Sygn. akt: KIO 2089/15

WYROK
z dnia 7 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 7 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2015 r. przez wykonawcę **Zakłady Mechaniczne Rufus G. W. i Wspólnicy Sp. J., ul.** Świętosława **272, 39-200 Dębica** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 3674, ul. Saperska 1, 10-073 Olsztyn**
przy udziale wykonawcy **IBCOL Polska Sp. z o.o., ul. Łowicka 35, 02-502 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Zakłady Mechaniczne Rufus G. W. i Wspólnicy Sp. J. z siedzibą w Dębicy** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Zakłady Mechaniczne Rufus G. W. i Wspólnicy Sp. J. z siedzibą w Dębicy** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Zakłady Mechaniczne Rufus G. W. i Wspólnicy Sp. J. z siedzibą w Dębicy** na rzecz **Jednostki Wojskowej 3674 w Olsztynie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 2089/15

Uzasadnienie

Zamawiający: Jednostka Wojskowa 3674 w Olsztynie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - Dostawa urządzeń technicznych stanowiących wyposażenie bazy szkoleniowej SZRP- figur bojowych" („Zamówienie"). Ogłoszenie zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S147270449, Supl. do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, http://ted_.europa>eu/udl?uri=TED:NOTICE:270449-2015 :TEXT:PL:HTMT.

Odwołujący: Zakłady Mechaniczne Rufus G. W. i Wspólnicy sp. j., ul. Świętosława 272, 39-200 Dębica wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:
(a) wyborze najkorzystniejszej oferty firmy IBCOL Polska Sp. z o.o., w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych,
(b) zaniechaniu odrzucenia oferty IBCOL Polska Sp. z o.o., jako niespełniającej wymogów SIWZ oraz wymogów PZP,
(c) prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.
Zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy pzp, a to:
(a) art. 7 ust. 1 i ust. 3 polegające na przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz

równego traktowania wykonawców, co zapewnia „dedykowanie" zamówienia podmiotom w pełni profesjonalnym w rozumieniu doświadczenia w realizacji podobnych zamówień pod względem celu, zakresu i wielkości, a to poprzez udzielenie zamówienia firmie IBCOL Polska Sp. z o.o., którego oferta została wybrana (dalej: „Wykonawca"), który nie jest zdolny do jego należytego wykonania z uwagi na niewykazanie doświadczenia w zakresie wytwarzania figur bojowych termalnych; zasada równego traktowania polegająca na nie stosowaniu przywilejów nie została przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu zachowana,
(b) art. 8 ust 1 w zw. z art. 38 ust. 1 i art.96 ust 1, 2 i ust.3 poprzez nie udzielenie Odwołującemu odpowiedzi na wszystkie zadane w postępowaniu pytania i nie udostępnienie dokumentów,
(c) art. 24 ust. 2 pkt 3 polegające na złożeniu przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a to oświadczenia, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wypełnia wymogi SIWZ i posiada doświadczenie w wytwarzaniu figur bojowych termalnych, podczas gdy załączony przez Wykonawcę dokument Załącznik nr 2 do SIWZ - „Wykaz głównych dostaw" dotyczy tylko dostawy kontaktowych figur bojowych, podobnie jak przedłożone przez Wykonawcę referencje, co oznacza, że Wykonawca nie wykazał posiadania doświadczenia w zakresie

dostawy figur bojowych termalnych a dokumentami tymi wprowadził Zamawiającego w błąd, że doświadczenie takie posiada,
(d) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 polegającym na niewykluczeniu Wykonawcy z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w sprawie przez Zamawiającego Zamówienia numer referencyjny postępowania udzielenia 279/17/D/PN/15/Z („Postępowanie"), co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego, pomimo niewykazania przez Wykonawcę spełniania warunków zawartych w treści ogłoszenia oraz siwz, w szczególności w zakresie posiadanego doświadczenia w dostawie figur bojowych termalnych w sytuacji, gdy z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów Wykaz głównych dostaw oraz listy referencyjnego nie wynika, że Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie dostawy figur bojowych termalnych,
(e) art. 26 ust. 3 i 4 polegającym na niewezwaniu Wykonawcy w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 a to oświadczenia zawartego w załączniku nr 1 do SIWZ formularz ofertowy pkt III 3) oraz „Wykazie głównych dostaw" o spełnianiu wymogów udziału w postępowaniu skoro z dokumentów tych wynika, że Wykonawca posiada doświadczenie tylko w zakresie dostawy figur bojowych kontaktowych, a nie figur termalnych,
(f) art. 29 ust. 1 i ust. 2 poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu Zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu, polegający na niejednoznacznym wskazaniu w pkt 2.2. rozdział VI SIWZ wiedza i doświadczenie wymagał potwierdzenia dostawy głównej na kwotę minimum 250.000 zł figur bojowych nie wskazując zarazem że chodzi i o figury termalne i o bojowe,
(g) art. 87 ust. 1 poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny całości oferty, a w konsekwencji przyjęcie, że złożony przez Wykonawcę dokument „Wykaz głównych dostaw" potwierdza posiadanie przez Wykonawcę doświadczenia w zakresie wytwarzania figur bojowych termalnych, a list referencyjny potwierdza należyte wykonanie zamówienia, w sytuacji uzasadnionych wątpliwości czy oświadczenie zawarte w liście referencyjnym jest prawdziwe, skoro bezpodstawnie przedłużono termin na wykonanie zamówienia co skutkuje tym, że nie można twierdzić ze zostało wykonane należycie i zgodnie z SIWZ w tamtejszym postępowaniu (szczegóły w uzasadnieniu),
(h) art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP polegające na nieodrzuceniu oferty Wykonawcy, w sytuacji gdy oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na to, że nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie potwierdza doświadczenia Wykonawcy w zakresie figur bojowych termalnych,
(i) art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP polegające na nieodrzuceniu oferty Wykonawcy w sytuacji gdy oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na to, że stanowi czyn nieuczciwej konkurencji naruszający dobre obyczaje,

(j) art. 91 ust. 1 i 2 polegające na wyborze oferty jako oferty najkorzystniejszej, podczas, gdy

oferta ta jako sprzeczna z PZP oraz SIWZ najkorzystniejszą nie była.
W związku z powyższym wnosi o nakazanie Zamawiającemu:
unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej w Postępowaniu przez ICBOL sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;
dokonanie ponownej oceny ofert, wykluczenie Wykonawcy i odrzucenie jego oferty oraz wyboru oferty złożonej przez Odwołującego;
Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje
Pismem z dnia 15 września 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - firmy ICBOL sp. z o.o.
Zamawiający naruszył zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji z uwagi na to, że ocenił ofertę Wykonawcy jako najkorzystniejszą podczas, gdy Wykonawca wykazał doświadczenie jedynie w zakresie częściowym przedmiotu zamówienia tj. wykonania figur bojowych kontaktowych, podczas gdy Zamówienie dotyczyło zarówno figur bojowych kontaktowych jak i termalnych. Odwołujący natomiast spełnił wszystkie warunki udziału w Postępowaniu przedstawiając doświadczenie w zakresie wykonania figur bojowych i kontaktowych i termalnych. Uznanie że Wykonawca spełnił wymogi udziału w zamówieniu i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej narusza w/w zasady oraz przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.
KIO w orzecznictwie wskazuje, że zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, podporządkowane są przede wszystkim celom ustawy, mają zapewnić efektywne i gospodarne dysponowanie środkami publicznymi oraz zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Zasady te w sposób ustawowy niejako ograniczają się wzajemnie, tj. z jednej strony zamawiający tak winien ukształtować zapisy warunków udziału w postępowaniu, oraz opis przedmiotu zamówienia, aby w sposób nieuzasadniony nie ograniczać dostępu do ubiegania się o zamówienie publiczne. Z drugiej jednak strony winien kierować się zasadą optymalnego wydatkowania środków publicznych. Zamawiający musi tak rozeznać rynek potencjalnych wykonawców aby „dedykować" zamówienie podmiotom w pełni profesjonalnym w rozumieniu doświadczenia w realizacji podobnych zamówień pod względem celu, zakresu i wielkości. (KIO 521/13) To właśnie doświadczenie wykazane przez Wykonawcę ma wykazać zdolność do rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia. Takiego doświadczenia nie wykazał wykonawca a wykazał Odwołujący się, przez co został potraktowany z naruszeniem w/w zasad.
Wykonawcy mają prawo oczekiwać tego, że inni wykonawcy spełniają wymogi zawarte w siwz KIO 27/13: „Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w

poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych". Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych, w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zmawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Wykonawca w trakcie postępowania podał nieprawdziwe i wprowadzające w błąd

informacje poprzez oświadczenie, że zapoznał się, zaakceptował i nie wnosi zastrzeżeń to SIWZ oraz zobowiązuje się wykonać zamówienie zgodnie z SIWZ oraz ustawą PZP, podczas gdy w załączonym do oferty dokumencie załącznik nr 2 „Wykaz głównych dostaw" oraz list referencyjny wskazał na swoje doświadczenie jedynie w zakresie figur bojowych kontaktowych nie wykazując doświadczenia w zakresie wytwarzania figur bojowych termalnych. Podane informacje miały wpływ na wynik postępowania. Informacje te wprowadziły zarazem Zamawiającego w błąd, taki że Wykonawca posiada doświadczenie zarówno w zakresie figur bojowych kontaktowych jak i termalnych. Oba rodzaje figur należy natomiast odróżnić od siebie gdyż inna jest technologia ich wykonania. Odwołujący złożył do Zamawiającego zapytania, w odpowiedzi na które Zamawiający pismem z dnia 10.08.2015r. wyjaśnił i doprecyzował, że przedmiot zamówienia dotyczy figur bojowych termalnych i kontaktowych, a więc łącznie obu rodzaju figur. Pomimo oczywistych niejasności, niezupełności co do przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów i informacji potwierdzających zakres doświadczenia Zamawiający tych niezupełności i niejasności nie wyjaśnił czy nie ma do czynienia z informacjami nieprawdziwymi, wprowadzającymi w błąd.

Zamawiający dla zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców powinien wyjaśnić czy Wykonawca się pomylił czy też celowo złożył te oświadczenia i dokumenty.
„Zamawiający w przypadku oczywistych sytuacji nie jest zobowiązany do weryfikowania informacji podanych przez wykonawców, i powinien poprzestać na dokumentach, których wymagał w ogłoszeniu i w SIWZ. Jednak jeżeli powstaną jakiekolwiek wątpliwości co do prawdziwości czy nawet ścisłości podanych informacji (czy na skutek samodzielnej analizy dokumentów przez Zamawiającego, czy dzięki środkom podjętym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne), a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma obowiązek ustalić czy nie ma do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji i koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania" (KIO 2817/12).
Za nieprawdziwe informacje złożone przez Wykonawcę należy także uznać przedłożony z ofertą list referencyjny.
W dniu 14.09.2015 r. odwołujący w piśmie ponownie podnosił kwestię braku doświadczenia Wykonawcy w dostawach figur termalnych oraz zwracał uwagę na nieprawidłowości w referencjach, w szczególności chodzi o list referencyjny wystawiony dla Wykonawcy przez JW. 5350 w którym napisano „Dostawa została wykonana na rzecz zamawiającego w dniu 11.12.2014 r. Dostawa została wykonana należycie, zgodnie z warunkami ww. umowy Zgodnie z zapisami SIWZ do tegoż właśnie przetargu termin realizacji był ustalony na 30.11.2014 r. dla figur kontaktowych i termalnych i zamawiający nie zgodził się go przesunąć o co starał się odwołujący się biorąc udział w przetargu wraz z innymi potencjalnymi wykonawcami. Dowód: załączniki nr 1, 2, 3 do pisma z 16 września 2015 r.
Z listu referencyjnego wynika zatem, że dostaw została wykonana po terminie wyznaczonym na realizację zamówienia. A zatem oświadczenie złożone przez JW. 5350 może zawierać błędne informacje. SIWZ to tego przetargu nie przewidywał możliwości zmiany umowy zgodnie z art 144 PZP.
Zasadą jest niezmienność umów zawartych w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. A zatem zamawiający nie mógł dowolnie przesunąć terminu realizacji zamówienia, a jeśli terminu takiego skutecznie nie przesunął nieprawdziwe jest oświadczenie, że dostaw została wykonana zgodnie z zamówieniem. Dokument ten (list referencyjny) nie może stanowić dowodu w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z normą prawną, wyrażoną w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca nie udowodnił, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia wskazane w ustawie PZP oraz SIWZ i doprecyzowane w wyjaśnieniach i odpowiedziach na zapytania wykonawców wydanych przez Zamawiającego. Nawet jeśli faktycznie wykonawca potrafi dane zamówienie wykonać,

---

ale nie potrafi tych możliwości, doświadczenia wykazać nie może brać udziału w postępowaniu jako, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. To na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że posiada kompetencje i doświadczenie do wykonania danego

zamówienia.
„Tym samym także nie potwierdził się w tym zakresie zarzut podania nieprawdziwych informacji przez Przystępującego w treści oferty. Zarzut oparty jedynie na przypuszczeniach i domniemaniach Odwołującego, które nie znalazły żadnego oparcia w treści oferty nie znajduje uzasadnienia. Podkreślenia ponadto wymaga okoliczność, iż - zdaniem Izby - dla stwierdzenia w ofercie wykonawcy składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest wystarczające wykazanie, że określone w przedstawionym przez wykonawcę wykazie usług doświadczenie nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w SIWZ. W takim przypadku co do zasady wykazywane może być nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu (nieudowodnienie spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę), a nie podanie nieprawdziwych informacji. Podanie nieprawdziwych informacji wiąże się bowiem ze świadomym wskazaniem przez wykonawcę informacji odbiegających od rzeczywistości, które miały na celu wprowadzenie w błąd przez wykonawcę zamawiającego w celu uzyskania konkretnego zamówienia publicznego.” Sygn. akt: KIO 64/13, Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2013 r. Podobne stanowisko zaprezentowane w orzeczeniach do sygn. akt: KIO 2722/12, KIO 2723/12, KIO 2724/12, KIO 2725/12.
„Zgodnie z normą prawną, wyrażoną w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższy obowiązek potwierdza również treść art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, iż istotną z punktu widzenia instytucji wykluczenia, uregulowanej w art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp, jest czynność wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zaś sam fakt, czy wykonawca w istocie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Obecna regulacja jest wynikiem istotnych zmian wprowadzonych przez ustawodawcę, który wcześniej pierwszeństwo i rozstrzygające znaczenie przyznawał prawdzie materialnej, aktualnie zaś przerzucając ciężar udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu na wykonawcę, nakazuje dokonywanie oceny w tym przedmiocie na podstawie dokumentów wymaganych przez zamawiającego i przedłożonych przez wykonawcę w ściśle określonym terminie. Nie jest więc rolą zamawiającego poszukiwanie okoliczności czy dowodów

świadczących o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ale stwierdzenie powyższego na podstawie dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. Biorąc powyższe pod uwagę, z całą stanowczością stwierdzić należy, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu, w dopuszczalnej i żądanej przez Zamawiającego formie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu”(Wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2013 r.)
Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia Il lutego 2013 r. wydanym do sygn. akt: KIO 156/13, (...) oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu należy dokonywać w oparciu o całościową analizę dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełniania warunków z uwzględnieniem zasad wykładni oświadczeń woli a nie wybiórczo w oparciu o pojedyncze zwroty.
Analiza wykazu dostaw oraz listu referencyjnego nie pozwala na twierdzenie, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia w dostawie figur bojowych termalnych.
Zdaniem odwołującego Zamawiający wymogu z art. 26 ust. 3 ustawy pzp nie spełnił, a zatem odwołanie podlega uwzględnieniu. Wadliwością dotknięty był dokument „Wykaz głównych dostaw”, który miał charakter istotny dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego wskazane w Wykazie głównych dostawy nie potwierdzają spełnienia warunków określonych w SIWZ w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wytwarzania figur bojowych termalnych. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających jego doświadczenie w zakresie wytwarzania figur bojowych termalnych. Jak wynika z dokumentu „Wykaz głównych dostaw” będącego jedynym dokumentem poświadczającym doświadczenie Wykonawcy, dokument ten nie dowodzi posiadania przez Wykonawcę doświadczenia w wykonaniu przedmiotu zamówienia w zakresie figur bojowych termalnych., a więc nie potwierdza spełnianie przez

Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający pomimo takiego obowiązku nie wezwał Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.
Powyższe potwierdzają orzeczenia KIO. „Zamawiający w przypadku oczywistych sytuacji nie jest zobowiązany do weryfikowania informacji podanych przez wykonawców, i powinien poprzestać na dokumentach, których wymagał w ogłoszeniu i w SIWZ. Jednak jeżeli powstaną jakiekolwiek wątpliwości co do prawdziwości czy nawet ścisłości podanych informacji (czy na skutek samodzielnej analizy dokumentów przez Zamawiającego, czy dzięki środkom podjętym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne), a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma obowiązek ustalić czy nie ma do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji i koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Nie można jednak pominąć faktu, iż przeprowadzając weryfikację prawdziwości złożonych dokumentów i zawartych w nich informacji, Zamawiający powinien o wyjaśnienie wątpliwych kwestii zwrócić się również do

wykonawcy, celem umożliwienia wykonawcy złożenia niezbędnych wyjaśnień.” (Sygn. akt: KIO 527/13, Wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r.)
„Treść normy prawnej uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na podmiot zamawiający obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów m.in. w przypadku, gdy dokumenty przez niego złożone nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powodem wezwania może być zarówno całkowity brak dokumentów, jak również zawarte w nich błędy oraz braki. Instytucja uregulowana w powyższym przepisie ma charakter wyjątkowy i umożliwia sanację oferty złożonej przez wykonawcę dając mu szansę m.in. na wykazanie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W zakresie powyższej normy orzecznictwo sądów okręgowych i Krajowej Izby wypracowało szereg zasad, w tym zasadę jednokrotności wezwania, zakazu zastępowania informacji nieprawdziwych - zgodnymi ze stanem faktycznym, zasadę obowiązku uszczegółowienia takiego wezwania oraz zasadę utożsamiania złożenia dokumentu nie potwierdzającego spełnienie warunku z jego fizycznym brakiem. Powyższe zasady nie wynikają wprost z normy prawnej uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, lecz są konsekwencją wykładni systemowej i celowościowej tego przepisu. W niniejszym stanie faktycznym szczególne znaczenie ma zasada związana z samym obowiązkiem stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz obowiązkiem uszczegółowienia wezwania i podania faktycznej podstawy tej czynności. Powyższe ma umożliwić wykonawcy dokonanie uzupełnienia w sposób zgodny z oczekiwaniami podmiotu zamawiającego, jak również zapobiegać na przyszłość powstaniem wątpliwości, czy kolejne wezwania nie naruszają zasady jednokrotności. Jeżeli bowiem podmiot zamawiający wezwał do uzupełnienia określonego dokumentu ze względu na zidentyfikowany i dookreślony brak, nie stoi to na przeszkodzie powtórnemu wezwaniu ze względu na inne okoliczności faktyczne. Zatem to doprecyzowanie i wyartykułowanie podstaw wezwania umożliwia dochowanie ww. wskazanych zasad.” (Sygn. akt: KIO 2818/12,
„Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakłada zatem na Zamawiającego obowiązek zastosowania wezwania do uzupełnienia zawsze, gdy stwierdzi, że otrzymane dokumenty i informacje pozyskane w ramach ewentualnych wyjaśnień nie potwierdzają spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu.
Obowiązek wezwania do uzupełnienia jest wyłączony tylko, gdy zachodzą okoliczności wskazane w tym przepisie, tj. gdy pomimo uzupełnienia dokumentów oferta podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Dochowanie procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp warunkuje także prawidłowość następczej czynności wykluczenia. Wezwanie do uzupełnienia powinno w sposób jasny, jednoznaczny i precyzyjny wskazywać, jakiego warunku udziału w postępowaniu wykonawca nie spełnia i z jakich przyczyn. Zamawiający, podejmując decyzję o wezwaniu, musi zatem dokonać uprzedniej oceny otrzymanych od wykonawcy dokumentów i informacji. Jeżeli wynik tej oceny jest negatywny,

a nie zachodzą przesłanki zwalniające określone w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nie miało miejsce uprzednie wezwanie w tym samym zakresie, wezwanie do uzupełnienia jest niezbędne.” (Sygn. akt: KIO 4/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.)
Należy podkreślić, że orzecznictwo KIO uznaje, że wskazanie dostaw, usług, które nie potwierdzają spełnienia warunku (a nie stanowią nieprawdziwych informacji), również

wchodzi w zakres błędu. A zatem nawet jeśli uznać, że informacje podane przez Wykonawcę zawarte w Formularzu ofertowym i Wykazie głównych dostaw są informacjami prawdziwymi, stwierdzić należy, że zawierają błąd i nie potwierdzają doświadczenia Wykonawcy w całym zakresie przedmiotu Zamówienia.
„Należy też stwierdzić, że z treści art. 26 ust. 3 ustawy pzp nie wynika, że uzupełnieniu podlegają wyłącznie dokumenty w ogóle niezłożone, lecz również te, które zawierają błędy: „zamawiający wzywa wykonawców, którzy (...) nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów (...), albo którzy złożyli (...) oświadczenia i dokumenty (...) zawierające błędy..." Przy czym przyjęło się w praktyce uznawać, że wskazanie dostaw, usług czy robót budowlanych, które nie potwierdzają spełnienia warunku (a nie stanowią nieprawdziwych informacji), również wchodzi w zakres błędu. Wynika to głównie z założenia, że wykonawca, który w ogóle nie złożył wymaganego dokumentu, nie powinien być traktowany lepiej, niż wykonawca, który złożył dokument nieprawidłowy. Ze względu zaś na to, że sytuacja i dokumenty, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a co za tym idzie, wskazywanie zasobów podmiotów trzecich w wykazach, dotyczy spełniania warunków udziału w postępowaniu, przyjęło się również uznawać, że art. 26 ust. 3 ustawy pzp, dotyczy także tych dokumentów." (KIO 262/13, Wyrok z 20 lutego 2013

Naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP. Przedmiotem postępowania są figury termalne i kontaktowe, dwie zasadniczo różniące się grupy wyrobów, które we wszystkich znanych nam przetargach publicznych ogłaszanych przez jednostki organizacyjne Sił Zbrojnych RP dzielone są na niezależne zadania, co pozwala na jednoznaczne zdefiniowanie wymogów i późniejszą bezproblemową ocenę spełniania wymogów przez oferentów.
Wymogi ustalane przez Zamawiającego winny być zgodnie z art.7.1 Pzp jednoznaczne i precyzyjne, nie budzące wątpliwości i nie pozwalające na subiektywną ocenę. Zgodnie z art. 22 Pzp, celem stawianych warunków udziału w postępowaniu jest zapewnienie uczciwej konkurencji oraz wyeliminowanie wykonawców, którzy nie dają gwarancji należytego wykonania zamówienia.
Opis przedmiotu Zamówienia prowadzi do wyboru wykonawcy, który w istocie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazała doświadczenia w zakresie figur bojowych termalnych. Zamawiający połączył w jedno zadanie dwie grupy różnych wyrobów tj. figury bojowe termalne i kontaktowe oraz zdefiniował kryterium wymaganej wiedzy i doświadczenia w formie wykazania się jedną główną dostawą figur bojowych w wysokości

---

250.000 zł brutto, bez rozróżniania, że wykaz ten ma dotyczyć obu rodzajów figur tj. zarówno figur kontaktowych jak i termalnych. Taki sposób określenia przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu uniemożliwił uczciwą konkurencję poprzez zablokowanie możliwości udziału w przetargu dostawców oferujących jedną grupę figur bojowych oraz umożliwił udział firmy Wykonawcy, która nie posiada żadnych doświadczeń w dostawach figur termalnych.
W dniu 10.09.2015 r. Odwołujący zwrócił się z pismem do Zamawiającego w którym wskazał, że Wykonawca firma IBCOL Polska Sp. z o.o. nie posiada żadnego doświadczenia w wykonywaniu termalnych figur bojowych i nie spełnia wymogu posiadania doświadczenia wymaganego w SIWZ.
W dniu 14.09.2015 r. Odwołujący otrzymał odpowiedź: „Z uwagi na nieprzedstawienie przez Państwa dowodów na przedstawioną tezę i pozostawienie jej na etapie przypuszczeń Zamawiający może się do niej odnieść po jej udowodnieniu " Odpowiedź ta świadczy o uznaniu przez Zamawiającego a priori, że Wykonawca jest bardziej wiarygodny, a jego oświadczenie i przedłożone dokumenty wystarczające, nie wymagające sprawdzenia. Jest to sprzeczne z ustawą, która nakazuje Zamawiającemu sprawdzenie wymogów posiadania doświadczenia i wyeliminowanie wykonawców, którzy nie dają gwarancji należytego wykonania zamówienia.
Art. 22 ust. 4 i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp wymaga, aby opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.
Zgodnie z SIWZ, przedmiotem postępowania jest dostawa 1215 szt. figur termalnych i 50 szt. figur kontaktowych; wartościowo, około 90% przypada na figury termalne i kilka procent na figury kontaktowe. Wykonawca IBCOL Polska Sp. z o.o. jest firmą konsultingowo - marketingową, nie posiada więc doświadczenia w produkcji figur bojowych, natomiast wykazanie się dostawą figur kontaktowych nie jest tożsame z doświadczeniem w dostawach figur termalnych. W takiej sytuacji - zgodnie z ustawą - Zamawiający winien wezwać

Wykonawcę do udokumentowania posiadania wymaganego doświadczenia i wykluczyć z postępowania w przypadku jego braku.

Naruszenie art. 87 ust. 1 PZP. Zamawiający nie przeprowadził rzetelnego badania i oceny całości oferty, a w szczególności złożonych przez wykonawcę dokumentów, tj. „Wykaz głównych dostaw" i list referencyjny, co doprowadziło do wadliwego uznania, że Wykonawca wykazał posiadanie doświadczenia w zakresie wytwarzania figur bojowych termalnych podczas gdy jest to nieprawdą. Jak to już wskazano w zachodzi wątpliwość czy list referencyjny potwierdza należyte wykonanie zamówienia.

Naruszenie art 89 ust. 1 pkt 2 PZP Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Za element oferty uznać należy także dokumenty potwierdzające spełniane wymagań udziału w postępowaniu. Dopiero z tych bowiem

dokumentów można wywnioskować czy oferta spełnia wymagania udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aby zamówienie mogło być udzielone oferta musi odpowiadać wszystkim wymaganiom SIWZ a więc wymaganiom określonym zarówno w samym dokumencie SIWZ jak i w jego doprecyzowaniu ujętym także w odpowiedziach na pytania zadawane przez wykonawców w trakcie postępowania, aby potwierdzić czy wykonawca spełnia w ogóle warunki udziału w postępowaniu. Bez takiego potwierdzenia w ofercie (warunków udzielenia zamówienia) nie mamy do czynienia z oferta w pełni odpowiadająca definicji kodeksu cywilnego. Pogląd ten znalazł swe potwierdzenie w uchwale Sądu Najwyższego (IIICZP 74/05) w uzasadnieniu której Sąd stwierdził, że informacje zawarte w dokumentach żądanych na podstawie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jakich może żądać zamawiający od wykonawcy są elementem oferty.
Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o wszelkich nieprawidłowościach oferty wykonawcy, które powodują, że treść oferty nie odpowiada treści siwz. Pojęcie „nie odpowiada" jest pojęciem szerokim obejmuje zarówno: - sprzeczność (niezgodność) treści oferty z treścią siwz, czyli sytuację, gdy z oferty wynika wprost zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, jak również sytuację, gdy z oferty nie wynika element, czy fragment elementu, którego zaoferowania wymagał zamawiający.
W przypadku składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy chcąc złożyć ofertę niepodlegającą odrzuceniu muszą uwzględniać wymagania ustawy oraz wymagania zamawiającego określone w SIWZ. Pojęcie "oferta" w prawie zamówień publicznych jest traktowane funkcjonalnie i odnosi się do samego oświadczenia woli, bądź łącznie do tego oświadczenia i składanych wraz z nim załączników. Treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie potwierdza doświadczenia Wykonawcy w zakresie wytwarzania figur bojowych termalnych.
Ponadto złożenie oferty przez Wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co stanowi przesłankę odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP. Odwołujący dopatruje się w działaniu Wykonawcy czynu określonego w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który definiuje go jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie chodzi tutaj o przestrzeganie dobrych obyczajów w ogóle, lecz o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej.
„Współcześnie w orzecznictwie i doktrynie zachodnioeuropejskiej panuje podejście, które można nazwać ekonomiczno-funkcjonalnym. Podkreśla się, że nie chodzi o przestrzeganie dobrych obyczajów w ogóle, lecz o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. Kryterium nie powinny więc stanowić poglądy uczciwego przeciętnego

człowieka, ale oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów lub usług." (Wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2013 r.)
Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2012 r. o sygn. akt.: KIO 1287/12 należy stwierdzić, że „zamawiający na każdym etapie postępowania zobowiązany jest do przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, tak aby w konsekwencji mógł on udzielić

zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia ofert, spełniających przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź naruszających postanowienia ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.). Czynem nieuczciwej konkurencji, zgodnie z ustawą, jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyn nieuczciwej konkurencji, może więc być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania z powodu braku podpisu na otrzymanej kopii odwołania oraz brak w kopii odwołania załączników w postaci kopii pełnomocnictwa z opłatą, potwierdzenia uiszczenia wpisu oraz potwierdzenia wysłania odwołania e-mailem do zamawiającego.
W razie nieuwzględnienia powyższego wniosku wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.
Wskazał, że pismem z 7.08.2015 r. odwołujący wnioskował o uściślenie warunku udziału w postępowaniu w pkt. 2. 2. – wiedzy i doświadczenia jednej dostawy figur bojowych termalnych lub kontaktowych o minimalnej wartości 250.000 zł brutto. W odpowiedzi zamawiający stwierdził, że alternatywa „figur bojowych termalnych lub kontaktowych" jest zgodna z istniejącym zapisem, w którym użyto określenia „figur bojowych", co umożliwia potwierdzenie dostaw zarówno w zakresie figur termalnych jak i figur kontaktowych.
Przytoczył treść siwz w zakresie warunków udziału odnośnie wymaganego doświadczenia.
Zamawiający wskazał na treść korespondencji z odwołującym i wskazał, że siwz określa, jakie dokumenty składają się na ofertę. Zauważył, że odwołujący żąda udostępnienia dokumentów, które są składane na etapie realizacji umowy, co dotyczy dokumentacji eksploatacyjnej oraz naprawczej.
Zamawiający stwierdził, że oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i treść referencji przedstawionych przez przystępującego były zgodne z prawdą, a wykonawca

wykazał i potwierdził spełnienie warunków udziału. W konsekwencji stwierdził, że nie zachodziły przesłanki do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp.
W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału przez niejednoznaczne wskazanie warunku wiedzy uznał zarzut za niezasadne.
Zamawiający zadeklarował, że czynności badania i oceny ofert przeprowadził rzetelnie. Stwierdził, że nie zaistniały przesłanki odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Stwierdził także, że odwołujący nie wskazał, na czym polega naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, a odwołujący nie wskazał, na czym polega okoliczność, że oferta kwestionowana stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji naruszający dobre obyczaje.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wykonawca IBCOL Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł o oddalenie odwołania.
Wskazał na niezmienność postanowień siwz co do opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu. Stwierdził, że prawidłowo wykazał spełnienie warunku udziału i potwierdził stosownymi referencjami posiadanie wymaganego doświadczenia.
Odnośnie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2ustawy pzp poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu wskazał, że zarzuty te są spóźnione.
Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 oraz 89 ust.1 pkt 2ustawy pzp przystępujący wskazał, że są one bezzasadne, bowiem opierają się na braku rozróżnienia treści oferty od dokumentów potwierdzających spełnianie warunku. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 (czyn nieuczciwej konkurencji) wskazał jako nieopisany i nieudowodniony przez odwołującego.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący wskazał na treść odpowiedzi na pytanie nr 5 w piśmie zamawiającego z 10 sierpnia 2015 r. W pytaniu wskazano na zasadność uściślenia warunku wiedzy i doświadczenia z przedstawieniem różnic w figurach termalnych i kontaktowych. Zamawiający w odpowiedzi potwierdził, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa figur bojowych, które dotyczą figur termalnych i kontaktowych i nie ma potrzeby uszczegółowienia w tym zakresie. Odwołujący wskazał na powiązania treści OPZ i warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, co wynika z przepisów art. 22 ust. 4 i art. 29 ust. 2 PZP. Wskazał, że 90% wartości zamówienia to dostawa figur bojowych termalnych,

natomiast wybrany wykonawca w tym zakresie nie przedstawił żadnego doświadczenia. Podtrzymał wątpliwości co do należytego wykonania dostawy referencyjnej przedstawionej przez przystępującego, w tym co do terminowego wykonania tego zamówienia. Przypomniał, że różnica między figurami kontaktowymi, a termalnymi jest diametralna zatem przystępujący nie wykazał się właściwym doświadczeniem skoro przedstawił takowe jedynie w odniesieniu do figur kontaktowych. Ponownie zauważył, że warunki udziału muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia, tak by wybrany wykonawca posiadał odpowiednie doświadczenie i jednocześnie gwarantował wykonanie umowy.
Zamawiający podtrzymał argumentację zawartą w pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Wskazał na treść wyjaśnień treści SIWZ z 10 sierpnia 2015 r., w tym pytania i odpowiedzi nr 5. Stwierdził, że w przedmiotowym zakresie nie dokonywano zmian treści SIWZ. Zauważył, że odwołujący nie żądał takich zmian, a jedynie sugerował jako zasadne uściślenie przedmiotowego warunku udziału. Podniósł brak dowodów na poparcie zarzutów odwołania wskazując, że odwołujący formułuje jedynie domniemania na poparcie zarzutów.
Przystępujący podzielił stanowisko zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymuje stanowisko zawarte w złożonym piśmie procesowym. Zauważył, że w toku postępowania (pytanie i odpowiedź z 10 sierpnia 2015 r.) odwołujący aprobował doświadczenie zarówno w zakresie figur bojowych termalnych lub kontaktowych, natomiast w toku postępowania odwoławczego argumentuje, że na potwierdzenie spełniania warunku udziału należy wykazać się dostawą tych pierwszych jako przeważających w OPZ. Przypomniał, że potwierdzone zostało należyte wykonanie dostawy referencyjnej, także w wyniku dodatkowych wyjaśnień uzyskanych przez zamawiającego od wystawcy referencji.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron przedstawionych na piśmie i do protokołu rozprawy, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść postanowień siwz w zakresie objętym zarzutami odwołania tj. opisem przedmiotu zamówienia i warunku udziału w postępowaniu dotyczącym wymaganego doświadczenia, a także treść oferty przystępującego zważyła, co następuje.
Odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy pzp, w szczególności na podstawie wskazanej przez zamawiającego tj. ust. 2 pkt 7 ustawy pzp. Jak ustalono odwołujący przesłał zamawiającemu kopię odwołania bez podpisu oraz bez załączników w postaci kopii pełnomocnictwa z opłatą, potwierdzenia uiszczenia wpisu oraz potwierdzenia wysłania odwołania e-mailem do zamawiającego. Należy stwierdzić, że wymóg przesłania

zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy pzp polega na takim przesłaniu kopii odwołania, by zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania stosownie do przepisu art. 180 ust. 5 ustawy pzp. Przez treść odwołania należy rozumieć jego merytoryczną zawartość, a nie inne, w tym wskazane przez zamawiającego wymogi formalne odnoszące się do podpisu, pełnomocnictwa i wpisu. Te okoliczności podlegają ocenie Prezesa Krajowej Izby odwoławczej lub składu orzekającego. Celem i istotą wymogu przesłania kopii odwołania zamawiającemu jest zapewnienie mu możliwości zapoznania się z zarzutami odwołania, żądaniami i uzasadnieniem ich. W tym zakresie zamawiający otrzymał kopię odwołania z pełną jego treścią rozumianą jw. Wobec powyższego wniosek o zaistnieniu przesłanki odrzucenia odwołania jest niezasadny.

W wyniku rozpatrzenia zarzutów i żądań odwołania skład orzekający stwierdza, że są one niezasadne, wobec czego odwołanie podlega oddaleniu.

Niesporne jest, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dostawa urządzeń technicznych – figur bojowych termalnych i kontaktowych.

Izba ustaliła, że postawiony w siwz warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wymaganego doświadczenia w dostawie głównej nie był w toku postępowania zmieniany pomimo sugestii odwołującego, który w piśmie z 7.08.2015 r. wnioskował o uściślenie warunku udziału w postępowaniu w pkt. 2. 2. – wiedzy i doświadczenia jednej dostawy figur bojowych termalnych lub kontaktowych o minimalnej wartości 250.000 zł brutto. W rzeczywistości nawet uwzględnienie takiego wniosku przez sformułowanie warunku doświadczenia z użyciem że alternatywy „figur bojowych termalnych lub kontaktowych" nie zmieniłoby treści siwz i nadal umożliwiałoby potwierdzenie dostaw zarówno w zakresie figur termalnych jak i figur kontaktowych. Warunek jest jednoznaczny w swej treści i nie ma podstaw do jego zawężającego interpretowania przez odnoszenie do opisu przedmiotu zamówienia. Zarówno opis, jak i sporny warunek są jednoznaczne i ich treść nie wymaga dodatkowej wykładni wykraczającej poza literalną i gramatyczną. Można jedynie zauważyć, że omawiany warunek nie tylko nie ogranicza konkurencji i dostępu do zamówienia, lecz przeciwnie, umożliwia dostęp do zamówienia wykonawców, którzy nie legitymują się doświadczeniem w zakresie figur bojowych termalnych.
Przystępujący przedstawił doświadczenie w zakresie dostawy figur bojowych kontaktowych o wymaganej wartości, a zatem potwierdził posiadanie wymaganego doświadczenia. Jego referencje zawierają nadto potwierdzenie zamawiającego, że dostawa została wykonana należycie. Prawdziwość tych dokumentów nie została skutecznie zanegowana.
Tym samym oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i treść referencji przedstawionych przez przystępującego były zgodne z prawdą, a wykonawca wykazał i potwierdził spełnienie warunków udziału. W konsekwencji należy stwierdzić, że nie

zachodziły również przesłanki do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp.
W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału przez niejednoznaczne wskazanie warunku udziału skład orzekający stwierdza w pierwszej kolejności, że zarówno zarzuty odnoszone do opisu przedmiotu zamówienia jak i wyżej wskazanych warunków udziału są bez wątpienia spóźnione.
Izba zauważa także, że nie zaistniały przesłanki odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy pzp. W szczególności brak wykazania niezgodności treści oferty z treścią siwz. W rzeczywistości, jak wynika z zarzutów i okoliczności faktycznych wskazanych w odwołaniu, odwołujący kwestionuje spełnienie przesłanek podmiotowych po stronie konkurencyjnego wykonawcy, które w razie zaistnienia skutkują wykluczeniem z postępowania. Powołując te okoliczności odwołujący podnosi zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 oraz 89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp, które to przepisy dotyczą treści oferty w znaczeniu materialnym – przedmiotowym.
Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 stwierdzającego, że odrzuceniu podlega oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie został przez odwołującego uzasadniony i nie przedstawiono dowodu na jego potwierdzenie Tym samym jest niezasadny.

W świetle dokonanych ustaleń i ocen, orzeczono jak w sentencji uznając, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w rozpatrywanym odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

……