

WYROK

z dnia 2 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2019 r. przez wykonawcę Fabrykę Maszyn Pralniczych PRAMAZUT Sp. z o.o., ul. Lotnicza 60a, 26-001 Masłów w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu, ul. Prosta 32, 87-100 Toruń

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz w konsekwencji zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, jak i zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 13.09.2019 r., nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wykonawcy P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Profitrade P. B., ul. Klonowa 84, 05-240 Tłuszcz do uzupełnienia dokumentów wskazanych w dziale 6 podrozdziale 6.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” mających na celu potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wymaganego doświadczenia określonego w dziale 5.3 podrozdziale 5.3.2 SIWZ. Wezwanie winno być precyzyjne i określać ściśle treść wezwania, jego cel, czego dotyczy, tj. jakiego lub jakich dokumentów oraz jakich zagadnień, przywoływać konkretne postanowienia SIWZ, które uzupełniany dokument lub dokumenty mają potwierdzić i które dają podstawę do ich żądania. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu, ul. Prosta 32, 87-100 Toruń i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez Fabrykę Maszyn Pralniczych PRAMAZUT Sp. z o.o., ul. Lotnicza 60a, 26-001 Masłów

tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu, ul. Prosta 32, 87-100 Toruń na rzecz Fabryki Maszyn Pralniczych PRAMAZUT Sp. z o.o., ul. Lotnicza 60a, 26-001 Masłów kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 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 Toruniu.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1829/19

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawę Instalacji Pralniczej do Prania i Konserwacji Strażackiej Odzieży Specjalnej” Numer referencyjny: WT.2370.10.2019, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 586015 - N - 2019, data zamieszczenia 13.08.

2019 r., przez Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej, ul. Prosta 32, 87-100 Toruń zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 13.09.2019 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w Cz. A, B i C - P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Profitrade P. B., ul. Klonowa 84, 05-240 Tłuszcz zwany dalej: „Profitrade P. B.” albo „Profitrade”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - Fabryka Maszyn Pralniczych PRAMAZUT Sp. z o.o., ul. Lotnicza 60a, 26-001 Masłów zwanej dalej: „Fabryka Maszyn Pralniczych PRAMAZUT Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 18.09.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Fabryka Maszyn Pralniczych PRAMAZUT Sp. z o.o. wniosła odwołanie na w/w czynność z 13.09.2019 r. względem części A, B i C. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 18.09.2019 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa (zarzuty dotyczą wszystkich części zamówienia tj. A, B i C):

1. art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Profitrade P. B. podczas gdy wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez braku wykazania się doświadczeniem jakiego Zamawiający oczekiwał zgodnie z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”,
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dokonanie wyboru wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami ustawy,
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Profitrade P. B. oraz uznania jego oferty za odrzuconą, podczas gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez brak wykazania się doświadczeniem jakiego Zamawiający oczekiwał,

4. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy pomimo umyślnego lub co najmniej z rażącym niedbalstwem wprowadzenia w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (wymaganego doświadczenia),

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp po poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Profitrade P. B. z uwagi na fakt, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ewentualnie z ostrożności procesowej:

6. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Profitrade P. B. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia (wykazu usług i referencji),

7. art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Profitrade P. B. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów mających na celu wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Uwzględniając powyższe, Odwołująca wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. wykluczenia wykonawcy Profitrade P. B. z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu względnie:
4. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwanie wykonawcy Profitrade P. B. do uzupełnienia dokumentów mających na celu wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wymaganego doświadczenia)

Ponadto wnoszę o przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania przetargowego a w szczególności: ofert złożonych przez wszystkich uczestników postępowania, zestawień cenowych, dokumentów i oświadczeń złożonych przez Profitrade P. B. na wezwanie zamawiającego po czynności otwarcia ofert w piśmie z 02.09.2019 r. (omyłkowo wpisano datę 02.08.2019 r.), na okoliczność wykazania braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto wnosil o dopuszczenie dowodów przedkładanych bezpośrednio na rozprawie na poparcie okoliczności tam przytoczonych.

Zgodnie z SIWZ w Sekcji 5 (warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia) Dziale 5.3. Podrozdziale 5.3.2. Zamawiający w zakresie spełnienia warunku doświadczenia zastrzegł, że: „Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert , a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 dostawę na instalację pralniczą do prania i konserwacji odzieży specjalnej o wartości 70 00,00 zł każda”. Następnie zgodnie z SIWZ w Sekcji 5 (wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia) Dziale 6 Podrozdziale 6.1 Zamawiający zastrzegł: „W celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt. 5.3.2. SIWZ zamawiający żąda od wykonawcy wykazu dostaw wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert - co najmniej 1 dostawę na instalację pralniczą do prania i konserwacji strażackiej odzieży specjalnej o wartości 70 000, 00 zł każda (...). Nie ulega zatem wątpliwości, że wykonawca który staje do przetargu musi wykazać się doświadczeniem w zakresie instalacji pralniczej do prania i konserwacji strażackiej odzieży specjalnej. Oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie zostały jasno sprecyzowane w Opisie Przedmiotu Zamówienia - Zał. nr 1 do SIWZ. Wykonawca Profitrade nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia i nie daje on rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Wykonawca Profitrade w zał. nr 5 do SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia wykazał realizację usługi na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. gdzie przedmiotem zamówienia były urządzenia pralnicze do prania odzieży roboczej. Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. którą podpira się firma Profitrade nie jest w żaden sposób związana ze Strażą Pożarną. Jest to zupełnie inny rodzaj działalności. Specyfika i właściwości odzieży w tych jednostkach różnią się w sposób znaczny. Odzież robocza a strażacka odzież specjalna to dwa różne pojęcia stąd też wykonawca Profitrade nie sprostął wykazaniu się stawianym przez zamawiającego doświadczeniem. W ocenie Odwołującego wykonawca Profitrade świadomie i celowo wprowadził w błąd zamawiającego w tym zakresie. Pismem datowanym na dzień 02.08.2019 r. (w ocenie Odwołującego jest omyłka w dacie gdzie zapewne winno być 02.09.2019 r.) w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 26.08.2019 r., wykonawca załączył dodatkowe referencje datowane na dzień 30.08.2019 r. pochodzące od zupełnie innych podmiotów (nawiasem podmiotów prywatnych co budzi dodatkowe wątpliwości). Wskazać należy, że gdyby wykonawca Profitrade miał pewność i czyste

sumienie co do wcześniej złożonego wykazu to zapewne nie przysłałby kolejnych referencji. Nawiasem referencje te nie mają najmniejszego znaczenia ponieważ potwierdzają one jedynie należyte wykonanie opisanych w nich usług (referencje mają zresztą właśnie takich charakter). Wykonawca Profitrade nie złożył ponownego wykazu w zakresie usług objętych tymi referencjami. Zatem nie złożył on oświadczenia, że posiada odpowiednie doświadczenie w realizacji innych usług na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu tak jak wymagał tego zamawiający w zał. nr 5 SIWZ.

W ocenie Odwołującego takie chaotyczne wręcz zachowanie wykonawcy Profitrade jednoznacznie świadczy o tym, że próbuje on wykreować kolejne dokumenty na potrzeby tego właśnie przetargu. Zamawiający powinien powziąć jednak wątpliwości do tak przyjętej postawy wykonawcy Profitrade i chociażby wezwać do złożenia wyjaśnień w zakresie tych referencji jak i wcześniej złożonego wykazu usług który jak należałoby rozumieć został jednak przez zamawiającego zakwestionowany. Wykonawca Profitrade składając kolejne referencje i nie wyjaśniając powodów dla których postanowił je przedłożyć, jednoznacznie pokazuje, że wcześniej wykazana usługa nie spełnia stawianego warunku udziału w postępowaniu a on sam doskonale zdaje sobie z tego sprawę. Wykonawca nie podejmuje nawet próby obrony czy też wyjaśnienia tak wykazanej usługi. Wykonawca Profitrade składając ofertę złożył oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia składając jednocześnie wykaz dostaw (zał. nr 5) którego treść pozostaje w sprzeczności z tym oświadczeniem. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp: „wyklucza się z postępowania wykonawcę, który wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów”, zaś zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp: „wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia ”,

Wykonawca Profitrade świadomie lub co najmniej w sposób niedbały lub lekkomyślny dokonał wypełnienia dokumentacji przetargowej co mogło zamawiającego wprowadzić w błąd w zakresie spełnienia warunku doświadczenia, a w rezultacie mogło mieć istotny wpływ na podejmowane decyzje. Mogłoby bowiem okazać się, że zamawiający w dobrej wierze dokona wyboru oferty podmiotu który winien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na brak spełnienia warunków w postępowaniu. Z taką sytuacją mam właśnie do czynienia w niniejszej sprawie gdzie wykonawca świadomie wskazuje konkretną dostawę przy czym o zupełnie innym przedmiocie zamówienia niż w niniejszym przetargu publicznym. Wykonawca Profitrade doskonale zdawał sobie bowiem sprawę, że wykonana usługa na którą się powołuje nie obejmuje strażackiej odzieży specjalnej tylko roboczą, to niemniej złożył on świadomie oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu które nie jest zgodne z rzeczywistością.

Przywołał też wyrok KIO z 03.12.2018 r., sygn. akt: KIO 2372/18, gdzie Izba wskazała jednoznacznie: „Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Stwierdzenie niedbalstwa danej osoby jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 KC precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. W tym wypadku wykonawca powinien dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając prawną świadomość, jako profesjonalista, konsekwencji ich nierzetelnej prezentacji.” Przywołał także wyrok z 02.11.2018 r., sygn. akt: KIO 2061/18.

W świetle powyższych, wykonawca Profitrade winien zostać wykluczony z postępowania bez ewentualnego wzywania go w trybie art. 26 ust. 3 Pzp albowiem w przypadku zaistnienia podstawy wykluczenia wynikającego z treści art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, jakiegokolwiek uzupełnienie dokumentów (swoista konwalidacja złożonych wcześniej oświadczeń) jest niemożliwe. Tak m.in. wyrok KIO z 02.02.2018 r., sygn. akt: KIO 113/18.

Na marginesie z treści pisma Zamawiającego do Profitrade z 26.08.2019 r. wynika jednak, że w zakresie wykazania się doświadczeniem wykonawca był już wzywany właśnie

w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i temu wezwaniu nie sprostął. Wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp może zostać zastosowane tylko jeden raz w stosunku do tego samego wykonawcy w danym zakresie przedmiotowym (w tym przypadku doświadczenia).

Zgodnie z Zał. nr 1 do SIWZ - Opisem przedmiotu zamówienia., Zamawiający oczekuje m.in. odpowiedniej technologii prania strażackiej odzieży specjalnej. Zamawiający pismem z 26.08.2019 r. skierowanym do wykonawcy Profitrade zobowiązał do złożenia wyjaśnień czy wykonawca posiada gotową technologię prania i impregnacji odzieży strażackiej. W odpowiedzi z 02.08.2019 r. (omyłkowo data 02.08.2019 r.) wykonawca Profitrade wyjaśnił, że technologię prania i impregnacji posiada wspólnie z inną firmą Ecolab. Taka odpowiedź wymaga albo dalszych wyjaśnień albo też ich odrzucenia. Wykonawca Profitrade nie wyjaśnił na jakiej zasadzie korzysta z tej technologii z innym podmiotem gospodarczym. Nie wskazał jakie przysługują mu do tej technologii prawa. Wskazania wymaga, że wykonawca Profitrade składając ofertę nie wskazał po pierwsze, że zamierza korzystać z podwykonawcy lub zasobów podmiotu trzeciego. Ponadto o zamówienie ubiega się sam, a nie wspólnie z innym podmiotem. Wykonawca Profitrade nie wykazał zatem, że posiada oczekiwaną technologię prania i impregnacji. W efekcie uznać należy, że jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający w dniu 18.09.2019 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert w Cz. A, B i C, w wypadku potwierdzenia się zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- korespondencję mailową i uzyskaną w tym trybie odpowiedź od Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. odnośnie wykazanego pierwotnie doświadczenia przez Profitrade P. B. .

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie i odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie wskazanym poniżej.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Profitrade P. B. podczas gdy wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez braku wykazania się doświadczeniem jakiego Zamawiający oczekiwał zgodnie z SIWZ,

2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dokonanie wyboru wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami ustawy,
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Profitrade P. B. oraz uznania jego oferty za odrzuconą, podczas gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez brak wykazania się doświadczeniem jakiego Zamawiający oczekiwał,
4. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy pomimo umyślnego lub co najmniej z rażącym niedbalstwem wprowadzenia w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (wymaganego doświadczenia),
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp po poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Profitrade P. B. z uwagi na fakt, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ewentualnie z ostrożności procesowej;
6. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Profitrade P. B. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia (wykazu usług i referencji),
7. art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Profitrade P. B. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów mających na celu wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści

wniesionego odwołania i odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego zwłaszcza postanowień z działu 5.3 podrozdziału 5.3.2 oraz z działu 6 podrozdziału 6.1 SIWZ. Istotna jest treść oferty Profitrade P. B. (nie zaznaczono tam ani podwykonawstwa, ani korzystania z podmiotu trzeciego, czy też udziału konsorcjum) i załączonego do niej zał. nr 5 do SIWZ i referencji. Dodatkowo treść wezwania z 26.08.2019 r.: „Działając na podstawie art. 26 ust. 1 oraz 87 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą, Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu wzywa do przesłania wyjaśnień odnośnie oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu:

1. Proszę o dostarczenie załączonych do oferty ulotek w języku polskim.
2. Proszę o udzielenie odpowiedzi na następujące pytania odnośnie zaoferowanego przedmiotu zamówienia:
 - czy zaoferowana pralnica ma możliwość RĘCZNEGO ustawiana ilości załadowanych kilogramów;
 - czy zaoferowana pralka ma panel górny i przedni ze stali szlachetnej;
 - czy suszarka ma możliwość instalacji drzwi otwieranych w prawo lub lewą stronę, (proszę udokumentować);
 - proszę dostarczyć opis systemu dozowania, z którego wynika, że na programatorze można również wybierać-kilogramy;
 - proszę wyjaśnić, czy system dozowania jest przepłukiwany wodą;
 - czy posiadacie Państwo gotową technologię prania i IMPREGNACJI odzieży strażackiej, czym ją impregnujecie, jakim preparatem.
3. Proszę o udokumentowanie warunku doświadczenia zgodnie z zapisami SIWZ.” - oraz uzyskanej na wezwanie odpowiedzi zawierającej tak informacje dotyczące treści oferty, tj. zaoferowanego produktu i związanej z nim technologii oraz dwie nowe referencje. Zgodnie z tą odpowiedzią: „Odpowiadając na pytania dotyczące przetargu na dostawę maszyn

i technologii do prania:

1. Ulotki w jez. polskim wysłały.

2. Odpowiadając na pytania:

- pralnica ma możliwość ręcznego ustawiania ilości załadowanych kilogramów ~ wtedy maszyna dobiera automatycznie ilość wody i ilość płynów dozowanych pompami do wsadu. Załączamy procedurę graficzną krok po kroku jak to się wykonuje.
- pralka ma panele ze stali szlachetnej, ta niedroga opcja została uwzględniona w cenie
- suszarka ma możliwość instalacji drzwi prawo-lewo - każda suszarka ma taką możliwość (panel drzwiowy obracany o 180 stopni razem z drzwiami) - jest to bezpłatna opcja, kod producenta „RD (Reverse Door), Opposite door opening” - to order with dryer order (0,00€). Na dowód email od producenta.
- opis systemu dozowania: system dozowania posiada 6 pomp do automatycznego

dozowania płynnych środków chemicznych. Każdy sygnał chemiczny współpracuje z programatorem, aby dozować chemię do wielkości wsadu w bębnie. Wystarczy przez uruchomieniem programu na sterowniku programatora wybrać ilość kg w bębnie i system dozowania automatycznie proporcjonalnie zrealizuje dobór chemii do ilości załadowanych kg, bez konieczności dodatkowych systemów/naciśnień i utrudniania pracy personelowi pralni. W pełni automatycznie, kompatybilnie. Ponadto posiada dodatkowy manifold do transportu wodnego środka chemicznego dozowanego automatycznie pompami oraz lance ssące z czujnikami alarmu niskiego poziomu. Numer telefonu do naszego technologa: (...)

- technologię prania i impregnacji posiadamy wspólnie z firmą Ecolab, tak jak w jednostkach straży pożarnej na Mazowszu. Preparat Saprit Protect Pius. Kontakt do technologa, naszego opiekuna: (.).

3. Doświadczenie: dołączone referencje.”

Izba przywołuje dodatkowo stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu. Zgodnie z nim: „Przepis art. 87 ust. 1 Pzp pozwala Zamawiającemu na uzyskanie wyjaśnień, co do treści złożonych ofert. Przepis ten nie precyzuje sposobu ani formy pozyskiwania takich wyjaśnień. Z żadnego przepisu obowiązującego prawa nie wynika zakaz upewnienia się Zamawiającego co do prawidłowości odczytania złożonej oferty. Przepis art. 87 ust. 1 Pzp pozostawia uznaniu

Zamawiającego, zarówno skorzystanie z samej możliwości wyjaśnienia treści oferty, jak i określenia przedmiotu wyjaśnień, tj. zakresu oferty, która budzi wątpliwości i wymaga wyjaśnień. Przyjmując, że na treść oferty składa się nie tylko formularz ofertowy, ale również specyfikacja techniczna, stanowiąca załącznik nr 1 do oferty, Zamawiający ma pełne prawo uzyskiwać wyjaśnienia co do wysoce skomplikowanych rozwiązań technicznych (wyrok KIO 930/19, 1174/18). Pozyskanie odpowiedzi w tym zakresie nie doprowadziło do zmiany treści oferty w żadnym punkcie. Na podstawie uzyskanych od Wykonawcy wyjaśnień Zamawiający uznał zakwestionowaną ofertę za w pełni spełniającą jego wymagania, prawidłową i zgodną z SIWZ. Podniesiony w odwołaniu zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp jest nietrafny i nie znajduje potwierdzenia w aktach postępowania przetargowego. Zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający w oparciu o przepis art. 24 aa Pzp przewidział w części 8.6 tzw. procedurę odwróconą badania i oceny ofert tj. postanowił, że najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w SIWZ, a tym samym, że tylko wykonawca, którego oferta nie podlega odrzuceniu zostanie wezwany do złożenia dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odnosząc się szczegółowo co do zarzucanych w odwołaniu nieprawidłowości i niezgodności z SIWZ Zamawiający podnosi co następuje:

W dziale 5.3 Podrozdział 5.3.2 oraz Dział 6 Podrozdział 6.1 SIWZ Zamawiający żądał na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej od Wykonawcy wykazu dostaw wykonanych w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu - co najmniej 1 dostawy na instalację pralniczą do prania i konserwacji strażackiej odzieży specjalnej o wartości 70.000,00 zł każda. Zamawiający po zbadaniu oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 24 aa Pzp postanowił wyjaśnić złożoną ofertę P. B. zarówno w trybie art. 87 ust. 1, jak i na podstawie art. 26 Pzp i wezwał w dniu 26.08.2019 r. Wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnośnie złożonej oferty, a także w zakresie udokumentowania warunku doświadczenia. W wyznaczonym terminie P. B. pismem z 02.09.2019 r. (pomyłkowo datowanym na dzień 02.08.2019 r.) złożył stosowne dokumenty i wyjaśnienia, dostarczył ulotki w języku polskim, odpowiedział na zadane pytania i dostarczył dwie sztuki referencji na wykonane dostawy.

Załączone do pisma referencje od firmy Postęp z Ostrołęki oraz FHU G. z Goszczanowa potwierdzały dostawy pralnic - wirówek do prania ubrań specjalnych dla jednostek straży pożarnej, w tym ubrań typu Nomex oraz odzieży specjalnej trudnopalnej. Zamawiający zapoznał się z przesłanymi dokumentami i uznał, że zaoferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego i będą w stanie prać i konserwować ubrania specjalne strażackie w zakresie określonym w załączniku nr 1 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podkreśla, że złożona przez firmę Profitrade specyfikacja techniczna spełnia stawiane przez Zamawiającego minimalne wymagania, a Zamawiający chciał jedynie uzyskać bardziej precyzyjną informację. Zamawiający liczył na to, że zaoferowany przedmiot zamówienia usprawni działania ratownicze w zakresie przygotowania strażaków PSP i OSP do pracy w warunkach szkodliwych i niebezpiecznych. Tylko zaoferowanie przedmiotu umowy zgodnego z wymaganiami określonymi w SIWZ mogło takie przygotowanie zapewnić. Pozyskane w wyniku odpowiedzi na pytania zadane w piśmie z dnia 26.08.2019 r. informacje, nie zmieniły parametrów technicznych i nie spowodowały tym samym zmiany treści oferty. Zamawiający nie prowadził z Wykonawcą żadnych negocjacji.

Zakres pozyskanych odpowiedzi nie miał wpływu na wybór oferty, gdyż jedynymi kryteriami oceny ofert była cena i gwarancja, a pozostałe zagadnienia nie były przedmiotem oceny. Zarówno w toku badania, jak i oceny ofert Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert stosownie do art. 87 Pzp. Zamawiający z powyższego prawa może, ale nie musi skorzystać. W sytuacji jednakże, w której nie zwróci się o stosowne wyjaśnienia, w konsekwencji czego nieprawidłowo zinterpretuje treść oferty, może narazić się na wniesienie odwołania przez Wykonawcę. W wyroku z dnia 4 lipca 2003 roku (UZP/ZO/0-936/03) Zespół Arbitrów stwierdził, że „Zamawiający może, ale nie musi z tego uprawnienia skorzystać. (...) Jednakże (...) Zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...) jeżeli istnieją ku temu przesłanki”. Ponadto zgodnie z wyrokiem nr KIO 12/11 brak jest podstaw do uznania działania Zamawiającego polegającego na wystąpieniu do Wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o złożenie wyjaśnień, za prowadzenie negocjacji.

Ponieważ wraz z ofertą Wykonawca złożył wykaz zrealizowanych dostaw (wzór zgodny z załącznikiem nr 5 do SIWZ) oraz załączył protokół odbioru przedmiotu zamówienia z 2018 roku wystawiony przez JSW SA KWK „Borynia - Zofiówka - Jastrzębie” Ruch Borynia na dostawę 3 sztuk pralnic - wirówek na łączną kwotę 164.574,00 zł, Zamawiający skorzystał z uprawnienia płynącego z treści art. 26 i zażądał w piśmie z 26.08.2019 r. udokumentowania warunku doświadczenia zgodnie z zapisami SIWZ. Zamawiający chciał wyjaśnić, czy potwierdzona referencjami dostawa urządzeń pralniczych do prania odzieży roboczej jest tożsama z przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Zdaniem bowiem Zamawiającego pojęcie odzieży roboczej jest szerokie i mieści w sobie również pojęcie strażackiej odzieży specjalnej. Strażacka odzież specjalna jest z pewnością odzieżą roboczą służącą do wykonywania czynności służbowych strażaków. Należy nadmienić, że odzież taka może być wykorzystywana nie tylko w jednostkach Państwowej Straży Pożarnej, ale również w ochotniczych strażach pożarnych i zakładowych strażach pożarnych np.

kopalniach. W wyniku zapytania Zamawiającego P. B. złożył nowe dokumenty w postaci ww. dwóch referencji, z których treści w sposób jasny i niebudzący wątpliwości wynikało, że spełniał warunki przed upływem terminu składania ofert i zmienił jedynie sposób potwierdzenia ich spełnienia (wykazał inną dostawę niż pierwotnie). W tej sytuacji Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania tej czynności. Zgodnie z art. 26 Pzp Zamawiający uznał nowy wykaz dostaw złożony przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie jak wyżej. Zamawiający uznał, że Wykonawca działał w dobrej wierze i nie miał zamiaru świadomie i celowo wprowadzić Zamawiającego w błąd. Nie dopatrzył się również zarzucanego mu w odwołaniu „zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa”. Za zupełnie chybione należy uznać zarzuty odwołania, iż złożone referencje powinny być odrzucone ze względu na fakt wystawienia ich przez „podmioty prywatne”. Ograniczenie kręgu odbiorców tylko do podmiotów publicznych, których referencje należałoby uznać za wiarygodne, stanowiłoby naruszenie zasady społecznej gospodarki rynkowej, o której mowa w art. 20 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Przepis ten stanowi, iż społeczna gospodarka rynkowa oparta jest na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych.

Podniesiona w odwołaniu kolejna kwestia korzystania przez Profitrade z technologii prania i impregnacji wspólnie z firmą Ecolab nie stanowi „korzystania z technologii z innym podmiotem gospodarczym” i nie jest „korzystaniem z podwykonawcy lub zasobów podmiotu trzeciego”. Ecolab to znany na polskim rynku dostawca preparatów do prania i konserwacji ubrań. Wykonawca wskazał w swoich wyjaśnieniach korzystanie z konkretnego produktu tej marki, a nie z zasobów podmiotu trzeciego. Zaoferowany preparat do impregnacji stosowany do prania końcowego jest używany w jednostkach straży pożarnej, jako ogólnie dostępny w ofercie sklepów internetowych i może być stosowany do pralek różnych firm. Jest to jeden z wielu dostępnych na polskim rynku preparatów. Takie korzystanie przez Wykonawcę

z dostępnych środków nie jest traktowane zdaniem Zamawiającego jako podwykonawstwo i nie wymaga wskazania w pkt. 10 formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, Ecolab jako podwykonawcy. Na koniec pragnę podkreślić, że do zadań Państwowej Straży Pożarnej, jako zawodowej, umundurowanej i wyposażonej w specjalistyczny sprzęt formacji, należy przede wszystkim walka z pożarami, klęskami żywiołowymi oraz miejscowymi zagrożeniami. Realizacja zadań PSP odbywa się przede wszystkim poprzez wykonywanie specjalistycznych czynności ratowniczych za pomocą sprzętu i środków, do których należy również umundurowanie, w tym odzież specjalna. Pozyskiwanie tych środków do osiągnięcia wymaganych zdolności operacyjnych PSP odbywa się w trybie ustawy o Pzp w oparciu o środki z budżetu państwa. Zamawiający reprezentujący Skarb Państwa stoi na straży wydatkowania środków publicznych w sposób celowy i oszczędny zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 869 ze zmianami). Mając to na uwadze, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniej pod względem ceny, spełniającej wszystkie warunki określone w SIWZ. Takie działanie Zamawiającego trudno uznać za niedbałe. Trudno też mówić o braku zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skoro w przedmiotowym postępowaniu złożono 5 ofert. W tym stanie rzeczy, nawet o ile przyjąć, że Zamawiający dopuścił się uchybień proceduralnych, to nie miały one istotnego wpływu na wynik postępowania i z tych względów odwołanie winno ulec oddaleniu.”.

Podczas rozprawy Zamawiający dodatkowo podnosił, że samo wezwanie z 26.08.2019 r. było, po pierwsze z ostrożności, po drugie celem uzyskania bardziej precyzyjnej informacji, po trzecie z uwagi na korespondencję, jaką Odwołujący złożył Zamawiającemu na etapie postępowania przetargowego przed wyborem oferty najkorzystniejszej. W ramach tej korespondencji Odwołujący wnosil o wykluczenie i odrzucenie oferty konkurencyjnej.

Nadto, na pytanie przewodniczącego, w jaki sposób Zamawiającemu należało wykazać oferowany przedmiot zamówienia, Zamawiający oświadczył, że w tym zakresie nie było jakiegos obligatoryjnego wymogu i każdy z wykonawców mógł przedstawić oferowany przedmiot zamówienia w sposób indywidualny. W ramach oferty załączono kartę gwarancyjną oferowanej instalacji pralniczej, kopie karty katalogowej firmy ECOLAB® dla środka Finale specjal - płynnego środka neutralizującego stosowanego w procesie płukania tkanin, Ozonit® - środka do dezynfekcji i wybielania bielizny, Saprit® protect plus specjalnego środka impregnującego stosowanego w praniu końcowym, Turbo break - wzmacniacz alkaliczności kąpeli piorącej stosowany w ramach systemu turbo, Turbo plus - płynny koncentrat piorący stosowany w ramach systemu turbo, dwie ulotki w j. angielskim Pralnice-wirówki oraz suszarki, jaki OPZ, tj. zał. nr 1 do SIWZ. Zgodnie zaś, z tym załącznikiem:

„OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (jednakowy dla każdej części zamówienia)

Przedmiot zamówienia dla 1 zestawu:

Zestaw: pralnice-wirówka, suszarka oraz system dozowania środków piorących o jednorazowym załadunku pozwalającym wyprać i wysuszyć min. 4 komplety specjalnych ubrań strażackich. Pojemność zestawu min. 17 kg. wraz z opracowaniem technologii prania i impregnacji strażackiego umundurowania specjalnego.

Parametry urządzeń:

Pralka

- wolnostojąca, niewymagająca kotwiczenia do podłoża,
- Załadunek: min. 17 kg,
- Obroty wirowania: minimum 900 obr./min.
- Zawór odpływowy minimum 70 mm
 - Podgrzew elektryczny
 - Moc podgrzewu elektrycznego max. 12 kW,
 - Automatyczne otwarcie drzwi, w przypadku zaniku napięcia elektrycznego,
- Urządzenie wyposażone w fabryczne programowanie do przygotowania odzieży specjalnej,
- Możliwość zaprogramowania następujących programów:
 - Ubrania typu Nomex temp. prania 40 °C bez impregnacji,

- Ubrania typu Nomex temp. prania 60 °C bez impregnacji,
- Ubrania typu Nomex temp. prania 40 °C z impregnacją,
- Ubrania typu Nomex temp. prania 70 °C z impregnacją,
- Pranie z dezynfekcją bez impregnacji,
- Pranie z dezynfekcją z impregnacją

- Pranie pościeli, koców, poduszek i kolder, butów, rękawic, masek wkłady filtrów do oddychania

- Panele, górny i przedni ze stali nierdzewnej

- Możliwość ręcznego ustawienia ilości załadowanych kilogramów do pralnicy tak, aby pobór wody i środków piorących był dokładnie przeliczony do załadowanych kilogramów
- Poziom hałasu maksymalnie 72 dB

- Minimalna średnica otworu załadunkowego - 450 mm

- Wymiary urządzenia, jako maksymalne:

Wys. x Szer. x Gł. = 1455mm x 980 mm x 947 mm

- Waga netto urządzenia max. - 390 kg
- Suszarka

- Załadunek min. 17 kg,

- Podgrzew elektryczny,

- Moc podgrzewu elektrycznego min. 18 kW max 24 kW,

- Poziom hałasu maksymalnie 72 dB,

- Minimalna średnica otworu załadunkowego - 570 mm

- Możliwość zainstalowania drzwi załadunkowych otwieranych na prawo lub lewo

- Minimum trzy zakresy temperatur suszenia

- Możliwość swobodnego programowania czasu suszenia i chłodzenia

- Wymiary urządzenia, jako maksymalne:

Wys. x Szer. x Gł. = 1800mm x 900mm x 1210 mm

- Waga netto urządzenia max. - 250 kg

System dozowania

- Możliwość podłączenia minimum 6 środków piorących:

- Detergent

- Wzmacniacz alkaliczności

- Środek dezynfekcyjny

- Rozpuszczalnik olejów i związków ropopochodnych

- Środek zmiękczająco-neutralizujący

- Środek impregnujący

- Urządzenie wyposażone w fabryczne programowanie do przygotowania odzieży specjalnej,

- System dozowania przepłukiwany wodą,
- Sygnalizacja o braku produktu, gdy produkt się skończył,
- Możliwość wyboru załadowanych kilogramów na programatorze tak, aby ilość dozowanej chemii była adekwatna do załadunku pralnicy,
- Możliwość wyboru minimum 15 programów dozowania,

Technologia orania

- Produkty skutecznie usuwające zabrudzenia typu: smary, oleje, krew, trawa, błoto
- Produkt dezynfekcyjny posiadający aktualny wpis Ministra Zdrowia do rejestru wyrobów biobójczych
- Produkt hydrofobowy skutecznie impregnujący odzież typu NOMEX®, zabezpieczający przed wnikaniem cieczy w strukturę tkaniny
- Produkty do prania asortymentu wymienionego w specyfikacji pralnicy

Informacje ogólne

Wykonawca winien potwierdzić i udokumentować, że jest autoryzowanym przedstawicielem producenta i przestawić gwarancję fabryczną na urządzenia.

W okresie gwarancji serwis bezpłatny.

W cenie jednego zestawu urządzeń należy uwzględnić koszt środków chemicznych dla 100 cykli w programie prania „Nomex” 60 °C w pełnym procesie (pranie, dezynfekcja, impregnacja).”. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu trzeciego, szóstego i siódmego, Izba z uwagi na ich charakter oraz wzajemne powiązanie odniesie się do nich łącznie. Uznając, że nie można uwzględnić zarzutu trzeciego, tj. wykluczyć Profitrade P. B. z postępowania i uznać jego ofertę za odrzuconą bez wyczerpania trybu z art. 26 ust. 3 Pzp. Nakazując w rezultacie wezwanie w tym trybie zgodnie z sentencją. W konsekwencji oddalając zarzut trzeci i

uwzględniając zarzut szósty. Zarzut siódmy także podlega oddaleniu.

Wymaga podkreślenia, że treść wymogu z działu 5.3 podrozdziału 5.3.2 oraz z działu 6 podrozdziału 6.1 SIWZ dotyczyło konieczności wykazania się co najmniej 1 dostawą na instalację pralniczą do prania i konserwacji strażackiej odzieży specjalnej o wartości 70 tys. każda. Należy uznać, że wykazana pierwotnie dostawa w wykazie (zał. nr 5 do SIWZ) mimo, że dotyczyła odzieży roboczej, a taka jest także odzież strażacka de facto takiej odzieży jednak nie dotyczyła. Kwestia tego rodzaju, że wykazane, dostarczone urządzenie (instalacja pralnicza) na rzecz odbiorcy, tj. Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. może służyć także do prania mundurów typu NOMEX® jest istotna, ale w ocenie Izby w kontekście zarzutu czwartego, tzn. art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 Pzp. Izba bowiem, stoi na stanowisku, że z charakteru odbiorcy wynika, że nie mamy do czynienia z urządzeniem (instalacją pralniczą) z przeznaczeniem docelowym w zakresie strażackiej odzieży specjalnej. Dowód złożony w tym zakresie przez Odwołującego na rozprawie, mimo że wcale nie świadczy jednoznacznie na korzyść strony, która go złożyła, mógłby być podstawą do ewentualnych dalszych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Jednakże, wobec stwierdzenia Zamawiającego z rozprawy, że mimo, iż oferowane urządzenie (instalacja pralnicza) jest tym samym co dostarczona na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., to istotna jest inna technologia prania, dalsze dopytywanie jest zbędne, skoro Zamawiający jest świadom docelowego przeznaczenia wykazanej instalacji pralniczej.

Izba bowiem uznała, że konieczne jest wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jak w sentencji. Wezwanie winno być precyzyjne i określać ściśle treść wezwania, jego cel, czego dotyczy, tj. jakiego lub jakich dokumentów oraz jakich zagadnień, przywoływać konkretne postanowienia SIWZ, które uzupełniany dokument lub dokumenty mają potwierdzić i które dają podstawę do ich żądania. W ramach uzupełnienia Profitrade P. B. może złożyć referencje które złożył w wyniku błędnego wezwania ale z wykazem dostaw (bo

wcześniejsze wezwanie uznaje się za niebyłe i nie wywołujące skutków prawnych) lub zupełnie nowe które odpowiadają wymogowi z działu 5.3 podrozdziału 5.3.2 oraz z działu 6 podrozdziału 6.1 SIWZ także z adekwatnym wykazem dostaw. Izba przypomina, że w każdej z tych sytuacji należy złożyć wykaz dostaw wraz dokumentami je potwierdzającymi, np. referencjami. Izba także potwierdza, że można wykazać się dostawami na rzecz podmiotów prywatnych jeśli takie dostawy odpowiadają wymogowi z działu 5.3 podrozdziału 5.3.2 oraz z działu 6 podrozdziału 6.1 SIWZ.

Przy tym, w ocenie Izby, kwestia tego rodzaju, że Profitrade P. B. samodzielnie złożył zał. nr 5 do SIWZ, czyli wykaz dostaw i referencję wraz z ofertą, a nie dopiero na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 Pzp (z uwagi na postępowanie podprogowe, w unijnych art. 26 ust. 1 Pzp) i jaki charakter miało wezwanie z 26.08.2019 r. są kwestiami dodatkowymi które nie mają tak istotnego znaczenia w przedmiotowym stanie faktycznym. Izba bowiem stwierdziła, że jeśli uznać, że wezwanie było w trybie art. 26 ust. 2 Pzp (na marginesie Zamawiający przewidział procedurę odwróconą z art. 24aa Pzp), to nie wyczerpano wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (podobnie w wyroku KIO z 16.07.2019 r., sygn. akt: KIO 1249/19: „Izba oddaliła także zarzut naruszenia art. 24 aa w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp

polegający na "podwójnym" wezwaniu wykonawcy do złożenia dokumentów. W dniu 4.06.2019r. Zamawiający wezwał A... w trybie art. 26 ust. 1 i ust. 2 Pzp do złożenia dokumentów m.in. potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, kolejne wezwanie było wystosowane na innej podstawie prawnej tj. art. 26 ust.3 Pzp i art. 87 ust.1 Pzp. Okoliczność samodzielnego złożenia przez

wykonawcę wraz z ofertą rysunków nie wyłącza obowiązku zastosowania art. 26 ust. 1 Pzp, zgodnie z procedurą, przewidzianą w przedmiotowym postępowaniu."), a jeśli było to wezwanie w trybie de facto art. 26 ust. 3 Pzp (mimo wskazania innej podstawy prawnej) to było ono nieprecyzyjne i lakoniczne, a nawet „zagadkowe” („3.Proszę o udokumentowanie warunku doświadczenia zgodnie z zapisami SIWZ”) i musi zostać uznane za niebyłe.

W tym ostatnim wypadku podobnie w wyroku KIO 26.05.2015 r., sygn. akt: KIO 983/15: „Izba stoi na stanowisku, że z uwagi na wadliwość pierwotnego wezwania z 23.04.2015 r., które miało charakter sugerujący i wprowadzający w błąd, konieczne jest powtórzenie czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W takiej sytuacji nie będzie bowiem mowy o kolejnym wezwaniu (nie będzie miało miejsca naruszenie art. 26 ust.3

zdanie 1 Pzp - jak błędnie sugeruje Odwołujący), ale powtórzeniu wezwania z uwagi na wadliwy charakter pierwotnego wezwania z 23.04.2015 r., które Izba uznaje za "niebyłe".

Z tej przyczyny, konieczne jest wezwanie w trybie art. 26 ust.3 Pzp zgodnie z treścią sentencji celem potwierdzenia wykazania woli wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wszystkich członków konsorcjum na termin składania wniosków”. Tak też w wyroku KIO z 10.10.2017 r., sygn. akt: KIO 2003/17: „Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w części II zamówienia i skierowanie do odwołującego prawidłowego wezwania do uzupełniania oświadczeń i dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w części II zamówienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wobec tego, że poprzednie wezwanie nie było dość precyzyjne, kolejne wezwanie nie będzie naruszało zasady jednokrotnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wobec powyższego odwołanie podlegało w omawianym zakresie uwzględnieniu.”.

Jednocześnie w zakresie kwestii samouzupełnienia Izba przytacza aktualne stanowisko orzecznictwa w aktualnym stanie prawnym za wyrokiem KIO z 10.05.2018 r., sygn. akt: KIO 781/18: „Nie można również zgodzić się z argumentem odwołującego, w myśl którego dokonane przez przystępującego w dniu 13 grudnia 2017 r. samouzupełnienie wykazu osób z dodatkowymi 34-ma osobami powoduje niemożność wezwania go do uzupełnienia tego wykazu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, 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. Po pierwsze, należy zatem zauważyć, że Ustawodawca użył - dla sytuacji, gdy oświadczenia lub dokumenty dotknięte są wymienionymi w przepisie wadami - sformułowania "wzywa", co oznacza, że zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia. Po drugie, z obowiązku wezwania, zgodnie z ww. KIO 781/18 16 przepisem, zwalnia zamawiającego jedynie sytuacja, w której oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Ustawodawca

nie wymienił innych, poza dwoma wyżej wymienionymi, sytuacji, w których zamawiający mógłby odstąpić od obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, w szczególności nie wymienił wśród tych sytuacji okoliczności samouzupełnienia dokumentu przez wykonawcę. Tym samym samodzielne uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę, jeżeli są one dotknięte wadami, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku skierowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie nie można uznać, że takie wezwanie, po wcześniejszym samouzupełnieniu dokumentu przez wykonawcę, prowadzi do - niedopuszczalnego w świetle jednolitego orzecznictwa - dwukrotnego wzywania. Należy bowiem zauważyć, że wykonawca jest wzywany do uzupełnienia dokumentu w określonym zakresie tylko raz i tylko raz może go uzupełnić po uprzednim uzyskaniu od zamawiającego informacji, jakie ten stwierdził wady bądź braki. Dodać bowiem należy, że w świetle art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, samouzupełnienie dokumentów nie pozbawia wykonawcy prawa bycia poinformowanym, podobnie jak inni wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, jakimi konkretnie wadami dotknięte są złożone przez niego dokumenty lub jakich dokumentów on nie złożył oraz jakie dokumenty lub informacje musi w związku z tym uzupełnić. Wobec powyższego, jeżeli wykonawca uzupełnił dokument z własnej inicjatywy, bez uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a dokument ten jest dotknięty określonymi w tym przepisie wadami, zamawiającymi jest zobligowany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia takiego dokumentu na podstawie ww. przepisu. W rezultacie w wypadku samouzupełnienia dokumentów przez Wykonawcę Zamawiający winien dokonać oceny samouzupełnionych dokumentów i jeśli są nieprawidłowe - wezwać Wykonawcę do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a jeśli są prawidłowe - odstąpić od wzywania do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego, Izba uznała niniejszy zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym zakresie, Izba uznała, że mamy co najwyżej do czynienia z niewykazaniem spełnienia warunku udziału poprzez pierwotny wykaz i załączoną referencję do oferty przez Profitrade P. B., a nie wprowadzeniem w błąd Zamawiającego, czy to w trybie art. 24 ust.1 pkt 16 Pzp, czy też w trybie art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp. Jak bowiem wynika, z dowodu złożonego przez Odwołującego na rozprawie, odnośnie wykazanej dostawy, ówczesne zamówienie dla Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A.: „nie precyzowało do jakich dokładnie, ubrań, czy innych tkanin pralnica ma mieć zastosowanie”. Nadto, wykazane urządzenie (instalacja pralnicza) może także służyć do prania strażackiej odzieży specjalnej. Z tych też względów generalnie wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp było dopuszczalne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu piątego, Izba uznała niniejszy zarzut za podlegający oddaleniu.

W ocenie Izby, uzyskane wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z 26.08.2019 r. są wyczerpujące, zaś sugestie Odwołującego z odwołania i rozprawy, co do faktycznego korzystania z podwykonawstwa przez Profitrade P. B. są jedynie przyjętymi założeniami Odwołującego na potrzeby postępowania odwoławczego. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał swojej argumentacji dowodami. Nie odniósł się także do stanowiska w tym zakresie przedstawionego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie. Izba także uznała, że stanowisko Zamawiającego przeczy w sposób wiarygodny argumentacji Odwołującego. Uznając za własne argumentacje Zamawiającego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, co słusznie zauważył uczestnik w odpowiedzi na skargę.”) zgodnie z którą: „Podniesiona w odwołaniu (...) kwestia korzystania przez Profitrade z technologii prania i impregnacji wspólnie z firmą Ecolab nie stanowi „korzystania z technologii z innym podmiotem gospodarczym” i nie jest „korzystaniem z podwykonawcy lub zasobów podmiotu trzeciego”. Ecolab to znany na polskim rynku dostawca preparatów do prania i konserwacji ubrań. Wykonawca wskazał w swoich wyjaśnieniach korzystanie z konkretnego produktu tej marki, a nie z zasobów podmiotu trzeciego. Zaoferowany preparat do impregnacji stosowany do prania końcowego jest używany w jednostkach straży pożarnej, jako ogólnie dostępny w ofercie sklepów internetowych i może być stosowany do pralek różnych firm. Jest to jeden z wielu dostępnych na polskim rynku preparatów. Takie korzystanie przez Wykonawcę z dostępnych środków nie jest traktowane zdaniem Zamawiającego jako podwykonawstwo i nie wymaga wskazania w pkt. 10 formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, Ecolab jako podwykonawcy. (...)”. Izba także podnosi, że załączone do oferty karty katalogowej firmy ECOLAB® dla środka Finale specjal - płynnego środka neutralizującego stosowanego w procesie płukania tkanin, Ozonit® - środka do dezynfekcji i wybielania bielizny, Saprit® protect plus specjalnego środka impregnującego stosowanego w praniu końcowym także to stanowisko potwierdzają, jak i uzyskane wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z 26.08.2019 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Z uwagi na uwzględnienie zarzutu szóstego, Izba jako konsekwencje uwzględniała także zarzut pierwszy oraz drugi.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Jednocześnie w zakresie kosztów, Izba dodatkowo względem tego co przedstawiono poniżej podkreśla, że mimo uwzględnienia trzech z siedmiu zarzutu, mają one charakter kluczowy dla czynności z 13.09.2019 r. i skutkują one unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 13.09.2019 r.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący: