

**WYROK**  
**z dnia 17 sierpnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez wykonawcę **Fabryka Maszyn Pralniczych PRAMAZUT Sp. z o.o. z siedzibą w Masłowie**;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach**;

przy udziale wykonawcy: **Onnera Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Czosnowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie** w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie polegające na wezwaniu przez zamawiającego wykonawcy Onnera Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Czosnowie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia poprzez złożenie odpowiednio referencji lub faktur, podczas gdy faktury wraz z potwierdzeniem przelewu zapłaty nie stanowią innego dowodu w rozumieniu §2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego w 3/4 części i zamawiającego w 1/4 części, i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **2 775 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące siedemset siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

**Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach** (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pralnico-wirówek oraz suszarek bębnowych do ubrań specjalnych na potrzeby Państwowej Straży Pożarnej woj. śląskiego; znak sprawy zamawiającego: WT-I.2370.4.2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 maja 2020 r., pod numerem 542322-N-2020.

W dniu 6 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę **Fabryka Maszyn Pralniczych PRAMAZUT Sp. z o.o. z siedzibą w Masłowie** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 i 6 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od czynności zamawiającego w postępowaniu, polegających na dokonaniu niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania oraz wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Onnera Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Czosnowie (dalej „Onnera” lub „przystępujący”), zarzucając naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy złożona oferta jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w tym w szczególności z treścią opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zaoferowanej obudowy zewnętrznej dla suszarki bębnowej;
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie polegające na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Onnera, podczas gdy w świetle przedstawionych kryteriów oceny ofert nie jest to oferta która uzyskała największą ilość punktów, wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona z uwagi na brak spełnienia warunku doświadczenia;
3. art. 25 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z §2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez wadliwe uznanie, że dowodem potwierdzającym, że wykazane przez wykonawcę Onnera dostawy zostały

wykonane należycie, posługując się w tym zakresie fakturami i potwierdzeniami zapłaty, podczas gdy z przedłożonych dokumentów nie wynika czy usługa faktycznie została wykonana należycie, zaś dokumenty te stwierdzają jedynie fakt dostawy i zapłaty;

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sprawie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Onnera oraz uznania jego oferty za odrzuconą, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia tj. nie przedłożył dowodów określających czy dostawy wskazane w wykazie zostały wykonane lub są wykonane należycie pomimo, że zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie;
5. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w toku badania i oceny ofert a polegające na prowadzeniu negocjacji pomiędzy zamawiającym a Onnera, dotyczących treści złożonej oferty w zakresie sposobu ustalenia jak należy rozumieć obudowę zewnętrzną wykonaną ze stali nierdzewnej suszarki bębnowej;
6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dokonanie wyboru wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp;

ewentualnie z ostrożności procesowej:

7. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie polegające na wezwaniu przez zamawiającego wykonawcy Onnera do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia poprzez złożenie odpowiednio referencji lub faktur, podczas gdy faktury wraz z potwierdzeniem przelewu zapłaty nie stanowią innego dowodu w rozumieniu §2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tym bardziej, że z przedłożonych faktur nadal nie wynika czy dostawy były wykonane należycie, same faktury pochodzą od wykonawcy, a nadto sam zamawiający nie sprecyzował w SIWZ w zakresie oceny spełnienia warunku, że taki dokument również będzie honorował, co stanowi dowolność w ocenie spełnienia warunku stawianego doświadczenia.

W związku z wymienionymi czynnościami i sformułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty

najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz wykluczenia z postępowania i uznania za odrzuconą oferty wykonawcy Onnera.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

W zakresie naruszenia przez zamawiającego 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ wskazał na zapisy znajdujące się w załączniku nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonał podziału na dwa podstawowe urządzenia gdzie: pkt I dotyczy pralnic - wirówki 14 szt., pkt II dotyczy suszarki bębnowej 13 szt.

Odwołujący wskazywał, że przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest interpretacja zapisu zawartego w pkt. II.12 (dodanym przez zamawiającego już po ogłoszeniu zamówienia). Zgodnie z Pkt. II zamawiający podał następujące wymagania techniczne jakie musi spełniać zaoferowana suszarka bębnowa: (1) Urządzenie fabrycznie nowe, nie starsze niż z 2020 r.; (2) Załadunek: minimum 16 kg.; (3) Pojemność bębna: minimum 340 litrów; (4) Maszyna wolnostojąca - bez jakiegokolwiek mocowania do podłoża; (5) Zasilanie 230/380 V; (6) Średnica okna wsadowego nie mniejsza niż 520 mm; (7) Urządzenie z systemem pomiaru wilgotności pozwalający na nieprzesuszenie obrabianych wyrobów; (8) Możliwość prawidłowego suszenia ubrań specjalnych wykonanych zgodnie z normą PN-EN 469:2008 i PN-EN 469:2014-11. Zamawiający wymaga aby urządzenie posiadało specjalny, fabryczny program do tego celu; (9) Obsługa programatora w języku polskim; (10) Możliwość wprowadzenia urządzenia przez skrzydło drzwiowe o wymiarze 89 cm; (11) Przeszkolenie użytkowników w zakresie obsługi przedmiotu oferty w miejscu instalacji urządzenia.

Dalej odwołujący podnosił, że w toku zadawanych przez wykonawców pytań do SIWZ, pismem z 29 maja 2020 r. zamieszczonym na BIP zamawiający poinformował o zmianie Opisu przedmiotu zamówienia, między innymi w następującym zakresie: „Zamawiający dodaje zapis SIWZ - załącznik nr 1 - Opis Przedmiotu Zamówienia pkt II.12 o następującej treści: Bęben oraz obudowa zewnętrzna wykonana ze stali nierdzewnej”.

Na etapie po złożeniu ofert zamawiający wystosował do wszystkich wykonawców, w tym odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp (pismo z 10 czerwca 2020 r.). Zamawiający wskazał, że powziął wątpliwości co do zaoferowanej obudowy suszarki bębnowej. Jak zamawiający ustalił, z kart katalogowych zaoferowanej suszarki wynika, że ze stali nierdzewnej jest wykonany front obudowy, zaś zamawiający oczekiwał, że skoro w OPZ jest zapis - obudowa zewnętrzna wykonana ze stali nierdzewnej to należało przez to rozumieć front, boki i górę urządzenia ze stali nierdzewnej.

Po pierwsze zamawiający w ogóle nie doprecyzował w SIWZ, że przez obudowę zewnętrzną suszarki bębnowej wykonaną ze stali nierdzewnej należy rozumieć front, boki oraz górę urządzenia. Gdyby to było tak jednoznaczne jak twierdzi zamawiający to powstaje pytanie

co z pozostałymi elementami tego urządzenia jak tył i spód. W tym zakresie zamawiający zupełnie milczy. Zamawiający zmienił zatem sposób oceny ofert na etapie po otwarciu ofert. Taki stan jest niedopuszczalny i godzi w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W efekcie zachowanie zamawiającego doprowadziło do sytuacji w której odrzucił on wszystkie oferty za wyjątkiem wykonawcy Onnera. Pomimo złożonych w tym zakresie obszernych wyjaśnień przez odwołującego, zamawiający nie uznając ich, dokonał odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp podnosząc, że treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.

Na marginesie należy również wyjaśnić, że odwołujący niezwłocznie po zmianie OPZ zadał pytanie zamawiającemu co należy rozumieć poprzez dodany wymóg techniczny do suszarki bębnowej „obudowa zewnętrzna wykonana ze stali nierdzewnej”. Niestety pytanie to pozostało bez odpowiedzi. Zamawiający, mając świadomość zmiany OPZ w trakcie postępowania, wykazując się należyłą starannością winien mimo wszystko odpowiedzieć na postawione pytanie.

W ocenie odwołującego sam zamawiający nie był do końca przekonany jak dokładnie należy rozumieć wymóg „obudowy zewnętrznej wykonanej ze stali nierdzewnej” w zakresie suszarki bębnowej. O wątpliwościach samego zamawiającego w tym zakresie świadczy pismo wystosowane do Onnera o wyjaśnienie treści oferty (wysłane dopiero 17 czerwca 2020 r., zaś w stosunku do pozostałych wykonawców wezwanie do złożenia wyjaśnień było wystosowane już 10 czerwca 2020 r.). Z treści tego pisma można wywnioskować, że z jednej strony wnosi on o wyjaśnienie treści oferty a z drugiej prosi o opinię co do załączonego oświadczenia producenta, de facto złożonego przez odwołującego w ramach składanych wyjaśnień. Zatem zamawiający w ramach otrzymywanych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp sam podjął próbę upewnienia się, czy aby na pewno dobrze interpretuje zapis który sam stworzył i czy aby na pewno pozostaje on w zgodności z przyjętymi ogólnie normami bezpieczeństwa dla tych urządzeń. Z treści całokształtu wymienianej korespondencji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą Onnera wynika, że pomiędzy tymi stronami doszło niejako do negocjacji w zakresie treści oferty po otwarciu ofert. Taki stan jest niedopuszczalny, o czym wyraźnie mówi wprost art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jest to kolejny dowód, że zamawiający dokonał zmiany sposobu oceny ofert po ich formalnym otwarciu.

Zamawiający nie sprecyzował w OPZ które elementy obudowy zewnętrznej winny być wykonane ze stali nierdzewnej, co jak się okazuje było wykonalne, skoro był w stanie doprecyzować to na etapie po otwarciu ofert (kiedy taka czynności nie powinna mieć już miejsca). Zgodnie ze słownikiem języka polskiego (źródło: PWN) „obudowa” oznacza część zewnętrzną urządzenia. Nie precyzuje, czy chodzi o całość czy też poszczególne elementy. Jak się zresztą okazuje sam zamawiający podnosi, że miał na myśli jedynie front, boki i górę urządzenia - zdaniem odwołującego taki sposób interpretacji podsunął zamawiającemu inny

wykonawca, co wynika z treści pisma Onnera z 8 czerwca 2020 r. Żaden z wykonawców nie miał zatem możliwości wyinterpretowania takich założeń z SIWZ. Ponadto kiedy dodamy do tego specyfikę działania oferowanych urządzeń to również okazuje się, że wykonanie z danego materiału poszczególnych elementów także ma istotne znaczenie, co odwołujący sam wykazał w ramach złożonych wyjaśnień na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro zamawiający stawiał tak duży akcent na poszczególne elementy obudowy zewnętrznej urządzenia (front, boki i góra), które miały być wykonane ze stali nierdzewnej, to winien je dokładnie sprecyzować w OPZ. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający nie może na etapie oceny ofert niejako przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za brak precyzji przy opisie technicznym urządzeń, co w konsekwencji doprowadza do odrzucenia niemal wszystkich ofert (za wyjątkiem tej która została wybrana) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Okoliczność braku jednoznacznego opisu w SIWZ wymogów oferty nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy, odrzuceniem jego oferty, jeśli jej treść mieści się w zakresie dokonanego opisu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO 2144/19 z 7 listopada 2019 r.).

Odwołujący deklaruje, że w pełni podtrzymuje zaoferowane w ofercie dostawy urządzeń i wskazuje, że są one w pełni zgodne z SIWZ oraz w pełni spełniają oczekiwania zamawiającego oraz dają pełną rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego - osiągnięcia celu zamówienia. Zwracał w tym miejscu uwagę na stanowisko wykonawcy Onnera zawarte w piśmie do zamawiającego z 8 czerwca 2020 r., w którym to piśmie sam informuje jak należy interpretować zapis związany z wymogiem „obudowy zewnętrznej wykonanej ze stali nierdzewnej”. W swoim piśmie Onnera przekazuje zamawiającemu błędna kartę katalogową produktu zaoferowanego przez odwołującego i tym samym jawnie wprowadza zamawiającego w błąd. Odwołujący zaoferował model suszarki bębnowej wywiewowej, gdzie resztki wilgoci wraz z ciepłym wyprodukowanym powietrzem są „wywiewane” tj. wyrzucane do wentylacji - takiej wersji potrzebuje zamawiający. W piśmie od Onnera załączona została karta modelu suszarki bębnowej z pompą ciepła, która ma zupełnie inne rozwiązanie (w procesie suszenia w suszarce z pompą ciepła ciepłe powietrze włączane jest przez wentylator, które opływa bęben i następnie przechodzi przez filtr

kłaczków, po czym ochładza się i skrapla w skraplaczu. Specjalna pompka przetłacza zbierający się kondensat i oddaje go do zbiornika na skropliny. Aby wyłać zanieczyszczenia, należy mechanicznie wyciągnąć pojemnik z komory. Suszenie trwa zazwyczaj nawet do dwóch godzin. To nieekonomiczne rozwiązanie, gdyż wydłuża czas suszenia nawet 4-krotnie w porównaniu do suszarki wywiewowej. Ponadto dłuższy czas suszenia to również większy obór energii i wiążące się z tym kolejne koszty eksploatacyjne. Zatem wykonawca Onnera, podważając zaoferowane produkty odwołującego w rzeczywistości opisuje urządzenie zupełnie inne niż sam odwołujący faktycznie zaoferował. Na marginesie wykonawca Onnera raz podnosi, że obudowa zewnętrzna jest wykonana ze stali nierdzewnej w zakresie frontu, boków i góry (tak w piśmie z 8 czerwca 2020 r.), a innym razem stoi na stanowisku, że zapisy OPZ wskazują, że całe urządzenie w zakresie obudowy zewnętrznej winno być wykonane ze stali nierdzewnej (tak w piśmie z 18 czerwca 2020 r.). Jest to ewidentny dowód na to, że brak precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie obudowy zewnętrznej urządzenia powoduje, że niektórzy wykonawcy podejmują próby manipulacji w zakresie sposobu oceny ofert pod kątem ich zgodności z SIWZ, zaś zamawiający niejako sam dał się w ten proceder wciągnąć.

W ocenie Odwołującego z treści OPZ nie można wywnioskować jakoby przez obudowę zewnętrzną wykonaną ze stali nierdzewnej należało rozumieć front, boki oraz górę urządzenia. Nie sposób również wywnioskować jakoby miało chodzić o całość obudowy tego urządzenia. Zatem zamawiający pozostawił w tym zakresie każdemu wykonawcy pewien luz decyzyjny, jednak w taki sposób aby zachować pełną funkcjonalność i rozwiązania techniczne, które w pełni zdołają sprostać potrzebom zamawiającego. Nawet jeżeli uznać, że zapis ten budzi wątpliwości interpretacyjne to wówczas wątpliwości te winny być tłumaczone na korzyść wykonawcy. Zamawiający nie jest uprawniony do tego, aby na etapie oceny ofert określać sposób (metodologię) oceny ofert (w tym przypadku - próbek nagrań), jeśli wytyczne takie nie zostały jednoznacznie sformułowane w treści SIWZ. Przyjęcie tezy przeciwnej skutkowałoby bowiem wprost naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Wszelkie wątpliwości dotyczące ofert o udzielenie zamówienia publicznego wynikające z braku precyzji treści SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy, który nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędów zamawiającego w sformułowaniu SIWZ (tak wyrok KIO 2520/19 z 30 grudnia 2019 r.). Odwołujący przywoływał też orzeczenia KIO 69/20 z 31 stycznia 2020 r. w którym Izba zwracała uwagę, że odrzucenie oferty skutkuje tym, że ta zostaje wyeliminowana z postępowania co przekreśla szanse wykonawcy, który ją złożył na uzyskanie zamówienia. Zatem tak istotna i brzemienna w skutki czynność zamawiającego, jaką jest odrzucenie oferty, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, może być podjęta wyłącznie wtedy, gdy zachodzi niewątpliwa i jednoznaczna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym niezgodność musi wynikać wprost z zapisów SIWZ i nie może być



domniemywana, albo też wyinterpretowana z treści wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania.

Odwołujący stoi na stanowisku, że zestawienie treści oferty złożonej przez odwołującego oraz treści zapisu OPZ w zakresie „obudowy zewnętrznej wykonanej ze stali nierdzewnej” nie prowadzi do wniosku jakoby porównywane zapisy miały się wykluczać, czy też miałyby tutaj zachodzić wprost jakakolwiek różnica. Niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ jest jedynie daleko idącym domniemaniem i niedopuszczalną nadinterpretacją samego zamawiającego.

W zakresie stawianego zarzutu na koniec odwołujący wskazał, że brak precyzyjnego sformułowania w OPZ w zakresie obudowy zewnętrznej suszarki bębnowej nie daje najmniejszych przesłanek do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wady postępowania, z powodu wystąpienia których umowa może podlegać unieważnieniu określone zostały w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowią one konsekwencję znaczących uchybień stosowaniu przepisów regulujących prowadzenie postępowania, spowodowanych przez zamawiającego. Należy zwrócić uwagę na użyty w tym przepisie tryb dokonany wskazanych tam uchybień, co oznacza, że mają one charakter nieodwracalnych. Żadna z powyższych przesłanek w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzi. Przywrócenie odwołującego do postępowania przetargowego umożliwi ponowne dokonanie oceny ofert i w konsekwencji wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Zawarcie umowy będzie w pełni ważne i zgodne z przepisami prawa albowiem oferta odwołującego jako zgodna z SIWZ w pełni pozwoli na zrealizowanie celu zamówienia i zaspokojenie potrzeb zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp odwołujący podnosił, że wykonawca Onnera nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia albowiem nie wykazał, że dostawy na które się powoływał zostały wykonane w sposób należyty, mimo wezwania przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W celu potwierdzenia należytego wykonania dostaw lub usług wykonawca powinien złożyć dowody określające, czy zostały one wykonane (lub są wykonywane) należycie. Wykonawca może to zrobić za pomocą referencji lub innych dokumentów, które zostały wystawione przez podmiot, na rzecz którego wykonano lub wykonuje się zamówienie. W przypadku, gdy wykonawca z obiektywnych przyczyn, jaką jest na przykład likwidacja podmiotu lub trudność w otrzymaniu dokumentu od podmiotu prywatnego, nie będzie w stanie uzyskać tych dokumentów, może przedstawić oświadczenie własne.

Odwołujący podkreślił, że przedłożone faktury VAT oraz potwierdzenia przelewu nie pochodzą od podmiotu na rzecz którego zamówienia zostały wykonane. Dowody te pochodzą

od samego wykonawcy. Co więcej wykonawca nie złożył oświadczenia własnego, jak również nie wykazał jakoby z przyczyn obiektywnych nie mógł przedstawić referencji. Podmioty, na które się powołuje istnieją, zatem wykonawca kierując się należyłą starannością w rozumieniu art. 355 Kodeksu cywilnego mógł przedłożyć stosowne referencje. Wykonawca nie wykazał zatem aby dostawy na które się powołuje w ramach spełnienia warunku doświadczenia zostały wykonane w sposób należyty. Sama zapłata faktury nie przesądza o należyтым wykonaniu dostawy. Nie mamy bowiem wiedzy czy mimo wszystko nie było jakichkolwiek zastrzeżeń, zgłoszenia reklamacji, terminowego wykonania oraz czy nie toczą się np. spory sądowe w zakresie przedmiotowych dostaw. Istotne jest, aby z treści dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostawy, usługi lub roboty budowlanej. Referencje mają w istocie go polecać. Jakimi słowami, to kwestia drugorzędna - może być długi, entuzjastyczny wywód, ale sprawę załatwić może przecież też jedno suche słowo czy sformułowanie „wykonał należycie”, „prawidłowo”, „ocenię pozytywnie”, „jestem zadowolony”, „polecam”, „bez uwag” itd. Podobnie będzie np. przy protokołach odbioru, w których często znajduje się sformułowanie „bez uwag”, „przyjęto bez zastrzeżeń”.

Zdaniem odwołującego nie można tego powiedzieć o przedłożonych przez wykonawcę Onnera fakturach VAT i dowodach ich opłaty. Taki dokument może stanowić dodatkowy dowód, ale przy założeniu, że obiektywnie wykonawca nie jest w stanie zdobyć referencji i wówczas może złożyć oświadczenie własne (w tym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z takim przypadkiem). W świetle zatem SIWZ i przywołanych przepisów prawa wykonawca Onnera nie sprostął zatem wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp co powoduje, że winien on zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. Dodać należy, że wykonawca nie może po raz drugi zostać wezwany do uzupełnienia tych samych dokumentów w tym samym trybie. Wykonawca jest profesjonalistą i jako uczestnik postępowania przetargowego winien wiedzieć, że bez względu na treść wezwania zamawiającego to na nim ciąży szczególna dbałość o to, aby w sposób nie budzący wątpliwości wykazać, że dostawy na które się powołuje zostały wykonane należycie (czego nie można powiedzieć biorąc pod uwagę przedłożoną zamawiającemu dokumentację).

Zamawiający, w dniu 6 lipca 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego przystąpił 8 lipca 2020 r. wykonawca **Onnera Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Czosnowie**, zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, 13 lipca 2020 r., złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ oraz zmianami do niej, treścią oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego i przystępującego, treścią korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w toku postępowania, po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Działania zamawiającego, polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona - uniemożliwiły odwołującemu pozyskanie przedmiotowego zamówienia. W przypadku, gdyby zamawiający dokonał oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego jego oferta byłaby najkorzystniejsza i miałby on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba, rozpoznając zgłoszoną przez odwołującego, w piśmie procesowym z 27 lipca 2020 r., opozycję wobec przystąpienia wykonawcy Onnera uznała, że opozycja nie zasługuje na uwzględnienie. Stosownie bowiem do art. 185 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Z kolei w myśl ust. 4 tego artykułu zdanie 1 i zdanie 2 zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy nie później niż do czasu otwarcia rozprawy. Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił; w przeciwnym razie Izba oddała opozycję.

W przedmiotowej sprawie odwołujący, zgłaszając opozycję i wskazując na brak interesu przystępującego w zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego, brak interesu odniósł do kwestii upływu terminu związania ofertą przystępującego podnosząc, że w chwili zgłoszenia przystąpienia termin ten już upłynął. Wyjaśnił, że zgodnie z SIWZ termin składania ofert został wyznaczony na dzień 4 czerwca 2020 r. Każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu złożył oświadczenie, zgodnie z którym termin związania ofertą wynosił 30 dni.

Zatem upływ terminu związania ofertą przypadł z końcem dnia 3 lipca 2020 r. Przystępujący nie złożył oświadczeniu o przedłużeniu terminu związania ofertą, zarówno z własnej inicjatywy czy też na wezwanie zamawiającego. Obecnie zatem oferta przystępującego wygasła i nie ma on interesu w uzyskaniu zamówienia, a tym samym nie może on uzyskać statusu przystępującego po stronie zamawiającego.

Izba oddaliła opozycję. Stosownie do wskazanych przepisów wykonawca zgłaszając przystąpienie do konkretnej strony postępowania odwoławczego zobowiązany jest wskazać interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Z kolei strona wnosząca opozycję do przystąpienia uprawdopodobnić brak interesu po stronie tego wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Uprawdopodobnienie takie może być skuteczne, jeżeli z ogółu okoliczności towarzyszących postępowaniu można wywieść, iż rozstrzygnięcie odwołania nie może mieć żadnego znaczenia dla wykonawcy zgłaszającego przystąpienie.

W niniejszym postępowaniu przystępujący, w zgłoszonym przystąpieniu po stronie zamawiającego, wskazał na swój interes wyrażający się tym, że jego oferta została wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza. Odwołujący, kwestionując dokonane przez zamawiającego w postępowaniu czynności, zmierza do podważenia decyzji zamawiającego i uznania jego oferty jako najkorzystniejszej.

W niniejszej sprawie podnoszona przez odwołującego okoliczność, że przystępujący nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą pozostaje bez wpływu na kwestie dopuszczenia wykonawcy Onnera do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Zauważyć należy, że wybór oferty przystępującego dokonany został w terminie związania ofertą, gdyż ten upływał 3 lipca 2020 r., zaś dokonany wybór nastąpił 30 czerwca 2020 r. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że zamawiający nie wzywał wykonawców do przedłużenia tego terminu, nie można zatem wyciągać wobec wykonawcy konsekwencji z tym związanych. Jednocześnie na posiedzeniu pełnomocnik wykonawcy Onnera oświadczył, że jest w posiadaniu pisma, podpisanego przez upoważnionego przedstawiciela przystępującego, w którym ten oświadczył, że przedłuża termin związania złożoną ofertą.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ oraz zmian do niej, treści oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego i przystępującego, treści korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w toku postępowania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego na rozprawie w postaci oświadczenia wykonawcy Pramazut, złożonego na okoliczność zgodności oferowanego urządzenia z treścią SIWZ oraz prawidłowej realizacji umowy; ofert

wiodących producentów suszarek bębnowych: Priumus, Elektrolux i Ipso w których producenci, jako możliwą opcję wskazują wykonanie panelu przedniego ze stali nierdzewnej, z kolei w przypadku producenta Miele pomimo, że suszarka nie jest wykonana ze stali nierdzewnej, producent deklaruje, że jest ona odpowiednia do stosowania dla Straży Pożarnej i Służb Ratunkowych.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego z postępowania Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Jak ustalono na podstawie akt sprawy, zamawiający pismem z 29 maja 2020 r. dokonał zmiany SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, odnoszącego się do wymagań technicznych jakie musi spełniać zaoferowana suszarka bębnowa, wprowadzając w pkt II.12 następujący zapis: „Bęben oraz obudowa zewnętrzna wykonana ze stali nierdzewnej”. Wykonawca Pramazut zaoferował model suszarki bębnowej - LS350 marka Unimac, producent Alliance Laundry System, w której obudowa wykonana była ze stali nierdzewnej jedynie od frontu. W związku z tym zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, dokonując interpretacji pojęcia „obudowa zewnętrzna” stwierdzając w piśmie, że pod pojęciem tym należało rozumieć front, górę i boki urządzenia. W odpowiedzi na wezwanie odwołujący potwierdził, że produkt oferowany przez niego jest wykonany w zakresie obudowy ze stali nierdzewnej, jednak dotyczy to wyłącznie frontu urządzenia. Jednocześnie z treści oświadczenia producenta, złożonego w załączeniu do złożonych wyjaśnień wynikało, że w przypadku suszarek bębnowych niejako standardem jest, że boki i góra w suszarce zawsze wykonywane są ze stali galwanizowanej z uwagi na obostrzenia techniczne. Ponadto producent twierdził, że stal nierdzewna na panelach bocznych i górnym nie jest stosowana z racji tego, że będzie kumulować ciepło i powodować niewłaściwe jego odprowadzanie z urządzenia, co w efekcie powodować może nagrzewanie i podgrzewanie elektroniki i instalacji elektrycznej w maszynie. W warunkach ciągłej pracy maszyny może to doprowadzić do uszkodzenia urządzenia. Producent oświadczył ponadto, że takie rozwiązania, jakich oczekuje zamawiający, są niezgodne z obowiązującymi normami bezpieczeństwa.

Na wstępie należy przypomnieć, że obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez przepisy ustawy Pzp. Przepisy ustawy zobowiązują zamawiającego między innymi do odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeśli treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Przy czym, na co zwrócił uwagę ustawodawca odrzucenie oferty nie może nastąpić jedynie z powodów formalnych, błahych i nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić w przypadku, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Zarówno Krajowa Izba Odwoławcza, jak też sądy okręgowe wypowiadały się wielokrotnie w tej kwestii stwierdzając, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ możemy mówić uwzględniając pojęcie „oferta” zdefiniowane w art. 66 Kodeksu cywilnego, odnoszącym się do oświadczeń woli, a więc w przypadku niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

Odnosząc to do okoliczności mających miejsce w przedmiotowym postępowaniu, kluczowym dla oceny zgodności oświadczenia jakie złożył wykonawca w ofercie, w stosunku do wymagań zamawiającego było dokonanie interpretacji zapisu zawartego w SIWZ w pkt II.12, w którym zamawiający określił, jako wymóg: „Obudowa zewnętrzna wykonana ze stali nierdzewnej”. Jak zauważył odwołujący zamawiający nie doprecyzował tego pojęcia pomimo, że zwracał się on z pytaniem o wyjaśnienie treści SIWZ co należy rozumieć przez dodany w tym punkcie wymóg techniczny.

Uznać należy, że skoro zamawiający nie sprecyzował co należy rozumieć pod pojęciem „obudowa” odnieść się w tym przypadku należy do definicji słownikowej tego pojęcia. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN „obudowa” oznacza: „(1) obudowywanie czegoś, (2) część zewnętrzna urządzenia, (3) wmurowane w ścianę meble lub urządzenia, (4) zespół budowli otaczających jakąś przestrzeń lub stojących wzdłuż jakiejś drogi, (5) konstrukcja wzmocniająca stropy i ociosy wyrobiska”. W tym przypadku obudowa zatem odnosi się do części zewnętrznej urządzenia czyli inaczej mówiąc oznacza skrzynię, w której mieszczą się części elektroniczne i instalacje, które umożliwiają pracę samej maszyny. Nie ulega także wątpliwości, co jest faktem notoryjnym, nie wymagającym dowodu i nie podlegającym interpretacji, że na obudowę składają się: front, boki, góra, dół i tył danego urządzenia. Wszystkie te elementy składają się bowiem na całość obudowy. Nie można zatem zgodzić się z odwołującym, że wystarczającym dla oceny, że obudowa urządzenia wykonana została ze stali nierdzewnej, aby wyłącznie jeden jej element (w tym przypadku front) zostały wykonane z tego materiału.

Nie sposób także zgodzić się z odwołującym, że skoro zamawiający w SIWZ nie sprecyzował tego pojęcia, pozostawił w tym zakresie wykonawcom luz decyzyjny. Jak przyznał sam odwołujący zarówno w odwołaniu, jak też piśmie złożonym na rozprawie jako dowód, że producenci urządzeń stosując obudowę zewnętrzną ze stali nierdzewnej stosują różne rozwiązania, przy czym najczęściej jest to front. Takie podejście byłoby niedopuszczalne głównie z tego powodu, że złożone w postępowaniu oferty byłyby nieporównywalne. Zarówno strony, jak i przystępujący byli zgodni co do tego, że to z jakiego materiału jest wykonana obudowa i jej poszczególne elementy, ma znaczący wpływ na cenę oferty. Przyjęcie zatem jednocześnie takiego rozwiązania, w którym wyłącznie front wykonany jest ze stali nierdzewnej i takiego, gdzie zarówno front, góra i boki wykonane są z tego materiału - naruszałoby zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Tym samym nie ulega wątpliwości, że w niniejszym przypadku należało odnieść się do literalnego brzmienia SIWZ. W konsekwencji nie sposób uznać, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucając ofertę odwołującego, który zamierzał dostarczyć produkt w którym, co sam przyznał, tylko front (a zatem tylko jeden z elementów obudowy) wykonany jest ze stali nierdzewnej. Po raz kolejny należy podkreślić, że obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty w przypadku, gdy jej zawartość merytoryczna nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom. Nie ulega wątpliwości, że takim obligatoryjnym wymaganiem w tym przypadku był wymóg wykonania obudowy ze stali nierdzewnej.

Przypomnieć w tym miejscu należy również, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia w SIWZ winien przestrzegać reguł opisanych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Należy podkreślić, że zawarte w cytowanym przepisie sformułowanie „jednoznaczny” należy rozumieć jako takie, które nie pozwala na ich dowolną interpretację. W realiach niniejszej sprawy oznaczało to, że zamawiający winien tak opisać wymagania odnośnie suszarki bębnowej, aby dla wszystkich wykonawców jasne było co rozumieć należy pod pojęciem obudowy w szczególności, że celem zamawiającego było zakupienie produktu, którego jedynie trzy elementy obudowy wykonane są ze stali nierdzewnej, nie zaś cała obudowa. Wprawdzie zamawiający twierdził, że na rynku nie można kupić produktu, który w całości byłby wykonany ze stali nierdzewnej, stąd dla wykonawców było oczywiste, że chodzi o te właśnie elementy, to jednak przypomnieć należy, że poprzez wymóg jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia ustawodawca miał na myśli takie jego określenie, które nie pozostawia żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Oznacza to, że dane wymaganie wynikać musi z literalnego brzmienia

SIWZ, a nie z opisów zawartych w innych dokumentach, takich jak katalogi czy opisy produktów.

Skład orzekający podkreśla, że oddalił przedmiotowy zarzut z tego powodu, że w świetle zapisów SIWZ nie sposób uznać, że oferowany przez odwołującego produkt był zgodny z SIWZ. Jeśli nawet zapisy w tym zakresie były niejasne, a zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytanie odwołującego to w przypadku, gdy wykonawca nie odnajduje w treści SIWZ informacji, które w jego ocenie są istotne w celu przygotowania oferty, to powinien skorzystać ze środków ochrony prawnej wobec zaniechania przez zamawiającego podania takich danych.

Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego w zakresie w którym podnosił zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie polegające na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Onnera, podczas gdy w świetle przedstawionych kryteriów oceny ofert nie jest to oferta która uzyskała największą ilość punktów, wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona z uwagi na brak spełnienia warunku doświadczenia.

Izba nie stwierdziła, że dokonany przez zamawiającego wybór oferty najkorzystniejszej odbył się na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert, w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania ich przez zamawiającego.

W kontekście powyższego zarzutu, Izba nie stwierdziła również, że wykonawca Onnera winien zostać wykluczony z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący twierdził, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia tj. nie przedłożył dowodów określających czy dostawy wskazane w wykazie zostały wykonane lub są wykonane należycie pomimo, że zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

W tym miejscu należy wskazać, że w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp ustanowiona została generalna zasada wykluczania wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku, gdy nie wykażą oni spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu. Opis dokonywania oceny spełnienia warunków dokonywany jest przez zamawiającego w SIWZ. W przypadku, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (art. 26 ust. 2 ustawy Pzp).



Z kolei zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Powyższa instytucja służy zatem uzupełnianiu dokumentów, które nie pozwalają na pozytywną ocenę wykonawcy, w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku wystąpienia podstaw wykluczenia.

W niniejszym postępowaniu zamawiający zgodnie z cytowanym przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Onnera do złożenia dokumentów potwierdzających, że dostawy wymienione w złączniku nr 6 do SIWZ zostały wykonane lub są wykonywane należycie, gdyż stwierdził, że wykonawca nie przedłożył tych dokumentów w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp.

Dalej należy zwrócić uwagę, że co do zasady przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje możliwość jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia danych dokumentów. Jeśli zatem wykonawca, na wezwanie zamawiającego, nie składa dokumentów lub składa dokumenty w dalszym ciągu nie potwierdzające spełniania warunków lub wymagań zamawiającego określonych w SIWZ wówczas, w zależności od rodzaju dokumentów, obowiązkiem zamawiającego jest wykluczenie takiego wykonawcy lub odrzucenie jego oferty. Izba wielokrotnie w swoich orzeczeniach podkreślała, że przyjęcie kolejnej wersji dokumentów, które wcześniej zostały uzupełnione na wezwanie zamawiającego, w toku postępowania odwoławczego, mogłoby naruszyć zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż pozycja tego wykonawcy byłaby uprzywilejowana względem innych wykonawców. Zauważyć należy jednak, że w okolicznościach konkretnej sprawy możliwe jest odstępianie od zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Okoliczność taka zaistnieje między innymi w przypadku, gdy zamawiający w sposób wadliwy wezwał wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów. Zamawiający w treści wezwania zobowiązany jest bowiem zarówno do szczegółowego opisanie braków, które stwierdził, jak również sprecyzowania żądania dotyczącego zakresu prawidłowego uzupełnienia. W orzecznictwie KIO wyrażany jest pogląd, że zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, winien szczegółowo określić, jakie są podstawy prawne i faktyczne wezwania, wskazując jednocześnie, o jakie informacje ma zostać uzupełniona oferta.

W okolicznościach niniejszej sprawy uznać należy, że mamy do czynienia z taką właśnie sytuacją, w której zamawiający wezwał wykonawcę Onnera do uzupełnienia dokumentów, jednakże wezwanie to obarczone jest wadą. Zauważyć należy bowiem, że w piśmie z 22 czerwca 2020 r., w którym zamawiający wezwał wykonawcę Onnera do złożenia dokumentów potwierdzających, że dostawy wymienione w załączniku nr 6 do SIWZ zostały wykonane lub są wykonywane należycie, pouczył jednocześnie, że „Dowodem takim mogą być zarówno referencje jak i faktury z potwierdzeniem przelewu zapłaty należności wynikającej z tej faktury”. Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie przedstawił zatem dokumenty, które zamawiający dopuścił jako te, które potwierdzać miały fakt należytego wykonania dostaw: faktury z potwierdzeniem przelewu zapłaty należności wynikającej z tychże faktur. Rację ma odwołujący, że dokumentów tych nie można uznać, w świetle przepisu §2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, za dowody potwierdzające, że wykazane przez wykonawcę Onnera dostawy zostały wykonane należycie, nie wynika z nich bowiem, że usługa faktycznie została wykonana należycie. W tym jednak przypadku uznać należy, że możliwe jest powtórzenie czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie nie będzie bowiem mowy o kolejnym wezwaniu, ale będzie to powtórzenie wezwania z uwagi na wadliwy charakter pierwotnego wezwania, które skierował zamawiający do przystępującego.

Z powyższych powodów Izba uznała za przedwczesne żądanie odwołującego wykluczenia wykonawcy Onnera z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba uwzględniła zarzut, sformułowany przez odwołującego z ostrożności procesowej, naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie, polegające na wezwaniu przez zamawiającego wykonawcy Onnera do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia poprzez złożenie odpowiednio referencji lub faktur, podczas gdy faktury wraz z potwierdzeniem przelewu zapłaty nie stanowią innego dowodu w rozumieniu §2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający, pismem z 22 czerwca 2020 r. wezwał wykonawcę Onnera, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia dowodów na potwierdzenie, że wykazane w załączniku nr 6 do SIWZ dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W treści pisma wprost przewidział, że dowodem takim mogą być zarówno referencje, jak też faktury wraz z potwierdzeniami przelewu. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający sformułował przedmiotowe wezwanie

w sposób wadliwy. Zgodnie z treścią §2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju 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 wraz z 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. Z cytowanego przepisu wynika więc, że głównym dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie dostaw lub usług są referencje. Ustawodawca dopuścił także złożenie innych dokumentów, nie ulega wątpliwości, że muszą one niezbicie wskazywać na należyte wykonanie dostaw lub usług wynikających z wykazu. Wykonawcy mogą zatem zachować dowolność formy, a także treści przedkładanych dokumentów, na którą w większości przypadków nie mają wpływu, ale z dokumentów musi jasno wynikać ostateczne zaakceptowanie wykonywanej dostawy. Izba podziela zatem stanowisko odwołującego, że nie sposób uznać, aby takim dokumentem były same faktury, albowiem sama faktura, nawet jeśli został opłacony nie przesądza o należyтым wykonaniu dostawy.

Wobec powyższego zamawiający, wzywając wykonawcę do przedłożenia faktur wraz z potwierdzeniem przelewu za wystawione faktury, uznając te dokumenty za równorzędne referencji, naruszył cytowane przepisy ustawy Pzp.

Nie zasługiwał, w ocenie Izby, na uwzględnienie zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w toku badania i oceny ofert a polegające na prowadzeniu negocjacji pomiędzy zamawiającym a Onnera, dotyczących treści złożonej oferty w zakresie sposobu ustalenia jak należy rozumieć obudowę zewnętrzną wykonaną ze stali nierdzewnej suszarki bębnowej.

Przypomnieć należy, na co Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że z treści art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Literalne brzmienie powyższego przepisu wskazuje, że co do zasady czynność polegająca na żądaniu złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty stanowi uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Jednakże, jeżeli wymagają tego okoliczności sprawy, zamawiający działając zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest nie tylko uprawniony, co wręcz zobowiązany do żądania przedstawienia wyjaśnień powziętych wątpliwości dotyczących treści oferty. Zamawiający powinien bowiem zbadać rzeczywistą treść oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, która powinna być tłumaczona

z uwzględnieniem nie tylko okoliczność w jakich została złożona, ale również panujących w danej branży zwyczajów oraz zasad współżycia społecznego.

W okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający skorzystał z możliwości, które daje wskazany przepis ustawy Pzp. Sformułowane przez zamawiającego wezwanie do wyjaśnień skierowane do wykonawcy Onnera 17 czerwca 2020 r. miało na celu jedynie rozwianie wątpliwości dotyczących obudowy w zaoferowanym modelu urządzenia, które pojawiły się w związku z oświadczeniem innego producenta. Służyły zatem jedynie uzyskaniu potwierdzenia spełnienia wymagań, które wcześniej zadeklarował wykonawca w swojej ofercie. Z treści pisma zamawiającego nie wynika, że miał jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące tego, co stanowi przedmiot oferty, tj. jaki jest model zaoferowanego sprzętu.

Nie sposób zatem uznać, że działania zamawiającego miały charakter negocjacji, bowiem nie zmierzały do dopasowania przedmiotu oferowanego do potrzeb zamawiającego a służyły jedynie wyjaśnieniu treści złożonej oferty w zakresie spełnienia norm bezpieczeństwa, których brak zarzucił w swoim piśmie odwołujący. Jak wskazuje się w orzecznictwie, co miało też miejsce w niniejszej sprawie, w związku z podnoszonymi wątpliwościami przez innego wykonawcę, wezwanie do wyjaśnień było wręcz obowiązkiem zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 ustawy Pzp. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Jak wynika z kolei z treści postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyrokach: Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16 oraz w postanowieniach: Sądu Okręgowego we

Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17.

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/4 (zarzuty dotyczące niewłaściwego zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) a chybione w pozostałej części (w zakresie zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, wykluczenia przystępującego z postępowania oraz prowadzenia niedozwolonych negocjacji dotyczących treści oferty). Kosztami postępowania obciążono zatem odpowiednio do wyniku strony postępowania. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 7.500,00 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w zaliczonej przez Izbę kwocie 3.600,00 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11.100,00 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie w 3/4 części. Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 2 775,00 zł., stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....