnia ustanowione w SIWZ wymagania, a w konsekwencji brak jest jakichkolwiek przesłanek do uznania, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ, czego domaga się Odwołujący.

13

II. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych 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.

W przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, do którego odsyła przywołany powyżej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, mowa jest o dwóch kategoriach oświadczeń i dokumentów: potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz tych potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. W punkcie XI SIWZ („oświadczenia i dokumenty wymagane w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu”, s. 6 SIWZ) Zamawiający w sposób wyczerpujący określił, które z dokumentów zaliczył do pierwszej kategorii. Z kolei dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zostały enumeratywnie wymienione w punkcie C Załącznika Nr 1 do SIWZ („dokumenty wymagane w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego - do złożenia wraz z ofertą”, s. 22-23 SIWZ). Niezależnie jednak od dokonanej przez Zamawiającego kwalifikacji, oczywistym jest, że oświadczenie o pochodzeniu towarów nie stanowi, w stanie faktycznym niniejszej sprawy, oświadczenia potwierdzającego warunek udziału w postępowaniu. W treści SIWZ Zamawiający nie ustanowił bowiem wymogu, iż w postępowaniu ostaną się jedynie oferty, w których udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców wynosi powyżej 50%. Oświadczenie to nie może być zatem kwalifikowane jako potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), jak również potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), a jedynie w przypadku takich dokumentów Zamawiający byłby zobowiązany do wykorzystania trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co wynika z literalnego brzmienia przepisu. Zdaniem Przystępującego, z odmienną sytuacją mielibyśmy do czynienia w przypadku zamieszczenia przez Zamawiającego w treści SIWZ postanowienia przewidującego skutek w postaci odrzucenia oferty, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym

14

traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50 %. Rozważenia wymagałoby wówczas, czy stan taki mógłby być kwalifikowany jako wyczerpujący dyspozycję przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skoro stanowi w istocie wymóg potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego (pod rygorem odrzucenia oferty). Nie ma zatem racji Odwołujący wywodząc, iż wyrok Sadu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 lutego 2009 r. (sygn. akt V Ga 15/09) zapadł w identycznym, jak w niniejszym postępowaniu, stanie faktycznym.

Odwołujący nie może na obecnym etapie postępowania twierdzić, jak to czyni w punkcie 5 odwołania (część „stan prawny”), że skoro fakt pochodzenia towarów Zamawiający nie wiąże ze skutkiem prawnym w postaci odrzucenia oferty, to dane zawarte w oświadczeniu traktować należy jako mające wyłącznie informacyjny charakter. Jeżeli Odwołujący uznawał przewidziany w ust. XX pkt 7 SIWZ za zbędny, mógł wnieść odwołanie od treści SIWZ (co uczynił, lecz w zakresie innych jej postanowień). Ponadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego, z informacjami zawartymi w oświadczeniu Zamawiający powiązał pewne skutki prawne (określone w ust. XX pkt 7 SIWZ), które nie mogą jednak być kwalifikowane jako warunek udziału w postępowaniu lub potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, a jedynie jako mające wpływ na ocenę i wybór oferty najkorzystniejszej.

Przystępujący podkreślał, że po myśli dotychczasowej, jednolitej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, 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, co znajduje swoje uzasadnienie w dotychczasowym orzecznictwie Izby (wyrok z dnia 7 listopada 2008 r., KIO/UZP 1163/08, wyrok z dnia 8 stycznia 2009 r., KIO/UZP 1486/08, wyrok z dnia 29 grudnia 2010 r., KIO

2702/10)1. Z uwagi na powyższe wnosił jak na wstępie.

Kopia przystąpienia przekazana została Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

15

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, braki formalne odwołania zostały usunięte w terminie, a Odwołujący uścił wpis.

Odwołujący spełnia też przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zadania (części) 1-6. Odwołujący złożył ofertę na zadania (części) 1-6, której odrzucenie przez Zamawiającego uniemożliwiło mu udział w aukcji elektronicznej i pozbawiło szans na uzyskanie zamówienia. Posiada także interes w kwestionowaniu prawidłowości oferty wykonawcy dopuszczonego, niezasadnie jego zdaniem, do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo wad występujących w ofercie tego wykonawcy. Wyłączenie udziału takiego wykonawcy zmniejsza bowiem krąg podmiotów mogących uzyskać zamówienie. Dopuszczenie wykonawcy, który złożył wadliwą ofertę, skutkuje możliwością powstania szkody polegającej na pozyskaniu przez tego wykonawcę zamówienia, pomimo iż jego oferta obciążona jest wadami. Natomiast w zakresie zadania (części) 7 Odwołujący nie spełnia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie złożył w ramach tego zadania (części) oferty.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, ofertę Odwołującego, ofertę Minova, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, umowę sprzedaży klejów poliuretanowych do stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 r. z dnia 30 grudnia 2009 r. pomiędzy Kompanią Węglową S.A. jako zamawiającym i Minova jako wykonawcą przedłożoną na rozprawie.

Izba uznała skuteczność przystąpienia wykonawcy Minova do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z uwagi na spełnienie przez niego przesłanek skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie znalazły potwierdzenia zarzuty podnoszone w odwołaniu.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu w postaci oświadczenia o udziale towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, o którym mowa w ust. XX pkt 8 SIWZ. Zdaniem Izby, uwzględniając postanowienia SIWZ, Odwołujący niesłusznie dokonuje w ramach powyższego zarzutu powiązania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z

16

przepisem art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie skorzystał bowiem z dyspozycji przewidzianej tą regulacją, a mianowicie możliwości wprowadzenia w ramach zamówienia na dostawy odrzucenia oferty, 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%, jeżeli stosowne postanowienie znalazło się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Bezzspornym jest, iż w ust. XX pkt 7 SIWZ Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż nie odrzuci oferty, 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%. W ust. XX pkt 7 Zamawiający odwołał się natomiast do dyspozycji zawartej

w art. 138c ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że złożono dwie lub więcej ofert o takiej samej cenie lub przedstawiających taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przewidziano odrzucenia oferty zgodnie z art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę, która nie mogłaby zostać odrzucona na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Ceny przedstawione w ofertach są takie same, jeżeli różnica między ceną najkorzystniejszej oferty a cenami innych ofert, które nie mogłyby zostać odrzucone na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie przekracza 3%. Zamawiający w ust. XX dotyczącym kryteriów oceny ofert zawarł bowiem następujące postanowienia:

„7. Zamawiający nie odrzuci oferty, 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%. Jeżeli Zamawiający nie będzie mógł wybrać oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że złożono dwie lub więcej ofert o takiej samej cenie Zamawiający wybierze ofertę, która nie mogłaby zostać odrzucona na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 4 Ustawy. Ceny przedstawione w ofertach są takie same jeżeli różnica między ceną najkorzystniejszej oferty a cenami innych ofert, które nie mogłyby zostać odrzucone na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 4 Ustawy, nie przekracza 3%.

8. Zamawiający wymaga dołączenia do oferty oświadczenia o udziale towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, którego wzór stanowi załącznik nr 2b do niniejszej SIWZ.”

Tym samym zawarty w ust. XX pkt 8 wymóg dołączenia do oferty oświadczenia o udziale towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, którego wzór stanowił załącznik nr 2b do SIWZ, odnosił się do preferencji dla oferty, w której

17

udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza 50% w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej, gdy takiego wyboru nie można dokonać ze względu na to, że złożono dwie lub więcej ofert o takiej samej cenie.

Zdaniem Izby Odwoławczej niesłusznie kwalifikuje oświadczenie o udziale towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców wymagane przez Zamawiającego ust. XX pkt 8 SIWZ jako podlegające uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie należy ono bowiem do żadnej z kategorii oświadczeń/dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a tylko takie podlegają uzupełnieniu w tym trybie. Oświadczenie o udziale towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców wymagane przez Zamawiającego w ust. XX pkt 8 SIWZ nie stanowi oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), gdyż nie odnosi się do żadnej z kategorii warunków wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp ani braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Nie stanowi także oświadczenia potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, gdyż do takich wymagań się nie odnosi. W stanie faktycznym niniejszej sprawy nawet bardzo rozszerzająca interpretacja pojęcia oświadczenia potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego nie mogłaby doprowadzić do zakwalifikowania oświadczenia wymaganego w ust. XX pkt 8 SIWZ do takiej kategorii, gdyż Zamawiający nie postawił w tym zakresie żadnych warunków (nie wymagał, aby udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców przekraczał 50%). Wprowadził jedynie preferencję dla takich ofert na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji opisanej w art. 138c ust. 2 ustawy Pzp. Odwoławczy powoływał się na wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 lutego 2009 r. sygn. akt V Ga 15/09, w którym Sąd uznał zasadność zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do oświadczenia o udziale towarów pochodzących z państw

członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców w sytuacji, gdy wbrew wymogowi postawionemu w SIWZ wykonawca nie dokonał niezbędnych skreśleń, za pomocą których należało określić, czy oferuje on dostawy, w których udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza 50%. Izba nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, iż orzeczenie to odnosi się do stanu faktycznego

18

analogicznego do niniejszej sprawy. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczył przedmiotowy wyrok, odmiennie niż w niniejszej sprawie, zamawiający skorzystał z dyspozycji art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jak również zamieścił powyższe oświadczenie wśród oświadczeń, do których odnosi się art. 25 ust. 1 ustawy Pzp („Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” – wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1486/08). Należy także zauważyć, iż Sąd, kwalifikując oświadczenie jako dotyczące postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu (Sąd rozważał zaistnienie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania), w istocie nie prowadził samodzielnych rozważań co do charakteru powyższego oświadczenia, nie badał do której kategorii oświadczeń przewidzianych art. 25 ust. 1 ustawy Pzp należy je odnieść i jakie okoliczności za tym przemawiają. Abstrahując od oceny prawnej ustaleń zawartych w powyższym wyroku, stwierdzić należy, iż stan faktyczny niniejszej sprawy jest całkowicie odmienny. Jak było to wskazane, Zamawiający nie skorzystał z dyspozycji art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający w ust. XI i XII SIWZ („Oświadczenia i dokumenty wymagane w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu”, oświadczenia i dokumenty wymagane dla wykazania braku podstaw do wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp) w sposób wyczerpujący określił, które z dokumentów zaliczył do kategorii wskazanej w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Z kolei dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zostały enumeratywnie wymienione w punkcie C Załącznika Nr 1 do SIWZ („Dokumenty wymagane w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego - do złożenia wraz z ofertą”). Oświadczenie o udziale towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców zostało wskazane odrębnie - w ust. XX pkt 8 SIWZ „Kryteria oceny oferty”. Oczywiście sposób zakwalifikowania oświadczenia przez Zamawiającego nie decyduje o jego charakterze, wskazuje jednak na znaczenie tego dokumentu nadawane mu przez Zamawiającego. Należy podkreślić, iż taki sposób prezentacji wymagań Zamawiającego w odniesieniu do ww oświadczenia nie budził wątpliwości wykonawców, dopuszczalność żądania oświadczenia na zasadach określonych w ust. XX pkt 7 również nie była kwestionowana. Na obecnym etapie nie ma natomiast możliwości podważania dopuszczalności czy zasadności jego żądania. Tego rodzaju zarzut jako odnoszący się do treści SIWZ należałoby uznać za spóźniony.

Zdaniem Izby nie można podzielić stanowiska Odwołującego, iż jedynie w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z dyspozycji art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. gdyby w SIWZ zawarł rygor odrzucenia oferty, w której udział towarów pochodzących z państw

19

członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%, można rozważać odrzucenie oferty wykonawcy, który takiego oświadczenia nie załączył (i to tylko po wyczerpaniu procedury jego uzupełnienia). Odwołujący w treści odwołania nie odniósł się w ogóle do celu żądania przez Zamawiającego powyższego oświadczenia wyrażonego jednoznacznie w ust. XX pkt 7 w zw. z art. 138c ust. 2 ustawy Pzp. Co więcej, analizując ust. XX pkt 7 SIWZ, całkowicie pominął zdanie drugie i trzecie tego postanowienia, gdzie jednoznacznie wskazano na rodzaj preferencji dla oferty, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza 50%. Zdaniem Izby nie budzi

wątpliwości, iż żądanie przedłożenia oświadczenia o udziale towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców stanowi konsekwencję wymogu postawionego w ust. XX pkt 7 SIWZ i znajduje oparcie w art. 138c ust. 2 ustawy Pzp. Powyższe oświadczenie nie może być uznane, jak chce tego Odwołujący, za posiadające walor wyłącznie informacyjny, stanowi ono element oferty wymagany jednoznacznie i jasnymi postanowieniami SIWZ, którego brak uniemożliwiłby Zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej, gdyby w Postępowaniu miała miejsce sytuacja przewidziana w ust. XX pkt 7 SIWZ. Zamawiający nie mógłby zatem dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób, który przewidział w SIWZ i który został zaakceptowany przez wykonawców (nie złożyli oni środków ochrony prawnej od powyższych postanowień SIWZ).

Równocześnie, z przyczyn określonych powyżej, nie jest to element oferty podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie podlega także wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 ani art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w istocie wiązałoby się to z koniecznością uzupełnienia oferty, co na obecnym etapie postępowania jest niedopuszczalne. Nie ma także możliwości poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, już choćby z tego względu, że oświadczenie takie w ogóle nie zostało złożone, a Zamawiający nie może zastąpić oświadczenia wykonawcy własnym. Poprawienie omyłki nie może też polegać na uzupełnieniu oświadczenia przez wykonawcę. Ponadto Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby jakiegokolwiek dokumenty przedłożone wraz z ofertą pozwalały ustalić pochodzenie oferowanych towarów. Tym samym brak wymaganego w ust. XX pkt 8 SIWZ oświadczenia jest brakiem oferty, który nie podlega uzupełnieniu ani poprawieniu i skutkuje koniecznością odrzucenia oferty przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Należy zatem podzielić stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, iż obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie pozwalają mu na sanowanie przedmiotowego braku oferty. Tym samym czynność odrzucenia oferty Odwołującego należy

20

uznać za zasadną. W konsekwencji niesłusznym jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, jak również art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z ust. XX pkt 7 SIWZ. Zamawiający wprawdzie nie skorzystał z dyspozycji art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie decyduje o odrzuceniu oferty, jednak wymagał oświadczenia wskazanego w ust. XX pkt 8 SIWZ dla innego celu określonego jednoznacznie w SIWZ. Brak wymaganego oświadczenia mógłby uniemożliwić Zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej. Tym samym nie można uznać, iż jest to jedynie formalna wada oferty. Jako że powyższy brak oferty ma charakter nieusuwalny, skutkuje koniecznością jej odrzucenia jako sprzecznej z treścią SIWZ.

W ocenie Izby nie potwierdziły się także zarzuty dotyczące nieprawidłowości oferty Minova. W treści odwołania Odwołujący zarzucał nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty Minova oraz dopuszczenie tego wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo że jego oferta nie spełniała warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Zarzucał także zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy Minova, który w niektórych kartach charakterystyki oferowanych produktów załączonych do oferty nie zawarł zapisów, z których wynika, iż komponent B, z którego tworzy się klej poliuretanowy, może powodować rozwijanie się chorób nowotworowych, zaś obowiązek informowania o tym zagrożeniu stanowi naruszenie postanowień rozporządzenia REACH. Powołał się na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 91b ust. 1 ustawy Pzp oraz zapisów rozporządzenia REACH (przedłożenie nieaktualnych kart charakterystyki). Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, iż żaden z zarzutów ani prezentowane uzasadnienie nie potwierdza, aby zaistniała podstawa do wykluczenia z Postępowania wykonawcy Minova. Podstawą dla dokonania tej czynności może być wyłącznie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji świadczącej o tym, iż wykonawca Minova wypełnia którąkolwiek z przesłanek wykluczenia opisaną w tych przepisach. Podnoszone nieścisłości czy niegodność z powoływanym rozporządzeniem REACH dotyczy dokumentów kwalifikowanych jako poświadczające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań

Zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), co nie stanowi podstawy dla wykluczenia wykonawcy z postępowania, lecz ewentualnie odrzucenia jego oferty jako sprzecznej z SIWZ. Również zarzut naruszenia zapisów rozporządzenia REACH może być oceniany wyłącznie przez pryzmat wpływu takiego naruszenia na prawidłowość oferty, a zatem czy przedłożone przez wykonawcę dokumenty w należyty sposób potwierdzają wymagania postawione przez Zamawiającego. W ocenie Izby naruszenie postanowień rozporządzenia

21

REACH nie podlega zatem ocenie jako samodzielny zarzut uzasadniający uwzględnienie odwołania.

Odwołujący zarzucał, iż Zamawiający dopuścił do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcę, którego oferta zawierała szereg nieprawidłowości świadczących o tym, iż nie spełnia wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ. Odwołujący podnosił, iż na stronie 2 certyfikatu z dnia 27 października 2008 r. Nr B/1077/III/2008 wydanego przez Główny Instytut Górnictwa wyszczególnione zostało sprawozdanie nr 242A/08/SM2 z dnia 17 września 2008 r. z badań palnościowych. Wykonawca Minova załączył natomiast do oferty sprawozdanie z dnia 24 września 2007 r., Nr 205-1/07/SM2. W ocenie Izby powyższe nie świadczy, aby oferta wykonawcy Minova pozostawała w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego. W Załączniku Nr 1 do SIWZ punkt C ppkt 9 Zamawiający wymagał „dokumentu potwierdzającego trudnopalność produktu (kleju): czas palenia i żarzenia poniżej 5 sekund”. Zamawiający żądał, aby dokument potwierdzający powyższe właściwości został wystawiony przez jednostkę uprawnioną do tego typu badań (s. 23 SIWZ). Zamawiający nie wymagał zatem, aby przedmiotowy parametr potwierdzony został przez dokument wskazany w treści certyfikatu. Nie określił nawet rodzaju tego dokumentu, pozostawiając w tym zakresie swobodę wykonawcy, z tym jednakże zastrzeżeniem, aby dokument potwierdzający wymagane właściwości produktu był wystawiony przez jednostkę uprawnioną do tego typu badań. Odwołujący nie kwestionował ustaleń wynikających z przedłożonego sprawozdania ani jego prawdziwości czy wiarygodności, jak również uprawnień podmiotu, który je sporządził. Nie podważał także spełniania przez oferowany przez wykonawcę Minova produkt wymagania Zamawiającego w zakresie trudnopalności. Nie podnosił też okoliczności, iż dane zawarte w obu sprawozdaniach są odmienne, niespójne. Skoro zatem SIWZ nie zawierała wymagania, aby „dokument potwierdzający trudnopalność produktu (kleju): czas palenia i żarzenia poniżej 5 sekund” był tożsamym z wymienionym w certyfikacie jako podstawa jego wydania, nie można czynić wykonawcy Minova zarzutu, iż przedłożył inny dokument na potwierdzenie wymaganego parametru. Należy stwierdzić, iż z załączonego przez wykonawcę Minova do oferty sprawozdania z badań palności i temperatury reakcji kleju poliuretanowego Ekopur W, sporządzonego przez Główny Instytut Górnictwa (Nr 205-1/207/SM2) wynika, iż czas palenia i żarzenia wynosi 4,2 s., a w konsekwencji, że oferowany produkt spełnia wymóg określony w Załączniku Nr 1 do SIWZ punkt C ppkt 9. Przedłożony przez wykonawcę Minova dokument należy zatem uznać za prawidłowy, a zarzut Odwołującego za niezasadny.

Odwołujący zarzucał wykonawcy Minova, iż do oferty załączył nieaktualne karty charakterystyki dla komponentu B, które nie spełniają wymogów rozporządzenia REACH,

22

ponieważ nie zawierają postanowień wskazujących, że komponent B może powodować rozwój chorób nowotworowych. Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z obowiązującym prawem oferent jest zobowiązany do przedłożenia aktualnej charakterystyki substancji niebezpiecznej i niedopuszczalne jest posługiwanie się jej wcześniejszą wersją, tym bardziej jeśli jest się w posiadaniu aktualnej karty charakterystyki.

W Załączniku Nr 1 do SIWZ pkt C ppkt 6) Zamawiający wymagał przedłożenia kart charakterystyki preparatu chemicznego (komponentów do wytwarzania klejów). Zamawiający nie postawił szczegółowych wymogów co do kart charakterystyki, nie wskazał, iż przedłożyć należy jedynie najbardziej aktualne karty charakterystyki. Nie postawił też żadnych wymogów odnośnie składu oferowanych produktów czy ich kancerogenności, jako że, jak wskazywał,

jest wiedzą poszechną, iż na rynku brak jest klejów dwuskładnikowych (a takie są przedmiotem zamówienia), które byłyby wolne od potencjalnego wpływu kancerogennego. Na rozprawie podnosił, iż podstawowym celem żądania kart charakterystyki była weryfikacja zgodności oferowanego kleju z wymaganiem, aby stosowanie środka nie wymagało specjalistycznej odzieży ochronnej (Załącznik nr 1 pkt B ppkt 9). Wykonawca Minova argumentował natomiast, iż w związku z brakiem jednoznacznego wymogu, aby dostarczyć wyłącznie aktualne karty charakterystyki przedłożył karty charakterystyki zgodne z ważnym na dzień składania ofert certyfikatem, aby zapewnić spójność swojej oferty. Obowiązek zawarcia informacji dotyczących rakotwórczości produktu w karcie charakterystyki został wprowadzony rozporządzeniem Komisji (UE) Nr 453/2010 z dnia 20 maja 2010 r. zmieniającym rozporządzenie REACH. W art. 2 ust. 7 rozporządzenia zmieniającego wskazano, że, nie naruszając postanowień art. 31 ust. 9 rozporządzenia REACH (obowiązek aktualizacji karty charakterystyki w określonych przypadkach), karty charakterystyki dla mieszanin dostarczonych odbiorcy co najmniej raz przed dniem 1 grudnia 2010 r. mogą być nadal używane i nie muszą być zgodne z załącznikiem I do niniejszego rozporządzenia zmieniającego do dnia 30 listopada 2012 r. Tym samym ustanowiono okres karencji w posługiwaniu się dotychczasowymi kartami charakterystyki do końca listopada 2012 r. Wykonawca Minova na potwierdzenie, że produkty, które są przedmiotem jego oferty, były dostarczane przed 1 grudnia 2010 r., przedłożył umowę sprzedaży z 30 grudnia 2009 r. zawartą z Zamawiającym. Nie dotyczy ona jednak wszystkich rodzajów klejów oferowanych w niniejszym postępowaniu (klej MINOSTAT AN), stąd jej walor dowodowy należy uznać za ograniczony. Niezależnie jednak od powyższego zwrócić uwagę należy, iż Odwołujący, kwestionując prawidłowość kart charakterystyki, podkreślał brak informacji o kancerogenności. W istocie informacja na temat kancerogenności pozostaje irrelevantna z punktu widzenia wymagań SIWZ, której postanowienia nie przewidywały żadnych warunków w tym zakresie, a ponadto, jak wskazywano, jest wiedzą powszechną, iż tego typu kleje

23

mogą mieć działanie rakotwórcze. Odwołujący nie wykazywał ani w odwołaniu ani na rozprawie, iż przedłożone karty charakterystyki obarczone są innymi brakami istotnymi z punktu widzenia oceny wymagań przedstawionych przez Zamawiającego w SIWZ. Ponadto załączone do oferty w zakresie zadania 2 i 5 karty charakterystyki wskazywały na ograniczone dowody działania rakotwórczego komponentu B (strona 213 i 568 oferty), a, jak wskazywał sam Odwołujący w treści odwołania, komponent ten jest w takim samym zakresie stosowany we wszystkich oferowanych w Postępowaniu klejach Minova. Tym samym celem wykonawcy nie było i nie mogło być zatajenie informacji o potencjalnie rakotwórczym charakterze produktu. Uwzględniając powyższe, jak również okoliczność, iż Zamawiający nie uszczegółowił wymogów odnośnie aktualności kart charakterystyki, zaś wykonawca Minova posługiwał się dotychczasowymi kartami charakterystyki, zgodnymi z ważnym na dzień składania ofert certyfikatem, przedłożenie ich w ofercie nie może być uznane za niezgodne z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący zarzucał, iż w zadaniu 2 Minova oferuje klej o parametrach czasowych przekraczających zakres ustalony certyfikatem. W certyfikacie Nr OBAC/508/CB/10 podane zostały czasy, w których klej MINOSTAT AS zachowuje właściwości, które zostały potwierdzone stosownymi badaniami. Oferta na stronie 176 zawiera informację, że czas startu zawiera się w przedziale 25-95 s, a czas końca reakcji 30-190 s. Certyfikatem zaś gwarantuje się utrzymanie właściwości w zakresie: czas startu 30-90 s, a czas końca reakcji 40-300 s. Zdaniem Odwołującego w przypadku czasu startu oferowany klej jest 5s „wolniejszy”, a czas końca różni się o 10s od czasu oczekiwanego w zadaniu 2. Reasumując, w ocenie Odwołującego, Minova potwierdza w ofercie inne parametry niż gwarantuje to dokumentacja.

W Załączniku Nr 1 do SIWZ punkt A Zamawiający w zadaniu 2 wymagał, aby początek czasu reakcji zawierał się w przedziale 25-95 s. Zdaniem Izby z powyższego sformułowania nie wynika, iż spełni wymagania SIWZ wyłącznie produkt o analogicznych wartościach brzegowych. Tym samym nie można uznać argumentacji Odwołującego, iż w przypadku czasu startu oferowany klej jest 5s „wolniejszy” od czasu wymaganego. Niewątpliwie bowiem 30s mieści się w przedziale 25-95s. Podobnie niesłusznym jest

wniosek odnośnie wymaganego czasu końca reakcji dotyczący różnicy 10s (40 s mieści się w przedziale czasu 30-190s). Znamionym jest, iż Odwołujący nie odnosi się w sposób wyraźny w odwołaniu do drugiego z parametrów brzegowych, tj. w przypadku czasu startu: wymaganych 95s, a czasu końca reakcji 190 s. Jednak, jako że kwestionuje spójność oferty Minova w zakresie deklarowanych przedziałów czasowych z parametrami ujętymi w certyfikacie, na marginesie stwierdzić należy, iż dla oceny zgodności oferty z treścią SIWZ

24

podstawowe znaczenie ma deklaracja wykonawcy zawarta w ofercie. Wykonawca Minova na stronie 176 oferty zadeklarował w zakresie zadania 2, iż w odniesieniu do czasu reakcji (początek, koniec) oferowany przez niego produkt osiągnie wymagane przez Zamawiającego parametry. Powyższa deklaracja znalazła także potwierdzenie w dokumentacji technicznej Nr DT-89/06/331103449/Z2 (strona 282 oferty), gdzie wskazano parametry: czas startu reakcji 30-90s, czas końca reakcji: 40-190s, zatem zgodne z wymaganiem Zamawiającego. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego i wykonawcy Minova, iż certyfikat wskazuje na określone możliwości produktu, przy czym poprzez odpowiednie proporcje składników chemicznych możliwe jest osiągnięcie zakładanych przez wykonawcę parametrów zgodnych z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawiał w tym zakresie twierdzeń czy dowodów przeciwnych. Tym samym uznać należy, iż choć certyfikat potwierdza w zakresie końca czasu reakcji parametry 40-300s (drugi parametr brzegowy początku czasu reakcji tj. 90s, przy przedziale 25-95s nie budzi wątpliwości), co w odniesieniu do 300s zdawałoby się przekraczać zakres tolerancji ustalony przez Zamawiającego (30-190s), to wykonawca poprzez odpowiednie ustalenie proporcji składników może osiągnąć parametry przez siebie zagwarantowane. Na taką możliwość wskazuje też ww dokumentacja techniczna Nr DT-89/06/331103449/Z2 (strona 282 oferty), której Odwołujący w odwołaniu nie kwestionuje. Ponadto na podobne rozumienie powyższego wymogu wskazuje oferta Odwołującego, w której podano czas startu reakcji 15-200s, czas końca reakcji 30-600s (strona 139 oferty), a Odwołujący także zadeklarował spełnienie parametrów wymaganych przez Zamawiającego (strona 72 oferty). Tym samym zarzut Odwołującego uznać należy za niezasadny.

Uwzględniając powyższe uznać należy, iż nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 91b ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wystosowania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej do Odwołującego i zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy Minova pomimo nieprawidłowości w złożonych przez niego dokumentach. W ocenie Izby Zamawiający dokonał prawidłowego badania i oceny ofert obu wykonawców. Jak wykazano powyżej, oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niedołączenie do oferty oświadczenia wymaganego zgodnie z ust. XX pkt 8 SIWZ, a Zamawiający nie miał obowiązku zastosowania trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak tego domagał się Odwołujący. Nie zachodziły także inne przesłanki sanowania tego braku oferty. Nie potwierdziły się też zarzuty dotyczące nieprawidłowości oferty Minova. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby istotnie w procesie badania i oceny ofert Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zwłaszcza, iż jedyną wadą oferty Odwołującego podniesioną przez Zamawiającego był brak oświadczenia wymaganego w ust. XX pkt 8 ustawy Pzp, którego wzór zawarty był w SIWZ. Brak dbałości w

25

procesie sporządzania oferty obciąża Odwołującego, zaś Zamawiający nie posiadał umocowania prawnego dla żądania uzupełnienia powyższego dokumentu. Wystosowanie takiego żądania pomimo braku podstawy prawnej mogłoby skutkować zarzutem naruszenia podstawowych zasad postępowania wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż nie zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, toteż orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący