

Sygn. akt: KIO 1042/17

WYROK
z dnia 7 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 czerwca 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 maja 2017 r.** przez wykonawcę **Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Sp. z o.o., ul. Nakielskiej 42/44, 42- 600 Tarnowskie Góry** postępowaniu prowadzonym przez **Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa**, adres dla korespondencji: **Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. Oddział Zakład Gazowniczy w Zabrze, ul. Szczęść Boże 11, 41-800 Zabrze**

przy udziale wykonawcy **H.a I., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Aparatury Pomiarowej H. I., ul. Gandora 21, 43-512 Bestwinka** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 17.05.2017 r. w Części 1 zamówienia, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w Części 1, w ramach której nakazuje Zamawiającemu wezwanie Przystępującego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Aparatury Pomiarowej H. I., ul. Gandora 21, 43-512 Bestwinka w trybie art. 26 ust. 3 Prawa Zamówień Publicznych do uzupełnienia**

dokumentu o którym mowa w 7.7 ppkt 14 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu odwołania opartego na tej podstawie prawnej i nie wyczerpanie tego trybu. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa, adres dla korespondencji: Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. Oddział Zakład Gazowniczy w Zabrze, ul. Szczęść Boże 11, 41-800 Zabrze** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Sp. z o.o., ul. Nakielskiej 42/44, 42- 600 Tarnowskie Góry** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa, adres dla korespondencji: Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. Oddział Zakład Gazowniczy w Zabrze, ul. Szczęść Boże 11, 41-800 Zabrze** na rzecz **Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Sp. z o.o., ul. Nakielskiej 42/44, 42-600 Tarnowskie Góry** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Legalizacja ponowna gazomierzy miechowych o wielkości G-1,6; G-2,5; G-4; G-6; G-10; G-16; G-25; G-40; G-65, które utraciły ważność cechy legalizacyjnej w podziale na trzy części zamówienia*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 049-091131 z 10.03.2017 r., przez Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa, adres dla korespondencji: Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. Oddział Zakład Gazowniczy w Zabrze, ul. Szczęść Boże 11, 41-800 Zabrze zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 17.05.2017 r. (upublicznienie na Portalu Zakupowym i za pomocą operatora pocztowego) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej m. in. w części 1 zamówienia firmy: H.a I., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Aparatury Pomiarowej H. I., ul. Gandora 21, 43-512 Bestwinka zwanej dalej: „Zakład Aparatury Pomiarowej H. I.” albo „ZAP” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Sp. z o.o., ul. Nakielskiej 42/44, 42- 600 Tarnowskie Góry zwanej dalej: „Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 26.05.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Sp. z o.o. wniosła odwołanie na w/w czynność z 17.05.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 26.05.2017 r. (e-mailem). Wniósł odwołanie na:

[a] zaniechanie Zamawiającego, polegające na nie odrzuceniu oferty wykonawcy - Zakładu Aparatury Pomiarowej - H. I. w zakresie części I zamówienia, złożonej w postępowaniu, mimo, iż oferta ta [w zakresie części I zamówienia] narusza wymóg określony w pkt 7.7 ppkt [14] Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, a więc jest sprzeczna z treścią SIWZ i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt [2] ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”; ewentualnie [na wypadek uznania przez KIO, że pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ stanowi warunek udziału w postępowaniu:

[b] zaniechanie Zamawiającego, polegające na nie wykluczeniu ZAP z postępowania w zakresie części I zamówienia, mimo, iż ZAP nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ;

ewentualnie [na wypadek przyjęcia przez KIO, iż brak było na tym etapie podstaw do odrzucenia oferty ZAP lub wykluczenia ZAP z postępowania]:

[c] zaniechanie Zamawiającego, polegające na nie wezwaniu ZAP do uzupełnienia dokumentu wymaganego w pkt 7.7. pkt [14] SIWZ, mimo, iż ZAP nie przedłożył dokumentu, który był wymagany przez Zamawiającego;

ewentualnie [na wypadek, gdyby KIO uznała, że brak było podstaw do wezwania ZAP do uzupełnienia dokumentów]:

[d] zaniechanie Zamawiającego, polegające na nie wezwaniu ZAP do udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, przedłożonych w celu wykazania spełnienia wymogu określonego w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ, mimo, iż dokumenty te budziły zasadnicze wątpliwości; oraz:

[e] czynność Zamawiającego, polegającą na wyborze oferty ZAP, mimo, iż oferta ZAP winna zostać odrzucona [jako sprzeczna z pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ], względnie - ZAP powinien zostać wykluczony z postępowania, lub winien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ, albo też do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów przedłożonych celem wykazania spełnienia wymogu określonego w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ; oraz.

[f] zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo, iż jego oferta była najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

[1] art. 89 ust. 1 pkt [2] w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez ich bezpodstawne niezastosowanie, a - w konsekwencji - zaniechanie odrzucenia oferty ZAP, mimo, iż jest ona sprzeczna z wymogiem określonym w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ, gdyż ZAP nie dołączył do oferty umowy lub promesy na dostawę części od producenta gazomierzy lub innego dostawcy dysponującego zaświadczeniem producenta, że części zostały wyprodukowane zgodnie ze specyfikacjami i standardami produkcyjnymi ustalonymi przez producenta i są one tej samej jakości, co części stosowane do montażu gazomierzy, a więc nie wykazał, że oferowana przez niego usługa odpowiada wymaganiom Zamawiającego;

ewentualnie [na wypadek uznania przez KIO, że pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ stanowi warunek udziału w postępowaniu] :

[2] art. 24 ust. 1 pkt [12] Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a - w konsekwencji - zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy [ZAP], który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ tj. nie przedłożył umowy lub promesy na dostawę części od producenta gazomierzy lub innego dostawcy dysponującego zaświadczeniem producenta, że części zostały wyprodukowane zgodnie ze

specyfikacjami i standardami produkcyjnymi ustalonymi przez producenta i są one tej samej jakości, co części stosowane do montażu gazomierzy;

ewentualnie [na wypadek uznania przez KIO, że brak było na tym etapie podstaw do odrzucenia oferty lub wykluczenia ZAP z postępowania:

[3] art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania, a - w konsekwencji - zaniechanie wezwania ZAP do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ;

ewentualnie [na wypadek, gdyby KIO uznała, że ZAP mógł przedłożyć inny dokument, niż ten, o którym wprost mowa w pkt 7.7 ppkt [14] Pzp]:

[4] art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania, a - w konsekwencji - zaniechanie wezwania ZAP do złożenia wyjaśnień dotyczących faktur, które zostały przedłożone, celem wykazania spełnienia wymogu z pkt 7.7 ppkt [14] Pzp, a które wywoływały zasadnicze wątpliwości, co do posiadania przez ZAP w zasobie własnym części zamiennych niezbędnych do należytej realizacji zamówienia; *oraz.*

[5] art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez błędne jego zastosowania i dokonanie wyboru oferty, która jest sprzeczna z wymogiem określonym w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ, względnie - dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania, względnie, który winien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentu, o który mowa w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ, względnie, który winien zostać wezwany do złożenia, wyjaśnień dotyczących dokumentów przedłożonych, celem wykazania spełnienia wymogu z pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ; *oraz.*

[6] art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez błędne jego zastosowania, a - w konsekwencji - zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo, iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

W konsekwencji, Odwołujący wnosił o:

[A] dopuszczenie i przeprowadzenie niżej wnioskowanych dowodów *oraz* dowodów, które będą składane na rozprawie; *a także:*

[B] unieważnienie czynności wyboru oferty ZAP w zakresie części I niniejszego zamówienia; *oraz:*

[C] nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty ZAP w zakresie części I niniejszego zamówienia;

ewentualnie [na wypadek uznania, że pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ stanowi warunek udziału w postępowaniu]:

[D] nakazanie Zamawiającemu wykluczenie ZAP z postępowania w zakresie części I niniejszego zamówienia;

ewentualnie [na wypadek na wypadek uznania przez KIO, że brak było na tym etapie podstaw do odrzucenia oferty lub wykluczenia ZAP z postępowania:

[E] nakazanie Zamawiającemu wezwanie ZAP do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ;

ewentualnie [na wypadek przyjęcia iż brak było podstaw do wzywania ZAP do uzupełnienia dokumentów]:

[F] nakazanie Zamawiającemu wezwanie ZAP do udzielenia wyjaśnień w zakresie dokumentów złożonych, celem wykazania spełnienia wymogu określonego w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ;

oraz [w każdym z powyższych przypadków]:

[G] nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu w zakresie części I niniejszego zamówienia;

[H] zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów niniejszego postępowania, w tym kosztów zastępstwa radcowskiego według dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie.

[A] Stan faktyczny

[1] Odwołujący złożył ofertę na część I zamówienia [tj. legalizacja gazomierzy produkcji ZWUG Intergaz Sp. z o.o. - dalej: „Część I”] w ramach postępowania przetargowego prowadzonego przez Zamawiającego na: *Legalizację ponowną gazomierzy miechowych o wielkości G-1, 6; G-2,5; G-4; G-6; G-1 0; G-1 6; G-25; G- 40; G-65, które utraciły ważność cechy legalizacyjnej w podziale na trzy części* zamówienia [znak sprawy: 2016/PSG7/WP-000022 - dalej: „Postępowanie”]. Odwołujący zaoferował cenę w kwocie 915 393,60 PLN netto [1 125 934,13 PLN brutto] i okres gwarancji wynoszący 42 miesiące.

Dowód: [1] oferta Odwołującego z 19.04.2017 roku [w aktach postępowania przetargowego];

[2] Oprócz Odwołującego, oferta na Część I zamówienia została złożona przez ZAP, który zaoferował cenę w kwocie 853 123,00 PLN netto [1 049 341,29 PLN brutto] i okres gwarancji wynoszący 36 miesięcy.

Dowód: [2] oferta ZAP z 19.04.2017 roku [w aktach postępowania przetargowego];

[3] W dniu 24 kwietnia 2017 roku Zamawiający poinformował uczestników postępowania przetargowego poprzez zamieszczenie odpowiedniego pisma na platformie zakupowej Zamawiającego [stronie internetowej] o wykonawcach, którzy złożyli oferty w postępowaniu, cenach ofert i deklarowanej długości gwarancji.

Dowód: [3] pismo Zamawiającego z dnia 24.04.2017 roku [załącznik nr 2];

[4] W dniu 17 maja 2017 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszych ofert w postępowaniu. Zamawiający uznał, że najkorzystniejszą ofertę na Część I zamówienia złożył ZAP, wskazując, że oferta ZAP uzyskała największą liczbę punktów łącznie w kryteriach: najniższa cena i długość gwarancji oraz spełniła warunki określone w SIWZ.

Dowód: [4] porównanie ofert z dnia 17.05.2017 roku [załącznik nr 3];

[5] informacja Zamawiającego z dnia 17.05.2017 w przedmiocie wyboru najkorzystniejszych ofert w postępowaniu [załącznik nr 4];

[B] Przesłanki z art. 179 ust. 1 PZP

[5] Odwołujący podnosi, iż ma interes we wniesieniu odwołania w zakresie naruszeń przepisów PZP dotyczących Części I zamówienia, gdyż - gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów PZP, to oferta Zamawiającego winna być uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu i Odwołujący miałby szansę na osiągnięcie korzyści ekonomicznych z realizacji niniejszego zamówienia.

Dowód: [6] porównanie ofert z 17.05.2017 roku [załącznik nr 3];

[7] informacja Zamawiającego z dnia 17.05.2017 w przedmiocie wyboru najkorzystniejszych ofert w postępowaniu [załącznik nr 4];

[6] Tymczasem, wskutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający, wskazanych w petitum odwołanie, oferta Odwołującego nie została wybrana, a Odwołujący może ponieść z tego tytułu szkodę. Tak więc, jedynym środkiem prawnym przy pomocy którego można usunąć stan niezgodności z prawem jest wniesienie niniejszego odwołania, co przesądza, że obie przesłanki z art. 179 ust. 1 PZP zostały spełnione.

[C] Termin na wniesienie odwołania

[7] Odwołujący podnosi, iż informacja o wyborze oferty ZAP pojawiła się na platformie zakupowej PSG [stronie internetowej] Zamawiającego w dniu 17 maja 2017 roku, wobec czego termin na wniesienia odwołania mija - na podstawie art. art. 185 ust. 8 Pzp - w dniu 29 maja 2017 roku.

Dowód: [8] porównanie ofert z dnia 17.05.2017 roku [załącznik nr 3];

[9] informacja Zamawiającego z dnia 17.05.2017 w przedmiocie wyboru najkorzystniejszych ofert w postępowaniu [załącznik nr 4];

[8] Z uwagi natomiast na to, że odwołanie zostało złożone u Prezesa KIO w dniu 26 maja 2017 roku termin na wniesienie odwołania należy uznać za zachowany.

[D] Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt [2] w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

[D.1] Treść zarzutu

[9] Odwołujący zarzuca naruszenie art. 89 ust. 1 pkt [2] w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie, a - w konsekwencji - zaniechanie odrzucenia oferty ZAP, mimo, iż jest ona sprzeczna z wymogiem określonym w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ, gdyż ZAP nie dołączył do oferty umowy lub promesy na dostawę części od producenta gazomierzy lub innego dostawcy dysponującego zaświadczeniem producenta, że części zostały wyprodukowane zgodnie ze specyfikacjami i standardami produkcyjnymi ustalonymi przez producenta i są one tej samej jakości, co części stosowane do montażu gazomierzy, wobec czego nie wykazał, że oferowana przez niego usługa odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

[D.2] Stan faktyczny

[10] Zgodnie z pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ, *Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej ocenioną, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1 PZP; to jest: [14] umowa lub promesa na dostawę części od producenta gazomierzy lub innego dostawcy dysponującego zaświadczeniem producenta, że części zostały wyprodukowane zgodnie ze specyfikacjami i standardami produkcyjnymi ustalonymi przez producenta i są one tej samej jakości, co części stosowane do montażu gazomierzy.*

Dowód: [10] odpowiedź na pytanie nr 1 do SIWZ z dnia 21.03.2017 roku [załącznik nr 5];

[11] tekst jednolity SIWZ tj. po zmianie dokonanej przez odpowiedź na pytanie nr 1 do SIWZ z dnia 21.03.2017 roku [załącznik nr 6];

[11] ZAP nie złożył Zamawiającemu na etapie uzupełnienia dokumentów umowy lub promesy, o której mowa w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ. Zamiast tego, ZAP poinformował, że *w związku z udzieloną odpowiedzią Zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2017 roku o wymogu stosowania fabrycznie nowych i oryginalnych części do wykonania ponownej legalizacji, że w zasobie własnym posiada - dowód faktury zakupu - fabrycznie nowe i oryginalne części do ponownej legalizacji gazomierzy w ilościach przekraczających ilości konieczne dla realizacji przedmiotowego zamówienia i załączył do oferty następujące - wystawione przez Odwołującego - faktury VAT:*

[a] faktura VAT nr F/0995/15 z dnia 19.05.2015 roku na kwotę 26 875,50 PLN

b] faktura VAT nr F/0997/15 z dnia 19.05.2017 roku na kwotę 236,16 PLN

[c] faktura VAT nr F/1049/15 z dnia 27.05.2015 roku na kwotę 9 840,00 PLN

[d] faktura VAT nr F/1630/15 z dnia 24.08.2015 roku na kwotę 30 657,75 PLN

[e] faktura VAT nr F/2217/15 z dnia 4,11,2015 roku na kwotę 30 765,13 PLN

[f] faktura VAT nr F/2580/15 z dnia 18.12.2015 roku na kwotę 30 657,75 PLN

[g] faktura VAT nr F/105/01/16 z dnia 20.01,2016 roku na kwotę 15 328,88 PLN;

[h] faktura VAT nr F/168/01/16 z dnia 29.01.2016 roku na kwotę 15 328,88 PLN;

[i] faktura VAT nr F/170/01/16 z dnia 29.01.2016 roku na kwotę 4 920,00 PLN;

[j] faktura VAT nr F/099/02/16 z dnia 18.02.2016 roku na kwotę 29 520,00 PLN;

[k] faktura VAT nr F/081/10/16 z dnia 11.10.2016 roku na kwotę 177,12 PLN

[l] faktura VAT nr F/312/11/16 z dnia 30.11.2016 roku na kwotę 14 930,97 PLN;

Dowód: [12] pismo ZAP z dnia 29.04.2017 roku wraz z w/w fakturami VAT [załącznik nr 7];

[12] W tym stanie rzeczy Zamawiający uznał, że ZAP spełnił wymóg określony w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ i dokonał wyboru oferty ZAP, z czym nie sposób się jednak zgodzić.

[D.3] Uzasadnienie zarzutu

[13] Na wstępie należy wskazać, że celem pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ jest wykazanie przez wykonawcę, że oferowana przez niego usługa jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Dokumenty z pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ, to tzw. dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt [2] Pzp tj. potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego. W konsekwencji, niedołączenie tych dokumentów do oferty lub przedstawienie nieprawidłowych dokumentów [np. innych niż żądane przez Zamawiającego] powoduje, że wykonawca nie wykazał, że oferowana przez niego usługa spełnia wymagania zamawiającego, a jego oferta jest sprzeczna z SIWZ i podlega odrzuceniu. KIO stoi bowiem na stanowisku, zgodnie z którym *elementem przedstawianej i sporządzanej przez wykonawcę oferty są w tym kontekście również tzw. dokumenty przedmiotowe, potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług, czy robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt [2] PZP. Konsekwentnie, ich nieprzedstawienie albo przedstawienie dokumentów nieprawidłowych spowoduje niezgodność treści oferty z SIWZ* [wyrok KIO z 26.01.2017 r., KIO 11/17, KIO 29/17].

[14] W tym świetle Odwołujący podkreśla, że ZAP nie wykazał, że oferowana przez niego usługa odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ, wobec czego jego oferta winna ulec odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt [2] Pzp, a przemawiają za tym następujące argumenty.

[15] Po pierwsze, Zamawiający pominął, że ZAP nie przedstawił dokumentu, który był wymagany w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ, co już samo przez się sprawia, że powinien uznać, że oferta ZAP jest sprzeczna z treścią SIWZ i odrzucić ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt [2] PZP. Fakt, iż ZAP przedstawił inne dokumenty nie ma żadnego znaczenia, gdyż dokumenty, które przedłożono nie były tymi, których Zamawiający wymagał w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ i dopuszczenie możliwości przedstawienia również innych dokumentów stanowiłoby rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji i podważenie równej pozycji wykonawców w postępowaniu. Co więcej, wymóg posiadania wyłącznie umowy lub promesy na dostawę części ma o tyle istotne znaczenie, że nie wiadomo, jakie części zamienne będą niezbędne, celem należytej realizacji zamówienia, a tylko posiadanie umowy lub promesy na dostawę gwarantuje dostęp do każdej części zamiennej niezbędnej wykonawcy na etapie realizacji zamówienia.

[16] Po drugie, Zamawiający pominął, że z dokumentów, które zostały przedstawione przez ZAP [zamiast tych, które były wymagane przez Zamawiającego] wynika, że ZAP nie zaoferował usługi legalizacji gazomierzy z wykorzystaniem części zamiennych wyprodukowanych w 2017 roku lub nowszych, ataki był *de facto* wymóg Zamawiającego [pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ]. Z faktur VAT wynika bowiem, że części zamienne zostały zakupione w 2015 i 2016 roku, więc nie są to nowe części zamienne [z bieżącej lub przyszłej produkcji],

co - zdaniem Odwołującego - jest istotą wymogu z pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający wymaga posiadania przez wykonawcę umowy lub promesy na dostawę części zamiennych, co oznacza, że wymaga, by wykonawca użył nowych części zamiennych tj. z bieżącej lub przyszłej produkcji, a nie wyprodukowanych kilka lub kilkadziesiąt miesięcy temu [nawet, jeśli nie były one używane]. W przeciwnym przypadku, Zamawiający nie wymagałby wykazania, że wykonawca posiada - poprzez umowę lub promesę dostaw - dostęp do bieżącej produkcji części zamiennych, lecz wprost wskazałby na możliwość posłużenia się już posiadany zasobem własnym.

[17] Po trzecie, Zamawiający pominął, że oświadczenie ZAP, jakoby posiadał części wymagane do należytej realizacji zamówienia w zasobie własnym jest zupełnie niewiarygodne, gdyż części zakupione przez ZAP na podstawie przedłożonych faktur zostały zużyte przez ZAP przy realizacji innych zamówień. Należało uwzględnić, że zostały one zakupione wyłącznie w celu realizacji dwóch innych zamówień tj.

[a] zamówienia udzielonego przez PSG Sp. z o.o. [Oddział w Zabrze] na: *Legalizację ponowną gazomierzy miechowych o wielkości: G-1,6; G-2,5; G-4; G-6; G-10; G-16; G-25; G-40; G-65, które utraciły ważność cechy legalizacyjnej* [znak postępowania: PSG/ZP/Z7/Z-4/2015];

[b] zamówienia udzielonego przez PSG Sp. z o.o. [Oddział w Warszawie] na: *Legalizację ponowną gazomierzu miechowych* [znak postępowania: 2016/PSG4/WNP-005660];

[18] Odwołujący wskazuje, że Zamawiający udzielił wcześniej ZAP zamówień na legalizację gazomierzy miechowych produkcji ZWUG INTERGAZ Sp. z o.o. w obu wyżej wymienionych postępowaniach, w związku z czym zakupy odzwierciedlone w fakturach przedłożonych przez ZAP w niniejszym postępowaniu zostały dokonane z przeznaczeniem na ich wykorzystanie do realizacji wyłącznie tych zamówień i zostały w ten sposób zużyte.

Dowód: [13] pismo PSG Sp. z o.o. z dnia 24.04.2015 roku wraz z porównaniem i oceną ofert w postępowaniu nr PSG/ZP/Z7/Z- 4/2015 [załącznik nr 8];

[14] publikacja wyników postępowania z dnia 27.07.2016 roku w przetargu nr 2016/PSG4/WNP-005660 [załącznik nr 9];

[19] Odwołujący podkreśla, że fakt, iż części zamienne zakupione przez ZAP w 2015 i 2016 roku zostały wykorzystane do realizacji wcześniej uzyskanych zamówień potwierdzają następujące okoliczności i dowody.

[20] W dniu 18 kwietnia 2017 roku ZAP wystąpił do Odwołującego [jako producenta gazomierzy miechowych podlegających ponownej legalizacji] o udzielenie promesy na dostawę części zamiennych do gazomierzy objętych niniejszym postępowaniem przetargowym, z czego jednoznacznie wynika, że części zamienne, które zostały zakupione przez ZAP wcześniej zostały zużyte do realizacji uprzednio uzyskanych zamówień. W przeciwnym przypadku, kierując się konsekwentnie logiką zaprezentowaną przez ZAP

w niniejszym postępowaniu tj. gdyby ZAP posiadał na stanie takie części, ZAP nie występowałby o udzielenie promesy.

Dowód: [15] wniosek ZAP z dnia 18.04.2017 roku o udzielenie promesy [załącznik nr 10];

[21] Każda sprzedaż wykazana fakturą przedłożoną przez ZAP była poprzedzona - najpierw ogólnym zamówieniem przesyłanym przez ZAP do Odwołującego, a później konkretnymi zapotrzebowaniami. W zamówieniach ZAP określał ilość części zamiennych niezbędnych do realizacji zamówień udzielonych przez ZAP w 2015 i 2016 roku przez Zamawiającego. Ilości z zamówień i zapotrzebowań ZAP pokrywają się z ilościami sprzedanymi ZAP przez Odwołującego i potwierdzają, że wszystkie części zamienne zakupione uprzednio u Odwołującego zostały przez ZAP zużyte na potrzeby realizacji wcześniej uzyskanych zamówień. Sam ZAP określał bowiem w treści tych dokumentów, że zamawia części zamienne, celem wykonania zobowiązań z już udzielonych mu zamówień.

[22] W dniu 15 maja 2015 roku ZAP przesłał do Odwołującego ogólne zamówienie, wprost wskazując, że określono je *dla potrzeb realizacji przetargu na ponowną legalizację gazomierzy nr postępowania PSG/ZP/Z7/Z-4/2015.*

Dowód: [16] zamówienie z dnia 15.05.2015 roku [załącznik nr 11];

[23] W dniu 15 maja 2015 roku ZAP przesłał Odwołującemu „zapotrzebowanie nr I do zamówienia z dnia 15 maja 2015 roku” [tj. na części zamienne do realizacji zamówienia udzielonego przez PSG Sp. z o.o. w 2015 roku], w którym wskazano, że zamówiono części zamienne, sprzedane przez Odwołującego fakturami nr F/0995/15 z dnia 19 maja 2015 roku i F/1049/15 z dnia 27 maja 2015 roku. Opisy w zamówieniach i ilości poszczególnych pozycji zgadzają się z opisami i ilościami z tych faktur tj.

[a] poz. nr [1] z zapotrzebowania odpowiada poz. nr [3] z faktury nr F/0995/15 z dnia 19 maja 2015 roku i poz. nr [1] z faktury nr F/1049/15 z dnia 27 maja 2015 roku, a ilość jest jednakowa [4 000 sztuk];

[b] poz. nr [2] z zapotrzebowania odpowiada poz. nr 2 z faktury nr F/0995/15 z dnia 19 maja 2015 roku, a ilość jest jednakowa [1 000 sztuk];

[c] poz. nr [3] z zapotrzebowania odpowiada poz. nr [1] z faktury nr F/0995/15 z dnia 19 maja 2015 roku, a ilość jest jednakowa [1 000 sztuk];

Dowód: [17] zapotrzebowanie nr I z dnia 15.05.2015 roku [załącznik nr 12];

[18] faktura VAT nr F/0995/15 z dnia 19.05.2015 roku na kwotę 26 875,50 PLN [załącznik nr 13];

[19] faktura VAT nr F/1049/15 z dnia 27.05.2015 roku na kwotę 9 840,00 PLN [załącznik nr 14];

[24] W dniu 18 sierpnia 2015 roku ZAP przesłał Odwołującemu „zapotrzebowanie nr II do zamówienia z dnia 15.05.2015 roku” [tj. na części zamienne do realizacji zamówienia udzielonego przez PSG Sp. z o.o. w 2015 roku], w którym wskazano na części zamienne

sprzedane ZAP fakturą nr F/1630/15 z dnia 24 sierpnia 2015 roku. Odwołujący podkreśla, że wszystkie pozycje i ilości z tego zapotrzebowania są odzwierciedlone na fakturze nr F/1630/15.

Dowód: [20] zapotrzebowanie nr II z dnia 18.08.2015 roku [załącznik nr 15];

[21] faktura VAT nr F/1630/15 z dnia 24.08.2015 roku na kwotę 30 657,75 PLN [załącznik nr 16];

[25] W dniu 28 października 2015 roku ZAP przesłał Odwołującemu „zapotrzebowanie nr III do zamówienia z dnia 15.05.2015 roku” [tj. na części zamienne do realizacji zamówienia udzielonego przez PSG Sp. z o.o. w 2015 roku], w którym wskazano na części zamienne sprzedane ZAP fakturą nr F/2217/15 z dnia 4 listopada 2015 roku. Odwołujący podkreśla, że wszystkie pozycje i ilości z tego zapotrzebowania są odzwierciedlone na fakturze nr F/2217/15 [por. poz. nr [1] - [3] faktury nr F/2217/15].

Dowód: [22] zapotrzebowanie nr III z dnia 28.10.2015 roku [załącznik nr 17];

[23] faktura VAT nr F/2217/15 z dnia 4.11.2015 roku na kwotę 30 765,13 PLN [załącznik nr 18];

[26] W dniu 10 grudnia 2015 roku ZAP przesłał Odwołującemu „zapotrzebowanie nr IV do zamówienia z dnia 15.05.2015 roku” [tj. na części zamienne do realizacji zamówienia udzielonego przez PSG Sp. z o.o. w 2015 roku], w którym wskazano na części zamienne sprzedane ZAP fakturą nr F/2580/15 z dnia 18 grudnia 2015 roku. Odwołujący podkreśla, że wszystkie pozycje i ilości z tego zapotrzebowania są odzwierciedlone na fakturze nr F/2580/15.

Dowód: [24] zapotrzebowanie nr IV z dnia 10.12.2015 roku [załącznik nr 19];

[25] faktura VAT nr F/2580/15 z dnia 18.12.2015 roku na kwotę 30 657,75 PLN [załącznik nr 20];

[27] W dniu 18 stycznia 2016 roku ZAP przesłał Odwołującemu „zapotrzebowanie nr V do zamówienia z dnia 15.05.2015 roku” [tj. na części zamienne do realizacji zamówienia udzielonego przez PSG Sp. zo.o.w2015 roku], w którym wskazano na części zamienne sprzedane ZAP fakturą nr F/105/01/16 z dnia 20 stycznia 2016 roku, fakturą nr F/168/01/16 z dnia 29 stycznia 2016 roku i fakturą nr F/170/01/16 z dnia 29 stycznia 2016 roku. Odwołujący podkreśla, że opisy w zamówieniach i ilości poszczególnych pozycji zgadzają się z opisami i ilościami z tych faktur tj.

[a] poz. nr [1] zapotrzebowania nr V odpowiada poz. nr [1] faktuiy nr F/105/01/16 oraz poz. nr [1] faktury nr F/168/01/16 i poz. nr [1] faktury nr F/170/01/16, a ilość jest jednakowa [6 000 sztuk];

[b] poz. nr [2] zapotrzebowania nr V odpowiada poz. nr [2] faktury nr F/105/01/16, a ilość jest jednakowa [250 sztuk];

[c] poz. nr [3] zapotrzebowania nr V odpowiada poz. nr [2] faktury nr F/168/01/16, a ilość jest jednakowa [250 sztuk];

Dowód: [26] zapotrzebowanie nr V z dnia 18.01.2016 roku [załącznik nr 21];

[27] faktura VAT nr F/105/01/16 z dnia 20.01.2017 roku na kwotę 15 328,88 PLN [załącznik nr 22];

[28] faktura VAT nr F/168/01/16 z dnia 29.01.2016 roku na kwotę 15 328,88 PLN [załącznik nr 23];

[29] faktura VAT nr F/170/01/16 z dnia 29.01.2016 roku na kwotę 4 920,00 PLN [załącznik nr 24];

[28] W dniu 18 stycznia 2016 roku ZAP przesłał Odwołującemu „zapotrzebowanie nr VI do zamówienia z dnia 15.05.2015 roku” [tj. na części zamienne do realizacji zamówienia udzielonego przez PSG Sp. z o.o. w 2015 roku], w którym wskazano na części zamienne sprzedane ZAP fakturą nr F/099/02/16 z dnia 18 lutego 2016 roku. Odwołujący podkreśla, że wszystkie pozycje i ilości z tego zapotrzebowania są odzwierciedlone na fakturze nr F/099/02/16, co potwierdza, że zostały one zużyte na potrzeby realizacji zamówienia udzielonego ZAP w 2015 roku.

Dowód:[30] zapotrzebowanie nr VI z dnia 18.01.2016 roku [załącznik nr 25];

[31] faktura nr F/099/02/16 z dnia 18.02.2016 roku na kwotę 29 520,00 PLN [załącznik nr 26];

[29] W dniu 22 września 2016 r. ZAP zaczął zamawiać części zamienne niezbędne dla potrzeb realizacji zamówienia udzielonego w 2016 roku przez PSG Sp. z o.o. [Oddział w Warszawie], Odwołujący podkreśla, że na każdym zamówieniu jest adnotacja: *dla potrzeb realizacji przetargu na ponowną legalizację gazomierzy w Warszawie*, co potwierdza, że wszystkie sprzedane od tej pory ZAP części zostały zużyte przy realizacji uprzednio udzielonego zamówienia.

[30] W dniu 22 września 2016 roku ZAP zamówił części zamienne sprzedane mu przez Odwołującego fakturą VAT nr F/081/10/16 z dnia 11 października 2016 roku i fakturą VAT nr F/247/09/16 z dnia 27 września 2016 roku. Odwołujący podkreśla, że opisy w zamówieniach i ilości poszczególnych pozycji zgadzają się z opisami i ilościami z tych faktur tj.

[a] poz. nr [1] zamówienia z 22.09.2016 roku odpowiada poz. nr [1] faktury nr F/081/10/16 z dnia 11.10.2016 roku, a ilość jest tożsama [200 sztuk];

[b] poz. nr [2] zamówienia z 22.09.2016 roku odpowiada poz. nr [1] faktury nr F/247/09/16 z dnia 27.09.2016 roku, a ilość jest tożsama [500 sztuk];

Dowód: [32] zamówienie z dnia 22.09.2016 roku [załącznik nr 27];

[33] faktura nr F/081/10/16 z dnia 11.10.2016 roku na kwotę 177,12 PLN [załącznik nr 28];

[34] faktura nr F/247/09/16 z dnia 27.09.2016 roku na kwotę 1 660,50 PLN [załącznik nr 29];

[31] W dniu 3 listopada 2016 roku ZAP zamówił części zamienne sprzedane mu przez Odwołującego fakturą VAT nr F/312/11/16 z dnia 30 listopada 2016 r. Odwołujący podkreśla, że wszystkie pozycje i ilości z tego zapotrzebowania są odzwierciedlone na fakturze nr F/312/11/16, co potwierdza, że zostały one zużyte na potrzeby realizacji zamówienia udzielonego ZAP w 2015 r.

Dowód: [35] zamówienie z dnia 3.11.2016 roku [załącznik nr 30];

[36] faktura nr F/312/11/16 z dnia 30.11.2016 roku na kwotę 14 930,97 PLN [załącznik nr 31];

[32] Tak więc, z powyższego jednoznacznie wynika, że ZAP zużył wszystkie elementy zakupione u Odwołującego fakturami złożonymi w niniejszym postępowaniu do realizacji uprzednio uzyskanych od Zamawiającego zamówień w 2015 i 2016 r. Należy podkreślić, iż ZAP sam określał w zamówieniach ilości niezbędne do realizacji tych zamówień i robił to w toku ich realizacji, co przemawia za przyjęciem, że wszystkie zakupione przez ZAP części zostały już zużyte przez ZAP i ZAP nie dysponuje obecnie wystarczającą ilością części zamiennych, które będą mogły być wykorzystane do należytej realizacji niniejszego zamówienia. Również z tego względu ofertę ZAP należało uznać za niezgodną z pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ i odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

[33] Po czwarte, nawet, gdyby przyjąć, że ZAP dysponuje obecnie częściami zamiennymi o typach i ilościach wskazanych w fakturach [czemu Odwołujący, co do zasady przeczy, gdyż poddawałoby to w wątpliwość należyte wykonanie zamówień z 2015 i 2016 roku], to Zamawiający pominął, że ZAP w żaden sposób nie wykazał, że są to typy i ilości wystarczające do należytej realizacji zamówienia. W tym kontekście należy - jeszcze raz - podkreślić, iż gwarancja należytej realizacji zamówienia istnieje wyłącznie w przypadku przedstawienia przez wykonawcę umowy lub promesy na dostawę części zamiennych, gdyż tylko w takim przypadku wykonawca ma pełen dostęp do części zamiennych, a więc istnieje gwarancja uzyskanie przez niego każdego niezbędnego elementu. Potwierdza to, że stanowisko Zamawiającego, jakoby wymóg określony w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ można było zrealizować poprzez wykazanie posiadania „Jakiś” części zamiennych [w niewiadomej ilości] w zasobie własnym jest zupełnie błędny, gdyż nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia przez takiego wykonawcę.

[34] W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt [2] w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp należy uznać za zasadny.

[E] Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt [12] Pzp

[35] Jedynie z ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby KIO przyjęła, że naruszenie pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, gdyż wymóg ten stanowi warunek udziału w postępowaniu [czemu Odwołujący, co do zasady przeczy], Odwołujący zarzuca naruszenie art. 24 ust. 1 pkt [12] Pzp, poprzez jego niezastosowania, a -

w konsekwencji - zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy [ZAP], który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7,7 ppkt [14] SIWZ tj. nie przedłożył *umowy lub promesy na dostawę części od producenta gazomierzy lub innego dostawcy dysponującego zaświadczeniem producenta, że części zostały wyprodukowane zgodnie ze specyfikacjami i standardami produkcyjnymi ustalonymi przez producenta i są one tej samej jakości, co części stosowane do montażu gazomierzy.*

[36] Odwołujący powołuje się przy tym na uzasadnienie, które zostało precyzyjnie wskazane w części poświęconej zarzutowi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt [2] Pzp, którego nie ma potrzeby w tym miejscu powtarzać.

[37] Pokrótkie należy jedynie wskazać, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt [12] Pzp, gdyż błędnie uznał, że przedłożone przez ZAP faktury VAT wykazują, że ZAP spełnia warunek udziału, o którym mowa w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ. Tymczasem, jak już powyżej wskazano, ZAP nie przedłożył, celem wykazania spełnienia tego warunku dokumentów żądanych przez Zamawiającego. Co więcej, nawet, gdyby przyjąć, że warunek ten jest spełniony poprzez wykazanie posiadania części zamiennych w zasobie własnym [czemu Odwołujący co do zasady przeczy], to z faktur przedłożonych przez ZAP nie wynika, że ZAP takie części posiada. Jak bowiem powyżej wykazano, wszystkie części zamienne zakupione przez ZAP w 2015 i 2016 roku zostały zużyte na potrzeby realizacji wcześniej uzyskanych przez ZAP zamówień.

[38] Z tych przyczyn ocenę Zamawiającego w tym zakresie należy uznać za błędną, a zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt [12] Pzp za uzasadniony.

[F] Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp

[39] Odwołujący zarzuca naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania tj. wezwania ZAP do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ.

[40] Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, *jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania,*

[41] Z uwagi na to, że dokumenty z pkt 7.7 SIWZ, to dokumenty, których Zamawiający żąda, celem potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, a - jak wyżej wskazano - Zamawiający winien uznać, że ZAP nie przedłożył dokumentu określonego w pkt

7.7 ppkt [14] SIWZ [gdyż przedłożył inne dokumenty, a nie ten, który żądał Zamawiający], wobec czego powinien wezwać ZAP do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

[42] Tego jednak Zamawiający nie zrobił, czym naruszył art. 26 ust. 3 Pzp, czyniąc niniejszy zarzut uzasadnionym.

[G] Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp

[43] Odwołujący zarzuca naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania, a - w konsekwencji - wezwania ZAP do udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, które ZAP przedłożył celem wykazania spełnienia wymogu z pkt 7.7 pkt [14] SIWZ, mimo, iż przedłożone faktur budziły zasadnicze wątpliwości.

[44] Zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp, *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1.*

[45] Należy podkreślić, że Zamawiający miał świadomość tego, że ZAP wygrał przetargi na ponowną legalizację gazomierzy miechowych w 2015 i 2016 r. [gdyż sam mu ich udzielił] i wiedząc, że zakupy dokonywane przez ZAP służyły realizacji już udzielonych zamówień zaniechał wyjaśnienia wątpliwości związanych z wiarygodnością informacji przekazanej przez ZAP w piśmie z dnia 29 kwietnia 2017 roku tj. odnośnie rzekomego posiadania części zamiennych w zasobie własnym tego wykonawcy.

[46] Nadto, Zamawiający winien wyjaśnić wątpliwość, odnośnie tego, czy ZAP - mimo, iż nie wie, co i w jakim zakresie trzeba będzie wymienić przy wykonaniu usługi ponownej legalizacji gazomierzy miechowych - posiada wszystkie niezbędne typy części zamiennych w ilościach niezbędnych do należytej realizacji zamówienia i jak ew. zamierza pozyskać inne części zamienne, niż te, które są ujęte we przekazanych fakturach.

[47] Odwołujący podkreśla, iż powyższe kwestie są kluczowe dla należytej realizacji zamówienia i wywołują zasadnicze wątpliwości, wobec czego Zamawiający winien zastosować mechanizm określony w art. 26 ust. 4 Pzp, czego nie uczynił, czyniąc niniejszy zarzut uzasadnionym.

[H] Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp

[48] Odwołujący zarzuca również naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez błędne jego zastosowania, a - w konsekwencji - udzielenie zamówienia w sposób naruszający przepisy PZP tj. poprzez dokonanie wyboru oferty, która jest sprzeczna z wymogiem określonym w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ, względnie - wyboru oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania, względnie, który winien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentu, o który mowa w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ, względnie, który winien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów przedłożonych, celem wykazania spełnienia wymogu z pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ.

[49] Odwołujący zarzuca też naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo, iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

[50] Odwołujący podnosi, iż w/w zarzuty są jedynie konsekwencją zasadności pozostałych zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu. Nie mniej jednak również przesądzają o jego zasadności.

Zamawiający w dniu 29.05.2017 r. (upublicznienie na Portalu Zakupowym) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 01.06.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) przez Zakład Aparatury Pomiarowej H. I. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z treści ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, udzielonych odpowiedzi na zadane pytania zwłaszcza na pytanie 1, gdzie dokonano zmiany postanowień SIWZ /pismo z 21.03.2017 r./, jak i 3 /pismo z 14.04.2017 r./, informacji z otwarcia ofert, oferty ZAP, porównania i oceny ofert, wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 24.04.2017 r. skierowanego przez Zamawiającego do ZAP, odpowiedź ZAP z 29.04.2017 r. wraz z wszystkimi załącznikami, jak i informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 17.05.2017 r. dla wszystkich trzech części w tym Części I zamówienia.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego także załączone do odwołania przez Odwołującego nawet jeśli pokrywają się z dokumentami wcześniej dopuszczonymi jako dowód w sprawie:

- 1) pismo Zamawiającego z dnia 24.04.2017 roku;
- 2) porównanie ofert z dnia 17.05.2017 roku;
- 3) informacja Zamawiającego z dnia 17.05.2017 w przedmiocie wyboru najkorzystniejszych ofert w postępowaniu;
- 4) odpowiedź na pytanie nr 1 do SIWZ z dnia 21.03.2017 roku;
- 5) tekst jednolity SIWZ tj. po zmianie dokonanej przez odpowiedź na pytanie nr 1 do SIWZ z dnia 21.03.2017 roku;
- 6) pismo ZAP z dnia 29.04.2017 roku wraz z w/w fakturami VAT;
- 7) pismo PSG Sp. z o.o. z dnia 24.04.2015 roku wraz z porównaniem i oceną ofert w postępowaniu nr PSG/ZP/Z7/Z-4/2015;
- 8) publikacja wyników postępowania z dnia 27.07.2016 roku w przetargu nr 2016/PSG4/WNP-005660;
- 9) wniosek ZAP z dnia 18.04.2017 roku o udzielenie promesy;
- 10) zamówienie z dnia 15.05.2015 roku;
- 11) zapotrzebowanie z dnia 15.05.2015 roku;
- 12) faktura VAT nr F/0995/15 z dnia 19.05.2015 roku na kwotę 26 875,50 PLN;
- 13) faktura VAT nr F/1049/15 z dnia 27.05.2015 roku na kwotę 9 840,00 PLN;
- 14) zapotrzebowanie nr II z dnia 18.08.2015 roku
- 15) faktura VAT nr F/1630/15 z dnia 24.08.2015 roku na kwotę 30 657,75 PLN
- 16) zapotrzebowanie nr III z dnia 28.10.2015 roku
- 17) faktura VAT nr F/2217/15 z dnia 4.11.2015 roku na kwotę 30 765,13 PLN
- 18) zapotrzebowanie nr IV z dnia 10.12.2015 roku;
- 19) faktura VAT nr F/2580/15 z dnia 18.12.2015 roku na kwotę 30 657,75 PLN
- 20) zapotrzebowanie nr V z dnia 18.01.2016 roku;
- 21) faktura VAT nr F/105/01/16 z dnia 20.01.2017 roku na kwotę 15 328,88 PLN;
- 22) faktura VAT nr F/168/01/16 z dnia 29.01.2016 roku na kwotę 15 328,88 PLN;
- 23) faktura VAT nr F/170/01/16 z dnia 29.01.2016 roku na kwotę 4 920,00 PLN;
- 24) zapotrzebowanie nr VI z dnia 18.01.2016 roku;
- 25) faktura nr F/099/02/16 z dnia 18.02.2016 roku na kwotę 29 520,00 PLN
- 26) zamówienie z dnia 22.09.2016 roku;
- 27) faktura nr F/081/10/16 z dnia 11.10.2016 roku na kwotę 177,12 PLN;
- 28) faktura nr F/247/09/16 z dnia 27.09.2016 roku na kwotę 1 660,50 PLN;
- 29) zamówienie z dnia 3.11.2016 roku;
- 30) faktura nr F/312/11/16 z dnia 30.11.2016 roku na kwotę 14 930,97 PLN.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie złożoną na posiedzeniu, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

[1] art. 89 ust. 1 pkt [2] w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez ich bezpodstawne niezastosowanie, a - w konsekwencji - zaniechanie odrzucenia oferty ZAP, mimo, iż jest ona sprzeczna z wymogiem określonym w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ, gdyż ZAP nie dołączył do oferty umowy lub promesy na dostawę części od producenta gazomierzy lub innego dostawcy dysponującego zaświadczeniem producenta, że części zostały wyprodukowane zgodnie ze specyfikacjami i standardami produkcyjnymi ustalonymi przez producenta i są one tej samej jakości, co części stosowane do montażu gazomierzy, a więc nie wykazał, że oferowana przez niego usługa odpowiada wymaganiom Zamawiającego;

ewentualnie [na wypadek uznania przez KIO, że pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ stanowi warunek udziału w postępowaniu] :

[2] art. 24 ust. 1 pkt [12] Pzp, poprzez jego niezastosowania, a - w konsekwencji - zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy [ZAP], który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ tj. nie przedłożył umowy lub promesy na dostawę części od producenta gazomierzy lub innego dostawcy dysponującego zaświadczeniem producenta, że części zostały wyprodukowane zgodnie ze specyfikacjami i standardami produkcyjnymi ustalonymi przez producenta i są one tej samej jakości, co części stosowane do montażu gazomierzy;

ewentualnie [na wypadek uznania przez KIO, że brak było na tym etapie podstaw do odrzucenia oferty lub wykluczenia ZAP z postępowania:

[3] art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania, a - w konsekwencji - zaniechanie wezwania ZAP do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ;

ewentualnie [na wypadek, gdyby KIO uznała, że ZAP mógł przedłożyć inny dokument, niż ten, o którym wprost mowa w pkt 7.7 ppkt [14] Pzp]:

[4] art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania, a - w konsekwencji - zaniechanie wezwania ZAP do złożenia wyjaśnień dotyczących faktur, które zostały przedłożone, celem wykazania spełnienia wymogu z pkt 7.7 ppkt [14] Pzp, a które

wywoływały zasadnicze wątpliwości, co do posiadania przez ZAP w zasobie własnym części zamiennych niezbędnych do należytej realizacji zamówienia; oraz.

[5] art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez błędne jego zastosowania i dokonanie wyboru oferty, która jest sprzeczna z wymogiem określonym w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ, względnie - dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania, względnie, który winien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentu, o który mowa w pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ, względnie, który winien zostać wezwany do złożenia, wyjaśnień dotyczących dokumentów przedłożonych, celem wykazania spełnienia wymogu z pkt 7.7 ppkt [14] SIWZ; oraz.

[6] art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez błędne jego zastosowania, a - w konsekwencji - zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo, iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego na posiedzeniu. Uznając, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności potwierdzenia wymogu z pkt 7.7 ppkt 14 SIWZ poprzez złożenie stosownych faktur jak uczynił to Przystępujący, czyli inny dokument niż wynika to wprost ze wskazanych postanowień SIWZ. Pozostałe zaś zarzuty mają charakter ewentualny, jak i kaskadowy w zależności od przyjętego założenia. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego, trzeciego, piątego i szóstego, Izba uznała że na uwzględnienie zasługuje przede wszystkim zarzut trzeci, choć nie przeczy powiązania także z tym zarzutem wszystkich pozostałych wskazanych zarzutów.

Izba uznała za wiążący wymóg o charakterze przedmiotowym odnośnie pkt 7.7 ppkt 14 SIWZ w brzmieniu uwzględniającym odpowiedź na pytanie 1 i wynikającą stąd zmianę: *„Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1 PZP; to jest: [14] umowa lub promesa na dostawę części od producenta gazomierzy lub innego dostawcy dysponującego zaświadczeniem producenta, że części zostały wyprodukowane zgodnie ze specyfikacjami i standardami produkcyjnymi ustalonymi przez producenta i są one tej samej jakości, co części stosowane do montażu*

gazomierzy.” Izba uznaje stanowisko Przystępującego co do konsekwencji odpowiedzi na pytanie 3 za sprzeczne ze stanowiskiem strony do której przystąpił, czyli Zamawiającego (art. 185 ust. 5 Pzp) i nie wzięła go po uwagę. Należy podkreślić, że ten wymóg nie został w żaden sposób usunięty przez Zamawiającego jakimikolwiek zmianami SIWZ. W konsekwencji niniejszy wymóg był wiążący dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego. Wymaga podkreślenia, że był ten wymóg także jasny dla samego Przystępującego, o czym świadczy, że złożył okoliczność złożenia stosownej promesy od producenta gazomierzy „Apator-Metrix SA”, jak i „Itron/Actaris” Sp. z o.o. Niniejsze czyn jego stanowisko przedstawione na rozprawie co do nierealizowalności tego wymogu z uwagi na treść literalną SIWZ w tym zakresie za niewiarygodnym. Należy zauważyć, że sam Odwołujący podczas rozprawy nie złożył oświadczenia, że odmówi udzielenia takiej promesy jeśli w wyniku nakazu Izby, Przystępujący zwróci się o taki dokument na potrzeby przedmiotowego postępowania. Należy zauważyć, że Odwołujący nie przeczył także, że odmówił takiej promesy jednakże stwierdził, że uczynił to jedynie z uwagi na okoliczność tego rodzaju, że wystąpiono o nią w przeddzień upływu terminu do składania ofert. Należy zauważyć, że bez względu na implikacje z tym związane wymóg jest wiążący i nie można uznać go za nie wiążący wobec Przystępującego. Nadto, Izba wskazuje że ewentualna odmowa ze strony Odwołującego na obecnym etapie może skutkować podjęciem kroków prawnych w innym trybie do właściwych instytucji przez Przystępującego.

Izba uznała, że złożenie samych faktur jak miało to miejsce jest niedopuszczalne, gdyż nie są one ani umową ani promesą na dostawę części od producenta gazomierzy. Należy zgodzić się z Odwołującym, że nie można na podstawie tych faktur mieć roszczeń o zakup nowych części. Nie są one także wystarczającym dowodem na aktualny stan posiadania, zwłaszcza że pochodzą z 2015 i 2016 r. Nadto, należy zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że Zamawiający de facto potwierdza zasadność zarzutu Odwołującego, gdyż skoro brak było konieczności wskazywania typu części i ilości w fakturach złożonych przez Przystępującego należało złożyć konkretną umowę lub promesę na dostawę części z uwagi na brak możliwości ścisłego określenia ilości części zamiennych niezbędnych do wykonania usługi, co przyznał na rozprawie, jak i w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający.

Należy zauważyć, że promesy złożone przez Przystępującego na inne części odnoszą się wprost na potrzeby przedmiotowego postępowania z nazwy wskazanego i pochodzą z 2017 r. Przy czym, nie można zaprzeczyć, że sam przywołany wymóg nie odnosi się literalnie do 2017 r., przy czym niewątpliwie w pkt. 3.2.2 ppkt 8 SIWZ wyraźnie stwierdza się, że istnieje wymóg używania fabrycznie nowych i oryginalnych części podczas procesu dokonywania ponownej legalizacji, co potwierdziła odpowiedź na pytanie 3.

Konkludując ewentualne złożenie umowy lub promesy np. na 2015 roku lub 2016 na potrzeby innego postępowania przetargowego pochodzącej od Odwołującego na gazomierze jego produkcji jest dopuszczalne, ale wiązałoby się dodatkowo z koniecznością wykazania zakupów wszelkich części, jakie mogą być konieczne do naprawy i legalizacji gazomierzy i w ilości przekraczającej ilość przewidzianych w postępowaniu gazomierzy. Przy czym, takie dokumenty winny zostać dostarczone wraz z obligatoryjną umową lub promesą. Mogłoby się to też wiązać z dodatkowym postępowaniem wyjaśniającym w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, który miałby charakter obligatoryjny, a nie fakultatywny. Jednocześnie, z uwagi na dokonywanie zakupów na potrzeby danego postępowania istnienie określonych zapasów musiałyby być w sposób wiarygodny wykazane. Nawet przedstawienie aktualnego stanu magazynowego mogłoby nie być wystarczające z uwagi na konieczność używania fabrycznie nowych i oryginalnych części w postępowaniu, bowiem ulegają one także zużyciu podczas przechowywania. Izba podnosi, że przedstawienie umowy lub promesy nie z roku 2017 wiązałoby się po stronie Przystępującego z koniecznością wzięcia pod uwagę negatywnych konsekwencji w sytuacji nie wykazania wskazanych wyżej okoliczności. Byłoby to działanie na ryzyko i odpowiedzialność tak Przystępującego, ale również Zamawiającego, który musiałby ocenić taki stan rzeczy. Izba w żadnym wypadku, nie może w sposób wyprzedzający zakładać, ani oceniać, jak uczyni Przystępujący, czy też Odwołujący, tudzież Zamawiający, jedynie odnosi się do zaistniałych konotacji, będących konsekwencjami postanowień SIWZ i zarzutów zawartych w odwołaniu.

Jednocześnie, Izba wskazuje, że wobec nie wyczerpania procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp Pzp, ewentualne odrzucenia oferty Przystępującego, co stanowi istotę zarzutu pierwszego należy uznać za przedwczesne, stąd oddalenie zarzutu pierwszego. Izba uznała, że przywołany wymóg ma charakter wymogu przedmiotowego, którego nie potwierdzenie winno jednakże skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego, tak jak wskazywał to w odwołaniu Odwołujący. Inaczej mówiąc podlega on trybowi wynikającemu z art. 26 ust. 3 Pzp. Dopiero w wypadku dalszego braku uczynienia jemu zadość istniałyby podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego.

Konsekwencją powyższego jest oddalenie zarzutu piątego oraz szóstego. Wobec bowiem zarzutu szóstego mamy bowiem do czynienia z sytuacją taką sama jak w zarzucie pierwszym – jest on przedwczesny. Odnośnie zaś zarzutu piątego to zawiera on w swej istocie odniesienia tak do zarzutu czwartego, który ma charakter ewentualny, o czym Izba szerzej wskaże poniżej, ale i do zarzutu trzeciego. W tym, jednak ostatnim wypadku, Izba uznała, że generalnie istota sporu nie jest jeszcze ostatecznie rozstrzygnięta, gdyż nie został wyczerpany tryb sanacyjny stąd ostateczne oddalenie także tego zarzutu co do istoty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu drugiego oraz czwartego należy je uznać za bezprzedmiotowe, z uwagi na ich ewentualny charakter. Izba bowiem uznała, że wymóg ma charakter przedmiotowy, a nie podmiotowy. Nadto, Izba uznała, że Przystępujący nie mógł zastąpić dokumentu wprost wskazanego w pkt 7.7. ppkt 14 SIWZ, stąd również bezprzedmiotowy charakter zarzutu czwartego, który jest konsekwencją kaskadowego charakteru sformułowanych zarzutów, które też mają charakter ewentualny w zależności od przyjętego założenia. Przyjęcie jednego założenia czyni część zarzutów zawartych w odwołania nieaktualnymi i nie wymagającymi rozpoznania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczanej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....