Sygn. akt: KIO 2487/20

WYROK
z dnia 26 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2020 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 30 września 2020 roku
przez wykonawcę A. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. B. APLY z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Miejską Bartoszyce

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie.
Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. czynności z dnia 25 września 2020 roku dokonanej w postepowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa wyposażenia".
Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy A. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. B. APLY z siedzibą w Warszawie oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy.
Nakazuje Zamawiającemu wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwanie wykonawcy A. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. B. APLY z siedzibą w Warszawie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania nie złożonych
w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 28 sierpnia 2020 roku.
W pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.
2.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Miejską Bartoszyce i:
2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. B. APLY z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
2.2zasądza od Zamawiającego Gminy Miejskiej Bartoszyce na rzecz wykonawcy A. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. B. APLY z siedzibą w Warszawie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 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 Olsztynie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2487/20

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Gmina Miejska Bartoszyce– prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Dostawa wyposażenia.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 sierpnia 2020 roku pod numerem 574256-N-2020.

30 września 2020 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1
w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z ustawą czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego,
2)art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy przez wskazanie błędnej podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez nieprawidłowe stosowanie ww. przepisu ustawy;
3)art. 24 ust 1 pkt 12 oraz 24 ust. 4 ustawy przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania oraz bezpodstawne odrzucenie złożonej przez niego oferty, mimo że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu;
4)art. 91 ust 1 ustawy przez nieuzasadniony i bezpodstawny wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę W&W Design K. K. ul. Pokoju 8A/7 40-859 Katowice;
5)art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania polegające na niewezwaniu odwołującego do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu;
6)art. 96 ust. 2 oraz art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania polegające na nie udostępnienie Protokołu z postępowania wraz z załącznikami, pomimo sformułowanego przez Odwołującego w dniu 27.09.2020 żądania ich udostępnienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (-) unieważnienia czynności badania i oceny ofert, (-) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, (-) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, (-) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu oraz innych kosztów, zgodnie z rachunkami, które zostaną przedstawione na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ
w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego
w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i potwierdzenia się zarzutów Odwołania, oferta złożona przez Odwołującego nie zostałaby odrzucona a Odwołujący miałby szanse na uzyskanie zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę nie ulega wątpliwości, że wskutek niezgodnych z przepisami ustawy działań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący podał, że w dniu 25 września 2020 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego drogą elektroniczną

„ZAWIADOMIENIE O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY". W piśmie tym Zamawiający poinformo odrzucenia oferty wykonawcy. Czynność
ta została jednak podjęta z naruszeniem przepisów ustawy mającym istotny wpływ na wynik postępowania. Podjęte przez Zamawiającego w dniu 25 września 2020 r. czynności
i zaniechania stanowią istotne naruszenie przepisów ustawy, mające wpływ na wynik postępowania.
Zamawiający poinformował, że działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt. 1 ustawy wybrano do realizacji zamówienia najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę: W&W Design K. K. ul. Pokoju 8A/7 40-859 Katowice. Jednocześnie poinformował że została odrzucona oferta Odwołującego, podając jako podstawę art. 26 ust 3 ustawy Pzp i informując iż Wykonawca na wezwanie wysłane w dniu 28.08 2020 nie uzupełnił dokumentów wymienionych w pkt VI12 i VII4. W wezwaniu, które datowane jest na dzień 28.08.2020 Zamawiający wymagał jednak uzupełnienia dokumentów na mocy art. 26 ust. 2 ustawy, a nie jak wskazuje Zamawiający na mocy art. 26 ust 3 ustawy. Tym samym Zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy przez wskazanie błędnej podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego.
Zamawiający w ocenie Odwołującego naruszył również art 24 ust. 1 pkt 12, ponieważ przedwcześnie wykluczył odwołującego z postępowania oraz art. 26 ust. 3 ustawy, ponieważ nie zastosował go w przedmiotowej sprawie w stosunku do Odwołującego do czego był zobowiązany. Odwołujący odwołał się do orzeczeń: wyrok sygn. akt. KIO 1848/18, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt XXIII Ga 302/19. Za orzeczeniem Izby Odwołujący podał, że czynność wykluczenia na podstawie art 24 ust. 1 pkt 12 ustawy wymaga wcześniejszego zastosowania przez Zamawiającego procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy.
Zamawiający naruszył również, art. 96 ust. 2 oraz art. 96 ust. 3 przez zaniechanie jego zastosowania polegające na nie udostępnieniu Protokołu z postępowania wraz z załącznikami, pomimo sformułowanego przez Odwołującego w dniu 27.09.2020 żądania ich udostępnienia. Jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych jest zasada jawności Jednym z przejawów wskazanej zasady jest jawność protokołu z postępowania o zamówienie publiczne oraz złożonych ofert. Zamawiający me może ograniczać wykonawcom prawa do zapoznania się z konkurencyjnymi ofertami. Uwzględniając jednak formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przejawem są między innymi zawite terminy np. na wynoszenie protestów oraz odwołań, zamawiający powinien po otrzymaniu wniosku bezzwłocznie udostępniać zainteresowanym wykonawcom dokumentację postępowania o zamówienie publiczne oraz złożone oferty.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń
i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi
art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 września 2020 roku oraz została przekazana
w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły
na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy– *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony*
i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody
do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada
na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.
Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; e*i incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.
Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego
to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert
i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak

więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…)*

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej,
w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku *w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.
Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

VI.

Izba ustaliła:

Izba ustaliła, że w dniu 25 września 2020 roku Zamawiający przekazał *Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty,* podając w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego: *Odrzucone oferty: nr 3 APLY A. B. (…) wykonawca na wezwanie wysłane w dniu 28.08.2020 nie uzupełnił dokumentów wymienionych w pkt VII2 i VII4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp)*

Izba ustaliła, że w dniu czynności 28 sierpnia 2020 roku, za pismem z tej samej daty Zamawiający wezwał Odwołującego: *Na mocy art. 26 ust. 2 ustawy (…) w związku*
z dokonaną wstępną oceną ofert wzywamy do złożenia w wyznaczonym terminie, aktualnych na dzień złożenia, wymienionych w pkt VII2 VII4 siwz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających:

1)spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
2)spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
3)brak podstaw wykluczenia.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w Rozdziale V – Warunki udziału w postępowaniu w punkcie 5 Zamawiający podał, że *(…) dokona oceny ofert,*
a następnie zbada, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.
W Rozdziale VII SIWZ zawarł Zamawiający *wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.* Zgodnie z punktem 6 tego rozdziału – *dokumenty i oświadczenia wymienione w pkt VII.2 i VII. 4, nie są dołączane do oferty.*

W zakresie zarzutów odwołania Izba zważyła:

W zakresie zarzutów naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy przez wskazanie błędnej podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego oraz art. 90 ust. 3 ustawy przez nieprawidłowe stosowanie ww. przepisu ustawy – Izba uznała zarzut za zasadny w części.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona
i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom
w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację – podając uzasadnienie faktyczne
i prawne.
Ustawodawca w art. 92 ustawy ukształtował obowiązek Zamawiającego do niezwłocznego poinformowania wykonawców o podaniu wszystkich niezbędnych informacji dotyczących wszystkich czynności jakie zamawiający podjął w postępowaniu, które stanowią odzwierciedlenie wszystkich okoliczności jakie legły u podstaw podjętych przez Zamawiającego czynności. Oznacza to, że w okolicznościach, w których w ocenie Zamawiającego zaistniały określone podstawy do dokonania czynności w określonych sposób Zamawiający obowiązany jest do podania wykonawcy uzasadnienia faktycznego
i prawnego podjętej czynności. Dopiero bowiem uzasadnienie, wykazanie okoliczności faktycznych i prawnych umożliwia zrozumienie czynności Zamawiającego uwidocznionej
np. w postaci przyznania określonej liczby punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. Natomiast bez wskazania uzasadnienia w szczególności faktycznego brak jest możliwości zdekodowania tego co legło u podstaw działania Zamawiającego. Izba wyjaśnia, że zasadność czynności Zamawiającego podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Przywołany na wstępie przepis, stanowiący realizację zasad postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak przejrzystość postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy) oraz jawność postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy) nakłada na Zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dany wykonawca uzyskał
w postępowaniu określoną ilość punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat oceny jego oferty.
Odwołujący wskazał na naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 jako niewłaściwie zastosowanego
z uwagi na podanie błędnej postawy odrzucenia oferty Odwołującego. Izba wskazuje,
że faktycznie Zamawiający w ogóle nie podał podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, bowiem takie podstawy wskazane są w art. 89 ust. 1 ustawy lub w wyniku innych czynności odrzucenie oferty z mocy prawa wskazane w art. 24 ust. 4 ustawy, podanie w piśmie z dnia 25 września 2020 roku przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy jako przyczyny odrzucenia oferty w rozpoznawanym przypadku było niewłaściwe, ponieważ Zamawiający nie wzywał na tej podstawie do złożenia dokumentów. Izba uznała,
że nieprawidłowo została podana podstawa prawna odrzucenia oferty wykonawcy, w zasadzie Zamawiający nie podał podstawy prawnej odrzucenia oferty wykonawcy Odwołującego.

W odniesieniu do części zarzutu referującego do art. 90 ustawy przez nieprawidłowe stosowanie ww. przepisu ustawy oraz do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą odrzucenie oferty Odwołującego – Izba stwierdziła, że w tym zakresie w ogóle nie została

podniesiona
w odwołaniu jakakolwiek argumentacja uzasadniająca naruszenie wyszukanych przepisów ustawy.
Wymaga podkreślenia, że w ramach środków ochrony prawnej - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania – następuje kontrola poprawności działania bądź bezprawnego zaniechania Zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania oraz kwestionowana w nim czynność i przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone
w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum)
i nie ogranicza się jedynie do podania podstawy prawnej oraz wskazania stanu faktycznego, a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji będącej uzasadnieniem stanowiska Odwołującego. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań,
co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. O treści zarzutu decyduje w szczególności przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, oraz przypisana im kwalifikacja prawna, podkreślić należy, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania.
Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez
tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie
w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej
z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.” Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego
to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03 niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (…) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.
Przenosząc powyższe twierdzenia Sądu Najwyższego na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że brak jest jakiejkolwiek argumentacji faktycznej w uzasadnieniu odwołania
w odniesieniu do wskazanego braku wykazania przez niezasadności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie wymienionych wyżej przepisów z uwagi to, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12 oraz 24 ust. 4 ustawy przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania oraz bezpodstawne odrzucenie złożonej przez niego oferty, mimo że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu; oraz zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania polegające na niewezwaniu odwołującego do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu – Izba zarzuty uznała za zasadne.

Izba zarzuty te rozpoznała łącznie ponieważ są one ze sobą powiązań. Wymaga odnotowania w tym miejscu, że Odwołujący w sposób prawidłowy wskazał podstawę prawną odrzucenia, jak oparta jest na uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
W pierwszej kolejności Izba zaznacza, że Zamawiającym w sposób jednoznaczny w SIWZ wskazał, że prowadzi postępowanie w tzw. procedurze odwróconej (art. 24 aa ustawy), co oznacza, że wymagane i wskazane w SIWZ przez Zamawiającego dokumenty będą żądane od wykonawcy które oferta został oceniona jako najkorzystniejsza (Rozdziale V – Warunki udziału w postępowaniu w punkcie 5 Zamawiający podał, że (…) *dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy*

wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.) Zamawiający jednoznacznie podał również w SIWZ, że *–dokumenty i oświadczenia wymienione w pkt VII.2 i VII. 4, nie są dołączane do oferty,*ponieważ były to dokumenty do złożenia których miał wezwać wykonawcę, którego oferta został oceniona najwyżej.
Zamawiający pismem z dnia 28 sierpnia 2020 roku wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy do złożenia dokumentów *aktualnych na dzień złożenia, wymienionych w pkt VII2 VII4 siwz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających:*
1)spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
2)spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
3)brak podstaw wykluczenia.
Powyższe działania Zamawiającego wykonane było prawidłowo. W odpowiedzi wykonawca Odwołujący przedstawił dokumenty, jednakże nie były to wszystkie wymagane SIWZ w VII2 i VII4 dokumenty.
Za niewłaściwe i niewynikające z przepisów ustawy Izba uznała działanie Zamawiającego, które Zamawiający wyartykułował i przedstawił w trakcie rozprawy, a które znajduje odzwierciedlenie w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, a mianowicie,
że *Zamawiający uznał, że wypełniły znamiona art. 26 ust 3 i 3a, bowiem 28.08.2020r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. (…) że w wezwaniu z 28.08.2020r. wskazał w podstawie prawnej art. 26 ust. 2, jednak w ocenie Zamawiającego art. 26 ust. 2 konsumuje z ust. 3 i 3a ustawy PZP.*
Izba podkreśla w tym miejscu, że regulacja z art. 26 ust. 2 ustawy oraz art. 26 ust. 3 ustawy to dwie odrębne instytucje prawa, których w żaden sposób nie można utożsamiać ze sobą. Konieczność złożenia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy - *Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.* – to regulacja odnosząca się do sposobu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postepowaniu, jak została wprowadzona przepisami nowelizującymi Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku. Obecnie przepisy te umożliwiają składania dokumentów wymaganych przez Zamawiającego na późniejszym etapie postepowania
o udzielnie zamówienia publicznego. Czyli jest to jedna z kolejnych czynności, która musi zaistnieć, gdy Zamawiający żąda dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków
i wykazanie braku podstawa wykluczenia. W przedmiotowej sprawie Zamawiający prawidłowo wezwał w trybie art. 26 ust. 2 ustawy do złożenia dokumentów. Natomiast
w sposób w zupełności niezrozumiały oraz niezgodny z obowiązującymi przepisami ustawy połączył regulację art. 26 ust. 2 ustawy i art. 26 ust. 3 ustawy, która nakazuje uzupełnienie dokumentów, w przypadku gdy wykonawca ich nie złożył Zamawiającemu - *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.*
Przepisy te są zupełnie innymi regulacjami w żaden sposób się niekonsumującymi,
a obowiązkiem Zamawiającego jest zastosowanie procedury z art. 26 ust. 3 ustawy. Izba dodaje w tym miejscu, że w orzecznictwie Izby ugruntowany jest pogląd, że Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 wzywa jednokrotnie do uzupełnienia dokumentów. W przedmiotowym postepowaniu o udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia dokumentów określonych w SIWZ VII2 i VII4, czy naruszył art. 26 ust.3 ustawy. Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, która to czynność była przedwczesna bowiem nie zastosowana obligatoryjnej procedury
z art. 26 ust. 3 ustawy.
Wymaga odnotowania w tym miejscu, że Odwołujący prawidłowo zdekodował
z uzasadnienia odrzucenia oferty, że skutkiem odrzucenia oferty było niezasadne wykluczenie wykonawcy z postępowania dlatego Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1 2 oraz art. 24 ust. 4 ustawy. Podanie w uzasadnieniu odrzucenia art. 26 ust. 3 ustawy w zupełności było nieprawidłowe, ale uzasadniało skutek w postaci odrzucenia ofert z uwagi na wykluczenie wykonawcy z powodu nieuzupełnienia dokumentów o których mowa w SIWZ.
Mając na uwadze powyższe Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 25 września 2020 roku dokonanej
w postepowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa wyposażenia", oraz nakazał unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy. Izba Nakazała Zamawiającemu wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwanie Odwołującego wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania nie złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy z dnia 28 sierpnia 2020 roku.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy przez nieuzasadniony
i bezpodstawny wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę W&W Design K. K. ul. Pokoju 8A/7 40-859 Katowice – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 2 oraz art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania polegające na nie udostępnienie Protokołu z postępowania wraz z załącznikami, pomimo sformułowanego przez Odwołującego w dniu 27.09.2020 żądania ich udostępnienia – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na wstępie wymaga odnotowania, że Odwołujący za pismem z dnia 27 września 2020 roku (niedziela) w tym samym dniu przesłał do Zamawiającego *Wniosek o przesłanie dokumentacji postępowania.* Dokumentacja postępowania została Odwołującemu przesłana. Zamawiający wysłał dokumentację w dniu 30 września 2020 roku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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 poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący: ……..