

**WYROK**

**z dnia 28 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Szymon Grzybowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **Supply24 sp. z o.o., ul. Plac Solny 14a/3; 50-062 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających działających wspólnie: **Gmina Olsztyn, Pl. Jana Pawła II Nr 1; 10-101 Olsztyn, Powiat Olsztyński**,

przy udziale wykonawców:

- **Metalzbyt-Hurt sp. z o.o., ul. Bardowskiego 2; 43-300 Bielsko-Biała**,

- **Zakład Usługowo-Handlowy Elkot K. K., ul. 25 Czerwca 71; 26-600 Radom**,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Supply24 sp. z o.o., ul. Plac Solny 14a/3; 50-062 Wrocław i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Supply24 sp. z o.o., ul. Plac Solny 14a/3; 50-062 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Supply24 sp. z o.o., ul. Plac Solny 14a/3; 50-062 Wrocław** na rzecz zamawiających działających wspólnie: **Gmina Olsztyn, Pl. Jana Pawła II Nr 1; 10-101 Olsztyn, Powiat Olsztyński** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 działających wspólnie: Gmina Olsztyn oraz Powiat Olsztyński prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt. 2 ustawy Pzp, którego przedmiotem jest „Dostawa elektronarzędzi do Regionalnego Magazynu Kryzysowego w ramach projektu pn. „Bezpieczny MOF”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 2 czerwca 2021 r., pod nr 2021/BZP 00071766.

Dnia 24 czerwca 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 28 czerwca 2021 roku, wykonawca wykonawcą Supply24 sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na:

- 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, tj. odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że była ona zgodna z warunkami zamówienia,
- 2) niezgodne z przepisami ustawy żądanie uzupełniania treści oferty odwołującego pomimo, że zawierała ona wszystkie elementy wymagane przez zamawiającego i ujęte w SWZ i podjęcie na tej podstawie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, tj. zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Metalzbyt-Hurt sp. z o.o. (dalej Metalzbyt), ZUH Elkot K. K. (dalej Elkot) oraz Centrala Elektrotechniczna W. A. (dalej A.) pomimo, że oferty tych wykonawców powinny podlegać odrzuceniu jako niezgodne z warunkami zamówienia czyli na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,

co w konsekwencji doprowadziło do przeprowadzenia postępowania z istotnym naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych mającym wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ustawy Pzp – zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oraz przeprowadzenie postępowania w sposób przejrzysty i proporcjonalny, poprzez naruszenie nw. przepisów ustawy Pzp,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że oferty Metalzbyt, Elkot oraz A. nie podlegają odrzuceniu, podczas gdy w ofertach tych wszyscy wykonawcy zawarli produkty, które są niezgodne z warunkami zamówienia ujętymi w SWZ i na tej podstawie powinny podlegać odrzuceniu,
3. art. 107 ust. 4 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, tj. przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego dotyczącego oferty odwołującego, które mogłoby doprowadzić do zmiany treści oferty, co w obecnym stanie prawnym jest niedopuszczalne.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienia odwołania w całości,
- 2) powtórzenie czynności z dnia 24.06.2021 r. dotyczącej badania ofert, przyznania określonej punktacji, nieodrzućenia ofert ww. wykonawców oraz odrzućenia oferty odwołującego,
- 3) ponownego badania ofert i dokonania prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 4) zwrotu poniesionych kosztów postępowania, w tym zastępstwa procesowego oraz kosztów uczestnictwa.

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że brał udział w postępowaniu jako wykonawca, jest zatem uprawniony podmiotowo do złożenia odwołania do KIO. Krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej zawężony jest również przez określenie materialnoprawnych przesłanek wniesienia odwołania, tj. interesu w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie, kwalifikowanego poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP. Przesłanki te co prawda nie są przeszkodą do skierowania odwołania do rozpoznania. Ich niespełnienie nie skutkuje odrzućeniem odwołania, lecz jego oddaleniem bez konieczności merytorycznego rozpoznania. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania się przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej interesem w uzyskaniu zamówienia. Legitymowanie się przez wykonawcę wnoszącego odwołanie interesem w uzyskaniu zamówienia oznacza stan, w którym ma on lub miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, zaprzeczającą niezgodnymi z przepisami czynnościami zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których zamawiający jest zobowiązany. Interes ten powinien istnieć na datę wnoszenia odwołania, zatem – co do zasady – czynności zamawiającego dokonane po wniesieniu odwołania, nawet prowadzące do odpadnięcia tego interesu, nie pozbawiają wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej (zob. wyr. KIO z 14.1.2017 r., KIO 2443/16, niepubl.). W przedmiotowej sprawie, gdyby zamawiający prawidłowo odrzucił oferty wykonawców Metalzbyt, Elkot i A., a nie odrzucił oferty odwołującego, oferta odwołującego byłaby jedyną prawidłową ofertą w postępowaniu, co przekłada się na to, że jako wykonawca posiada bezpośredni interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, co następuje.

#### Nieprawidłowe odrzućenie oferty odwołującego.

Zamawiający w formularzu ofertowym (załącznik nr 3 do SWZ) wymagał wskazania następujących określeń oferowanego produktu: typ/model, ew. producent. Takie określenie powoduje, że wykonawca był zobligowany jedynie do wskazania obligatoryjnie typu lub modelu oraz fakultatywnie producenta. Zamawiający przewidział jednocześnie,

że wykonawca może złożyć przedmiotowe środki dowodowe albo wraz z ofertą albo dopiero po wezwaniu zamawiającego, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Zdaniem odwołującego, ukośnik w zdaniu (a w tym przypadku między słowami typ i model) jest używany zamiast spójników albo, lub i jest formą alternatywy, wyboru (dysjunkcji), natomiast słowo ewentualny (skrót ew.) oznacza możliwy, dopuszczalny, jest jednak propozycją wskazania a nie elementem obligatoryjnym. Słowa typ oznacz z kolei rodzaj, model, wzór czegoś. Zamawiający w rozdziale VIII SWZ, Opis sposobu przygotowania oferty sprecyzował jakich elementów będzie wymagał w ramach tzw. przedmiotowych środków dowodowych i określił, że są to: przedmiotowe środki dowodowe, tj. Specyfikacje Techniczne (ST) oferowanego asortymentu z podaniem ich nazwy, typu, ew. producenta oraz istotnych parametrów technicznych lub funkcjonalnych - w zakresie wymaganym przez zamawiającego, sporządzone wg załącznika nr 3 do SWZ. A zatem zamawiający zrezygnował zupełnie z podania modelu, co w samym formularzu i tak stanowiło alternatywę, wymagał za to podania nazwy, typu i fakultatywnie producenta. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych oraz do wyjaśnień w tym zakresie, w załączniku nr 3 jak i w złożonych wyjaśnieniach odwołujący podał wszystkie wymagane elementy i składniki oferty. Nie polega na prawdzie stwierdzenie zamawiającego, że informacje podane przez wykonawcę w tym zakresie są lakoniczne i w ogóle nie wypełniają celu w jakim były one wymagane. Odwołujący podkreślił, że wypełnił prawidłowo załącznik nr 3, wskazując zarówno nazwę jak i typ, jak również potwierdzając, że oferowane produkty spełniają wszystkie wymagania techniczne określone w kolumnie 2 i 3 załącznika nr 3 i zamawiający nie ma żadnych podstaw do rozszerzania żądanych informacji. Dalsze uzupełnianie informacji i wyjaśnienia prowadziłyby bowiem do zmiany treści oferty, a to jest czynnością niedopuszczalną po otwarciu ofert (vide wyrok KIO 2082/17). Jednocześnie za chybiony należy uznać zarzut zamawiającego, że nie podanie fakultatywnych informacji można by uznać za czyn nieuczciwej konkurencji. Oferta zawierała bowiem wszystkie elementy wymagane w SWZ, a przedmiotowe środki dowodowe zaprezentowane przez wykonawcę spełniają kryteria ustalone przez zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, zamawiający w sposób nieuprawniony próbował zmieniać treść zapisów SWZ i załącznika nr 3, gdyż w piśmie z dnia 21.06.2021 r., żądał od wykonawcy złożenia wyjaśnień polegających na podaniu typu/modelu oraz producenta, a zatem zmienił formę fakultatywną ewentualnie na obligatoryjną oraz, co było zmianą niedopuszczalną (załączniki od 5.1A do 5.2B, jako dowody w sprawie).

#### Zaniechanie czynności odrzucenia ofert Metalzbyt, Elkot oraz A. jako niezgodnych z SWZ.

Zdaniem odwołującego, oferty wykonawców Metalzbyt, Elkot i A. są niezgodne z warunkami zamówienia ustalonymi w SWZ w pozycji nr 5. Wymogi zamawiającego względem poz. nr 5 zostały określone następująco:

Wyposażenie	Opis przedmiotu zamówienia – minimalne wymagania techniczne	Wykonawca/ propozycja/ niezgodności	Dowody
Tarcze ratownicze do pił ratowniczych	<p>Zapasowa tarcza ratownicza z obrzeżem diamentowym lutowanym próżniowo, umożliwiającą przecinanie wszelkich materiałów budowlanych oraz konstrukcji pojazdów • Średnica tarczy: 350 mm</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Grubość tarczy min. 5 mm</b></li> <li>• Średnica wewnętrzna otworu mocującego pasująca do średnicy wałka piły z pkt. 04 • Praca na mokro lub sucho</li> <li>• Ilość segmentów tnących: min. 24</li> </ul> <p><b>Tarcze dedykowane do pił z pkt. 04</b></p>	<p><b>Metalzbyt,</b> <i>HUSQVARNA Typ/model: 574 85 40-01,</i> Grubość tarczy <b>3.4 mm</b>;</p> <p><b>Elkot,</b> <i>FR3 350MM, Producent HUSQVARNA,</i> Grubość tarczy <b>3.4 mm</b>;</p> <p><b>A.,</b> Brak wskazania modelu tarczy, jednak ze względu na wskazanie modelu dla pozycji nr 04 – piła tarczowa, która to pozycja miała być ściśle powiązana z pozycją nr 05 i potwierdzeniem przez firmę A. w Specyfikacji Technicznej (ST), że jest to tarcza ratownicza oraz dedykowana przez producenta do wskazanego w poz. 04 urządzenia należy przyjąć,</p>	<p>Oferta Metalzbyt raz z Specyfikacją Techniczną (ST) stanowiąca <b>załącznik nr 6.1A</b></p> <p>Oferta Metalzbyt raz z Specyfikacją Techniczną (ST) stanowiąca <b>załącznik nr 6.1B</b></p> <p>Oferta Metalzbyt raz z Specyfikacją Techniczną (ST) stanowiąca <b>załącznik nr 6.1C</b></p> <p>Wydruk z oficjalnej strony internetowej</p>

		<p>             iż jeżeli A. zaproponował piłę ratowniczą HUSQVARNA K970 to dedykowaną tarczą będzie wskazany przez innych wykonawców model, a więc HUSQVARNA 574 85 40-01,              Grubość tarczy <b>3.4 mm</b>;           </p>	<p>             marki Husqvarna wskazujący grubość tarczy na poziomie 3.4 mm stanowiący <b>załącznik nr 6.2</b> </p>
--	--	---	--

Odwołujący wskazał, odnosząc się do oferty wykonawcy A., że nie przedstawił on modelu tarczy, stąd poddano analizie pod kątem prawidłowości doboru wszelkie dedykowane przez producenta Husqvarna tarcze do zaproponowanej piły. W tym konkretnym przypadku do piły ratowniczej HUSQVARNA K970 producent dedykuje tylko jedną serię tarcz, między którymi różnicą jest wielkość jej średnicy (300, 350 lub 400 mm). W przypadku wymogów zamawiającego w zakresie obsługiwanej średnicy piły z poz. nr 4, oraz tarczy z poz. nr 5, która miała być dedykowana do tej piły – wykonawca zaproponował rozwiązanie zgodne z wymogami w stosunku do średnicy produktu – 350 mm. W wyniku dalszej analizy ustalono dokładny model produktu oferowanego przez firmę Centrala Elektrotechniczna W. A. to Husqvarna VARI-CUT FR-3 RESCUE BLADE 350 25.4/20 - 574 85 40-01. Taki sam model wskazali także wykonawcy Metalzbyt i Elkeot: Metalzbyt-Hurt (wskazał w specyfikacji technicznej (ST): „HUSQVARNA Typ/model: 574 85 40-01”) oraz Elkot (wskazał w specyfikacji technicznej (ST): „Typ/model: FR3 350MM, Producent HUSQVARNA”). Zatem wskazali oni właśnie ową tarczę ratowniczą, jednakże prócz wskazania niniejszego produktu wskazali niezgodne z prawdą jego parametry. Otóż jak wynika ze strony internetowej marki HUSQVARNA produkt ten posiada parametr grubości tarczy na poziomie 3.4 mm, podczas gdy zamawiający wymagał min. 5 mm grubości tarczy. Należy zatem stwierdzić, że parametry tarczy w przypadku wszystkich ww. wykonawców są niezgodne z SWZ, co powoduje konieczność ich odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodnych z warunkami zamówienia.

Odwołujący, pismem z dnia 5 lipca 2021 roku, złożył dodatkowe pismo procesowe, w którym odniósł się do parametrów technicznych, w kwestionowanych przez siebie ofertach wykonawców.

Zamawiający na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, iż dokonując oceny punktowej ofert nr 1, 2 i 3, stwierdził, że nie zachodzą okoliczności skutkujące ich odrzuceniem, w oparciu o przesłanki

określone w art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, wskazane przez odwołującego (treść ofert jest niezgodna z warunkami zamówienia). Zamawiający szczegółowo przeanalizował cały asortyment zaproponowany w ofertach w/w wykonawców, w szczególności Specyfikacje Techniczne (ST) oferowanego asortymentu sporządzone przez wykonawców w oparciu o załącznik nr 3 do SWZ (ze zm. z dnia 15.06.2021r.) w tym również wskazane przez odwołującego tarcze ratownicze do pił ratowniczych zawarte w poz. nr 05 Specyfikacji Technicznej (ST). Wykonawcy w swoich ofertach zaproponowali tarcze dedykowane do pił z poz. nr 04 HUSQVARNA fr3 350 mm (nr katalogowy: 574854001) o parametrach zgodnych z wymaganiami zamawiającego określonymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w tym o grubości tarczy wynoszącej: 5 mm.

W wyniku przeprowadzonej analizy parametrów technicznych dot. tarczy ratowniczej HUSQVARNA fr3 350 mm o nr katalogowym: 574 85 40 01, zamawiający ponad wszelką wątpliwość ustalił, iż tarcze te posiadają, m. in. następujące parametry:

- a) średnica: 350 mm
- b) geometria: segmenty
- c) liczba segmentów: 24
- d) długość segmentu: 42,9 mm
- e) szerokość segmentu: 3,4 mm

Brak jest w kartach katalogowych informacji o grubości tarczy, co również odwołujący wskazuje w załączniku nr 6.2 do odwołania, w którym podana jest tylko szerokość segmentu tarczy wynosząca: 3,4 mm, co nie jest tożsame z wymaganą grubością tarczy mierzoną w otworze mocującym tarczy mającą na celu jej prawidłowe i niezawodne zamocowania w pile ratowniczej.

Wobec powyższego zarzut, w którym odwołujący wskazuje, że grubość tych tarcz wynosi: 3,4 mm jest niezasadny. Wszyscy wykonawcy w Specyfikacjach Technicznych (ST) dołączonych do oferty wskazali, że grubość tarcz dedykowanych do pił z poz. nr 04 wynosi: 5 mm, jak również sam odwołujący w uzupełnionej na wezwanie ST podał grubość: 5 mm, lecz nie jest możliwe zweryfikowanie powyższego, ponieważ nie jest znany zamawiającemu, jak i pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu typ, rodzaj, model czy chociażby nr katalogowy tarczy jaką odwołujący przyjął do wyceny w swojej ofercie.

Ponadto w zakresie oferty nr 2 złożonej przez wykonawcę: Centrala Elektrotechniczna W. A., 26-660 Jedlińsk, Bród 5, zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, przeprowadził postępowanie wyjaśniające w zakresie wskazanej poz. nr 05 Specyfikacji Technicznej (ST). Wykonawca pismem z dnia 22 czerwca 2021 r. złożył zamawiającemu dodatkowe wyjaśnienia, w których poinformował, że oferuje tarcze ratownicze firmy HUSQVARNA fi 350 mm, typ: FR-3 o nr katalogowym: 574 85 40 01, dedykowane do przecinarki HUSQVARNA K-970 z pozycji nr 04 ST.



W zaistniałej sytuacji nie wystąpiły przesłanki do odrzucenia ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert określonych w SWZ, ponieważ parametr grubości oferowanych tarcz został zachowany, a wskazany przez odwołującego wymiar: 3,4 mm stanowi szerokość segmentu tarczy, która nie była wymagana oraz nie została określana przez zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ). Zamawiający wymagał jedynie aby tarcze ratownicze posiadały nie mniej niż 24 segmenty, których obrzeża powinny być diamentowe i lutowane próżniowo, nie określił natomiast wymagań co do wymiarów tych segmentów (długości i szerokości segmentu), (dowód: Nr 3 - opis tarczy z karty katalogowej produktu (574 85 40 01) - HUSQVARNA fr3 350 mm, Nr 4 - wyjaśnienia wykonawcy: Centrala Elektrotechniczna W. A. z dnia 22 czerwca 2021 r. złożone na podstawie art. 223 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 4 ustawy Pzp).

W zakresie zarzutu nr 1, tj. niezgodnego z przepisami ustawy Pzp, odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wraz z uzasadnieniem zawartym w piśmie z dnia 24 czerwca 2021 r. w którym na podstawie art. 287 ust. 3 ustawy Pzp, poinformował wszystkich wykonawców o odrzuceniu oferty odwołującego. Jako podstawę odrzucenia oferty wskazany został art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp.

Stosownie do treści zapisów zawartych w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 4) oraz rozdz. XIV ust. 1 - 3 SWZ, zamawiający postanowił, że każdy Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego, tj. Specyfikacji Technicznych (ST) oferowanego asortymentu z podaniem jego nazwy, typu, ew. producenta (w przypadku gdy nie jest to wyrób własny wykonawcy) oraz istotnych parametrów technicznych lub funkcjonalnych w zakresie wymaganym przez zamawiającego - sporządzonych wg załącznika nr 3 do SWZ (ze zmianami wprowadzonymi w dniu 15.06.2021 r.). Odwołujący w swojej ofercie celowo i świadomie nie złożył wymaganego powyżej przedmiotowego środka dowodowego. Zamawiający stosując zasadę transparentności wynikającą z art. 16 pkt. 2) ustawy Pzp, niezwłocznie po otwarciu ofert udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania wszystkie oferty złożone przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Co do zasady oraz w myśl art. 107 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku jeżeli zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Zamawiający w rozdz. XIV ust. 1 SWZ postanowił, że wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowany przez wykonawców asortyment objęty dostawą spełnia określone przez zamawiającego wymagania lub cechy, ponieważ są one konieczne do prawidłowego przeprowadzenia przedmiotowego postępowania. Również w odpowiedziach na pytania wniesione przez odwołującego w toku prowadzonego postępowania, zamawiający dwukrotnie (pismem z dnia 8 i 15 czerwca 2021 r.) poinformował, że nie wyraża zgody na rezygnację z wymogu

podawania w załączniku nr 3 do SWZ (ze zm.) danych identyfikacyjnych oferowanych produktów w związku z deklaracją Wykonawcy zawartą w pkt. 4.1) FORMULARZA OFERTY o zgodności oferowanych produktów z wymaganiami SWZ.

Z uwagi na to, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający przewidział możliwość uzupełnienia oraz wyjaśnienia treści przedmiotowego środka dowodowego, pismem z dnia 18 czerwca 2021r. wezwał odwołującego do uzupełnienia Specyfikacji Technicznych (ST) asortymentu wycenionego w ofercie w wymaganym zakresie.

W złożonych na wezwanie zamawiającego Specyfikacjach Technicznych (ST) oferowanego asortymentu, odwołujący nie podał wymaganych przez zamawiającego typów, modeli i producentów oferowanych urządzeń lub sprzętu, który został wyceniony w ofercie. Informacje podane przez odwołującego w tym zakresie były lakoniczne oraz w ogóle nie wypełniały celu w jakim były one wymagane.

Z powyższych informacji nie wynikają żadne dane identyfikacyjne oferowanych produktów umożliwiające zamawiającemu, jak również pozostałym wykonawcom zorientowanie się jakie produkty zostały zaoferowane i wycenione w ofercie odwołującego, chociażby w kontekście zaoferowanych w ofercie cen, które powinny być adekwatne do konkretnego produktu. Odwołujący sam wskazuje, że cyt. „W szczególności jeżeli Zamawiający wymaga od Wykonawców składających oferty - poza ogólnym oświadczeniem o zgodności oferowanego produktu z opisem przedmiotu zamówienia - podania konkretnych parametrów (np. nazwy, modelu, producenta) pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty, porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności. (vide: A. Gawrońska- Baran, Komentarz do art. 226 p.z.p., Lex 2021)”.

Zdaniem zamawiającego, nawet w przypadku uznania oferty za niepodlegającą odrzuceniu, odwołujący nie zostałby zaproszony do negocjacji, o których jest mowa w art. 275 pkt. 2 ustawy Pzp, ponieważ zgodnie z informacją zamawiającego z dnia 24 czerwca 2021 r. jego oferta zostałaby sklasyfikowana na IV pozycji (z łączną liczbą punktów: 51,21 pkt.). W myśl art. 289 ust 2 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy niezaproszonego do negocjacji uznaje się za odrzuconą. Z uwagi na to, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający ograniczył liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji - do maksymalnie 3 (trzech) wykonawców, których niepodlegające odrzuceniu oferty uzyskują najwyższą łączną liczbę punktów według kryteriów oceny ofert określonych w rozdziale XVI SWZ, odwołujący nie zostałby zaproszony do negocjacji w celu ulepszenia treści swojej oferty.

Jeśli chodzi o zarzut nr 2 niezgodnego z przepisami ustawy Pzp żądania uzupełnienia treści oferty odwołującego pomimo, że zawierała ona wszystkie elementy wymagane przez zamawiającego i ujęte w SWZ zamawiający wskazał, że zarzut jest niezgodny ze stanem

faktycznym przedmiotowego postępowania. Interpretacja odwołującego w zakresie stosowania art. 106 oraz art. 107 ustawy Pzp, dotycząca przedmiotowych środków dowodowych jest niewłaściwa (w tym miejscu zamawiający przytoczył interpretację dotyczącą ww. przepisów zawartą w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych, opracowanym pod redakcją Prezesa Urzędu - P. Huberta Nowaka oraz P. Mateusza Winiarza – przyp. Izby).

W zakresie oferty odwołującego, zamawiający nie stosował art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, którego naruszenie wskazane jest w odwołaniu. Zamawiający podkreślił również, że swoim lekkomyślnym działaniem (w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp), które miało wpływ na działania i decyzje podejmowane przez zamawiającego, odwołujący spowodował, że zamawiający do chwili obecnej nie ma wiedzy jakie produkty w swojej ofercie zaoferował odwołujący.

W ocenie zamawiającego nie zostały naruszone zasady określone w art. 16 ustawy Pzp, jednakże stwierdził, że dalsze działania odwołującego mogą w konsekwencji doprowadzić do naruszenia przez zamawiającego zasad określonych w art. 16 ustawy Pzp, w szczególności zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, co może mieć negatywne konsekwencje w związku z tym, że przedmiotowe zamówienie dofinansowane będzie ze środków Unii Europejskiej w ramach projektu pn. „Bezpieczny MOF” ujętego w formule Zintegrowanych Inwestycji Terytorialnych [umowa o dofinansowanie nr (...)].

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach**

**procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości merytoryczne stanowisko prezentowane przez zamawiającego, ponadto wskazuje, co następuje.

Stosownie do treści zapisów zawartych w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 4) oraz rozdz. XIV ust. 1 - 3 SWZ, zamawiający postanowił, że każdy wykonawca zobowiązany jest do złożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego, tj. Specyfikacji Technicznych (ST) oferowanego asortymentu z podaniem ich nazwy, typu, ew. producenta (w przypadku gdy nie jest to wyrób własny wykonawcy) oraz istotnych parametrów technicznych lub funkcjonalnych w zakresie wymaganym przez zamawiającego - sporządzonych wg załącznika nr 3 do SWZ (ze zmianami wprowadzonymi w dniu 15.06.2021 r.).

Ponadto, zamawiający pismami z dnia 8 i 15 czerwca 2021 r., odpowiadając na pytania wykonawców, w sposób jednoznaczny wskazał uzasadnienie faktyczne i prawne, co do wymagań w zakresie przedmiotowych środków dowodowych oraz szczegółowo wyjaśnił, że wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania oraz cechy, ponieważ są one konieczne do prawidłowego przeprowadzenia przedmiotowego postępowania. Zamawiający podkreślił również, że żąda złożenia przedmiotowego środka dowodowego jakim są Specyfikacje Techniczne (ST) oferowanego asortymentu z podaniem nazwy, typu, ew. producenta oraz istotnych parametrów technicznych i funkcjonalno-użytkowych asortymentu w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Zamawiający jednoznacznie oświadczył, że nie wyraża zgody na rezygnację z wymogu podawania w załączniku nr 3 do SWZ (ze zm.) danych identyfikacyjnych oferowanych produktów w związku z deklaracją wykonawcy zawartą w pkt. 4.1) formularza oferty - o zgodności oferowanych produktów z wymaganiami SWZ.

Odwołujący w swojej ofercie nie złożył wymaganego powyżej przedmiotowego środka dowodowego.

Zgodnie z przepisem art. 107 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w przypadku jeżeli zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złoży przedmiotowe środki dowodowe niekompletne, zamawiający obowiązany jest wezwać wykonawcę do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, w przypadku jeśli wykonanie powyższej czynności przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu przewidział możliwość uzupełnienia oraz wyjaśnienia treści przedmiotowego środka dowodowego, dlatego też pismem z dnia 18

czerwca 2021 r., wezwał odwołującego do uzupełnienia Specyfikacji Technicznych (ST) asortymentu wycenionego w ofercie w wymaganym zakresie.

W złożonych przez odwołującego Specyfikacjach Technicznych (ST) oferowanego asortymentu, odwołujący nie podał wymaganych przez zamawiającego typów, modeli i producentów oferowanych urządzeń lub sprzętu, który został wyceniony w ofercie.

Izba wskazuje, iż informacje podane przez odwołującego w tym zakresie są lakoniczne i w ogóle nie wypełniają celu w jakim były one wymagane. Przykładowo w kolumnie I Specyfikacji Technicznych (ST), odwołujący podał w ramach wymaganych danych identyfikacyjnych oferowanych produktów (typ/model, ew. producent) następujące informacje:

- poz. 01 – nazwa: piła mechaniczna łańcuchowa, typ: spalinowa,
- poz. 02 – nazwa: łańcuch, typ: tnący,
- poz. 03 – nazwa: ostrzarka łańcuchów tnących, typ: tarczowa,
- poz. 04 – nazwa: piła ratownicza do cięcia betonu, typ: spalinowa, itd.

Z powyższych informacji nie wynikają żadne dane oferowanych produktów umożliwiające zidentyfikowanie, jakie produkty zostały zaoferowane i wycenione w ofercie odwołującego, chociażby w kontekście zaoferowanych w ofercie cen, które powinny być adekwatne do konkretnego produktu.

W związku z powyższym, pismem z dnia 21 czerwca 2021 r., zamawiający działając na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień polegających na podaniu typu/modelu oraz producenta asortymentu opisanego parametrami technicznymi i właściwościami funkcjonalnymi w poz. od nr 01 do nr 12 Specyfikacji Technicznej sporządzonej wg załącznika nr 3 do SWZ (ze zm.).

Odwołujący nie złożył żądanych wyjaśnień, polemizując jedynie z zamawiającym w zakresie interpretacji postanowień SWZ oraz wzoru załącznika nr 3 (ST).

W tym stanie rzeczy, za zasadną uznać należało czynność zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego, na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący nie złożył zamawiającemu przedmiotowego środka dowodowego, który ze swej istoty ma potwierdzać zgodność oferowanego przez wykonawcę przedmiotu oferty z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SWZ. Nadto, co istotne, samo złożenie (w tym postępowaniu) formularza ST (wg. załącznika nr 3), bez sprecyzowania, co faktycznie jest przedmiotem oferty wykonawcy, uniemożliwia zamawiającemu *de facto* ustalenie, czy przedmiot oferty odpowiada celowi przedmiotowego zamówienia. Podanie przez wykonawcę pełnych danych, identyfikujących przedmiot oferty zarówno w zakresie cech użytkowych produktu, parametrów technicznych, czy wreszcie producenta wraz z oznaczeniem konkretnego produktu, pozwala na uniknięcie przez

zamawiającego dokonania wyboru oferty, która takich parametrów nie spełnia. Dodatkowo, posiadane przez zamawiającego informacje pozwalają na ustalenie również innych aspektów związanych z badaną ofertą, chociażby tych związanych z ewentualnym czynem nieuczciwej konkurencji, czy związanych z rażąco niską ceną.

Brak podania przez odwołującego wymaganych przez zamawiającego informacji, uniemożliwia zatem prawidłową ocenę i porównanie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. W tym miejscu konieczne jest przywołanie interpretacji przepisów związanych z przedmiotowymi środkami dowodowymi, które zostało opisane w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, opracowanym pod redakcją Huberta Nowaka oraz Mateusza Winiarza, które jest adekwatne do okoliczności przedmiotowego postępowania, cyt. „Jak stanowi art. 106 ust. 1 Pzp, zamawiający może żądać przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. „Niezbędność” w odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych należy rozumieć funkcjonalnie. Niezbędny przedmiotowy środek dowodowy to taki, który ma gwarantować zamawiającemu już na etapie badania i oceny ofert, że oferowane przez wykonawcę rozwiązania nie są obciążone ryzykiem otrzymania przedmiotu zamówienia niespełniającego (co do istoty) oczekiwań zamawiającego. Art. 106 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przedmiotowe środki dowodowe definiuje się poprzez funkcję, jaką mają pełnić w postępowaniu oraz poprzez ich treść. Forma, jak i tytuł (nazwa) dokumentu nie przesądzają o jego charakterze. Przepisy nie określają, w jaki sposób przedmiotowe środki dowodowe mają być sporządzone (z zastrzeżeniem wymogów przewidzianych przez przepisy rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej) i jaki ma być termin ich „ważności”. Nie istnieje zamknięty katalog przedmiotowych środków dowodowych. Przedmiotowym środkiem dowodowym może być zaświadczenie czy poświadczenie wystawione przez odrębny podmiot, ale także oświadczenie wykonawcy lub producenta. Wspólną cechą wszystkich przedmiotowych środków dowodowych jest, aby potwierdzały, że dane dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniały wymogi zamawiającego. W przypadku żądania przedmiotowych środków dowodowych ich celem jest zweryfikowanie zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego. Żądanie przedmiotowych środków dowodowych, jak wskazuje art. 106 ust. 3 ustawy Pzp, nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Równe traktowanie wykonawców ma szczególne znaczenie w kontekście składania przedmiotowych środków dowodowych z uwagi na występującą praktycznie nieograniczoną liczbę takich środków.

Dotyczy bowiem nie tylko samej okoliczności ustalania środków dowodowych, ale także dokonywania oceny przedłożonych środków. Żądanie przez zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia dotyczy wszystkich potencjalnych wykonawców, w tym samym zakresie. Nie jest dopuszczalne różnicowanie wykonawców pod kątem samego obowiązku składania przez nich przedmiotowych środków dowodowych ani pod kątem „siły dowodowej” danego środka. Wezwanie zamawiającego o uzupełnienie jest wezwaniem jednokrotnym w obrębie tego samego przedmiotowego środka dowodowego. Jeżeli braki w obrębie dokumentów przedmiotowych nie zostały usunięte (pomimo skorzystania z normy art. 107 ust. 2 ustawy Pzp) lub dokumenty przedmiotowe zawierają błędy, w tym nie potwierdzają okoliczności, jakich zamawiający wymagał od dokumentu, oferta, do której załączone zostały takie dokumenty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp. Przyjęty przez ustawodawcę sposób uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych wychodzi naprzeciw specyfice przedmiotowych środków dowodowych i ma na celu uniknięcie automatyzmu w zakresie ich uzupełniania. Zamawiający ma obowiązek wezwania o dokument przedmiotowy tylko wtedy, gdy przewidzi taką możliwość w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest sformalizowanym procesem, podczas którego wykonawcy muszą przedłożyć w ściśle określonym terminie i trybie (art. 107 Pzp oraz art. 125–128 Pzp), oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowe i przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia – a niezłożenie ich skutkuje odrzuceniem oferty. Niezłożenie wymaganego oświadczenia lub podmiotowego (lub przedmiotowego) środka dowodowego, złożenie niekompletnego lub takiego, który nie potwierdza, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu (lub oferta spełnia określone cechy lub kryteria, na potwierdzenie czego wymaga się dokumentów przedmiotowych) – skutkuje odrzuceniem jego oferty”.

Izba wskazuje, że w przypadku profesjonalisty jakim z pewnością jest odwołujący, zasada należytej staranności profesjonalisty nakłada na odwołującego, który składa ofertę, dokumenty lub oświadczenia, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości oraz wymaganiom zamawiającego.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, Izba stwierdziła, że odwołujący nie wypełnił żądania zamawiającego, który wymagał podania konkretnie nazwy, typu oferowanego produktu, a w przypadku, gdy nie był to wyrób własny wykonawcy – również producenta. Wg. oświadczenia odwołującego (złożonego w trakcie prowadzonej rozprawy) przedmiot oferty odwołującego nie był jego wyrobem własnym, co oznaczało, że był zobligowany do podania producenta oferowanego produktu (rozd. VIII ust. 4 pkt. 4) oraz rozdz. XIV ust. 1 - 3 SWZ) – czego odwołujący zaniechał. Już tylko ta okoliczność, stanowiła podstawę do odrzucenia oferty odwołującego.

Izba, odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania zamawiającego polegającego na nieodrżuceniu ofert pozostałych wykonawców wskazuje, iż odwołujący nadinterpretuje postanowienia SWZ i załącznika nr 3 (ST), wywodząc na podstawie złożonych ofert, iż treść tych ofert jest niezgodna z SWZ, albowiem wykonawcy ci zaoferowali tarcze o grubości 3,4 mm względem wymagania zamawiającego – grubość tarczy min. 5 mm.

Zamawiający w treści załącznika nr 3 (ST) wskazał, iż oczekuje od wykonawców zaoferowania tarcz (poz. 05) o grubości tarczy minimum 5 mm. Takie też tarcze wszyscy wykonawcy zaoferowali.

Odwołujący natomiast utożsamia grubość tarczy od szerokości segmentu. W zakresie powyższego odwołujący powołuje się na informacje zawarte na stronie producenta, które dotyczą jednakże szerokości segmentu, a nie jak wywodzi odwołujący grubości tarczy. W ocenie Izby są to dwa różne i niezależne od siebie parametry. Jeżeli jednak miałyby być to parametry tożsame to odwołujący winien powyższą okoliczność udowodnić. Jednakże odwołujący powyższej okoliczności nie udowodnił, a to od niego, jako od strony wywodzącej określone skutki prawne spoczywa obowiązek dowodowy (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Próba powiązania dwóch różnych parametrów w sposób swobodny bez żadnej aktywności dowodowej ze strony odwołującego musiało wywołać sytuację, w której zarzut odwołującego Izba musiała uznać za bezzasadny.

Tym samym Izba stwierdziła, że czynności zamawiającego były prawidłowe, prowadzone w sposób przejrzysty i transparentny, gwarantujący wszystkim wykonawcom równe traktowanie i zachowanie zasady uczciwej konkurencji.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów wskazywanych przez odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:** .....