

**Sygn. akt: KIO 659/22**

**WYROK**  
**z dnia 29 marca 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia R. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z.P. Truck-Camper U. R. w Wieluniu oraz I. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa – Handlowa I. K. Usługi Pralnicze w Złocieńcu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim z siedzibą w Olesznie

przy udziale wykonawcy A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. C. PPHU „C.” w Poraju zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia R. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z.P. Truck-Camper U. . w Wieluniu oraz I. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa – Handlowa I. K. Usługi Pralnicze w Złocieńcu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim z siedzibą w Olesznie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „Mała i średnia naprawa czas namiotów” (nr ref. 17/2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 lutego 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00048349/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 8 marca 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia R. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.P. Truck-Camper U. R. w Wieluniu oraz I. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa – Handlowa I. K. Usługi Pralnicze w Złocięncu (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. C. PPHU „C.” w Poraju (dalej jako „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, którego oferta nie spełniała warunków udziału w postępowaniu w postaci warunku zdolności technicznej rozdziału (VI.4.1.a SIWZ) oraz który zaoferował cenę rażąco niską i poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wykluczeniu innych wykonawców z dostępu do rynku;
2. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi, a tym samym oparcie decyzji ws. wyboru oferty na danych (wyjaśnieniach), które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny;
3. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uzyskania od Przystępującego rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty;
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jak również brak złożenia w terminie wymaganego podmiotowego środka dowodowego (referencji) potwierdzającej spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego;

5. art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która jest niezgodna z ustawą, a w szczególności zawiera cenę rażąco niską, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
6. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;
7. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
8. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a także nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący podniósł, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Przystępujący został wezwany przez Zamawiającego do przedłożenia wykazu usług oraz dowodów na potwierdzenie wykonania usług wykonanych w ostatnich 3 latach „*wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania*”. Na wezwanie Zamawiającego Przystępujący przedstawił wykaz z którego wynika, że wykonał dwie usługi polegające na dostawie namiotów, jednak przedstawiając w zakresie dowodów tylko jedno potwierdzenie w formie referencji w zakresie dostawy namiotów na rzecz „Stowarzyszenie Marina Poraj”. Z przedmiotowej referencji wynika jednak tylko, że zakres zamówienia obejmował produkcję i dostawę namiotów bez dokładnej specyfikacji o jakie namioty chodzi oraz czy konstrukcja tych namiotów obejmowała czasie tożsame z przedmiotem zamówienia. Ponadto z referencji „Stowarzyszenie Marina Poraj” nie wynika, czy przedmiotowa dostawa na rzecz „Stowarzyszenie Marina Poraj” wynosiła wartość co najmniej 30.000,00 zł. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku z rozdziału VI.4.1).a) SIWZ, gdyż nie udowodnił wykonania zadeklarowanej dostawy w zakresie kryterium kwotowego.

Odwołujący wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest usługa naprawy czas namiotów. Zamawiający wskazał, że warunek zdolności technicznej lub zawodowej zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że (cyt.): „*wykonał – 1 usługę tożsamą z przedmiotem zamówienia.*” Następnie dodając w sposób nielogiczny, że usługą tożsamą z przedmiotem zamówienia jest (cyt.): „*naprawa lub produkcja namiotów*”, choć „*produkcja namiotów*” nie jest usługą i nie może być tożsama z „*naprawą*”. Czym innym jest naprawa, która jest usługą,

a czym innym jest dostawa, która stanowi sprzedaż towaru. Niezależnie od powyższego błędnego zapisu SWZ, wskazać należy, że usługa tożsama z przedmiotem zamówienia to czynności naprawcze wymienione w załączniku nr 1 do SWZ „ZAKRES CZYNOŚCI”, który wymienia zakres usług objętych przedmiotem zamówienia, tj.: zszycie prujących się szwów, uzupełnienie brakujących pętelek , oczek , uchwytów do linek ,klejenie łąt na niewielkie uszkodzenia zeszyte rozdarć, cerowanie, impregnacja, wymiana dolnego okapu oraz bryt wejściowych, wymiana zniszczonych umocnień do okien, naprawa podpinki. Zamawiający ustalił warunek zdolności technicznej lub zawodowej w sposób bardzo wąski, tj. uznając, że zostanie on spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że (cyt.): „*wykonał – 1 usługę tożsamą z przedmiotem zamówienia.*” Usługa tożsama z przedmiotem zamówienia oznacza, że warunek ten dotyczy tego samego lub podobnego zagadnienia, w tych samych lub zbliżonych warunkach, dla podobnej grupy osób oraz spełniają tę samą funkcję i mają podobne lub identyczne przeznaczenie. Oceny warunku udziału w postępowaniu należy dokonać przez pryzmat przedmiotu zamówienia, a nie indywidualnych możliwości konkretnego wykonawcy zainteresowanego realizacją usługi, gdyż to nie interes wykonawcy powinien w tym zakresie determinować ocenę warunku, ale cel któremu służyć ma postawiony warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał na wyrok z dnia 23 czerwca 2020 r., KIO 550/20 oraz wyrok z dnia z dnia 12 lutego 2021 r., KIO 184/21.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że wskazane przez Przystępującego referencje dostawy namiotów nie potwierdzają zdolności technicznej lub zawodowej polegającej na wykonaniu ww. czynności objętych niniejszym zamówieniem. Z informacji, do których dotarł Lider Konsorcjum, dotyczących dostawy wykonanej przez Przystępującego na rzecz „Stowarzyszenie Marina Poraj”, wynika, że obejmowała ona dostawę tzw. otwartych namiotów ogrodowych, podobnych konstrukcyjnie do namiotów reklamowanych przez Przystępującego na swojej stronie internetowej: <http://www.coner-namioty.com.pl/>. Są to namioty, w których zastosowane są najprostsze rozwiązania techniczne (plandeka z tkaniny naciągnięta na stelaż) nie mające nic wspólnego z rozwiązaniami technicznymi stosowanymi w czaszach namiotów wojskowych (poligonowych lub obozowych), które są wykonane z zupełnie innych materiałów i przy zastosowaniu zupełnie innej technologii. Przy produkcji namiotów ogrodowych oferowanych przez Przystępującego nie stosuje się oczek, uchwytów do linek, okapu oraz bryt wejściowych, podpinek. Stąd Przystępujący nie mógł nabyć żadnego doświadczenia w produkcji, a tym bardziej w naprawach czasz namiotów objętych niniejszym zamówieniem – w związku z dostawą namiotów ogrodowych na rzecz „Stowarzyszenie Marina Poraj”. Zdaniem Odwołującego z całą pewnością namioty dostarczone do „Stowarzyszenia Marina Poraj” nie są tożsame ani nawet podobne technologicznie z namiotami, które są przedmiotem naprawy w niniejszym postępowaniu i

nie mogą świadczyć o jakiegokolwiek zdolności Przystępującego do wykonania usługi polegającej na ich naprawie.

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku rozdziału VI.4.1).a) SIWZ, tj. w zakresie posiadania jakiegokolwiek zdolności technicznej (doświadczenia) w wykonaniu usługi tożsamej z przedmiotem zamówienia. W rezultacie, brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również brak złożenia w terminie wymaganego podmiotowego środka dowodowego (referencji) służącego potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu powinny skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c PZP). Zdaniem Odwołującego, ewentualne zastosowanie przez Zamawiającego procedury przewidzianej w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp polegającej na wezwaniu Przystępującego do uzupełnienia referencji „Stowarzyszenie Marina Poraj”, było w niniejszej sprawie niedopuszczalne, ponieważ uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji. Dokumenty takie podlegają bowiem jedynie wyjaśnieniu na podstawie art. 128 ust. 4, a nie zastąpieniu innymi. Braki w referencji „Stowarzyszenie Marina Poraj” informacji w zakresie potwierdzenia wartości tej dostawy oraz potwierdzenia tożsamości przedmiotu tego zamówienia z usługami objętymi niniejszym zamówieniem nie są możliwe do usunięcia w drodze wyjaśnień. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 14 marca 2012 r., KIO 416/12. Odwołujący podkreślił, że zasadniczym celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyłonienie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wiarygodnego, dającego gwarancję należytego wykonania umowy zawieranej z wykonawcą w wyniku tego postępowania. Nie jest wystarczające uzyskanie przez Zamawiającego jedynie formalnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie zdolności technicznej i doświadczenia. Odwołujący wskazał także na wyrok z dnia 8 czerwca 2009 r., KIO/UZP 663/09. Brak potwierdzenia przez Przystępującego spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej poprzez nie przedłożenie odpowiedniego dowodu w postaci referencji bądź innego dokumentu o określonej treści, która potwierdzałaby spełnienie warunków określonych w rozdziale VI.4.1).a) SIWZ – powoduje, że oferta Przystępującego nie spełnia wymogów SIWZ zamawiającego, stąd powinna zostać odrzucona.

Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie Zamawiający powinien wręcz rozważyć zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. wykluczenie Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż ten w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co miało istotny

wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Pomimo, wskazywanych przez Odwołującego w piśmie z dnia 28 lutego 2022 r. oczywistych braków w zakresie potwierdzenia spełniania przez Przystępującego kryteriów selekcji oraz braku potwierdzenia przedmiotowymi środkami dowodowymi spełnienia kryterium zdolności technicznej do wykonania zamówienia – Zamawiający nawet nie wezwał Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w celu usunięcia wątpliwości. Natomiast w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający powinien w sposób kategoryczny zweryfikować uczciwość Przystępującego w zakresie oświadczenia o spełnianiu przez niego warunku udziału w postępowaniu, w szczególności czy Przystępujący wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożone Przystępującego informacje były prawdziwe i rzetelne, oraz czy nie stanowiły działania skierowanego na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia. W zakresie zarzutu naruszenia art. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Odwołujący przywołał wyroki z dnia 14 marca 2017 r. sygn. akt 348/17, 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 836/17, 19 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1058/17, 10 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1257/17. Podkreślił, że redakcja przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, co do tego, iż w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mające wpływ na wynik postępowania, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia.

Następnie Odwołujący podniósł, iż pismem z dnia 18 lutego 2022 r. zwrócił uwagę Zamawiającemu, że oferta Przystępującego jest niższa o co najmniej 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Ponadto cena ta budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającemu, że stosownie do art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1) ustawy Pzp ten powinien wezwać Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny swojej oferty. Natomiast Zamawiający w odpowiedzi z dnia 25 lutego 2022 r., oświadczył lakonicznie, że (cyt.): „nie znalazł podstaw do wątpliwości co do ceny oferty złożonej przez PPHU C. A. C.” Zdumiewające dla Odwołującego jest na jakiej podstawie Zamawiający to stwierdził, skoro żadnych wyjaśnień nie uzyskał w tej materii. Wątpliwości Odwołującego budzi stanowisko Zamawiającego, że nie ma on obowiązku żądania od wykonawcy złożenia wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny swojej oferty w trybie art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp. jeśli zajądą przesłanki w nim określone. Zdaniem Odwołującego, zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w każdym przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na

podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, zamawiający zobligowany jest zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych. Odstępstwo od takiego wezwania może mieć miejsce, gdy zaistniała rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych niewymagających wyjaśnienia. W niniejszej sprawie, takiej oczywistej okoliczności brak. Hipotetycznie taką oczywistą okolicznością byłaby zdaniem Odwołującego sytuacja, gdy cena jednej oferty została zawyżona i sztucznie wpłynęła na wysoką średnią arytmetyczną pozostałych złożonych ofert, np. jeśli cena tylko jednej oferty (spośród kilku pozostałych) byłaby tak wysoka, że to cena tej jednej oferty uznać należałoby za zawyżoną, a nie, że ceny kilku pozostałych ofert są zaniżone. W niniejszej sprawie zostały złożone tylko dwie oferty, stąd w żadnym razie nie można uznać w sposób oczywisty, które z nich jest zawyżona a która zaniżona

Zamawiający w dniu 22 marca 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał w szczególności, iż ustalony przez niego warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, był stosowany w poprzednich postępowaniach, a Odwołujący do tej pory nie miał do niego uwag. Zdaniem Zamawiającego wybrany wykonawca, jako producent namiotów, daje rękojmię wykonania zamówienia. Przystępujący przedstawił wykaz usług na wymaganą kwotę tj. 30 873,00zł i referencję. Zamawiający wymagał wykazania tylko jednej usługi tożsamej z przedmiotem zamówienia tj. naprawy lub produkcji namiotów o wartości 30 000,00 zł . Celem referencji składanych przez wykonawców na gruncie prawa zamówień publicznych nie jest jednak wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, lecz jedynie potwierdzenie należytego wykonania usługi, dostawy lub roboty budowlanej przedstawionej w wykazie, a co za tym idzie posiadanie wymaganego doświadczenia. Z uwagi na fakt, że referencje są wystawiane przez podmiot, na rzecz którego było wykonywane zamówienie, wykonawcy niejednokrotnie nie mają wpływu na ich treść. Co ważne, referencje nie muszą dokładnie wskazywać, jakie konkretnie elementy, czy prace zostały wykonane w ramach danego zamówienia np. kubatura obiektu, poszczególne prace składające się na roboty budowlane czy dokładny wymiar świadczonej usługi. Takie informacje wykonawca wskaże bowiem w wykazie. Zatem referencje nie muszą zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych w treści warunku udziału w postępowaniu, powinny jednak uzupełniać wykaz o element potwierdzenia należytego wykonania zamówienia i umożliwiać identyfikację referencyjnej dostawy, usługi lub roboty budowlanej. Zamawiający wskazał na wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 459/18.

Zdaniem Zamawiającego nie ulega wątpliwości - w świetle racjonalnego rozumowania - że skoro Wykonawca jest producentem , wytwórcą namiotów to tym bardziej posiada

zdolności sprzętowe, technologiczne jak i doświadczenie w naprawie części namiotów (czasz namiotowych i ich elementów). Zarządzanie procesem produkcji to okoliczności organizacyjne, wpływające na doświadczenie i kwalifikacje a ponadto, które powodują obniżenie kosztów logistycznych, ale także oszczędności materiałowe, zmniejszenie zatrudnienia, obniżenie kosztów kooperacji, skrócenie łańcucha dostaw, wyeliminowanie pośrednictwa. Fakt samodzielnej produkcji, zarządzanie procesem produkcji, może być aspektem uzasadniającym przekonanie, że Wykonawca posiada doświadczenie zawodowe i stąd finalnie umiejętnie wpływa korzystnie na koszty przez co powoduje możliwość obniżenia ceny oferty. Podobnie przyjęte rozwiązania techniczne np. m.in. rodzaj użytych materiałów, koszty pracy urządzeń, technologie robót i szereg innych, mogą dawać korzyści w postaci oszczędności przy realizacji robót z ich wykorzystaniem. Wykonawca skoro jest bezpośrednim producentem całości produktu (namiotów) korzysta z domniemania, że posiada zdolności techniczne i zawodowe do naprawy danego produktu (namiotów, czasz i ich elementów). Zatem w ocenie Zamawiającego Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału z Rozdziału VI 4.1 a) SWZ. Mając to na uwadze Zamawiający wskazał, iż nie miał podstaw do dodatkowego sprawdzania Wykonawcy w tym zakresie ponieważ nie doszło do stwierdzenia przez Zamawiającego naruszenia przepisów ustawy Pzp, a tym bardziej nie stwierdzono podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i braku odrzucenia oferty Przystępującego z tego powodu, Zamawiający wskazał w szczególności, iż w przedmiotowym przypadku nie było podstaw do wezwania Przystępującego do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, gdyż żaden ze wskaźników wskazanych w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie został spełniony. Różnica pomiędzy ofertą Przystępującego a szacunkiem wartości zamówienia wynosiła 17,80%, a różnica między ceną oferty Przystępującego a średnią arytmetyczną cen złożonych ofert wynosiła 19,80%. Zamawiający podkreślił także, że art. 224 ust. 1 ustawy Pzp określający generalną regułę badania rażąco niskiej ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych nie nakłada na zamawiającego bezwzględnego i automatycznego obowiązku ich wyjaśnienia, bowiem w każdym przypadku zamawiający musi ocenić, czy okoliczności stanu faktycznego uzasadniają wezwanie do wyjaśnień. Z kolei art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp natomiast jedynie uprawnia, a nie zobowiązuje zamawiającego do żądania wyjaśnień. Również w przypadku art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (odwołującego się do matematycznej formuły) obowiązek badania rażąco niskiej ceny nie ma charakteru automatycznego, bowiem zamawiający może nie żądać wyjaśnień, jeśli ustali, że rozbieżność pomiędzy ceną oferty a wartością zamówienia bądź średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zamawiający wskazał, że jest



zobowiązany wszcząć postępowanie wyjaśniające odnośnie do rażąco niskiej ceny, jeśli cena, koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie oraz budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Zwroty „wydają się” oraz „budzą wątpliwości zamawiającego” jako pojęcia nieostre dają zamawiającym pewien margines uznaniowości, bowiem zwrócenie się o wyjaśnienia jest warunkowane tym, jak zamawiający oceni ofertę wykonawcy.

Odnosząc się do powiązanego z zarzutem rażąco niskiej cenę zarzutu, że oferta z taką ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności skutek utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, Zamawiający wskazał, iż nie podziela tego stanowiska i uważa również te zarzuty za chybione. Po dokonanej analizie ofert złożonych do niniejszego postępowania Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że zaoferowanie w przedmiotowym postępowaniu ceny usług naprawy czasz namiotowych mają wartość zbliżoną do ceny szacunkowej, jaką zamawiający przewidział na zamówienie. Już sam ten fakt stanowi, że działanie takie nie da się zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1139 z późn. zm.). Zamawiający powołał się także na orzecznictwo dotyczące art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 u.z.n.k. (wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 610/10, wyrok SA w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2013 r., I ACa 1173/12), wskazując, że w niniejszym postępowaniu trudno dopatrzeć się takich nieuczciwych zachowań po stronie Przystępującego. Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że działania Przystępującego noszą znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.

Wykonawca A. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. C. PPHU „C.” w Poraju, w piśmie z dnia 22 marca 2022 r., wniósł o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący podniósł, iż kwota jaką zaoferował jest niższa o 18% od kwoty, jaką Zamawiający chciał przeznaczyć na ten cel. Zauważył, że jego oferta była o 10% wyższa niż oferty składane przez firmę Truck Camper w latach 2018, 2019 i 2020. Jego zdaniem oferta złożona przez odwołujące się konsorcjum w tym roku jest sztucznie zawyżona. Przystępujący opisał także doświadczenie jakie posiada w pracy związanej z tkaninami oraz podmioty, które korzystają z namiotów produkowanych przez Przystępującego. Wskazał, iż poszycia wykonywane są z tkanin poliestrowych o gramaturze 240g/m<sup>2</sup>, ale szyje również namioty spawalnicze z PCV niepalnego o gramaturze 800-400g/m<sup>2</sup>, więc nie są to lekkie namioty. Zdaniem Przystępującego spełnił on wszystkie wymogi stawiane w przetargu.

Odwołujący na posiedzeniu złożył pisemną replikę na stanowisko Zamawiającego i Przystępującego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. C. PPHU „C.” w Poraju i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestnika.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Przystępującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności protokół postępowania, SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wykaz usług złożony przez Przystępującego wraz z referencjami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Ponadto Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła również załączone przez Odwołującego do pisma procesowego informacje z otwarcia ofert w postępowaniach nr 90/2021 i 45/2018, a także złożone przez Przystępującego na rozprawie faktury dotyczące realizacji usługi na rzecz Stowarzyszenia Marina Poraj oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z Rozdziałem III pkt 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na małej i średniej naprawie czasz namiotów. W ramach usługi wykonawca zobowiązany jest do wykonania w zależności od wykonywanej naprawy (małej lub średniej) zakresu czynności określonych w załączniku do SWZ, m.in. przegląd czaszy/podpinki, zszycie prujących się szwów, uzupełnieni brakujących pętelek, oczek, uchwytów do linek, klejenie łat na niewielkie uszkodzenia zszycie rozdarć, cerowanie, reimpregnacja czasz, samokontrola. W załączniku nr 1 do SWZ Zamawiający określił zakres czynności przypadających na małą i średnią naprawę sprzętu obozowego służby mundurowej.

W Rozdziale V pkt 5.4 SWZ Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: Zamawiający uzna, że wykonawca spełni ww. warunek, jeżeli wykaże, że wykonał – 1 usługę tożsamą z przedmiotem zamówienia tj. naprawę lub produkcję namiotów o wartości min. 30 000,00zł w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, (załącznik do SWZ) z załączeniem dowodów (poświadczeń), czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zgodnie z Rozdziałem VI pkt 4.1 SWZ podmiotowym środkiem dowodowym mającym potwierdzać spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu był wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Wartość szacunkowa zamówienia wskazana w protokole postępowania została określona na 194 621,43 zł netto (co stanowi 239 384,36 zł brutto). Zamawiający wskazał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 239 384,36 zł brutto. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: oferta odwołującego się konsorcjum z ceną 293 920,80 zł oraz oferta Przystępującego z ceną 196 775,40 zł.

Przystępujący na wezwanie Zamawiającego złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz usług sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 6 do SWZ, w którym wskazał dwie usługi:

1. Przedmiot wykonywanej usługi: Produkcja namiotów; Data wykonania/wykonywania usługi: 25.05.2020 r.; wartość zrealizowanej/realizowanej usługi brutto w (zł): 30 873,00 zł; podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana/jest wykonywana: Stowarzyszenie Marina Poraj;
2. Przedmiot wykonywanej usługi: Produkcja namiotów; Data wykonania/wykonywania usługi: 06.11.2019 r.; wartość zrealizowanej/realizowanej usługi brutto w (zł): 167 968,80 zł; podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana/jest wykonywana: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Przystępujący złożył ponadto pismo Stowarzyszenia Marina Poraj z dnia 21 lutego 2022 r., w którym wskazano, iż Przystępujący zrealizował dostawę w ramach udzielonego zamówienia publicznego pn. „Zakup namiotów w ramach realizacji projektu pn. Rozbudowa infrastruktury kulturalnej w Jastrzębiu.” Zakres zamówienia obejmował produkcję i dostawę namiotów: 5 namiotów o wymiarach 4x6, 3 namioty o wymiarach 2x4, 1 namiot o wymiarach 6x6. Wskazano, że wykonawca wykonał zamówienie w terminie i z należytą starannością, zgodnie ze specyfikacją zamówienia. Przystępujący załączył także dwa potwierdzenia przelewu - otrzymania zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Odwołujący w dniu 18 lutego 2022 r. skierował do Zamawiającego wniosek o wezwanie Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty oraz o dokonanie sprawdzenia i oceny w zakresie zdolności Przystępującego do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający w dniu 25 lutego 2022 r. udzielił odpowiedzi na ww. wniosek, w którym szczegółowo odniósł się do argumentacji Odwołującego, wskazując, iż nie znalazł podstaw do wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego ani do dodatkowego sprawdzenia wykonawcy w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 3 marca 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

**Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Pierwsza grupa zarzutów odwołania dotyczyła kwestii wykazania przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w pkt V pkt 5.4 SWZ. Odwołujący postawił tutaj zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2, art. 223 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie zaś z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty

oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Na wstępie Izba wskazuje, iż Odwołujący błędnie uznawał, że warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej opisany w Rozdziale V pkt 5.4 SWZ stanowił kryterium selekcji. Zgodnie z art. 7 pkt 9 ustawy Pzp kryteria selekcji to obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria stosowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w konkursie, w celu ograniczenia liczby wykonawców albo uczestników konkursu, niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu albo w konkursie, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert wstępnych lub ofert, do negocjacji lub dialogu albo do złożenia prac konkursowych. Instytucja ta stosowana jest co do zasady w postępowaniach wieloetapowych, np. przetargu ograniczonym, aby zaprosić do składania ofert tylko część wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu i którzy w ramach ustalonych kryteriów selekcji uzyskali największą liczbę punktów. Kryteria selekcji bliższe są w swej istocie kryteriom oceny ofert, gdyż wpływają na ustaleniu pozycji wykonawców w rankingu, dlatego w świetle art. 128 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych nie może służyć ich potwierdzeniu.

W przypadku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, które jest prowadzone w trybie podstawowym, nie przewidziano kryteriów selekcji, a omawiany w odwołaniu warunek opisany w Rozdziale V pkt 5.4 SWZ był warunkiem udziału w postępowaniu, czyli określonym przez Zamawiającego minimalnym poziomem zdolności, jakie musi posiadać wykonawca, aby w ogóle móc ubiegać się o udzielenie zamówienia. Wobec tego ewentualne braki w podmiotowych środkach dowodowych złożonych przez Przystępującego podlegałyby uzupełnieniu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, co czyni zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu co najmniej przedwczesnym. Izba ustaliła, że Przystępujący nie był przez Zamawiającego wzywany na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale V pkt 5.4 SWZ. Nie jest tego rodzaju wezwaniem wezwanie wystosowane w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, kierowane do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Na gruncie ustawy Pzp co do zasady weryfikacja złożonego

przez wykonawcę wraz z ofertą oświadczenia wstępnego o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu następuje na podstawie podmiotowych środków dowodowych składanych na późniejszym etapie postępowania wyłącznie przez tego wykonawcę, którego oferta uzyskała najwięcej punktów. Jeżeli w odpowiedzi na to wezwanie wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący nie wykazał, aby złożone przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 5.4 SWZ. Zauważyć należy, że w świetle Rozdziału VI pkt 4.1 SWZ Zamawiający wymagał na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu podmiotowych środków dowodowych w postaci wykaz usług - stanowiącego oświadczenie własne wykonawcy oraz dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie, w szczególności referencji. Powyższe odpowiada dyspozycji § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415), który stanowi: w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Nie ma zatem racji Odwołujący wskazując, że referencje powinny zawierać informacje o dokładanej specyfikacji dostarczanych namiotów czy wartości usługi. Zgodnie z SWZ to wykaz usług – czyli oświadczenie własne wykonawcy - miał zawierać informacje o wartości usługi, jej przedmiocie, datach wykonania oraz podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane. Zresztą w ten sposób Zamawiający skonstruował wzór wykazu usług, który stanowił załącznik nr 6 do SWZ, wskazując w kolumnach tabeli pozycje: przedmiot wykonywanej usługi; data wykonania/wykonywania usługi; wartość zrealizowanej/realizowanej usługi brutto w (zł); podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana/jest wykonywana. Złożony przez Przystępującego wykaz usług wszystkie wymagane dane zawierał. Wynikający z Rozdziału VI pkt 4.1 SWZ wymóg załączenia dowodów, czyli referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane lub są wykonywane, dotyczył wykazania, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Referencje ze swojej istoty służą wyłącznie potwierdzeniu należytego wykonania usługi i nie muszą zawierać w swojej treści wszelkich informacji o usłudze, jej przedmiocie czy wartości. Ważne jest, aby na podstawie referencji było możliwe do zidentyfikowania, że dotyczą one usługi, którą powołano w wykazie oraz aby z ich treści wynikało należyte wykonanie usługi. Przystępujący załączył pismo Stowarzyszenia Marina Poraj jako dowód potwierdzający należyte wykonanie usługi wskazanej w poz. 1 wykazu usług, w którym w sposób nie budzący wątpliwości wskazano, że przedmiot zamówienia został wykonany prawidłowo - w terminie i z należyłą starannością, zgodnie ze specyfikacją zamówienia. Nie można zatem mówić w tym przypadku o zaistnieniu podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, tj. z uwagi na jej złożenie przez wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Nie można także uznać, aby w przedmiotowej sprawie zaistniała podstawa do odrzucenia oferty Przystępującego, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, tj., z uwagi na fakt, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Izba stwierdziła, że Odwołujący całkowicie pominął okoliczność, że Przystępujący wraz z wykazem usług złożył także dokumenty, które w jego ocenie miały potwierdzać należyte wykonanie usługi zrealizowanej na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., tj. potwierdzenia zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy (znajdują się one w dokumentacji postępowania przekazanej Izbie przez Zamawiającego). Nie jest zatem prawdą twierdzenie Odwołującego, iż „wykonawca przedstawił wykaz z którego wynika, że wykonał dwie usługi

polegające na dostawie namiotów, jednak przedstawiając w zakresie dowodów tylko jedno potwierdzenie w formie referencji w zakresie dostawy namiotów na rzecz Stowarzyszenie Marina Poraj”, gdyż Przystępujący złożył także dowody mające potwierdzać należyte wykonanie usługi wskazanej w poz. 2 wykazu. Kwestia prawidłowości spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu poprzez wykazanie się usługą realizowaną na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. nie została przez Odwołującego w ogóle objęta zakresem odwołania, wobec czego nie podlegała ocenie Izby, gdyż zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Mając zaś na uwadze, że Zamawiający w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagał legitymowania się jedną usługą o wartości minimum 30 000 zł, to brak podważenia przez Odwołującego usługi wskazanej przez Przystępującego w poz. 2 wykazu usług już sam w sobie przesądza o bezzasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby Przystępujący w zakresie usługi zrealizowanej na rzecz Stowarzyszenia Marina Poraj przedstawił Zamawiającemu wszelkie wymagane w SWZ podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a Odwołujący rzetelności tych dokumentów nie podważył. Przystępujący złożył wykaz usług, w którym zawarto wszystkie wymagane przez Zamawiającego w świetle SWZ informacje oraz przedstawił referencje wystawione przez ww. podmiot. Izba miała na uwadze, że w treści Rozdziału V pkt 5.4 SWZ Zamawiający wprost dopuścił legitymowanie się nie tylko usługą obejmującą naprawę namiotów, ale także produkcję namiotów. Tak ustalony warunek udziału w postępowaniu nie był kwestionowany przez wykonawców, wobec czego był on wiążący zarówno dla wykonawców, jak i dla Zamawiającego. Podważanie na obecnym etapie w treści odwołania zasadności tak skonstruowanego warunku udziału w postępowaniu i wskazywanie, że produkcja nie może być równoważna naprawie, jest działaniem spóźnionym. Jeśli Odwołujący miał zastrzeżenia do treści SWZ powinien był wnieść w tym zakresie odwołanie w terminie określonym w art. 515 ust. 2 ustawy Pzp. Słusznie ponadto zdaniem Izby zwracał uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że skoro wykonawca jest producentem, wytwórcą namiotów, to tym bardziej posiada zdolności sprzętowe, technologiczne, jak i doświadczenie w naprawie części namiotów (czasz namiotowych i ich elementów). Powyższe wynika z zasad logiki i doświadczenia życiowego - jeśli określony podmiot potrafi wyprodukować rzecz, to będzie on ją w stanie także naprawić.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący w żaden sposób nie podważył, aby usługa zrealizowana przez Przystępującego na rzecz Stowarzyszenia Marina Poraj nie mogła być uznana za spełniającą warunek udziału w postępowaniu. Twierdzenia Odwołującego, że nie



jest to usługa tożsama z przedmiotem zamówienia stanowiły wyłącznie niczym nie poparte przypuszczenia. Odwołujący nie złożył żadnych dowodów mających wykazać, że realizacja tej usługi przez Przystępującego nie może być uznana za potwierdzającą warunek udziału w postępowaniu opisany w Rozdziale V pkt 5.4 SWZ, podczas gdy to na Odwołującym spoczywał w tym zakresie ciężar wykazania faktów, z których wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego (por. art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Ponadto Izba uznała, że w treści ww. warunku udziału w postępowaniu Zamawiający sprecyzował co rozumie jako usługę tożsamą z przedmiotem zamówienia, wskazując na naprawę lub produkcję namiotów o wartości min. 30 000,00 zł. Zamawiający nie wskazał, że naprawa lub produkcja ma dotyczyć konkretnego typu, rodzaju namiotów, wobec czego stanowisko Odwołującego, że Przystępujący zobowiązany był do szczegółowego wyspecyfikowania, jakie konkretnie namioty dostarczono w ramach usług referencyjnych, nie znajduje oparcia w treści dokumentów zamówienia. Odwołujący w sposób nieuprawniony rozszerza zakres wymagań względem Przystępującego ponad wynikający literalnie z Rozdziału V pkt 5.4 SWZ (opis warunku) i Rozdziału VI pkt 4.1 SWZ (opis podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie tego warunku), co nie jest dopuszczalne. Nawet gdyby uznać, że w tym zakresie na gruncie postanowień SWZ można powziąć wątpliwości, co do tego jakiego rodzaju namiotów miała dotyczyć usługa referencyjna, to zgodnie z ugruntowanym od lat w orzecznictwie poglądem, ewentualnych wątpliwości czy nieścisłości w dokumentach zamówienia nie można interpretować na niekorzyść wykonawców. Odnosząc się zaś do twierdzeń Odwołującego podniesionych na rozprawie, iż z faktury złożonej przez Przystępującego jako dowód zapłaty wynagrodzenia przez Stowarzyszenie Marina Poraj za realizację referencyjnej usługi wynikał fakt, iż wartość netto tej usługi nie przekraczała 30 000,00 zł, Izba wskazuje, że jakkolwiek Zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu nie podał czy kwota 30 000,00 zł jest kwotą netto czy brutto, to jednak z wzoru wykazu usług stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ jasno wynikało, że należało podać wartość brutto wykonanej/wykonywanej usługi. Tym samym skoro wartość brutto usługi wskazanej przez Przystępującego w poz. 1 wykazu przekraczała 30 000 zł brutto, to należy uznać, że wynikające z warunku udziału w postępowaniu wymaganie, aby wartość usługi wynosiła min. 30 000,00 zł, zostało spełnione.

Mając na uwadze powyższe, za bezzasadne uznać należy stanowisko Odwołującego, że Zamawiający powinien był wezwać Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w celu usunięcia wątpliwości co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jedynie uzupełniającą Izba wskazuje, że przywołany w *petitum* odwołania w tym zakresie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, a nie do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych

– w tym zakresie zastosowanie znajduje art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Chybione jest również twierdzenie, że Zamawiający powinien był rozważyć zastosowanie w przedmiotowym przypadku art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i wykluczenie Przystępującego z postępowania. Abstrahując od faktu, że Odwołujący powołując się na powyższe nie przedstawił żadnego uzasadnienia, że w przedmiotowym przypadku doszło do kumulatywnego spełnienia przesłanek, o których mowa w ww. przepisie, to należy podkreślić, że Zamawiający w ogóle nie przewidział w SWZ fakultatywnej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Na gruncie zaś z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca nie może podlegać wykluczeniu w oparciu o fakultatywną podstawę wykluczenia nie wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzuty odwołania w zakresie dotyczącym spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 5.4 SWZ, za całkowicie bezzasadne.

Druga grupa zarzutów odwołania dotyczyła kwestii rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego. Odwołujący postawił tutaj zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2, art. 224 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 3, 7, 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W myśl ust. 2 tego przepisu w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: pkt 3) jest niezgodna z przepisami ustawy, pkt 7) jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; pkt 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, że naruszenie ww. przepisów przez Zamawiającego nie zostało przez Odwołującego wykazane.

Po pierwsze należy wskazać, że odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie byłoby w ogóle możliwe bez uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Zasadą bowiem jest obligatoryjność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy zaistnieją okoliczności uzasadniające podejrzenie rażąco niskiej ceny, wskazane w art. 224 ust. 1 lub 2 pkt 1 ustawy Pzp. Ww. przepisy nakładają na zamawiającego obowiązek wszczęcia procedury wyjaśnienia ceny oferty lub kosztu, jeśli zmaterializują się wskazane w nich przesłanki. Dzięki temu wykonawca, przed ewentualnym odrzuceniem jego oferty, ma możliwość przedstawienia sposobu kalkulacji ceny czy czynników mających wpływ na cenę oferty i wykazanie, że nie ma ona charakteru rażąco niskiego. W przedmiotowym przypadku Przystępujący nie był wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, co przesądza o bezzasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez Zamawiającego.

Następnie należy wskazać, że Odwołujący w *petitum* odwołania postawił także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ustalenia czy oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę. Niemniej Izba stwierdziła, że jedyną okolicznością mającą wskazywać na zasadność skierowania przez Zamawiającego do Przystępującego wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny oferty podniesioną w odwołaniu był fakt, że oferta Przystępującego jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Odwołujący w rzeczywistości wywodził zatem, że zaistniała podstawa do wszczęcia procedury wyjaśnień wskazana w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a nie w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Jednak Odwołujący nie pokusił się nawet o dokładne wyliczenie, czy w sprawie spełnione zostały wskaźniki arytmetyczne opisane w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, które obligowałyby Zamawiającego do wystosowania wezwania do Przystępującego. Na podstawie zaś dokonanych przez Izbę ustaleń, porównując cenę oferty Przystępującego do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, stwierdzić należy, że oferta Przystępującego nie jest niższa od tej średniej o co najmniej 30% (jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie różnica wynosi niespełna 20%). Podczas rozprawy Odwołujący nawet nie zaprzeczył wyliczeniom dokonany przez Zamawiającego, pozostawiając ocenę w tym zakresie do uznania Izby. Tymczasem to na Odwołującym, stosownie do art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywał ciężar dowodu w zakresie wykazania, że Zamawiający nie zwracając się do Przystępującego z wezwaniem do wyjaśnień ceny oferty, naruszył przepisy ustawy Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że w odwołaniu w ogóle nie odniesiono się do drugiego ze wskaźników opisanych w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. relacji ceny oferty Przystępującego do wartości zamówienia, wobec czego kwestia ta nie podlegała weryfikacji przez Izbę zgodnie z art. 555 ustawy Pzp. Z kolei cała argumentacja Odwołującego co do naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp ograniczyła się do gołosłownego stwierdzenia, że cena oferty Przystępującego budziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Tymczasem twierdząc, że w sprawie zaistniały przesłanki uzasadniające wezwanie Przystępującego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny opisane w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący winien wykazać, że cena ta powinna wydawać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Odwołujący w treści odwołania nie wskazał żadnych okoliczności mogących przemawiać za powyższym.

Na podstawie treści odwołania nie da się wywieść wniosku, dlaczego zdaniem Odwołującego cena oferty Przystępującego odbiega od wartości szacunkowej zamówienia, budżetu i cen pozostałych ofert w sposób na tyle istotny, że uzasadnia to powstanie po stronie Zamawiającego wątpliwości w tym zakresie. Mając na względzie, iż wskaźniki pomocnicze określone w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie zostały przekroczone, Odwołujący domagając się wezwania wykonawcy do wyjaśnień, winien był wykazać okoliczności, które jego zdaniem prowadzić powinny do powstania u Zamawiającego tego rodzaju wątpliwości. Co więcej, w treści omawianego przepisu, jest mowa o tym, że ceny mają wydawać się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia z podkreśleniem słowa „rażące” - nie wystarczy zatem wykazać, że ceny powinny wydawać się zamawiającemu niższe, lecz rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący jako podmiot profesjonalny, niewątpliwie posiada wiedzę co do faktycznych kosztów związanych z realizacją przedmiotowych usług, jednak nie przedstawił żadnych wywodów w tym zakresie, stosownych wyliczeń ani dowodów, które mogłyby podważyć realność i rynkowość ceny zaoferowanej przez Przystępującego. Wywiedziony w odwołaniu wniosek nie został poparty żadną argumentacją ani wyliczeniami. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie został wykazany.

Za bezzasadny Izba uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W treści uzasadnienia odwołania próżno szukać jakichkolwiek okoliczności faktycznych mogących świadczyć o tym, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Cała argumentacja Odwołującego w tym zakresie sprowadza się do wskazania w *petitum* odwołania, że Przystępujący miał

utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Na tej podstawie można wywieść, że Odwołujący miał na myśli art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje zatem wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania powyższych okoliczności spoczywał, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu opisaną w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, na Odwołującym, który z tych właśnie okoliczności wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego. Odwołujący spoczywającemu na nim obowiązki dowodowe nie sprostował, nie wykazując zaistnienia żadnej z przesłanek warunkujących zastosowanie art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Pomijając okoliczność, iż nie potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę, to wymaga podkreślenia, że nie jest właściwym wywodem w sposób automatyczny (jak zdaje się czynić to Odwołujący) z faktu rażąco niskiej ceny oferty, tak daleko idącego wniosku jak uznanie, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie podjął próby wykazania, że doszło do spełnienia przesłanek wskazanych w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., podczas gdy powinien był udowodnić, że zaoferowanie przez Przystępującego ceny za wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia miało miejsce poniżej kosztów i że utrudnia to innym przedsiębiorcom dostęp do rynku oraz ma na celu eliminację innych przedsiębiorców z tego rynku.

Izba stwierdziła ponadto, że Odwołujący nie przedstawił również żadnego uzasadnienia dla naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a przede wszystkim nawet nie wyjaśnił dlaczego, w jego ocenie, oferta Przystępującego jest niezgodna z ustawą. Zauważyć należy, że ustawodawca w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp odrębnie określił podstawy odrzucenia oferty z powodu niezgodności z ustawą, z powodu rażąco niskiej ceny czy z uwagi na fakt, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ziszczenie się jednej z wyższej wskazanych podstaw odrzucenia, tj. wskazanej w art. 226 ust. 7 lub 8 ustawy Pzp nie świadczy o zaistnieniu przesłanki określonej w art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Niezgodność oferty z ustawą zachodzi w sytuacji, gdy oferta ta narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych lub przepisy wykonawcze, wydane jej

podstawie, czyli np. w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada wymaganiom wynikającym z przepisów ustawy Pzp co do dopuszczalnej formy złożenia oferty, czy w sytuacji złożenia więcej niż jednej oferty w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych mających wskazywać na istnienie stanu niezgodności pomiędzy ofertą Przystępującego a ustawą.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....