

Sygn. akt: KIO 1026/18

**WYROK**  
**z dnia 7 czerwca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2018 r. przez wykonawcę **Pronar Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 101A, 17-210 Narew** w postępowaniu prowadzonym przez **Międzygminne Składowisko Odpadów Komunalnych „KRAS-EKO” Sp. z o.o., Siennica Nadolna, 22-302 Wincentów**

przy udziale wykonawcy **J. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. P. Luxor-Maszyny do Odpadów, ul. Chojny 57 lok. 211, 20-816 Lublin**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Pronar Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 101A, 17-210 Narew** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pronar Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 101A, 17-210 Narew** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Pronar Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 101A, 17-210 Narew** na rzecz **Międzygminnego Składowiska Odpadów Komunalnych „KRAS-EKO” Sp. z o.o., Siennica Nadolna, 22-302 Wincentów** kwotę **3 889 zł 19 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt dziewięć złotych dziewiętnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, 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 w Zamościu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Wykonawca PRONAR Sp. z o.o., 17-210 Narew, ul. Mickiewicza 101A (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonania zadania pn.: zakup i dostawa fabrycznie nowego rozdrabniacza mobilnego, fabrycznie nowego sita mobilnego bębnowego oraz fabrycznie nowego wózka widłowego w ramach realizacji inwestycji pn. „Dostosowanie Zakładów Zagospodarowania Odpadów w województwie lubelskim do wymagań dla RIPOK” w ramach Działania 6.3 Gospodarka odpadami Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2014-2020 (znak sprawy: 2/ZP/S/2018), prowadzonego przez Międzygminne Składowisko Odpadów Komunalnych „KRAS-EKO” Sp. z o.o., Wincentów, 22-302 Siennica Nadolna (dalej „zamawiający”).

Oświadczył, że z uwagi na problemy techniczne odwołanie posiada niewyraźne zdjęcia, które zostaną uzupełnione i przesłane do Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołanie złożono wobec:

1. wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez J. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LUXOR Maszyny do Odpadów J. P. w Lublinie w sytuacji, gdy oferta ta nie spełnia warunków określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez ww. wykonawcę w sytuacji, gdy oferta ta nie spełnia warunków określonych w SIWZ,
3. zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu ww. wykonawcy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 82 ust. 3, poprzez wybór oferty ww. wykonawcy w sytuacji, gdy treść oferty tego wykonawcy nie odpowiadała treści SIWZ, a tym samym brak równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz rzetelnej oceny składanych ofert, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ,
3. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty ww. wykonawcy,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji wykluczenie z udziału w postępowaniu ww. wykonawcy ewentualnie odrzucenia oferty ww. wykonawcy, a następnie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący podał, że w pkt. 3.2. SIWZ zamawiający wykluczył zastosowanie rozwiązań prototypowych oraz wskazał, iż wszelkie oferowane i dostarczone urządzenia muszą pochodzić z produkcji seryjnej.

Podał również, że pismem z dnia 24 kwietnia 2018 r. zamawiający wezwał ww. wykonawcę do wskazania, czy przedłożone przez niego referencje potwierdzają wykonanie dostawy maszyny tożsamej, co maszyna opisana przez zamawiającego w treści SIWZ. Uznał, że zamawiający zmierzał do ustalenia, czy maszyna oferowana przez ww. wykonawcę pochodzi z produkcji seryjnej, czy maszyna nie zawiera rozwiązań prototypowych.

Dowód: pismo z dnia 24 kwietnia 2018 r.

Odwołujący podał w dalszej kolejności, że ww. wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, wskazał, iż dostarczył już maszynę tożsamą, co maszyna oczekiwana przez zamawiającego na rzecz Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Zielonej Górze w kwietniu 2012 r.

Dowód: pismo LUXOR z dnia 07.05.2018 r.

Oświadczył, że w wyniku sprawdzenia przez niego dokumentów i oświadczeń dotyczących maszyny dostarczonej do Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Zielonej Górze w kwietniu 2012 r. przez ww. wykonawcę stwierdził, iż maszyna ta jest maszyną inną, iż oczekiwana przez zamawiającego, posiada inne rozwiązania. Odwołujący wskazał na różnice dotyczące: dopuszczenie do ruchu po drogach publicznych, układu hamulcowego, silnika zespołu napędowego, panelu sterowania przesiewacza w zakresie przycisków membranowych oraz wyświetlacza, zabudowy na platformie, systemu automatycznego oczyszczania chłodnicy silnika.

Uznał, że ww. wykonawca nie wyprodukował oraz nie dostarczył wcześniej maszyny, którą oferuje zamawiającemu.

Wskazał, że zgodnie z instrukcją obsługi przesiewacza LUXOR SOP-1845-2/D max. prędkość transportowa maszyny LUXOR wynosi 70km/h, wobec czego nie spełnia wymagań „KRASECO”, gdyż zgodnie z zapisami SIWZ maszyna powinna posiadać dopuszczenie do ruchu po drogach publicznych z prędkością do 85 km/h.

Wskazał także, że układ hamulcowy maszyny LUXOR posiada jedynie system ABS (bez stabilizacji toru jazdy), podczas gdy zgodnie z zapisami SIWZ maszyna musi posiadać układ EBS, który jest systemem hamulcowym z stabilizacją toru jazdy.

Wskazał nadto, że wg. wymagań SIWZ maszyna powinna posiadać silnik o mocy  $55kW \pm 10\%$ , co oznacza że moc silnika powinna się zawierać w przedziale 49,5kW-60,5kW. Oświadczył, że na podstawie analizy dokumentacji zdjęciowej stwierdził, że maszyna LUXOR posiada silnik o mocy 63kW – silnik przesiewacza LUXOR SOP-1845- 2/D posiada moc niezgodną z wymogami SIWZ.

W ocenie odwołującego dokumentacja zdjęciowa wskazuje, iż maszyna dostarczona do zakładu w Zielonej Górze jest wyposażona w silnik o normie emisji spalin STAGE (EUROMOT) IIIA, natomiast według zapisów SIWZ KRASECO silnik zespołu napędu musi spełniać normę EUROMOT II1B lub równoważną lub wyższą. Oświadczył, że norma EUROMOT III A jest normą niższą od EUROMOT IIIB, a nadto jest również niedozwolona do stosowania w zakresie mocy do 56kW i prawnie zakazana w przypadku produkcji nowych maszyn. Uzupełnił, że dla silników o mocy 63kW obowiązującą normą jest STAGE (EUROMOT) IV.

Podał, że wg definicji przycisk membranowy to taki, w którym sygnałem zadziałania jest zwarcie odpowiednich części obwodu elektrycznego przycisku, naciśnięcie przycisku membranowego powoduje zetknięcie mechaniczne warstw folii z nadrukowanym obwodem elektrycznym i jego galwaniczne zwarcie w miejscu przycisku. Stwierdził, że panel sterujący nie posiada wszystkich funkcji sterowanych za pomocą przycisków membranowych – widać na nim część funkcji sterowanych za pomocą przycisków mechanicznych w tym między innymi przełącznik mechaniczny do zmiany obrotów silnika.

Stwierdził, że panel sterujący nie posiada wyświetlacza informującego o stanie pracy maszyny, jak i jej parametrach eksploatacyjnych – panel sterujący maszyny posiada tylko wskaźniki analogowe.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 9 kwietnia 2018 r. powiadomił zamawiającego o swoich wątpliwościach (Dowód: pismo z dnia 09 kwietnia 2018 r.), a pomimo powyższego zamawiający uwzględnił ofertę LUXOR, choć wykonawca nie wykazał, iż wyprodukował i dostarczył już wcześniej maszynę o rozwiązaniach tożsamyh z rozwiązaniami opisanymi przez zamawiającego w treści SIWZ.

Stanął na stanowisku, że prototypem jest „pierwszy wykonany według dokumentacji

model maszyny lub urządzenia, stanowiący podstawę do dalszej produkcji” [internetowy słownik j. polskiego PWN (<http://sjp.pwn.pl>)], co oznacza, że zamawiający wykluczył z możliwości przedkładania oferty na maszynę, która jest prototypem.

W ocenie odwołującego nie powstał model produkowany seryjnie o parametrach technicznych opisanych w SIWZ, a maszyna, na którą powołuje się LUXOR, dostarczona do Zielonej Góry jest maszyną inną, niż opisana w SIWZ.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 29 maja 2018 r., dokumentów uczestników: Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (pismo z dnia 25 maja 2018 r.), Odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 28 maja 2018 r.), Pisma odwołującego z dnia 4 czerwca 2018 r., złożonych przez przystępującego na rozprawie, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty wykonawcy, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia – oferta odwołującego byłaby jedyną niepodlegającą odrzuceniu.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Luxor w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia – rozdział III „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 1 SIWZ – jest dostawa sprzętu z podziałem na zadania (części). Zgodnie z ppkt 1.1. w zadaniu 2

przedmiotem zamówienia jest sito mobilne bębnowe z bębniem z oczkiem 20x20mm wraz z dodatkowym bębniem z oczkiem 40x20mm, a także uruchomienie sprzętu, przeprowadzenie instruktażu. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Formularzu Asortymentowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ.

W rozdziale III „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ zamawiający zastrzegł, że *„wyklucza zastosowanie rozwiązań prototypowych w odniesieniu do przedmiotu niniejszego zamówienia – wszystkie oferowane i dostarczone urządzenia muszą pochodzić z produkcji seryjnej.”*

Zamawiający nie przewidział w SIWZ sposobu weryfikacji, czy zaoferowane sito mobilne bębnowe spełnia warunek z rozdziału III pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ.

Zamawiający przewidział natomiast – rozdział VI „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia oraz inne” lit. C), pkt 8, 8.1., 8.1.1 SIWZ – że w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej (z rozdziału V „Warunki udziału w postępowaniu” pkt 1 ppkt 1.2.3 lit a), na wezwanie zamawiającego, wykonawca, którego oferta zostanie oceniona najwyżej złoży wykaz dostaw według wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ – w wykazie można było ująć jedynie dostawy wykonane w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

W zadaniu nr 2 złożono dwie oferty:

1. przystępującego z ceną 516 600 zł, terminem realizacji 3 miesiące i okresem gwarancji 48 miesięcy,
2. odwołującego z ceną 1 227 540 zł, terminem realizacji 1 miesiąc i okresem gwarancji 24 miesiące.

Przystępujący zaoferował przesiewacz mobilny SOP-1845-2D.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2018 r., w dniu 17 kwietnia 2018 r. przystępujący złożył „Wykaz dostaw wykonanych”, w którym ujął dwie pozycje:

1. Dostawa sita mobilnego dla MZK Sp. z o.o. ze Stalowej Woli (08.2015),
2. Dostawa sita mobilnego dla Celowego Związku Gmin CZG12 Długoszyn z Sulęcina (10.2015).

Pismem z dnia 24 kwietnia 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, *„czy w ramach zamówień wykonanych w przedstawionych referencjach (...) Wykonawca dostarczył do wskazanych podmiotów urządzenia tożsame, takie same jak wymagane opisem przedmiotu zamówienia przez zamawiającego w SIWZ (Rozdział III SIWZ i Załącznik Nr 1 do SIWZ).”*

Odpowiadając na ww. wezwanie przystępujący, pismem z dnia 7 maja 2018 r., wskazał, że *„z treści SIWZ nie wynika, że urządzenie wykazane dla potwierdzenia spełnienia warunku zdolności technicznej Wykonawcy muszą być tożsame z maszyną będącą*

*przedmiotem oferty. W przypadku wykazanych w referencjach dostaw sit bębnowych mobilnych, do MZK w Stalowej Woli oraz CZG-12 w Długoszynie, zostały dostarczone przesiewacze wykonane na podwoziu z zawieszeniem pneumatycznym oraz bębniem o długości 5,0 m, a więc w tym zakresie różne od oferowanego. Oferowany przesiewacz SOP-1845-2D nie jest prototypem, gdyż maszyna tego typu (m.in. z zawieszeniem na resorach parabolicznych oraz systemem ABS) o wartości ponad 630.000 zł brutto, została dostarczona w kwietniu 2012 roku do Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Zielonej Górze. Dostawa ta nie została wymieniona w referencjach ponieważ została wykonana ponad 3 lata przed upływem terminu składania ofert.”*

Pismem z dnia 18 maja 2018 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, że w zakresie zadania nr 2 wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez przystępującego.

Odwołanie dotyczy zadania 2, w którym ofertę przystępującego wybrał, jako najkorzystniejszą, zamawiający.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Poza sporem był fakt, że zaoferowany przez przystępującego przesiewacz mobilny SOP-1845-2D to stanowiące przedmiot zamówienia sito mobilne bębnowe. Spornym było natomiast to, czy zaoferowany przez przystępującego przesiewacz spełnia wymóg wskazany przez zamawiającego w rozdziale III pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ.

Art. 25. ust. 1 ustawy Pzp brzmi: „*W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:*

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,*
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,*
- 3) brak podstaw wykluczenia*  
*– zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.”*

O ile zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przewidział, w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta zostanie oceniona najwyżej, obowiązek złożenia – w celu potwierdzenia tzw. warunku podmiotowego w zakresie zdolności technicznej – wykazu dostaw (z okresu ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert), o tyle nie przewidział złożenia przez wykonawcę żadnych dokumentów potwierdzających, że oferowana dostawa spełnia wymagania określone przez zamawiającego (tzw. warunki przedmiotowe) – nie przewidział sposobu weryfikacji w szczególności na podstawie dokumentów, czy zaoferowane sito mobilne bębnowe spełnia



warunek, o którym mowa w rozdziale III pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ.

Jak wynika z treści wezwania z dnia 24 kwietnia 2018 r. skierowanego przez zamawiającego do przystępującego oraz z rozprawy, zamawiający, pomimo, iż nie przewidział takiego sposobu weryfikacji w SIWZ, oceniał spełnianie warunku przedmiotowego z rozdziału III pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ w odniesieniu do zaoferowanego przez przystępującego przesiewacza na podstawie dokumentu, który przewidział jako podstawę weryfikacji warunku podmiotowego, tj. zdolności technicznej. Tak też czynność zamawiającego ocenił odwołujący, który w odwołaniu stwierdził: *„Tym samym Zamawiający zmierzał do ustalenia, czy maszyna oferowana przez w/w oferenta pochodzi z produkcji seryjnej, czy maszyna nie zawiera rozwiązań prototypowych”*.

Podnieść należy, że inny niż wskazany w SIWZ sposób oceny oferty wykonawcy, w szczególności co do spełniania warunku przedmiotowego jest niedopuszczalny i narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Tak jak wykonawcę na etapie składania oferty obowiązują żądania wyartykułowane w SIWZ w szczególności co do wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, tak na etapie badania i oceny ofert tylko na podstawie reguł (oświadczeń, dokumentów) wskazanych w SIWZ zamawiającemu wolno weryfikować zgodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ.

Innymi słowy, zamawiającemu nie wolno było weryfikować, czy zaoferowany przez przystępującego przesiewacz spełnia warunek przedmiotowy z rozdziału III pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ na podstawie wykazu dostaw, który wykonawca złożył, zgodnie z SIWZ, na potwierdzenia spełniania warunku podmiotowego, tj. zdolności technicznej.

Dostrzeżenia nadto wymaga, że eksponowane przez odwołującego różnice pomiędzy przesiewaczem dostarczonym w 2012 roku dla Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Zielonej Górze nie miały znaczenia także z tego względu, iż dostawa na rzecz tego podmiotu w ogóle nie była brana pod uwagę przez zamawiającego, przy cenie oferty przystępującego, ponieważ dotyczyła roku 2012, a więc była dostawą pochodzącą z okresu wcześniejszego niż okres 3 lat zakreślony przez zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący stał na stanowisku, że warunek z rozdziału III pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ należy rozumieć w ten sposób, iż maszyna jak zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musiała już uprzednio z tożsamymi rozwiązaniami i parametrami zostać dostarczona innemu odbiorcy (*„nie powstał model produkowany seryjnie o parametrach technicznych opisanych w SIWZ”* (str. 14 odwołania, akapit pierwszy).

W ocenie składu orzekającego Izby z treści ww. ppkt 3.2 SIWZ wcale nie wynika, iż musi chodzić o tożsamość przesiewacza. Dostrzeżenia bowiem wymaga, że zamawiający,

w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, posłużył się pojęciem „sprzęt” („*Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu z podziałem na części*”), natomiast formułując warunek posłużył się pojęciami: „*rozwiązania prototypowe*” oraz „*dostarczone urządzenia*”. Na marginesie wskazać należy, że odwołujący posługiwał się w odniesieniu do zaoferowanego przez przystępującego przesiewacza jeszcze innym pojęciem – „maszyna”.

Uwzględniając wskazane rozbieżności uzasadnionym jest wniosek, że w warunku 3.2 może równie dobrze chodzić o to, aby prototypowe nie były elementy składowe przesiewacza.

Niewątpliwie warunek nie został sformułowany w sposób jednoznaczny i przypisywanie mu wyłącznie znaczenie jak chce tego odwołujący nie znajduje potwierdzenia w brzmieniu tegoż warunku.

Wobec powyższego różnice, jakich dopatrył się odwołujący pomiędzy maszyną dostarczoną przez przystępującego dla innego odbiorcy – Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Zielonej Górze w kwietniu 2012 roku (przyjmując, że różnice te rzeczywiście występują) a maszyną zaoferowaną w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pozostają bez znaczenia w sytuacji, gdy odwołujący nie wykazał, że którykolwiek z elementów składowych zaoferowanej maszyny jest prototypowy (np. prototypowy układ hamulcowy, prototypowy silnik, prototypowy panel sterowania).

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że dotyczy ono zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu (str. 2 pkt 3), jednak zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy Pzp (abstrahując od tego, że art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp został uchylony) wskazał, że naruszenie to nastąpiło, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ (str. 3 pkt 3).

Na rozprawie odwołujący potwierdził, że „*nie postawił zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy LUXOR, wszystkie zarzuty dotyczą niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ.*” (str. 6 Protokołu, drugi akapit).

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ nie potwierdził się.

Zarzut bezzasadnego wyboru oferty wykonawcy Luxor w sytuacji, gdy treść oferty tego wykonawcy nie odpowiadała treści SWIZ, a tym samym brak równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz rzetelnej oceny składanych ofert, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 3 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że nie potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z SIWZ skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się nie potwierdził. Skoro bowiem oferta przystępującego nie podlega odrzucenia to mogła zostać wybrana przez zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący nie zaprezentował przy tym w odniesieniu do tego zarzutu żadnej odrębnej niż w odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego argumentacji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. a) 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:** .....