

POSTANOWIENIE

z dnia 15 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników w dniu **7 i 15 grudnia 2023 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

24 listopada 2023 r. przez wykonawcę **M.L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe MARGO M.L., ul. Z. Krasińskiego 97, 87100 Toruń** postępowaniu prowadzonym przez: **ENEA Operator Sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60479 Poznań**

przy udziale wykonawców **ORK POLAND Sp. z o.o., ul. Krakowska 25, 25-036 Kielce** oraz **PW Krystian Sp. z o.o., ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: M.L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe MARGO M.L., ul. Z. Krasińskiego 97, 87100 Toruń i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **M.L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe MARGO M.L., ul. Z. Krasińskiego 97, 87100 Toruń** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **M.L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe MARGO M.L., ul. Z. Krasińskiego 97, 87100 Toruń** rzecz **ENEA Operator Sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60479 Poznań** kwotę **4 359 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt dziewięć złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa odzieży łukoochronnej letniej i zimowej dla ENEA Operator sp. z o.o. - 2 zadania”, nr sprawy nr RPUZ/P/0570/2023/DB/BQ zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 01.09.2023 r. pod nr 2023/S 168 -525436 przez ENEA Operator Sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60479 Poznań zwanej dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP” albo „pzp”.

W dniu 14.11.2023 r. (e-mailem) Zamawiający udostępnił firmie Małgorzaty Lewandowskiej Szpak prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe MARGO M.L., ul. Z. Krasińskiego 97, 87100 Toruń zwanej dalej: „PPH MARGO M.L.” albo „Odwołującym” - próbki pozostałych Wykonawców tj. ORK POLAND Sp. z o.o., ul. Krakowska 25, 25-036 Kielce zwanej dalej: „ORK POLAND Sp. z o.o.” albo „pierwszym Przystępującym”, jak i PW Krystian Sp. z o.o., ul. Staszica 9A, 26-400 Przysucha zwanej dalej: „PW Krystian Sp. z o.o.” albo „drugim Przystępującym”.

Dnia 24.11.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 14.11.2023 r. złożyło PPH MARGO M.L. Zarzucił Zamawiającemu:

I. w zakresie oferty Wykonawcy ORK POLAND Sp. z o.o.

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP polegające na nieodrzuconiu oferty Wykonawcy, mimo że próbka stanowiąca integralną część oferty została złożona w sposób umożliwiający identyfikację nadawcy (producenta/dostawcy odzieży), tj. w sposób niezgodny z Rozdz. 8 pkt. 8.18. ppkt. 3) SWZ

2. naruszenie art. 232 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP polegające na zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej

przeprowadzonej dnia 07.11.2023r. Wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w związku ze złożeniem przez Wykonawcę próbki stanowiącej integralną część oferty w sposób umożliwiający identyfikację nadawcy (producenta/dostawcy odzieży), tj. w sposób niezgodny z Rozdz. 8 pkt. 8.18. ppkt. 3) SWZ

II. w zakresie oferty Wykonawcy PW Krystian Sp. z o.o.

- 1.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP polegające na nieodrzućeniu oferty Wykonawcy, mimo że próbka stanowiąca integralną część oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. została złożona próbka w innym kolorze niż wymagany przez Zamawiającego kolor chabrowy, tj. niezgodna z rozdz. II Zadania 1 i Zadania 2 OPZ,
- 2.naruszenie art. 232 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP polegające na zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej przeprowadzonej dnia 07.11.2023r. Wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w związku ze złożeniem przez Wykonawcę próbki stanowiącej integralną część oferty niezgodnej z wymaganiami określonymi w rozdz. II Zadania 1 i Zadania 2 OPZ, tj. w innym kolorze niż wymagany przez Zamawiającego kolor chabrowy przy jednoczesnym nieprzedłożeniu fragmentu materiału w kolorze chabrowym dla każdej pozycji próbki asortymentu wykonanej w innym kolorze,
- 3.naruszenie art. 74 ust. 2 pkt 1) PZP w zw. z art. 16 PZP przez udostępnienie Odwołującemu próbek materiałów stanowiących część oferty po upływie terminu określonego w art. 74 ust. 2 pkt 1) PZP od dnia wystąpienia przez Odwołującego z wnioskiem o ich udostępnienie, co w bezpośredni sposób przełożyło się na możliwość realnego udziału Odwołującego w niniejszym postępowaniu i w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez brak odrzucenia oferty Wykonawcy i zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej pomimo zaistnienia okoliczności obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty.

Wskazując na powyższe wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.uwzględnienie odwołania w całości;
- 2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej Wykonawcy ORK POLAND Sp. z o.o. i PW Krystian Sp. z o.o. oraz odrzucenia ofert w/w Wykonawców
- 3.nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty na podstawie złożonych dokumentów zgodnie z procedurą;
- 4.ponadto wnosząc obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego.

Zamawiający ENEA Operator sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę odzieży łukoochronnej letniej i zimowej dla ENEA Operator sp. z o.o. podzielonego na dwie części:

- 1)Zadanie nr 1 Odzież łukoochronna zimowa
- 2)Zadanie nr 2 Odzież łukoochronna letnia

Zgodnie z rozdz. 8 Sposób przygotowania oferty pkt. 8.18. i 8.19. SWZ Zamawiający wymagał, by Wykonawcy przedłożyli próbki elementów odzieży stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia publicznego, tj.:

- 1)dla zadania nr 1 - ODZIEŻ ŁUKOOCHRONNA ZIMOWA:
 - a)bluza łukoochronna zimowa
 - b)spodnie łukoochronne zimowe
- 2)dla zadania nr 2 - ODZIEŻ ŁUKOOCHRONNA LETNIA:
 - a)bluza łukoochronna letnia
 - b)spodnie łukoochronne letnie
 - c)koszulka polo łukoochronna - długi rękaw

Stosownie do rozdz. 22 SWZ Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej w przypadku złożenia dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu. Aukcja elektroniczna została przeprowadzona w dniu 07.11.2023r. Do aukcji elektronicznej zostali dopuszczeni wykonawcy ORK POLAND Sp. z o.o., PW Krystian Sp. z o.o. i Odwołujący.

W ocenie Odwołującego Wykonawcy ORK POLAND Sp. z o.o. i PW Krystian Sp. z o.o. zostali zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej z naruszeniem art. 232 ust. 1 PZP, gdyż stosownie do powołanego przepisu Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, zaś oferty Wykonawcy ORK POLAND Sp. z o.o. i PW Krystian Sp. z o.o. podlegały odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP, tj. jako niezgodne z warunkami zamówienia. Zdaniem Odwołującego oferty ORK POLAND Sp. z o.o. i PW Krystian Sp. z o.o. podlegały odrzuceniu jako niezgodne z treścią warunków zamówienia z następujących powodów:

1.oferta Wykonawcy ORK POLAND Sp. z o.o.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert Wykonawca ORK POLAND Sp. z o.o. złożył ofertę zarówno na Zadanie 1 i Zadanie 2 niniejszego zamówienia publicznego.

Zgodnie z rozdz. 8 pkt. 8.18. ppkt. 3) SWZ:

3)Próbki należy dostarczyć w terminie składania ofert określonym w pkt 11.1 SWZ w opakowaniu uniemożliwiającym identyfikację nadawcy (producenta/dostawcy odzieży). **Oznacza to, że na opakowaniu nie może być umieszczona żadna informacja, element i oznaczenie identyfikujące nadawcę (producenta/dostawcę odzieży) takie jak no. taśma klejąca z logo, opakowanie z umieszczoną na nim pieczętką firmową, firma/nazwa lub imię i nazwisko Wykonawcy, jego adres itp.).** Opakowanie ma uniemożliwiać również odczytanie jego zawartości bez usunięcia tego

opakowania do siedziby Zamawiającego tj. ENEA Operator sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań, budynek „I” pokój nr 2 (kancelaria). Opodatkowanie winno być zaadresowane na Zamawiającego, oraz winno zawierać zapis:

„UWAGA NIE OTWIERAĆ

Próbka do oferty w postępowaniu RPUZ/P/0570/2023/DB/BO Nie otwierać przed DD-MM-RRRR godz. XX:YY”

przy czym w miejsce DD-MM-RRRR należy wstawić odpowiednio dzień (DD), miesiąc (MM) rok (RRRR) a w miejsce XX:YY należy wstawić odpowiednio godzinę (XX) i minutę (YY) upływu terminu składania ofert (zgodnie z pkt 11.1 SWZ).

Na opakowaniu, w którym została dostarczona próbka ORK POLAND Sp. z o.o. w dniu udostępnienia Odwołującemu do wglądu widniała etykieta firmy kurierskiej DHL Parcel sp. z o.o., na której był wskazany m.in. Nadawca, tj. ORK POLAND Sp. z o.o., którego nazwa została „zamalowana” czarnym flamastrem.

Zgodnie z informacją przekazaną przez przedstawiciela Zamawiającego w ramach udostępnienia Odwołującemu próbki w siedzibie Zamawiającego w dniu 14.11.2023r., przedstawiciel Zamawiającego biorący udział w przeprowadzeniu niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osobiście „zamazał” nazwę Wykonawcy składającego próbkę.

W ocenie odwołującego przedłożenie przez Wykonawcę próbek w opakowaniu, na którym widnieje nazwa Wykonawcy jest równoznaczne z naruszeniem warunku, o którym mowa w rozdz. 8 pkt. 8.18. ppkt. 3) SWZ. Z powołanego postanowienia w sposób jednoznaczny wynika, że **na opakowaniu nie może być umieszczona żadna informacja, element i oznaczenie identyfikujące nadawcę**. Tym samym okoliczność, że na przedmiotowym opakowaniu została umieszczona etykieta określająca w sposób jednoznaczny nadawcę, którym jest jednocześnie Wykonawca ORKPOLAND Sp. z o.o. winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP. Niezgodność z warunkami zamówienia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, zachodzi wówczas, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z jasno wyrażonym postanowieniem zawartym w dokumentach wskazanych w art. 7 pkt 29 PZP, tj. w opisie przedmiotu zamówienia, w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, w kryteriach oceny ofert, w wymaganiach proceduralnych lub w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego (tak KIO w wyroku z 23.03.2023r., sygn. akt: KIO 673/23). W realiach niniejszego postępowania nie ulega wątpliwości, że ORK POLAND Sp. z o.o. nie wypełnił wymagań proceduralnych określonych w rozdz. 8 pkt. 8.18. ppkt. 3) SWZ, co jest równoznaczne ze spełnieniem przesłanki, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP. Treść SWZ jest wiążąca dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego, a literalne i ścisłe jej egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikające z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert. Art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które - według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 PZP - należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji zdaniem Odwołującego nie budzi wątpliwości, że na podstawie - w/w przepisu odrzuceniu podlega oferta, której treść - rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zasad postępowania przy składaniu próbek odzieży.

W konsekwencji, gdyby nawet przyjąć, że jeden z pracowników Zamawiającego dokonał „anonimizacji” Wykonawcy przed przedstawieniem próbki komisji przetargowej - czego Wykonawca z uwagi na brak dostępu do protokołu postępowania do dnia sporządzenia niniejszego odwołania nie jest w stanie zweryfikować - zdaniem Odwołującego „anonimizacja” ta została dokonana w sposób nieudolny i pozorny - przeciętny odbiorca nie ma bowiem problemu z odczytaniem nazwy Wykonawcy widniejącej na opakowaniu.

Jednocześnie zdaniem Odwołującego - przy hipotetycznym założeniu „anonimizacji” próbki przez Zamawiającego należałoby wskazać, że takie działanie stanowiłoby nieuprawnioną ingerencję w ofertę ORKPOLAND Sp. z o.o. Zgodnie bowiem z art. 223 ust. 2 PZP Zamawiający uprawniony jest do poprawy omyłek oferty wyłącznie w przypadku ściśle określonych w tym przepisie przesłanek. Art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP stanowi wyjątek od ogólnej reguły zakazu dokonywania zmian w treści oferty. W wyroku z 11.01. 2023 r., sygn. akt: KIO 3458/22, skład orzekający wyraził zdanie, że: „*poprawa omyłki w ww. trybie jest wyjątkiem od ogólnej zasady niezmienności treści oferty po jej złożeniu, wynikającej z art. 223 ust. 1 p.z.p., a także z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 p.z.p. Warunkiem bowiem zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji jest to, że wszyscy wykonawcy składają oferty w warunkach, w których nie znają treści ofert swych konkurentów. Jako wyjątek od tej zasady poprawienie omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. musi być stosowane ostrożnie i z uwzględnieniem wyjątkowego charakteru tej instytucji!*”. W konsekwencji Odwołujący stoi na stanowisku, że w realiach niniejszego postępowania ingerencja Zamawiającego w opakowanie próbki, dla którego Zamawiający określił jednoznaczne wymogi i jednocześnie przewidział rygor odrzucenia w sytuacji przedłożenia ich niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (rozdz. 8 pkt. 8.22 SWZ) stanowi w istocie ingerencję w treść złożonej oferty. W tym miejscu podkreślenia wymaga okoliczność, że

dokonanie „anonimizacji” przez Zamawiającego opakowania próbki w sytuacji, gdy pozostali oferenci złożyli próbki w opakowaniach w sposób uniemożliwiający ich identyfikację byłaby równoznaczna z naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

2. oferta Wykonawcy PW Krystian Sp. z o.o.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert Wykonawca PW Krystian Sp. z o.o. złożył ofertę zarówno na Zadanie 1 i Zadanie 2 niniejszego zamówienia publicznego.

Stosownie do postanowień Załącznika nr 8 - Opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający określił wymogi dotyczące koloru oferowanej odzieży:

1) Dla Zadania 1:

a) Bluza łukoochronna zimowa

• kolor podstawowy: chabrowy lub podobny (wzornik w Księdze Tożsamości)

b) Spodnie łukoochronne zimowe

• kolor podstawowy: chabrowy (wzornik w Księdze Tożsamości)

2) Dla Zadania 2:

a) Bluza łukoochronna letnia

• kolor podstawowy: chabrowy (wzornik pod tabelą)

b) Spodnie łukoochronne letnie

• kolor podstawowy: chabrowy (wzornik pod tabelą);

c) Koszulka polo łukoochronna- długi rękaw

• kolor podstawowy: chabrowy (wzornik w Księdze Tożsamości);

Jednocześnie we wzorniku kolorystycznym zawartym w Księdze Tożsamości Zamawiający doprecyzował, że przez kolor chabrowy rozumie kolor PANTONE 287 C :

/W tym miejscu odwołania dane dotyczące Kolorystyki Ad. 5 z zał. Nr 8 do SWZ/

Odwołujący uzyskał dostęp do próbek odzieży złożonej przez PW Krystian Sp. z o.o. w dniu 14.11.2023r. w siedzibie Zamawiającego. Po obejrzeniu próbek bluzy łukoochronnej zimowej, spodni łukoochronnych zimowych (zadanie 1), bluzy łukoochronnej letniej, spodni łukoochronnych letnich i koszulki łukoochronnej letniej Odwołujący doszedł do wniosku, że przedłożone przez PW Krystian Sp. z o.o. próbki odzieży nie są w wymaganym przez Zamawiającego kolorze chabrowym.

Jednocześnie w ramach udostępnionych Odwołującemu w dniu 14.11.2023r. próbek przedstawiciel Zamawiającego poinformował Odwołującego, że żadne inne próbki kolorystyczne materiałów nie zostały przez Wykonawcę przedłożone. W tym miejscu Odwołujący wyjaśnia, że stosownie do Wyjaśnień treści SWZ z 14.11.2023r. Zamawiający wyraził zgodę na wykonanie próbek zarówno dla zadania nr 1, jak i dla zadania nr 2 w kolorze innym, niż chabrowy z tym zastrzeżeniem, że Wykonawca musi przedłożyć fragment materiału w kolorze chabrowym dla każdej pozycji próbki asortymentu wykonanej w innym kolorze. Dodatkowo Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć oświadczenie, w którym wskaże, że w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zobowiązuje się do dostarczania asortymentu dla zadania 1 i/lub zadania 2 w wymaganym kolorze chabrowym. Jednocześnie Wykonawca jest zobowiązany wraz z ofertą przedłożyć wszelką dokumentację (m.in. karty katalogowe, certyfikaty, deklaracje) dla asortymentu, który docelowo będzie wykonany w kolorze chabrowym zgodnie z przedmiotem zamówienia, (odpowiedź na pytanie nr 7). Przedstawiciel Zamawiającego poinformował Odwołującego, że kolor próbek przedłożonych przez PW Krystian Sp. z o.o. jest kolorem prawidłowym, gdyż jest to kolor, w którym ten Wykonawca dotychczas realizujący zamówienia na rzecz Zamawiającego na dostawę odzieży łukoochronnej (odzież zimową w 2023r., i odzież letnią w 2022r.). W tym miejscu podkreślenia wymaga okoliczność, że w/w dostawy były realizowane na podstawie zamówień udzielanych w postępowaniach, do których nie znajduje zastosowanie ustawa PZP, tj. w ramach postępowań prowadzonych w oparciu o wewnętrzny Regulamin Zamawiającego, w których to postępowaniach Odwołujący nie miał realnej możliwości zakwestionowania ofert Wykonawcy.

W związku z powzięciem wątpliwości w zakresie spełnienia warunku określonego przez Zamawiającego w OPZ dotyczącego koloru tkaniny, Odwołujący zlecił Laboratorium Chemicznych Analiz Instrumentalnych Łódzkiego Instytutu Technologicznego Łukasiewicz oraz Laboratorium Badań Chemicznych Instytutu Technologii Bezpieczeństwa „MORATEX” wykonanie analizy zgodności koloru odzieży dostarczanej przez PW Krystian Sp. z o.o. z kolorem chabrowym PANTON 287C określonym przez Zamawiającego. Zgodnie z wynikami przeprowadzonej analizy próbka zaofiarowana przez PW Krystian Sp. z o.o. jest w kolorze innym niż kolor określony w OPZ:

Wyniki badań uzyskane przez:		
Laboratorium Chemicznych Analiz Instrumentalnych Sieć Badawcza Łukasiewicz-Łódzki Instytut Technologiczny Świadectwo z badań nr BL-AI 666/1229/2023/A oraz nr BL-AI 666/1230/2023/A		
KOLOR	BLUZA ΔE	SPODNIE ΔE

Pantone 287 C => CIE-LAB 23.21, 23.55,-52.16	37,66	35,91
Pantone 286 U => CIE-LAB 37.58,14.65,-46.46	22,91	21,94
CMYK 100%, 70%, 0%, 0% => CIE-LAB 42.04, 50.66,-91.66	80,27	79,33
CMYK 100%, 60%, 0%, 0% => CIE-LAB 47.91, 35.21,-82.01	63,17	62,71

Wyniki badań uzyskane przez: Laboratorium Badań Chemicznych Instytut Technologii Bezpieczeństwa „MORATEX” Świadectwo z badań nr NCH 282.468.1.2023 .A		
KOLOR	BLUZA ΔE	SPODNIE ΔE
Pantone 287 C => CIE-LAB 23.21, 23.55,-52.16	38,0	36,5
Pantone 286 U => CIE-LAB 37.58, 14.65,-46.46	23,6	22,5
CMYK 100%, 70%, 0%, 0% => CIE-LAB 42.04, 50.66,- 91.66	80,9	80,0
CMYK 100%, 60%, 0%, 0% => CIE-LAB 47.91, 35.21,- 82.01	64,0	63,3

W tym miejscu Odwołujący wyjaśnił, że parametr Delta E jest to parametr określający różnicę barw. Stosuje się go do określania odchylenia np: pomiędzy odbitką próbną a nakładową lub pomiędzy odbitkami w nakładzie. Różnica barw jest definiowana jako odległość pomiędzy punktami reprezentującymi porównywane barwy w przestrzeni. Zalecenia dotyczące dopuszczalnej tolerancji odchylenia barwy są dość subiektywne. Wartości średnie podaje poniższa tabelka:

Różnica delty E	Skutki różnicy
0<Δ<1	Różnica jest niezauważalna
1<Δ<2	Różnicę dostrzeże tylko doświadczony obserwator
2<Δ<3,5	różnicę dostrzeże także niedoświadczony obserwator
3,5<Δ<5	różnica jest wyraźnie zauważalna
5<Δ	są to dwa różne kolory

Są to wartości orientacyjne, ponieważ różnią się one dla różnych barw. Wynika to z faktu, że oko ludzkie różnie reaguje na zmianę barwy w zależności od jej odcienia, nasycenia i jasności. Najbardziej zauważalne są te różnice w przypadku barw mało nasyconych (wysoka wrażliwość na zachwiania balansu szarości) oraz barw fioletowo czerwonych i pomarańczowych, na które jesteśmy dużo bardziej wrażliwi niż na barwy zielone.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, że zgodnie z wynikami przeprowadzonych badań różnica między kolorem wymaganym przez Zamawiającego a zaoferowanym przez PW Krystian sp. z o.o. plasuje się na poziomie 35-37 jednostek. Odwołujący stoi na stanowisku, że powyższa rozbieżność przesądza o konieczności uznania ziszczenia się przesłanki niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które - według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 PZP - należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji zdaniem Odwołującego nie budzi wątpliwości, że na podstawie - w/w przepisu odrzuceniu podlega oferta, której treść - rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia (tak KIO w wyroku z 25.04.2022 r., sygn. akt: KIO 858/22). Stąd Zamawiający ma obowiązek zweryfikować zawartość merytoryczną oferty, a więc zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Odwołujący stoi na stanowisku, że zakresem normy prawnej wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP objęta jest również sytuacja, w której pomimo zadeklarowania przez wykonawcę w ofercie, że jej treść odnośnie przedmiotu świadczenia jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, nie znajduje to potwierdzenia w zażądanych - na zasadzie art. 106 (inne dokumenty) PZP - przez zamawiającego i składanych przez wykonawcę - co do zasady wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 PZP) - przedmiotowych środkach dowodowych. Stąd zostały one zdefiniowane w art. 6 pkt 20 PZP jako środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie

przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Jak wskazała KIO w wyroku z 22.02.2023r., sygn. akt: KIO 350/23: *Dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Innymi słowy zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawiać się może w aspekcie zarówno formalnym - niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym - niewykazaniu zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Przy czym konieczne jest, aby składane dokumenty dotyczyły tych samych rzeczy, które zostały sprecyzowane w ofercie". W ocenie Zamawiającego przedmiotowy środek dowodowy próbki odzieży:*

1) dla Zadania 1 - Spodnie łukoochronne zimowe

2) Dla Zadania 2:

a) Bluza łukoochronna letnia

b) Spodnie łukoochronne letnie

c) Koszulka polo łukoochronna- długi rękaw

nie potwierdzają spełnienia warunków koloru chabrowego PANTONE 287C, tj. koloru wymaganego przez Zamawiającego w SWZ. Przedłożone przez Wykonawcę przedmiotowe środki dowodowe przedstawiają odzież o innych parametrach niż określone w OPZ. Zamawiający w świetle zaistniałych okoliczności winien zostać zobligowany do przeprowadzenia badania w zakresie zgodności próbek przedłożonych przez Wykonawcę z wymaganiami określonymi w SWZ. W szczególności występującej w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej niezgodności kolorystycznej próbki odzieży przy jednoczesnym nieprzedłożeniu wymaganej próbki w kolorze chabrowym nie sanuje okoliczność, że próbki te są tożsame z odzieżą dotychczas dostarczaną przez Wykonawcę Zamawiającemu. Obowiązek prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia ciąży na Zamawiającym (art. 99 PZP). Brzmienie Księgi Tożsamości stanowiącej integralną część OPZ na przestrzeni kilku lat, - niezależnie od trybu udzielania zamówienia na dostawę odzieży łukoochronnej - nie uległo zmianie. Tym samym, jeśli Zamawiający zamierzał dopuścić przedkładanie w niniejszym postępowaniu próbek odzieży w kolorze innym niż kolor chabrowy - w tym w kolorze, w którym dotychczas była dostarczana na jego rzecz odzież łukoochronna przez PW Krystian sp. z o.o. - to był zobligowany do określenia tego w SWZ (czy też w OPZ stanowiącym integralną całość). Tymczasem Zamawiający wymagał przedłożenia próbek odzieży lub alternatywnie próbek kolorystycznych w kolorze chabrowym jednoznacznie określonym w Księdze Tożsamości. Również okoliczność, że OPZ o tożsamej treści był sporządzany na potrzeby poprzednich zamówień publicznych nieobjętych reżimem PZP nie uzasadnia dokonania rozszerzającej wykładni warunków SWZ. Jedynie marginalnie Odwołujący pragnie podkreślić, że dotychczasowa wadliwość postępowania Zamawiającego w zakresie udzielenia zamówienia Wykonawcy, który dostarczał dostawy sprzeczne z ówczesnym OPZ nie uzasadnia wyprowadzenia wniosku o prawidłowości działań podjętych w ramach niniejszego postępowania, w którym to z uwagi na prowadzenie postępowania w reżimie PZP Odwołujący ma realną szansę na obronę swoich praw.

Tym samym w ocenie Odwołującego konsekwencją niezłożenia próbki, która będzie potwierdzać treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP jako nieodpowiadającej merytorycznym warunkom zamówienia, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Skoro Wykonawca nie był bowiem w stanie potwierdzić wiarygodnymi środkami dowodowymi deklarowaną w ofercie zgodność oferowanego produktu z wszystkimi parametrami opisu przedmiotu zamówienia, Odwołujący stoi na stanowisku, że zostały ziszczone przesłanki obligujące Zamawiającego do odrzucenia oferty Wykonawcy jako definitywnie niezgodnej z warunkami tego zamówienia. Jak wskazała bowiem KIO w wyroku z 25.04.2022r., KIO 858/22: „Zakresem dyspozycji normy art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. objęta jest również sytuacja, w której zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty nie znajdzie potwierdzenia w zażądanych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia na zasadzie art. 106 ust. 1 p.z.p. (odpowiednik art. 25 ust. 2 pkt 2 p.z.p. z 2004 r.) i złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) przedmiotowych środków dowodowych. Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego". Dodał, że omawiane próbki zawierają wady merytoryczne, których nie można sanować w trybie art. 107 ust. 2 PZP, ponieważ skutkowałoby to *de facto* zmianą złożonej oferty, co koresponduje z linią orzecniczą, gdzie przyjmuje się, że uzupełnieniu mogą podlegać takie dokumenty, które nie powodują zmiany oferowanego przedmiotu oferty (por. wyroki Izby: z 16.12.2021 r., sygn. akt: KIO 3522/21, z 20.12.2021 r., sygn. akt: KIO 3555/21). O ile bowiem art. 107 ust. 2 PZP jest instrumentem dopuszczającym możliwość konwalidowania nieprawidłowego działania wykonawcy, to ustawodawca nie dopuścił szerokiego uzupełnienia dokumentów, tak jak dla podmiotowych środków dowodowych (zgodnie z art. 128 ust. 1 PZP zamawiający wzywa do złożenia/poprawienia/uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, które są niekompletne lub zawierają błędy). Tryb uregulowany art. 107 ust. 2 PZP, przeciwnie do art. 128 ust. 1 PZP, dotyczy ograniczonego zakresu i nie dopuszcza się uzupełnienia dokumentów zawierających błędy, co należy rozumieć jako wady merytoryczne. Co do zasady „Przepis ten nie znajdzie zastosowania w sytuacji, gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprawdzie złożone i są kompletne, ale ich

treść nie jest wystarczająca do pozytywnej oceny zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. (...) Nie będzie również podlegał uzupełnieniu taki przedmiotowy środek dowodowy, który potwierdza, że oferta jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego", (tak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 2, art. 107 p.z.p., red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, M. Matusiak, Warszawa 2022 r., Legalis). Złożone z ofertą próbki są niezgodne z OPZ, a ewentualne ich uzupełnienie wiązałoby się ze zmianą w merytorycznej sferze dokumentów, które miały potwierdzać zgodność cech oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego, co jest niedopuszczalne w trybie art. 107 ust. 2 PZP. Takiej wady przedmiotowego środka dowodowego nie można konwalidować, oznaczałoby to bowiem uzupełnienie przedmiotu oferty po upływie terminu na składanie ofert, kiedy tryb uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych nie może pomijać zasady niezmienności treści oferty.

W świetle powyższego Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiającyw konsekwencji naruszył art. 232 ust. 1 PZP przed zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej Wykonawców, których oferty podlegały odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP. Zgodnie z powołanym przepisem zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu. Tym samym w przypadku postępowania z zastosowaniem aukcji elektronicznej zaproszenie do aukcji poprzedza badanie ofert oraz ich ewentualne odrzucenie. Oznacza to zatem, że etap zaproszenia do udziału w aukcji poprzedza etap badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym także pod kątem zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty wynikających z art. 226 PZP Wykonawcy, których oferty uznane zostaną za podlegające odrzuceniu, stosowanego zaproszenia do udziału w aukcji nie otrzymują. *A contrario*, oferty wykonawców zaproszonych do aukcji elektronicznej zostały przez Zamawiającego uznane za niepodlegające odrzuceniu, co jak zostało przedstawione powyżej - nie znajduje potwierdzenia w materiałach niniejszego postępowania. Odwołujący uznał nadto, że Zamawiający naruszył art. 74 ust. 2 pkt 1) PZP w zw. z art. 16 i art. 18 PZP przez udostępnienie Odwołującemu próbek materiałów stanowiących część oferty po upływie 58 dni od dnia wystąpienia przez Odwołującego z wnioskiem o ich udostępnienie, co w bezpośredni sposób przełożyło się na możliwość realnego udziału Odwołującego w niniejszym postępowaniu i w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez brak odrzucenia oferty

Wykonawcy i zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej pomimo zaistnienia okoliczności obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty. Otwarcie ofert w niniejszym postępowaniu nastąpiło w dniu 10.10.2023r., zaś Odwołujący wystąpił z wnioskiem o udostępnienie próbek dnia 17.10.2023r. W tym miejscu podkreślenia wymaga okoliczność, że stosownie do § 5 ust. 3 Rozporządzenia jeżeli udostępnienie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania albo ich części przy użyciu środków komunikacji elektronicznej byłoby utrudnione lub niemożliwe - zamawiający niezwłocznie informuje o tym wnioskodawcę, wskazując, że udostępnienie, zgodnie z wyborem zamawiającego, może nastąpić przez wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, przesłanie za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. z 2020 r. poz. 1041 i 2320) lub za pośrednictwem posłańca. W świetle art. 74 ust. 2 pkt 1 PZP oferty wraz z załącznikami składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny zostać udostępnione (na wniosek) przez zamawiającego niezwłocznie po ich otwarciu, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia, w którym nastąpiło otwarcie ofert. Obowiązek niezwłocznego udostępniania ofert, o którym mowa w ww. przepisie, należy rozumieć jako konieczność podjęcia przez zamawiającego czynności w najkrótszym możliwym terminie (po wpłynięciu wniosku o udostępnienie), mając na uwadze okoliczności związane z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Powyższe oznacza co do zasady, iż udostępnienie ofert powinno nastąpić bez zbędnej zwłoki w terminie nie dłuższym niż 3 dni od daty ich otwarcia.(tak Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w opinii pn „Jaki jest termin na udostępnienie oferty?"). W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że 3-dniowy termin, o którym mowa w art. 74 ust. 2 PZP dotyczy również udostępniania ofert w miejscu wskazanym przez Zamawiającego. Tym samym termin na udostępnienie wnioskowanych próbek upłynął dnia 20.10.2023r. Zamawiający wyznaczył odwołującemu termin na obejrzenie próbek na dzień 07.10.2023r., tj. na dzień przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Przybycie do siedziby Zamawiającego w dniu aukcji elektronicznej dla Odwołującego mającego siedzibę w innym mieście niż Zamawiający oznaczało de facto uniemożliwienie wzięcia udziału w aukcji elektronicznej, co w konsekwencji skutkowało złożeniem przez Odwołującego wniosku o wyznaczenie innego terminu. Ostatecznie Zamawiający udostępnił Odwołującemu przedmiotowe próbkiw dniu 14.11.2023r., co zdaniem Odwołującego jest równoznaczne z naruszeniem przez Zamawiającego zasady jawności postępowania. Zasadę jawności traktuje się priorytetowo, jako jedną z najważniejszych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem uniemożliwia Odwołującemu dokonanie oceny czynności podejmowanych przez Zamawiającego czynności, a co za tym idzie - podjęcia czynności gwarantujących zasady przejrzystości czy uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Analogiczne wnioski należałoby odnieść do protokołu oceny jakościowej próbek, o udostępnienie którego Odwołujący wystąpił dnia 03.11.2023r., zaś nie uzyskał go do dnia sporządzenia niniejszego odwołania. W konsekwencji na dzień sporządzenia niniejszego odwołania Odwołujący nie dysponuje pełną wiedzą w zakresie przebiegu niniejszego

postępowania o udzielenie zamówienia. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, że niniejsze postępowanie obarczone jest innymi, niepodniesionymi naruszeniami przepisów PZP, o których Odwołujący na dzień sporządzenia niniejszego pisma nie ma wiedzy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego. Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest jawność postępowania, która służy też realizacji pozostałych zasad udzielania zamówień publicznych. Trudno bowiem o zagwarantowanie zasady przejrzystości czy uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, które w określonej części nie jest jawne. Zasada ta ma więc charakter fundamentalny, a odstępstwa od niej możliwe są wyłącznie na zasadzie wyjątku, co wynika z art. 18 ust. 2 PZP, stanowiącego, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. W związku z tym za naganną należy uznać tendencję do nadużywania przez Zamawiającego możliwości powoływania się na instrukcyjny charakter terminów, o których mowa w art. 74 PZP, co czyni z niej narzędzie służące raczej uniemożliwieniu weryfikacji prawidłowości postępowania przez wykonawców.

Zamawiający w dniu 27.11.2023 r. (drogą elektroniczną) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29.11.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) ORK POLAND Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: ORK POLAND Sp. z o.o.

W dniu 30.11.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) PW Krystian Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: PW Krystian Sp. z o.o.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 07.12.2023 r. na mocy zarządzenia z 29.11.2023 r. odbyło się posiedzenie z udziałem stron. W tym dniu odbyła się także rozprawa. Nadto, wyznaczono termin ogłoszenia wyroku na 12.12.2023 r. godz. 15:45.

W dniu 08.12.2023 r. wpłynął wniosek o sprostowanie protokołu przesłany przez Zamawiającego. Na podstawie niniejszego wniosku, Izba uznała, że zaistniała konieczność otwarcia na nowo rozprawy (wyznaczając nowy termin na dzień 15.12.2023 r. godz. 13:00, znosząc termin ogłoszenia orzeczenia wyznaczony na 12.12.2023 r. godz. 15:45), gdyż po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania (art. 551 ust. 2 NPzp).

W ramach wniosku o sprostowanie protokołu okazało się, że Wykonawca M.L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MARGO M.L., ul. Z. Krasińskiego 97, 87100 Toruń nie jest wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa odzieży łukochronnej letniej i zimowej dla ENEA Operator sp. z o.o. - 2 zadania”, nr sprawy nr RPUZ/P/0570/2023/DB/B, jest nim natomiast konsorcjum składające się z dwóch firm, tj. Konsorcjum Firm: 1) LIDER KONSORCJUM: M.L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MARGO M.L., ul. Krasińskiego 97, 87-100 Toruń 2) PARTNER KONSORCJUM: ARES BHP Sp. z o.o., ul. Ujejskiego 8/8A, 30-102 Krak. M.L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MARGO M.L. ul. Krasińskiego 97, 87-100 Toruń bez umocowania od ARES BHP Sp. z o.o., ul. Ujejskiego 8/8A, 30-102 Kraków nie jest uprawniona do złożenia odwołania w imieniu całego konsorcjum. Brak takiego umocowania zarówno w pełnomocnictwie złożonym wraz z odwołaniem, jak i brak umocowania w umowie konsorcjum złożonej wraz z ofertą do postępowania. Nadto, Zamawiający wskazał, że: „(...) *Prawidłowe oznaczenie strony odwołującego powinno mieć znaczenie dla Krajowej Izby Odwoławczej do odrzucenia odwołania z urzędu, gdyż odwołanie złożone jest przez podmiot nieuprawniony zgodnie z art. 528 pkt. 2) ustawy Pzp (...)*’.

Jednocześnie, w dniu 12.12.2023 r. PW Krystian Sp. z o.o. złożyła wniosek o wyjaśnienie powodów otwarcia na nowo rozprawy. W dniu 14.12.2023 r. PW Krystian Sp. z o.o. został poinformowany, że o szczegółach decyzji strony postępowania zostaną poinformowane przez skład na rozprawie.

Podczas otwartej na nowo rozprawy Zamawiający podtrzymał wniosek o sprostowanie będący zarazem wnioskiem o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp oraz potwierdził, że ofertę w postępowaniu prowadzonym przez niego złożyło konsorcjum składające się z dwóch firm, tj. Konsorcjum Firm: 1) LIDER KONSORCJUM: M.L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MARGO M.L., ul. Krasińskiego 97, 87-100 Toruń; 2) PARTNER KONSORCJUM: ARES BHP Sp. z o.o., ul. Ujejskiego 8/8A, 30-102 Kraków. Odwołujący wskazywał, że błędne oznaczenie Wykonawcy w odwołaniu jest wynikiem omyłki pisarskiej. Nadto, potwierdził, że złożył ofertę w postępowaniu jako konsorcjum składające się z dwóch podmiotów. Dodatkowo wywodził, swoje prawo do składania odwołania jako konsorcjum i reprezentowania drugiego członka konsorcjum z umowy

konsorcjum załączonej do oferty z § 4 lit. b) Partnerzy występujący wspólnie udzielili jej pełnomocnictwa do reprezentowania członka Konsorcjum w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie.

Na podstawie akt postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że Odwołujący złożył Zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia i terminowo uiszczył wpis od odwołania, w prawidłowej wysokości na właściwy rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Izba ustaliła, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

pn. „Dostawa odzieży łukoochronnej letniej i zimowej dla ENEA Operator sp. z o.o. - 2 zadania”, nr sprawy nr RPUZ/P/0570/2023/DB/BO Zamawiający wyznaczył termin otwarcia ofert w dniu 10.10.2024 r. Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego ustalono również, że jedną z ofert złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Firm: 1) LIDER KONSORCJUM: M.L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MARGO M.L., ul. Krasińskiego 97-100 Toruń; 2) PARTNER KONSORCJUM: ARES BHP Sp. z o.o., ul. Ujejskiego 8/8A, 30-102 Kraków.

Nadto, Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę: M.L. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MARGO M.L. ul. Krasińskiego 97, 87-100 Toruń. Z kolei ani z treści wniesionego odwołania, ani z załączonych do niego dokumentów nie wynika w sposób niebudzący wątpliwości, aby odwołanie zostało wniesione przez obydwu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, tj. przez Odwołującego, jak też przez spółkę ARES BHP Sp. z o.o., ul. Ujejskiego 8/8A, 30-102 Kraków.

Izba stwierdziła, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 2 Pzp, gdyż zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony

wskazuje, że krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 505 Pzp, zaliczając do niego wykonawcę, uczestnika konkursu, a także inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z tym zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia przysługują one również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 Pzp oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców.

Zgodnie z powyższym tylko podmioty wskazane w tym przepisie mogą zostać uznane

za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd *a contrario* podmioty niezaliczające się do tego kręgu muszą zostać uznane za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp.

W odniesieniu do pojęcia „wykonawcy” definicja legalna zawarta jest w art. 7 pkt 30 Pzp i w myśl tego przepisu wykonawcą to osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast kategoria „innych osób”, o której mowa w przepisie obejmuje, jak wskazuje się w orzecznictwie, potencjalnych wykonawców, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez Zamawiającego - zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia, zapytanie o cenę (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt).

Biorąc pod uwagę tak określony krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania, Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie należy do żadnej z wyżej wymienionych kategorii. W szczególności Odwołujący nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 Pzp. Wprawdzie M.L. prowadzi działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MARGO M.L., to nie ona złożyła ofertę w niniejszym postępowaniu. Ofertę w niniejszym postępowaniu złożyli bowiem wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, działający w formie konsorcjum: Konsorcjum Firm: 1) LIDER KONSORCJUM: M.L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MARGO M.L., ul. Krasińskiego 97-100 Toruń; 2) PARTNER KONSORCJUM: ARES BHP Sp. z o.o., ul. Ujejskiego 8/8A, 30-102 Kraków. Powyższe wynika w szczególności z treści złożonej przez ww. wykonawców oferty oraz załączonej do niej umowy konsorcjum.

Izba przypomina, że w przypadku, gdy ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Wykonawcą, w myśl art. 58 ust. 5 Pzp,

są podmioty wspólnie składające ofertę. Przepis ten bowiem nakazuje stosować

do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiednio przepisy o Wykonawcy. W konsekwencji to wszystkim działającym łącznie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie publiczne - przysługuje także prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej. Prawo to nie przysługuje natomiast w takim przypadku

podmiotom działającym samodzielnie, wchodzącym w skład konsorcjum.

Z kolei z treści złożonego odwołania, zarówno z oznaczenia Odwołującego, jak też z petitum wniesionego odwołania wynika, że odwołanie zostało złożone wyłącznie przez ten właśnie, wymieniony w odwołaniu podmiot.

Z żadnego natomiast z powołanych wyżej dokumentów nie wynika wola Odwołującego do działania w imieniu i na rzecz drugiego z członków konsorcjum.

Do odwołania nie załączono także jakichkolwiek dokumentów, z których można byłoby wywieść wolę działania odwołującego w imieniu innym niż własne. Nadto, z umowy konsorcjum załączonej do oferty nie wynika umocowanie lidera do składania odwołania w postępowaniu odwoławczym przez Krajową Izbą Odwoławczą w imieniu całego konsorcjum, czyli także w imieniu partnera. Przywołany przez Odwołującego § 4 lit. b) umowy konsorcjum - Partnerzy występujący wspólnie udzielili jej pełnomocnictwa do: reprezentowania członka Konsorcjum w toku postępowania o udzielenie zamówienia, dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższą argumentację, Izba stwierdziła, że odwołanie wniesione samodzielnie przez Odwołującego M.L. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MARGO M.L., ul. Krasieńskiego 97, 87-100 Toruń należało ocenić jako odwołanie wniesione przez podmiot nieuprawniony, co wypełniło normę art. 528 pkt 2 Pzp i skutkowało koniecznością odrzucenia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 Pzp oraz § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

.....