

**WYROK**

**z dnia 10 września 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Emil Kuriata  
**Członkowie:** Piotr Kozłowski  
Anna Kuszel-Kowalczyk  
**Protokolant:** Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 września 2018 r.**, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **Cedima Polska sp. z o.o., ul. Kryształowa 42/74; 01-356 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25; 03-808 Warszawa**, przy udziale wykonawcy **M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTROMECHANIKA M. S., ul. Górska 3, 05-270 Marki** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Cedima Polska sp. z o.o., ul. Kryształowa 42/74; 01-356 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Cedima Polska sp. z o.o., ul. Kryształowa 42/74; 01-356 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Cedima Polska sp. z o.o., ul. Kryształowa 42/74; 01-356 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25; 03-808 Warszawa** 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. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Zakup i dostawa urządzeń laboratoryjnych dla WT-LD GDDKiA O/Warszawa, WT-LD GDDKiA O/Opole, WT-LD GDDKiA O/Lublin, WT-LD GDDKiA O/Bydgoszcz, WT-LD GDDKiA O/Gdańsk, WT-LD O/Szczecin w podziale na 3 zadania*”.

Dnia 22 sierpnia 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 27 sierpnia 2018 roku wykonawca Cedima Polska sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu – w zakresie zadania nr 1, tj.:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy M. S., pomimo iż: (i) treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla postępowania („s.i.w.z.”), (ii) oferta zawiera rażąco niską cenę, (iii) oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podnosząc naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 1 a, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania M. S. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz uznanie, iż cena nie jest rażąco niska, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty M. S., jako zawierającej rażąco niską cenę pomimo, iż oferta ta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz pomimo tego, że wykonawca nie udowodnił, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska (tj. nie złożył wyjaśnień, które dowodziłyby uznania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska zgodnie z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp), a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy M. S. z postępowania, mimo że M. S. nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, tj. *Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie: co najmniej 1 dostawy urządzeń laboratoryjnych o wartości nie mniejszej niż 20 000,00 zł brutto, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U.2018.419) (dalej „Ustawy”) w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp;*
- 3) zaniechaniu wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez odwołującego, pomimo, iż oferta została przygotowana i złożona zgodnie z warunkami określonymi w s.i.w.z., stanowi ona ofertę najkorzystniejszą, zawiera najniższą cenę,

brak jest podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z s.i.w.z. i/lub rażąco niską cenę i/lub czyn nieuczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,

- 4) dokonaniu wyboru oferty M. S. jako oferty najkorzystniejszej mimo, że oferta M. S. podlega odrzuceniu, a M. S. podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 3 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp;
- 5) wadliwej ocenie ofert złożonych w postępowaniu i następczym - wskutek zaniechania odrzucenia oferty M. S. - wadliwym wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy M. S., co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 i w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 3 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy M. S.;
- 3) nakazanie zamawiającemu ponownej oceny ofert w postępowaniu oraz:
  - a) nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy M. S.;
  - b) nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.
- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych i wymienionych w odwołaniu na okoliczności w nim wskazane;
- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy w maszyn drogowych na okoliczność ustalenia:
  - a) czy zaoferowana cena przez wykonawcę M. S. zapewnia należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, czy są to ceny rynkowe i czy nie odbiegają one znacząco od poziomu rynkowego (cena rażąco niska),
  - b) czy zaoferowana cena obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie opisanym w s.i.w.z., w wysokości pozwalającej co najmniej na nieponiesienie przez M. S. straty,
  - c) jaka jest przewidywana wysokość zysku lub straty dla oferty M. S.,
  - d) jaki jest rynkowy koszt wykonania wiertnicy drogowej wraz z urządzeniami dodatkowym,
  - e) jaka jest ilość jednostek nakładu czasu pracy godzinowej dla wykonania niniejszego przedmiotu zamówienia,

6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, gdyż złożył ofertę w postępowaniu, która została oceniona na drugim miejscu przez zamawiającego. Uwzględnienie zarzutów odwołania skutkować będzie ponowną oceną ofert i odrzuceniem oferty M. S. i tym samym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia przez odwołującego.

Odwołujący, odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty M. S. z uwagi na rażąco niską cenę podniósł, iż maszyna o parametrach wskazanych w przedmiotowym postępowaniu stanowi wysoko wyspecjalizowaną maszynę, której nie produkuje żaden polski producent, zajmują się tym jedynie 3 zagraniczni producenci: Cedima GmbH, Strassentest oHG, Infratest. Odwołujący podał, iż Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad wielokrotnie dokonywała zamówienia wiertnic. Każdorazowo cena oferowana w postępowaniach była znacznie wyższa od zaoferowanej przez M. S., na dowód czego przywołał postępowania z lat 2011, 2014 oraz z 2017 roku. Odwołujący wskazał, iż M. S. złożył ofertę na wykonanie zadania 1 na kwotę 453 870 zł, a zatem znacznie poniżej szacunkowej wartości zamówienia, a także poniżej wartości rynkowej maszyn będących przedmiotem dostawy (powołując się w tym zakresie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2373/17).

Odwołujący podniósł również, iż w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający na realizację postępowania zamierza przeznaczyć kwotę brutto 548.999,97 zł.

W swojej argumentacji odwołujący przywołał również składniki cenotwórcze dotyczące tego zadania, a wskazane przez zamawiającego w OPZ. Reasumując odwołujący stwierdził, że przedstawiona przez wykonawcę – M. S. oferta nie została przygotowana rzetelnie. Podniósł, iż na ofertę składa się cena nie tylko maszyny, ale również i wiertła oraz kosztu udzielenia gwarancji na zadeklarowany okres. Dla porównania odwołujący podał wartości przyjęte przez niego (w sumie: koszt maszyny, wiertła i gwarancji skalkulowany został na 162 000 zł netto). Natomiast z oferty wykonawcy M. S. nie sposób wywieść wartości poszczególnych pozycji, niemniej jednak już pobieżna analiza prowadzi do wniosku, iż już samo podzielenie kwoty netto, tj. 368.000 zł przez liczbę maszyn daje kwotę 122.666,66 zł netto za maszynę, wiertła oraz gwarancję na wszystkie zadeklarowane lata gwarancji, a zatem jest to kwota nierealna.

Odwołujący podniósł, iż M. S. nie został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów kalkulacyjnych oferty. W ocenie odwołującego, mając na uwadze fakt, iż w przeszłości nie wykonał w sposób należyty zamówienia na rzecz zamawiającego, powinien złożyć wyjaśnienia odnośnie wszystkich w/w elementów kalkulacyjnych oferty oraz

udowodnić rzetelność kalkulacji stosownymi dowodami. Brak takich wyjaśnień nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niskiej. Nie ulega wątpliwości, iż poziom ceny zaoferowanej przez M. S. w odniesieniu do przedmiotu zamówienia oraz mając na uwadze wysokość cen oferowanych za wykonanie analogicznych zamówień, a także problemy z wykonaniem podobnych zamówień na rzecz zamawiającego - pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, iż cena ta jest nierealna, nierynkowa oraz nie może zapewnić realizacji zamówienia w sposób należyty. Podsumowując powyższe odwołujący wskazał, iż zaproponowana przez M. S. cena nie jest ceną rynkową i nie daje gwarancji prawidłowego wykonania umowy. Brak szczegółowych wyjaśnień oraz dowodów powinien skutkować odrzuceniem oferty M. S. jako zawierającej rażąco niską cenę. Odmienne rozstrzygnięcie zamawiającego prowadzi do wniosku, iż zamawiający w sposób nieprawidłowy i nierzetelny ocenił ofertę M. S., wyjaśnienia tego wykonawcy, naruszając tym samym art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący, odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty M. S. z uwagi na niezgodność z s.i.w.z. wskazał, iż oferta wykonawcy – M. S. nie jest zgodna z treścią s.i.w.z. Zgodnie bowiem z punktem 5.4. s.i.w.z. **PODWYKONAWSTWO I KLUCZOWE CZĘŚCI ZAMÓWIENIA:**

- *Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia.*

- *Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.*

- *Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez Wykonawcę firm podwykonawców, zgodnie z pkt 10.8 IDW.*

- *Pozostałe wymagania dotyczące podwykonawstwa zostały określone w Tomie II s.i.w.z.*

Zdaniem odwołującego, oferta wykonawcy M. S. w tym zakresie nie została w ogóle wypełniona, zaś zamawiający nie wezwał wykonawcy do jej uzupełnienia. Przyjąć zatem należy, iż oferta wykonawcy nie jest niezgodna z s.i.w.z. w tym zakresie i winna ulec odrzuceniu.

Odwołujący, odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia M. S. z postępowania wobec niespełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazał, iż zgodnie z pkt 7.2. Instrukcji dla Wykonawców („IDW”) stanowiącej Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („s.i.w.z.”), o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie zaś z treścią pkt 7.2.3) IDW Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie: co najmniej 1 dostawy urządzeń laboratoryjnych o wartości nie mniejszej niż 20 000,00 zł brutto.

Na żądanie zamawiającego wykonawca – M. S. przedłożył wykaz usług obejmujący:

- a) Dostawę na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie, Dostawa automatycznej przecinarki do prób betonowych wraz z wyposażeniem na kwotę 113.160 zł brutto,
- b) Dostawę na rzecz Instytutu Techniki Budowlanej, dostarczenie stanowiska do nawiercania próbek do badania przyczepności.

Do wykazu zostały załączone referencje potwierdzające wykonanie dostawy z punktu 1 powyżej oraz faktura VAT do dostawy z poz. Nr 2. W tym miejscu odwołujący podniósł, iż faktury są jedynie dokumentami księgowymi pochodzącymi od wykonawcy. Także samo potwierdzenie przelewu, w świetle §1 ust. 2 rozporządzenia z 19 lutego 2013 r., nie może być uznane za dowód należytego wykonania usługi (analogicznie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 25 września 2014 r., KIO 1879/14 i w wyroku z 24 czerwca 2013 r., KIO 1348/13).

Zgodnie z § 2 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 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, 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 wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. A zatem faktura VAT nie stanowi dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie umowy.

W kwestii referencji wystawionych przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z dnia 6 stycznia 2017 roku odwołujący wskazał, iż referencje nie odzwierciedlają rzeczywistego stanu rzeczy. Oferta wykonawcy – M. S. została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie na „*Dostawę automatycznej przecinarki do próbek betonowych wraz z wyposażeniem do Wydziału technologii Laboratorium Drogowego Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z siedzibą w m. Opacz Kolonia ul. Środkowa 35 C*”, znak: GDDKiA.O.WA.D-3.241.54.2016. Zauważyć

jednakże należy, iż w dniu 16 maja 2017 roku Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, opublikowała ogłoszenie o zamówieniu wyłączonym spod stosowania przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, pod nazwą: *„Przeгляд/naprawa/kalibracja/rozbudowa urzędzeń laboratoryjnych będących na wyposażeniu GDDKiA O/Warszawa. Wydział Technologii - Laboratorium Drogowe w podziale na 9 zadań”*. Z treści Opisu Przedmiotu Zamówienia wynika jednoznacznie, iż dostarczona maszyna w ramach postępowania GDDKiA.O.WA.D- 3.241.54.2016 zawiera szereg wad, które zamawiający zamierzał usunąć poprzez udzielenie nowego zamówienia. W OPZ na stronie 4 zawarto szczegółowy opis zmian i poprawek.

Zdaniem odwołującego, powyższe potwierdza, iż załączone przez wykonawcę – M. S. referencje nie mogą stanowić dowodu na to, iż usługa została należycie wykonana. Wobec powyższego, M. S. nie spełnił warunku w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej.

Odnosnie zarzutu zaniechania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego odwołujący podniósł, iż konsekwencją w/w uchybień był następczy wadliwy przez zamawiającego wybór oferty M. S. jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Jednocześnie zamawiający zaniechał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego pomimo, iż oferta została przygotowana i złożona zgodnie z warunkami określonymi w s.i.w.z., stanowi ona ofertę najkorzystniejszą, zawiera najniższą cenę, brak jest podstaw do odrzucenia oferty, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 Ustawy oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, iż zarzuty odwołującego są niezasadne i powinny zostać oddalone w całości. Odnosząc się do pierwszego z zarzutów, zamawiający wskazał, że odwołujący w żaden sposób nie dowodzi, że zaoferowana przez M. S. cena wykonania tej części zamówienia jest ceną nierealną, która uniemożliwia prawidłowe wykonanie zamówienia. „Wykonawca kwestionujący inną ofertę nie może poprzestać na gołosłownym zanegowaniu prawidłowości ceny tej oferty, bez choćby uprawdopodobnienia własnych twierdzeń czy poparcia ich szczegółowymi danymi i obliczeniami” (wyrok z 3 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 519/17). Wywody odwołującego w zakresie różnic w zaoferowanych cenach oparte są bowiem wyłącznie na manipulacji polegającej na porównaniu cen brutto zaoferowanych w innych postępowaniach przetargowych, w odniesieniu do cen netto zaoferowanych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Nawet w oparciu o przedstawione przez odwołującego dowody dostrzegalna jest różnica w cenach tych samych modeli wiertnic zaoferowanych przykładowo przez VIATECO Sp. z o.o. w odrębnych postępowaniach tj.:



- 158.419,08 zł brutto postępowanie GDDKiA Zielona Góra
- 145.140,00 zł brutto postępowanie GDDKiA Oddział w Łodzi.

Bezspornym jest zatem, że zaoferowana cena tej samej wiertnicy, przez tego samego dostawcę, uzależniona jest od wielu czynników, w tym m.in. wysokości narzutu wykonawcy, fluktuacji wartości walut lub chociażby okresu składania oferty. Nie sposób zatem w ten sposób wywodzić o nierealności ceny zaoferowanej przez M. S. na podstawie ofert złożonych w zupełnie innych uwarunkowaniach.

Korespondując jednak z powyższym, aby precyzyjniej przedstawić istotę niniejszego odwołania, zamawiający wskazał, że odwołujący jako dystrybutor Cedima GmbH oferuje tego typu wiertnice w cenie 188.199,00 zł (przetarg organizowany przez Miasto Bydgoszcz) lub 199.260,00 zł brutto (niniejszy przetarg).

W świetle powyższych rozbieżności, w zakresie oferowanych cen przez poszczególnych dystrybutorów wiertnic, bezspornym jest, że oferta M. S. opiewająca na kwotę 151.290,00 zł brutto za wiertnicę (przedmiotowe zamówienie dotyczy 3 sztuk), jawi się jako cena rynkowa. Co więcej, w świetle przedstawionych przez odwołującego dowodów, to cena oferowana przez odwołującego jawi się jako cena wygórowana. Zauważyć zatem należy, że zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Z tego względu zamawiającemu musi wydawać się, że zaoferowana cena jest rażąco niska i jednocześnie musi budzić wątpliwość zamawiającego, co do możliwość wykonania przedmiotu zamówienia za tą zaoferowaną cenę. Zwrócenie się zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie zaoferowanej ceny oferty możliwe jest więc dopiero w sytuacji gdy zaoferowana cena jawi się zamawiającemu jako rażąco niska, a przy tym jednocześnie budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego wymaganiami. Te zaś wątpliwości mogłyby wystąpić dopiero gdyby istniało zagrożenie, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z przedmiotem tego zamówienia wskazanym w s.i.w.z. lub, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, jak również że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z zasadami sztuki zawodowej np.: przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych z zachowaniem określonych standardów (por. wyrok KIO z dnia 27 lutego 2017 r. KIO 293/17).

Obowiązek żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest więc w pełni zależny od zamawiającego i występuje w przypadku, gdy zamawiający oceniając oferty wykonawców poweźmie wątpliwości, co do ceny całej oferty lub kosztu oferty, lub ich istotnych części

składowych. Na gruncie jednak niniejszego postępowania zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, co do realności ceny zaoferowanej przez M. S. . W ocenie zamawiającego, nie zachodzą również przesłanki zobowiązujące zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia, określone w art. 90 ust 1a ustawy Pzp, bowiem podkreślić należy, że zamawiający określił wartość zamówienia w zakresie zadania nr 1 na kwotę brutto 548.999,97 zł. W tym względzie odwołujący złożył ofertę o wartości 597.780,00 zł, natomiast M. S. złożył ofertę wykonania zamówienia za cenę brutto 453.870,00 zł. Oznacza to li tylko, że zaoferowana przez M. S. cena, była ceną o:

- 13% niższą od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w ramach tej części zamówienia,
- 18% niższą od ceny, jaką przeznaczył zamawiający na realizację tej części zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że nie sposób zakwestionować wartości szacunkowej tej części zamówienia, bowiem jak słusznie dostrzega odwołujący w wywiedzionym środku ochronnych prawnej, zamawiający jest częstym beneficjentem świadczeń objętych przedmiotowym zamówieniem i ma rozeznanie w zakresie wartości tego typu urządzeń.

Korespondując z przedmiotowym zarzutem, nie należy również pomijać, że przedmiotem zamówienia w zakresie zadania I był zakup i dostawa 3 sztuk wiertnic. Natomiast podstawę zarzutów odwołującego stanowią ceny zaoferowane w postępowaniach, w których przedmiotem zamówienia były wyłącznie pojedyncze wiertnice. Oznacza to, że w niniejszym postępowaniu możliwe było zmodyfikowanie wysokości narzutu każdej z wiertnic, a przy tym uzyskanie zysku przewyższającego zyski uzyskane w przywoływanych postępowaniach. Niewątpliwie świadczy to o nieadekwatności porównań dokonanych przez odwołującego, a w konsekwencji o wadliwości wywiedzionych przez niego wniosków. Jeżeli zatem nie sposób dostrzec zarówno przesłanek arytmetycznych w odniesieniu do ceny zaoferowanej przez M. S., jak również zagrożeń uniemożliwiających wykonanie umowy za zaoferowaną cenę, to w żadnym wypadku nie powstał po stronie zamawiającego obowiązek uruchomienia procedury, o której stanowi art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Tylko w świetle przedstawionych powyżej wyjaśnień za zupełnie chybiony należy uznać zarzut odwołującego, dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty M. S. .

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy M. S. z postępowania z uwagi na niespełnienie wymogu doświadczenia, zamawiający wskazał, iż w pkt 7.2.3 Tomu I s.i.w.z. zamawiający określił, że wykonawca musi wykazać doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej jednej dostawy urządzeń laboratoryjnych o wartości nie mniejszej niż 20.000.00 zł brutto.

Wykonawca na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust 1 ustawy Pzp, złożył wykaz wykonanych dostaw w którym wykazał dostawę na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie automatycznej przecinarki do prób betonowych wraz z wyposażeniem na kwotę 113.160,00 zł. Do wykazu zostały dołączone referencje wystawione przez zamawiającego, które potwierdzają należyte wykonanie tej dostawy. Jeżeli zatem spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.3 Tomu I s.i.w.z. zostało potwierdzone w/w zadaniem którego należyte wykonanie potwierdzono w przedłożonych referencjach, to nie sposób wywodzić o konieczności wzywania do przedłożenia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie w realizacji dostaw.

W świetle powyższego, wywody odwołującego kwestionujące posiadanie przez M. S. wymaganego doświadczenie uznać należy za przejaw kreowania alternatywnej rzeczywistości. Zauważyć bowiem należy, że przetarg ogłoszony przez zamawiającego w dniu 17.05.2017 r. dotyczył rozbudowy należyte dostarczonej przez M. S. przecinarki do prób betonowych, a nie jak zdaje się wywodzić odwołujący usunięcia wad tego sprzętu. W tym względzie wywody odwołującego uznać należy za konfabulację, gdyż w żadnej części OPZ do przywołanego przetargu nie wynika, aby dostarczony przez M. S. sprzęt laboratoryjny „zawierał szereg wad, które zamawiający zamierzał usunąć poprzez udzielenie nowego zamówienia”. Zamawiający podkreślił, że w postępowaniu, którego dotyczą przedłożone przez M. S. referencje, przedmiotem zamówienia była przecinarka, która m.in. umożliwia ciecie próbek: 150mm - sześciany oraz 300 mm - wysokość walca, a także zawiera ściernice diamentowa do ciecienia elementów betonowych i mineralnych. Dostawa tego sprzętu laboratoryjnego została wykonana w sposób należyty, dostarczony sprzęt był zgodny z opisem przedmiotu zamówienia co potwierdza bezspornie wystawiona przez zamawiającego referencja.

Natomiast przedmiotem postępowania wyłączanego spod stosowania przepisów ustawy Pzp, który zamawiający ogłosił w dniu 17.05.2017 r. była rozbudowa przedmiotowej przecinarki do parametrów umożliwiających ciecienie próbek o wymiarach: 400x300x100, 400x60x100, 400x50x100, 500x180x100 z dokładnością do 1 mm. W tym też postępowaniu wykonawca zobowiązany był dostarczyć 2 tarcze do ciecienia elementów bitumicznych.

W ocenie zamawiającego, zawarte w odwołaniu wywody, dotyczące przedłożonych przez M. S. referencji, nie mają nic wspólnego z rzeczywistością i nie mogą w żaden sposób deprecjonować sposobu wykonania dostawy przez tego wykonawcę.

Kwestionując wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, zamawiający wskazał, że to strony i uczestnicy postępowania odwoławczego, o którym stanowi art. 190 ustawy Pzp, są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ogólną zasadę ciężaru dowodu formułuje w tym zakresie art. 6 k.c. recypowany do postępowania w sprawach dotyczących zamówień publicznych

poprzez art. 14 ustawy Pzp. Ciężar dowodu spoczywa zatem w zasadzie na odwołującym (por. wyrok SO w Łodzi z dnia 13 marca 2014 r., sygn. akt III Ca 1772/13). Na gruncie przedmiotowej sprawy odwołujący nawet nie uprawdopodobnił aby zaoferowana przez M. S. cena, była ceną rażąco niską. Wręcz przeciwnie, z dowodów przedstawionych przez odwołującego wynika wprost, że cena ta jest ceną rynkową. Na względzie mieć zatem należy, że przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego nie może stanowić drogi do uzupełnienia przez stronę materiału dowodowego, w szczególności w sytuacji gdy materiał ten jest niekompletny bądź nieprzekonujący. Ponadto, opinia biegłego nie może stanowić jedynej i samodzielnej źródła dokonania ustaleń faktycznych, a tym bardziej nie może zastępować twierdzeń strony, na której spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności, z których wyprowadza ona swoje roszczenie (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 25.03.2015 r. sygn. I ACa 907/14). Przeprowadzenie zatem dowodu z opinii biegłego w świetle przedstawionych okoliczności jawi się jako oczywiście niecelowe dla rozstrzygnięcia sprawy, a przy tym niewątpliwie doprowadzi do zwłoki w rozpoznaniu sprawy przez Izbę.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca M. S. .

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

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

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. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, 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 stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie procesowym „Odpowiedź na odwołanie” oraz te prezentowane ustnie na rozprawie, wskazuje co następuje.

Odwołanie podlegało oddaleniu jako oczywiście bezzasadne.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie potwierdził się żaden z podniesionych przez odwołującego zarzutów.

Izba wskazuje, że na mocy przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast zgodnie z przepisem art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie, wskazał na naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 1a, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania M. S. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz uznanie, iż cena nie jest rażąco niska oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 3 oraz 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie wyboru jako oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że została ona przygotowana i złożona zgodnie z warunkami określonymi w s.i.w.z., stanowi ona ofertę najkorzystniejszą, zawiera najniższą cenę, a przy tym brak jest podstaw do jej odrzucenia.

Wskazując na okoliczności faktyczne odwołujący powołał się na fakt, iż przedmiot zamówienia (wiertnica), jest urządzeniem specjalistycznym, produkowanym jedynie przez trzech zagranicznych producentów. Dodatkowo odwołujący powołał się na 3 historyczne zamówienia obejmujące swoim zakresem dostawę wiertnic, tj. z 2014 (Zielona Góra), z 2011 (Łódź), z 2017 (Bydgoszcz), podnosząc, iż ceny uzyskane w tych postępowaniach znacznie różniły się od ceny przystępującego w przedmiotowym postępowaniu, tj. były znacznie wyższe, co uzasadnia twierdzenie odwołującego, że w przedmiotowym postępowaniu przystępujący zaoferował cenę rażąco niską.

W tym miejscu należy wskazać, iż odwołujący w odwołaniu wskazał jedynie na ww. omówione okoliczności faktyczne stanowiące podstawę konstruowania zarzutów odwołania, a Izba na podstawie przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, uprawniona jest do wydania rozstrzygnięcia (orzekania) tylko w granicach podniesionych zarzutów. Wszelka dodatkowa argumentacja wskazująca na nowe, wcześniej nieznanie Izbie i zamawiającemu okoliczności należało uznać za uzupełnienie zarzutów odwołania, po terminie na ich wniesienie, dlatego też Izba, przy wyrokowaniu, nie uwzględniła wskazywanych przez odwołującego na rozprawie dodatkowych okoliczności faktycznych.

Należy wskazać, że dokonywana kontrola poprawności działania zamawiającego, w ramach środków ochrony prawnej ma miejsce w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania i dotyczy ich zgodności z przepisami ustawy Pzp. Zakres rozstrzygnięcia - zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyznacza treść odwołania tj. kwestionowana w nim

czynność a przede wszystkim podniesione przez odwołującego zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto, zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Określone w tym przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych w petitum odwołania ale winna również wskazywać na okoliczności faktyczne zawarte w dalszej jego treści. Jest to o tyle istotne, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, wskazuje się na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutów, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza ich treść (tak np. w Wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 18 kwietnia 2012 r. sygn. akt I Ca 117/12). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumpcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności czynności zamawiającego, które kwestionuje odwołujący.” (vide: wyrok KIO z dnia 20 lipca 2018 roku, sygn. akt KIO 1317/18).

Odnosząc się natomiast do zarzutów, które zostały prawidłowo podniesione w treści odwołania, Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił, iż zamawiający dopuścił się uchybienia (zaniechania) wyjaśnienia ceny oferty przystępującego, pod kątem badania, czy cena ta nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący nie udowodnił również, że cena oferty przystępującego przedstawia cenę rażąco niską. Samo poprzestanie, przez odwołującego na gołosłownych twierdzeniach nie może stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu odwołania. Zgodnie bowiem z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Dowód, na który powołał się odwołujący na rozprawie to oferta dystrybutora urządzeń, który to dowód świadczy jedynie o tym, jaką ofertę od tego dystrybutora otrzymał odwołujący. Dowód ten nie przesądza jednoznacznie, czy tylko taką ofertę cenową mógł pozyskać przystępujący, składając swoją ofertę w tym postępowaniu. Tym samym dowód ten nie potwierdza okoliczności, na które powoływał się odwołujący, Izba uznała ten dowód za pozostający bez wpływu na wynik rozstrzygnięcia stawianego zarzutu.

Odwołujący nie uzasadnił również zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, gdyż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, dlatego też zarzut ten został przez Izbę oddalony.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła również zarzut dotyczący zaniechania zamawiającego, polegającego na nie odrzuceniu oferty przystępującego, jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący w zakresie tego zarzutu wskazał, że przystępujący nie wypełnił części formularza oferty w zakresie wskazania podwykonawcy. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił, poza przytoczeniem postanowień s.i.w.z., dlaczego i w jaki sposób tak wypełniona przez przystępującego oferta jest sprzeczna z s.i.w.z. Już tylko ta okoliczność skutkuje oddaleniem zarzutu, jako oczywiście bezzasadnego. Niemniej Izba wskazuje, że nie wypełnienie przez przystępującego ust. 4 druku formularza Oferty, w sposób jednoznaczny potwierdza fakt, iż przystępujący w zakresie realizacji tego zamówienia nie zamierza korzystać z udziału podwykonawców, co jest dopuszczalne w myśl postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Gdyby bowiem przystępujący chciał skorzystać z tego rozwiązania, to z pewnością wyraził by swoją wolę w ofercie.

Jak słusznie podniosła Krajowa Izba Odwoławcza w ww cytowanym wyroku „(...) postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Z jego istoty wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Ponadto, zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (dalej „KC”), jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta z kolei znajduje swoje odzwierciedlenie w przepisie regulującym zasady prowadzenia postępowania odwoławczego przez Krajową Izbą Odwoławczą tj. w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym to Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Na te zasady zwracały również uwagę w swoich wyrokach sądy powszechne tak np. Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy, w Wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08) stwierdzając, że kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na Izbę obowiązku ustalenia prawdy materialnej, podobnie Sąd Okręgowy w Katowicach XIX

Wydział Gospodarczy Odwoławczy w Wyroku z 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08) stwierdza, że w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń.”.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut odwołującego dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy M. S. pomimo, że wykonawca nie spełnił warunku wymaganego doświadczenia.

Wskazać bowiem należy, iż odwołujący na rozprawie oświadczył, iż co do treści samych dokumentów złożonych przez przystępującego nie zgłasza zastrzeżeń, natomiast w ocenie odwołującego przystępujący nie posiada stosownego doświadczenia, albowiem w przypadku roboty referencyjnej wskazanej przez przystępującego (dostawa na rzecz GDDKiA oddział w Warszawie) zamówienie to nie było zrealizowane w sposób prawidłowo, gdyż zamawiający do tego zamówienia musiał zamówić (w trybie bezprzetargowym) dodatkowe elementy wyposażenia urządzenia podstawowego.

Podnieść bowiem należy, iż zamawiający na rozprawie przedłożył dowody w postaci OPZ zamówienia referencyjnego (wskazanego przez przystępującego) oraz OPZ zamówienia na dodatkowe wyposażenie, z których to dowodów w sposób bezsprzeczny wynika odmiennosc zamawianych urządzeń i wyposażenia. Nadto w zakresie zamówienia referencyjnego przystępujący, na potwierdzenie prawidłowości zrealizowanej dostawy przedstawił referencję wystawioną przez zamawiającego oraz kopię faktury za realizację tego zamówienia. Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016 r., poz. 1126), w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 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, 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 wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub



ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, już sama treść referencji potwierdza prawidłowe zrealizowanie referencyjnego zamówienia, albowiem zamawiający oświadczył, iż „Dostawa została zrealizowana w sposób należyty. Jakość dostarczanego urządzenia nie budzi zastrzeżeń. Urządzenie zostało wykonane solidnie z zachowaniem właściwej staranności oraz zgodnie z wymaganiami zamawiającego, co pozwoliło dokonać odbioru urządzenia bez uwag.”. Niemniej, z uwagi na okoliczność, iż odwołujący kwestionował możliwość posłużenia się przez przystępującego kopią faktury, Izba wskazuje, że zgodnie z treścią przywołanego rozporządzenia, dowodami na prawidłowe zrealizowanie zamówienia są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, faktura wystawiona przez wykonawcę dla zamawiającego, jest jednym z możliwych do przedstawienia dokumentem, albowiem potwierdza prawidłową realizację dostawy, gdyż zwyczajowo przyjęte jest, że dowód zakupu wystawiany jest po dokonaniu takowego, z uwzględnieniem wszystkich aspektów związanych z odbiorem dostawy i sprawdzeniem jej prawidłowości, zakresu, wyposażenia, itp.

Pozostałe zarzuty, jako wypadkowe wcześniej stawianych zarzutów, z których żaden się nie potwierdził, Izba oddaliła, jako bezzasadne.

Izba oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez odwołującego, polegający na powołaniu dowodu z opinii biegłego stwierdzając, że został on powołany jedynie dla zwłoki postępowania (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp), a ponadto w ocenie Izby ustalenie okoliczności dotyczących cen obowiązujących na rynku branżowym w tym ustalenie możliwej marży i zysku przystępującego, nie wymaga wiadomości specjalnych, w szczególności biegłego z dziedziny budowy maszyn drogowych.

Rekapitułując, Izba stwierdziła, iż nie potwierdził się żaden ze stawianych zarzutów odwołania, a zatem biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....