

Sygn. akt: KIO 3213/21

WYROK

z dnia 18 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie 15 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 listopada 2021 roku przez odwołującego **Comeco spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Elk**, przy udziale wykonawcy **Ekocel spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rekowiu Górnym** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Ełk, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zakup sprzętu do obsługi sieci kanalizacji sanitarnej oraz wywozu odpadów komunalnych na terenie Gminy Ełk — Zakup Śmieciarek — II postępowanie.”, nr postępowania: KZP.271.3.18.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 18 sierpnia 2021 r. nr 2021/S 159-419786.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawca Comeco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku (dalej: „Odwołujący”) 2 listopada 2021 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechania podjęcia czynności w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy EKOCEL mimo że treść oferty wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. Wykonawca zaoferował zabudowę i podwozie innych producentów a zatem niezgodnie z pkt VII dokumentu SOPZ stanowiącego załączniki nr 2 i 3 do SWZ;
- 2) art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania EKOCEL do złożenia referencji potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, przywołanego przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej ponieważ te złożone przez wykonawcę nie potwierdzają należytego wykonania zamówienia, złożenia kompletnego i podpisanego załącznika nr 3 do SWZ, ponieważ w tym złożonym przez wykonawcę brak ostatnich stron oraz podpisu;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 6) Pzp w związku z art. 61 ust. 1 Pzp oraz art. 63 ust 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenie oferty wykonawcy EKOCEL, która została złożona niezgodnie z wymaganiami technicznymi w zakresie przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w szczególności nie została należycie podpisana.

Odwołujący wskazał, że ostatni z zarzutów sformułowany został z ostrożności, z uwagi na to, że zamawiający mimo dwukrotnego skierowania do niego wezwania przestawił Odwołującemu ofertę i dokumenty składane przez wykonawcę EKOCEL jedynie skanów, co uniemożliwia weryfikację czy oferta i dokumenty tego wykonawcy zostały złożone we właściwej formie.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy EKOCEL
- b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenia oferty Wykonawcy EKOCEL
- c) ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia żądania z lit. b powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wezwania wykonawcy do złożenia kompletnego i podpisanego załącznika nr 3 do SWZ oraz referencji potwierdzających należyte wykonanie dostawy, na którą się wykonawca EKOCEL powołuje
- d) obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wyjaśnił, że złożył w postępowaniu ofertę, która, sklasyfikowała się na 2 miejscu, po ofercie złożonej przez EKOCEL. Na skutek niezgodnego z przepisami Pzp wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez tego wykonawcę, Odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania i wykonania zamówienia. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z art. 132 ustawy Pzp, o wartości szacunkowej przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 214 000 euro, którego przedmiotem jest zakup sprzętu z zakresu gospodarki komunalnej do obsługi sieci kanalizacji sanitarnej oraz wywozu odpadów komunalnych na terenie Gminy Ełk - Zakup Śmieciarek.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty — wykonawcy EKOCEL oraz Odwołującego. Odwołujący wyjaśnił, że w związku z tym, że oferta EKOCEL zawierała korzystniejszy bilans punktów otrzymanych w kryteriach oceny ofert, wykonawca ten został

wezwany do złożenia dokumentów podmiotowych a zawiadomieniem z dnia 20 października 2021 r. jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zarzut niezgodności oferty z dokumentami zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia zarówno dla śmieciarki jednokomorowej (zał. Nr 2 do SWZ) jak i śmieciarki dwukomorowej (zał. Nr 3 do SWZ) w pkt VII jednakowo brzmiącym w obu w/w dokumentach wymagał:

„VII. Wszystkie zabudowy i podwozia objęte zamówieniem tj. Śmieciarka jednokomorowa oraz dwukomorowa muszą pochodzić od jednego producenta.”.

Odwołujący wskazał również, że w załącznikach nr 2 i 3 w części dotyczącej zabudowy (wiersz 2) Zamawiający wymagał potwierdzenia od wykonawcy, że zabudowa i podwozie pochodzą od jednego producenta. Odwołujący wskazał, że w swojej ofercie wykonawca EKOCEL zaoferował w pkt 1 formularza ofertowego:

- a) Śmieciarkę jednokomorową - zabudowa Zoeller Tech/Medium XL-iB/2021 zaś podwozie SCANIA/P320/2021
- b) śmieciarkę dwukomorową - zabudowa Zoeller Tech/Medium X5/2021 zaś podwozie SCANIA/P320/2021

Do oferty zostały zaś dołączone karty katalogowe zabudowy oraz podwozia, z których, w ocenie Odwołującego, należy wnioskować, że zabudowy obu Śmieciarek są produkcji firmy EKOCEL zaś podwozie wyprodukowane jest przez SCANIA Polska S.A.

Odwołujący wskazał ponadto, że wykonawca w załączniku nr 2 i 3 w części dotyczącej zabudowy (wiersz drugi) oświadczył, że zabudowa oraz podwozie pochodzą od jednego producenta, wbrew temu co wynika wprost z w/w kart katalogowych.

Odwołujący wskazał na treść art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z którego wynika, że Zamawiający dokonuje oceny oferty pod względem jej zgodności z warunkami zamówienia. Dokonując analizy ww. przesłanki należy przyjąć, zdaniem Odwołującego, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Jak wskazał Odwołujący, dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z ust. 1 pkt 5 konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia. Jak wskazał Odwołujący niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy oraz nieusuwalny, ze względu na przewidziany w art. 223

ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obowiązek zamawiającego polegający na poprawieniu w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący argumentował, że niezgodność oferty powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę. W szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty — poza ogólnym oświadczeniem o zgodności oferowanego produktu z opisem przedmiotu zamówienia — podania konkretnych parametrów (np. nazwy, modelu, producenta) pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty, porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 226.).

Przenosząc powyższe rozważania teoretyczne na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Odwołującego, stwierdzić należy, że wykonawca EKOCEL zaoferował Zamawiającemu produkt (Śmieciarkę), który nie spełnia wymagań zamawiającego określonych w SWZ — bowiem wymagał aby zabudowa oraz podwozie pochodziły od tego samego producenta, analiza oferty EKOCEL, a w szczególności złożonych kart katalogowych wskazuje, że tak nie jest tj. że pochodzą one od dwóch różnych producentów. Wada ta jest nieusuwalna i dotyczy właściwości produktu zadeklarowanych przez wykonawcę, wyłączona jest zatem możliwość poprawienia omyłki przez zamawiającego. W ocenie Odwołującego, oferta zawierająca taką niezgodność powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zarzut dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów.

Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z Rozdziałem V SWZ pkt 2 ppkt 3 Zamawiający wymagał od wykonawcy posiadania doświadczenia w dostawie min. 4 fabrycznie nowych samochodów ciężarowych z zabudową typu śmieciarka o łącznej wartości nie mniejszej niż 2500000,00 zł brutto. W rozdziale VII pkt 10 Zamawiający przewidział, że razem z wykazem stanowiącym podmiotowy środek dowodowy wykonawca zobowiązany jest załączyć dowody określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie przy czym tymi dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane,

Jak wyjaśnił Odwołujący, z przesłanych Odwołującemu przez Zamawiającego skanów dokumentów pochodzących od EKOCEL, złożonych na wezwanie z 5.10.2021 r. w szczególności z listu referencyjnego wystawionego przez Chemeko — System Sp. z o.o. datowanego na 4.06.2021 r. nie wynika w ocenie Odwołującego, że przywołane (w wykazie usług) przez EKOCEL zamówienie na dostawę 4 śmieciarek zostało wykonane należycie.

Analiza złożonego ww. dokumenty prowadzi w ocenie Odwołującego do wniosku, że wystawca dokumentów używając sformułowań „poświadcza, że jest użytkownikiem czterech śmieciarek”, „do zabudowy zostały użyte”, „dostawa pojazdów została należycie zrealizowana”. W ocenie Odwołującego z powyższego nie wynika kto, a w zasadzie czy EKOCEL wykonał przedmiotową dostawę i nie zmienia tej oceny użyte na koniec referencji sformułowanie, że wystawca dokumentu „może polecić firmę EKOCEL Sp. z o.o.”. Z przywołanych wyżej przepisów SWZ wynika zdaniem Odwołującego, że wykonawca powinien udowodnić że należycie wykonał dostawę, nie wystarczy w tym miejscu uprawdopodobnienie powyższej okoliczności. Analiza dokumentu nazwanego list referencyjny, prowadzi do wniosku, że nie ma w nim mowy o należytej dostawie śmieciarek przez firmę EKOCEL.

W tych okolicznościach, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien zastosować procedurę przewidzianą w art. 128 ust. 1 Pzp względnie w art. 128 ust. 4 Pzp. W przypadku gdyby wykonawca pomimo wezwania nie udowodnił należytego wykonania dostaw, na które się powołuje w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wówczas jego oferta powinna zostać odrzucona (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c Pzp). Dopuszczając się zaniechania powyższych czynności zamawiający naruszył w/w przepisy prawa.

W ocenie Odwołującego, drugim niekompletnym dokumentem, do którego powinna mieć zastosowanie ww. procedura, a która nie została zachowana przez zamawiającego dotyczy załącznika nr 3 do SWZ składanego wraz z ofertą, który został złożony jako niekompletny bez ostatnich stron a zatem także bez podpisu (a przynajmniej udostępniony odwołującemu przez zamawiającego skan dokumentu nie zawiera wszystkich stron).

Zarzut dotyczący złożenia oferty przez EKOCEL niezgodnie z wymaganiami technicznymi.

Odwołujący wyjaśnił, że przygotowując się do weryfikacji oferty konkurencji — EKOCEL wystąpił do zamawiającego o przesłanie oferty ww. wykonawcy i otrzymał ją od zamawiającego w formie skanu (za pismem z 23.09.2021 r.) oraz pozostałe dokumenty składane na wezwanie również w formie skanu (za pismem z 15.10.2021 r.). Zamawiający przekazał je, ale prawdopodobnie w innej formie niż złożone przez wykonawcę (odwołujący otrzymał skany dokumentów EKOCEL). Jak wyjaśnił Odwołujący na wezwanie Odwołującego z 5.10.2021 r. skierowane do Zamawiającego o przesłanie oferty w formie w jakiej została złożona, względnie potwierdzenie, że ww. wykonawca złożył skany dokumentów do dziś zamawiający nie odpowiedział. Odwołujący wyjaśnił, że podobnie pełnomocnik Odwołującego zwracał się elektronicznie do zamawiającego (wiadomością z 25.10.2021 r.) o przesłanie dokumentów EKOCEL w formie w jakiej zostały złożone, do chwili złożenia odwołania nie otrzymał jednak odpowiedzi.

Jak wyjaśnił Odwołujący, z uwagi na powyższe okoliczności i utrudnianie przez zamawiającego dostępu do dokumentacji postępowania odwołujący sformułował z ostrożności także zarzut złożenia przez wykonawcę EKOCEL oferty oraz pozostałych dokumentów w postępowaniu niezgodnie z warunkami technicznymi przewidzianymi w Pzp oraz w rozdziale X SWZ (niezgodnie z elektroniczną zamówień publicznych) w tym nienależycie podpisanych co powinno skutkować odrzuceniem oferty tegoż wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca Ekocel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rekowie Górnym (dalej: Przystępujący).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane podczas rozprawy.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie akt sprawy Izba ustaliła, że w treści formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, wykonawcy mieli wskazać w pkt 1 „Model/typ/rok produkcji zabudowy oraz podwozia śmieciarki jednokomorowej” oraz „Model/typ/rok produkcji zabudowy oraz podwozia śmieciarki dwukomorowej”.

Ponadto jak wynika z treści załącznika nr 2 do SWZ zawierającego „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – śmieciarka jednokomorowa” w tabeli „Zabudowa” w wierszu drugim wskazano „zabudowa od jednego producenta oraz podwozie od jednego producenta”. Izba ustaliła, że w załączniku nr 3 do SWZ, zawierającym „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – śmieciarka dwukomorowa” analogiczne postanowienie nie zostało zawarte. Natomiast w obu ww. załącznikach w pkt VII zawarte zostało tożsame postanowienie, zgodnie z którym: „Wszystkie zabudowy i podwozia objęte zamówieniem, tj. śmieciarka jednokomorowa oraz dwukomorowa muszą pochodzić od jednego producenta”.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj. przez Przystępującego oraz przez Odwołującego. Na podstawie treści oferty złożonej przez Przystępującego Izba ustaliła, że zaoferował on: „Marka/typ/ rok produkcji zabudowy oraz podwozia śmieciarki jednokomorowej: Zoeller Tech/Medium XL-iB/2021 podwozie SCANIA/P320/2021” oraz „Marka/typ/ rok produkcji zabudowy oraz podwozia śmieciarki dwukomorowej: Zoeller Tech/Medium X5/2021 podwozie SCANIA/P320/2021.”

Ponadto Izba ustaliła, że oferta Przystępującego została złożona w formie elektronicznej i została opatrzona kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi złożonymi przez R. R. oraz K. S. . Jak wynika z załączonego do oferty odpisu KRS, sposób reprezentacji spółki został wskazany w następująco: „Jeżeli zarząd składa się z jednej osoby wówczas jest ona samodzielnie uprawniona do składania oświadczeń w imieniu spółki. W przypadku zarządu wieloosobowego do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo członka zarządu łącznie z prokurentem.” Pan R. R. figuruje w KRS jako członek zarządu, natomiast pan K. S. figuruje w KRS jako prezes zarządu. Oferta została więc podpisana zgodnie ze sposobem reprezentacji ujawnionym w załączonym do oferty odpisie KRS. Wraz z ofertą zostały również złożone pełnomocnictwo dla pana D. J. do reprezentowania spółki przed Zamawiającym w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Pełnomocnik ten opatrzył podpisem elektronicznym dokumenty złożone Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu złożył wykaz dostaw na załączniku nr 6 do SWZ, w treści którego wskazał jedną dostawę zrealizowaną na rzecz Chemeko – System spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu. W celu wykazania należytej realizacji tego zamówienia, Przystępujący złożył również list referencyjny z 4 czerwca 2021 r., w treści którego Chemeko – System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu stwierdza: „Z pełną odpowiedzialnością możemy polecić firmę EKOCEL Sp. z o.o. jako godnego zaufania dostawcę pojazdów do wywozu odpadów komunalnych”.

Na podstawie oferty Odwołującego Izba ustaliła, że w pkt 1 formularza ofertowego Odwołujący wskazał: „Marka/typ/ rok produkcji zabudowy oraz podwozia śmieciarki jednokomorowej: SCANIA / P320 / 2021r.” oraz „Marka/typ/ rok produkcji zabudowy oraz podwozia śmieciarki dwukomorowej: SCANIA / P320 / 2021r.”

Izba zważyła co następuje.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Izba wskazuje, że zarzut nie potwierdził się. Sporne postanowienie SWZ znajdujące się w pkt VII zarówno załącznika 2 i 3 do SWZ ma brzmienie: *„Wszystkie zabudowy i podwozia objęte zamówieniem, tj. śmieciarka jednokomorowa oraz dwukomorowa muszą pochodzić od jednego producenta”*. Z powyższego Odwołujący wywodzi, że należało zaoferować zarówno zabudowę jak i podwozie pochodzące od jednego producenta, innymi słowy zabudowa i podwozie miały pochodzić od tego samego producenta. Odwołujący powyższe uzasadnił użyciem w treści kwestionowanego postanowienia spójnika „i”. Z oferty Przystępującego wynika wprost, że nie zaoferował on podwozia i zabudowy tego samego producenta, co czyni ją w ocenie Odwołującego, ofertą niezgodną z treścią SWZ.

Zamawiający natomiast argumentował: *„(...) że sytuacja na rynku wygląda w ten sposób, że nie można uzyskać śmieciarki, której zarówno podwozie jak i zabudowa miałyby pochodzić od jednego producenta.”* (vide: str. 3 protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 15 listopada 2021 r.). Ponadto, jak wynika ze stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego podczas rozprawy sporny wymóg SWZ należy rozumieć w ten sposób, że dotyczy on pochodzenia od jednego producenta podwozia oraz pochodzenia od jednego producenta zabudowy.

W ocenie Izby sporne postanowienie SWZ na pierwszy rzut oka ocenić można co najmniej jako niejednoznaczne i mogące budzić wątpliwości interpretacyjne. Uwzględniając stanowiska Stron, brzmienie spornego postanowienia SWZ oraz jednolite stanowisko prezentowane w orzecznictwie Izby, zgodnie z którym wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy, Izba doszła do przekonania, że zarzut nie potwierdził się.

Jak wskazano na wstępie, przedmiotowe postanowienie SWZ zakwalifikować należy jako co najmniej budzące wątpliwości interpretacyjne. Na pierwszy rzut oka, mając na uwadze literale brzmienie postanowienia, możliwe są bowiem przynajmniej dwie

interpretacje, ta zaprezentowana przez Odwołującego jak i ta zaprezentowana przez Zamawiającego i obie są w ocenie Izby dopuszczalne i nie wykluczają się.

Mając na uwadze samą treść pkt VII załącznika 2 i 3 do SWZ Izba wskazuje, że choć rzeczywiście Zamawiający użył w jego treści spójnika „i”, to jednak w ocenie Izby nie może przesądzać to o tym, że chodzi o tylko tego samego producenta. W szczególności wskazać należy również na postanowienie w wersji drugim w tabeli „zabudowa” załącznika 2 SWZ gdzie z kolei Zamawiający wskazał: „zabudowa od jednego producenta oraz podwozie od jednego producenta”. Co oznacza w ocenie Izby, że może, ale nie musi chodzić o tego samego producenta zarówno co do podwozia jak i co do zabudowy. W ocenie Izby kwestionowane postanowienie SWZ będzie spełnione zarówno w sytuacji gdy wykonawca zaoferuje podwozie od jednego producenta oraz zabudowę od jednego producenta (ale jednocześnie producent podwozia będzie inny niż producent zabudowy), ale również wtedy gdy wykonawca zaoferuje śmieciarkę w której zarówno podwozie jak i zabudowa będą pochodzić od tego samego producenta.

Innymi słowy, zarzut nie potwierdził się ponieważ w oparciu o literalne brzmienie kwestionowanego postanowienia nie można jednoznacznie przesądzić o tym że jedyną dopuszczalną interpretacją tego postanowienia jest ta, zaprezentowana przez Odwołującego. W ocenie Izby wymóg zaoferowania podwozia od jednego producenta oraz zabudowy od jednego producenta może być spełniony zarówno gdy będzie to ten sam producent obu tych elementów jak i w sytuacji gdy zaoferowane będzie podwozie jednego producenta oraz zabudowa jednego producenta ale nie będzie to ten sam producent.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, że zarzut nie został przez Odwołującego wykazany. Zarzut został skonstruowany w oparciu o dwie podstawy faktyczne, pierwszą, odnoszącą się do referencji oraz drugą odnoszącą się do załącznika nr 3 do SWZ.

W zakresie referencji, Odwołujący argumentował, że nie potwierdzają one należytego wykonania dostawy przez Przystępującego, z uwagi na to, że w ocenie Odwołującego z treści tych referencji nie wynika jaki podmiot zrealizował dostawę, a w ocenie Odwołującego ostatnie zdanie referencji jest niewystarczające aby uznać, że podmiotem tym był Przystępujący.

Z powyższym nie sposób się zgodzić. Choć rzeczywiście treść referencji jest tak skonstruowana, że nazwa Przystępującego została w nich użyta tylko raz, nie można w ocenie Izby na tym budować wniosku, że realizacja tej dostawy przez Przystępującego jest wątpliwa. Po pierwsze wskazać należy, że Przystępujący nie jest wystawcą tych referencji i tym samym nie miał wpływu na ich treść. Po drugie, skoro wystawca tych referencji poleca Przystępującego „jako godnego zaufania dostawcę pojazdów do wywozu odpadów

komunalnych”, to naturalnym jest wniosek, że musiał on tę dostawę zrealizować. Ponadto z referencji tych wynika wprost, że: „dostawa pojazdów została należycie zrealizowana”. Na uwagę zasługuje również fakt, że poza gołosłownym kwestionowaniem treści referencji, Odwołujący nie podjął żadnej próby udowodnienia swojego twierdzenia za pomocą środków dowodowych, do czego obliuguje go przepis art. 534 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do drugiej podstawy faktycznej zarzutu Izba wskazuje, że zarzut nie potwierdził się. Jak bowiem wynika z treści akt postępowania, Przystępujący złożył kompletny załącznik nr 3 do SWZ, we właściwej formie oraz prawidłowo podpisany.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp w zw. z art. 61 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że zarzut nie potwierdził się. Odwołujący zarzucił naruszenie rozdziału X SWZ i niezgodność z „warunkami technicznymi przewidzianymi w PZP”. Jak wynika jednak z akt sprawy, oferta Przystępującego została złożona w prawidłowej formie i zgodnie z warunkami technicznymi wynikającymi zarówno z ustawy Pzp w zakresie przywołanej podstawy prawnej zarzutu oraz opisanymi przez Zamawiającego w treści SWZ.

W tym miejscu Izba wskazuje, że zaniechanie przez zamawiającego udostępnienia dokumentacji postępowania, która co do zasady jest jawna może, a nawet powinno być przedmiotem zaskarżenia przez wykonawcę. Odwołujący nie zdecydował się na odwołanie od zaniechania tej czynności przez Zamawiającego, lecz postanowił sformułować zarzut odnoszący się do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp w zw. z art. 61 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że działając na podstawie art. 555 ustawy Pzp, Izba była zobowiązana rozpoznać ten zarzut i nie ma tu znaczenia zastrzeżenie poczynione przez Odwołującego, że zarzut ten został podniesiony jedynie z „ostrożności”. Ponadto, jedynie na marginesie Izba przypomina, że akta postępowania są jawne (vide: §9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453).

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Jednocześnie Izba wskazuje, że wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa przed Izbą według norm przepisanych nie mógł zostać

uwzględniony z uwagi na brak złożenia rachunku. Stosownie bowiem do treści §5 pkt 2 ww. rozporządzenia „do kosztów postępowania odwoławczego (...) zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy (...)”.

Przewodniczący: