

WYROK

Warszawa, dnia 24 lipca 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2026 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2026 r. przez wykonawcę **Market BHP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** siedzibą w Inowrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Międzygminny Komplex Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Odwołującego** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Międzygminny Komplex Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. *Dostawa odzieży roboczej, obuwia roboczego, materiałów bhp oraz środków ochrony indywidualnej dla pracowników MKUO ProNatura Sp. z o.o*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 maja 2026 r. pod numerem 026/BZP 00232797/01.

W dniu 22 czerwca 2026 r. wykonawca Market BHP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Inowrocławiu, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia WAMAX z Postępowania w sytuacji, w której WAMAX w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do wykazania rzekomej zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie:

a) wdrożenia systemu szaf vendingowych stanowiące pismo (referencje) mające pochodzić od CGH GROUP Sp. z o.o. w Bydgoszczy oraz w oświadczeniu stanowiącym wykaz usług według wzoru załącznika do oświadczenia nr 4a Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”), podczas gdy rzeczony dokument nie potwierdza zdolności technicznej lub zawodowej zgodnie z warunkami udziału w Postępowaniu w okresie ostatnich 5 lat;

b) dostawy odzieży roboczej i/lub środków ochrony indywidualnej o wartości co najmniej 200.000 złotych brutto każda mające pochodzić od CGH GROUP Sp. z o.o. w Bydgoszczy oraz od „POL-OSTEG” Sp. z o.o. Bydgoszczy oraz oświadczeniu stanowiącym wykaz dostaw według wzoru załącznika do oświadczenia nr 4 SWZ, podczas gdy rzeczony dokumenty nie potwierdzają zdolności technicznej lub zawodowej zgodnie z warunkami udziału w Postępowaniu w

zakresie wartości 2 dostaw o wartości co najmniej 200.000 zł brutto każda w okresie ostatnich 3 lat;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp i w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WAMAX w sytuacji, w której oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania w związku z wystąpieniem podstaw opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, to jest w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadzającego Zamawiającego w błąd co do wykazania rzekomej zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie: (a) wdrożenia systemu szaf vendingowych w okresie ostatnich 5 lat oraz (b) w zakresie wartości 2 dostaw odzieży roboczej i/lub środków ochrony indywidualnej o wartości co najmniej 200.000 zł brutto każda w okresie ostatnich 3 lat;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c) Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WAMAX w sytuacji, w której oferta ta została złożona przez WAMAX, który nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu i nie złożył rzetelnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i przedmiotowego środka dowodowego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do: a) wdrożenia systemu szaf vendingowych w okresie ostatnich 5 lat oraz b) w zakresie wartości 2 dostaw odzieży roboczej i/lub środków ochrony indywidualnej o wartości co najmniej 200.000 zł brutto każda w okresie ostatnich 3 lat, a więc nie wykazał spełnienia warunków za pomocą prawidłowych referencji;

4) art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty WAMAX, która powinna zostać odrzucona;

5) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty MARKET BHP pomimo że treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia, co wynikało z bezpodstawnego uznania przez Zamawiającego, że treść oferty Odwołującego w zakresie produktu CS300 firmy ASATEX z poz. 64 Opisu Przedmiotu Zamówienia („OPZ”) - Kombinezon ochronny przed substancjami chemicznymi i pyłami, jest niezgodna z warunkami zamówienia;

6) art. 107 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie oceny zgodności oferowanego produktu CS300 firmy ASATEX z poz. 64 OPZ (Kombinezon ochronny przed substancjami chemicznymi i pyłami) w oparciu o informacje niewynikające z wymaganych przez Zamawiającego w SWZ przedmiotowych środków dowodowych;

7) art. 128 ust. 1 i 4 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez nieskierowanie przez Zamawiającego do Odwołującego wezwania do złożenia uzupełnionego oświadczenia lub wyjaśnień, które to wezwanie zawierałoby wyznaczony termin do złożenia dodatkowego dokumentu w zakresie produktu CS300 firmy ASATEX z poz. 64 OPZ co do jego budowy materiałowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty WAMAX jako najkorzystniejszej w Postępowaniu; powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu w zakresie analizy oferty WAMAX; wykluczenia WAMAX z Postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty WAMAX złożonej w Postępowaniu; unieważnienia czynności odrzucenia oferty MARKET BHP z Postępowania powtórzenia czynności badania i oceny oferty w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty MARKET BHP.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 29 czerwca 2026 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, oferty wykonawców, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowisko Zamawiającego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 lipca 2026 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający w części III ust. 1 pkt 1.2. SWZ określił warunki udziału w postępowaniu, w tym w ppkt 4- warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, do których zaliczył m.in. (tiret drugie i trzecie) obowiązek wykazania się przez wykonawcę:

- Wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych- wykonywaniem 2 dostaw odzieży roboczej i/lub środków ochrony indywidualnej o wartości co najmniej 200 000 złotych brutto każda (w przypadku

świadczeń ciągłych wartość prac zrealizowanych do dnia składnia ofert musi wynieść 200 000 zł).

- Wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych - usługi wdrożenia wraz z obsługą systemu vendingowego (obejmującego jedną szafę vendingową), umożliwiającego pobieranie rękawic przez pracowników za pomocą posiadanych kart RFID.

Zgodnie z postanowieniami części III ust. 5 pkt 5 lit a) ppkt. d. tiret 1 i 2 SWZ Zamawiający zastrzegł, iż przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących wspomnianych wyżej warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający w postaci

- wykazu dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (załącznik nr 4),

- wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (wzór stanowi załącznik nr 4a do SWZ).

Zamawiający zastrzegł w postępowaniu następujące fakultatywne przesłanki wykluczenia: art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.2, jak również w SWZ w części III pkt 2.2).

W załączniku nr 1 do SWZ- Opis przedmiotu Zamówienia (dalej OPZ) w tabeli zawartej w pkt. 1 OPZ Zamawiający określił m.in. wytyczne w zakresie odzieży roboczej oraz ŚOI objętych zamówieniem dla poszczególnych pozycji asortymentowych. W poz. 64 określił następujące wymogi dla produktu Kombinezon ochronny przed substancjami chemicznymi i pyłami:

Kombinezon ochronny ma mieć cechy zapewniające komfort i stanowić wytrzymałą barierę przed niektórymi chemikaliami, aerozolami i cząstkami. Ma być wykonany z tkaniny niemikroporowej, przez co zapewnia ochronę chemiczną o potwierdzonej badaniami odporności na przesiąkanie i jest certyfikowany zgodnie z normą EN 14126 dot. czynników zakaźnych. Ma zapewniać barierę przed niebezpiecznymi cząsteczkami i zabezpieczać przed cieczami w postaci rozpylonej. Ma spełniać m.in. normy dotyczące odzieży chroniącej przed chemikaliami, takie jak: EN 14126 odporność na czynniki zakaźne, EN 1073-2 odporność na radioaktywne cząstki stałe, EN 1149 oraz EN ISO 13688. Zalicza się również do odzieży typu 6 EN 13034 pod względem ochrony przed opryskaniem cieczą oraz typu 5 EN ISO 13982-1 pod względem ochrony przed pyłami. Odzież typu 4 EN 14605 – ciecze w postaci rozpylonej. Ma mieć oklejone taśmą szwy, aby zredukować ekspozycję skóry na przecieki cieczy i przedostanie się pyłów do wnętrza. Ma posiadać klasa efektywności TIL 2 zgodnie z normą EN1073-2 dotyczącą ochrony przed skażeniem radioaktywnymi cząstkami stałymi. Ma być wykonany z niemikroporowego laminatu PE, przez co zapewni ochronę chemiczną o potwierdzonej badaniami odporności na przesiąkanie niektórych środków chemicznych. Mankiety z dzianiny oraz elastyczne wstawki w talii i na kostkach mają zapewnić użytkownikowi większy komfort i zwiększają swobodę ruchów, a bardzo niskopylący materiał zmniejszyć zanieczyszczenie środowiska. Ma również posiadać powłokę antystatyczną zgodną z normą EN 1149, która zmniejsza wyładowania elektrostatyczne oraz redukuje ryzyko iskry i zapłonu.

Oferty w postępowaniu złożyło 4 wykonawców, w tym Odwołujący i WAMAX. Odwołujący w poz. 64 kombinezon ochronny przed substancjami chemicznymi i pyłami zaoferował produkt ASATEX CS300.

Wykonawca WAMAX w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym:

1. wykaz dostaw, z którego wynikało, że w okresie ostatnich 3 lat zrealizował co najmniej dwie dostawy odzieży roboczej/ŚOI o wartości co najmniej 200.000 zł każda:

1) dostawę odzieży roboczej, rękawic i ŚOI na rzecz CGH Group Sp. z o.o. w Bydgoszczy realizowaną w okresie od 1.01.2023 r. do 31.12.2025 r., o wartości 1.045.085,25 zł

2) dostawę odzieży roboczej, rękawic, obuwia roboczego i ŚOI na rzecz POL-OSTEG Sp. z o.o. w Bydgoszczy realizowaną w okresie od 1.01.2023 r. do 31.12.2025 r., o wartości 324.349,35 zł

Do wykazu WAMAX załączył referencje wystawione przez CGH Group Sp. z o.o., podpisane przez T.C.- głównego specjalistę ds. BHP oraz przez POL-Osteg Sp. z o.o. z których wynikało, że dostawy wykonano należycie.

2. wykaz usług, z którego wynikało, że w okresie ostatnich 5 lat zrealizował co najmniej jedną usługę wdrożenia wraz z obsługą systemu vendingowego obejmującą jedną szafę vendingową, umożliwiającą pobieranie rękawic przez pracowników za pomocą kart RFID- usługę na rzecz CGH Group Sp. z o.o., zrealizowaną w okresie 1.03.2024-28.02.2025r.

Do wykazu WAMAX załączył referencje wystawione przez CHG Group Sp. z o.o., podpisane przez T.C.- głównego specjalistę ds. BHP z których wynikało, że usługę wykonano należycie.

W dniu 17.06.2026 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty WAMAX jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu m.in. oferty Odwołującego. W odniesieniu do oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że *Wykonawca dołączył do oferty wszystkie wymagane przedmiotowe środki dowodowe w tym m.in. deklaracje dla wyrobów dotyczących kombinezonów ochronnych. Deklaracja zgodności firmy ASATEX dla produktu CS400 – spełnia wymogi SWS dla norm produktu podanego w pozycji 63, a produkt ten spełnia wymogi podane w opisie SWZ poz. 63. Druga Deklaracja zgodności firmy ASATEX dla produktu CS300 spełnia wymogi SIWS dla norm podanych w pozycjach 63 i 64, natomiast nie spełnia wymogów OPZ dla poz. 64 (Kombinezon ochronny przed substancjami chemicznymi i pyłami) dotyczących rodzaju tkaniny z jakiej ma być wykonany produkt. W SWZ dla pozycji 64 wymagano tkaniny - laminat niemikroporowaty z PE (gładki, mocniejszy), natomiast Wykonawca zaoferował produkt ASATEX wykonany z tkaniny - laminat mikroporowaty z PP (słabszy i szorstki) czym wskazuje, że zaoferował produkt nie spełnia wymogów SWZ.*

Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności, Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Następnie, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie w podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp i w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia WAMAX z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Należy wskazać, że przesłanki wykluczenia wykonawcy wynikające z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp są fakultatywnymi przesłankami wykluczenia. Na powyższe wskazuje użyty przez ustawodawcę zwrot „może”. Obowiązek

wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia pojawia się wyłącznie wtedy, gdy zamawiający w danym postępowaniu zdecyduje się na ich wprowadzenie. O tym, w jaki sposób taka decyzja ma zostać wyrażona w postępowaniu decyduje art. 109 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym, jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie wymóg wynikający z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp nie został przez Zamawiającego spełniony wobec przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający zastrzegł w postępowaniu jedynie następujące fakultatywne przesłanki wykluczenia: art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Powyższe podstawy wykluczenia z postępowania zostały wskazane zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.2, jak również w SWZ w części III pkt 2.2. W treści dokumentów zamówienia próżno szukać wzmianki o przesłance wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że analizowane postępowanie zamawiający prowadzi w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji. Zgodnie z przepisami regulującymi ten tryb, podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu musiały być określone zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w specyfikacji warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 134 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, specyfikacja warunków zamówienia zawiera podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1, jeżeli zamawiający je przewiduje. Z kolei zgodnie z art. 272 ust. 2 ustawy Pzp minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, w tym w ogłoszeniach, o których mowa w art. 216 ust. 1 i 3 oraz w art. 448, a także tryb przekazywania ogłoszeń, mając na względzie rodzaje ogłoszeń, tryby postępowania o udzielenie zamówienia oraz szczególne instrumenty i procedury. Stosownie do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439) w ogłoszeniu o zamówieniu należy zawrzeć fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy (Załącznik nr 1 pkt I Zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu niezależnie od trybu udzielenia zamówienia, postępowania o zawarcie umowy ramowej ppkt 6 Kwalifikacja podmiotowa wykonawców tiret 2 informacja o podstawach wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy – jeżeli zamawiający je przewiduje).

Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że Zamawiający nie miał prawa w tym postępowaniu badać spełniania przez wykonawcę podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. W tej sytuacji okoliczność, czy wykonawca złożył prawdziwe czy fałszywe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu okazało się być pozbawione jakiegokolwiek doniosłości prawnej. Zatem, oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie mogło mieć jakiegokolwiek wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, gdyż dotyczyło niezastrzeżonej w tym postępowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia, której Zamawiający nie miał prawa badać.

Skoro Zamawiający nie przewidział wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp przed upływem terminu składania ofert, to konsekwentnie nie może tego zrobić po upływie terminu składania ofert. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył wyżej wskazywanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp. W konwencji także przez wybór oferty WAMAX jako najkorzystniejszej nie doszło do naruszenia reguł wyłaniania oferty najkorzystniejszej.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c) ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty WAMAX w sytuacji, w której oferta ta została złożona przez podmiot, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie złożył rzetelnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu ani środka dowodowego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia).

Z powyższym nie sposób się zgodzić. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że po pierwsze Odwołujący nie podnosi, jakoby z przedłożonych w postępowaniu dokumentów wynikał brak wymaganego doświadczenia jego konkurenta ani nie przedstawia dowodów, które mogłyby podważać posiadanie takiego doświadczenia (w tym-zrealizowanie wymienionych w wykazach dostaw/ usług, termin ich realizacji lub wartość). Po drugie, Odwołujący nie stawia zarzutu naruszenia art. 128 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania WAMAX do wyjaśnienia lub uzupełnienia rzekomo niewystarczających / nieodpowiednich podmiotowych środków dowodowych. Po trzecie, to z wykazu (a nie z referencji) ma zatem wynikać, iż doświadczenie referencyjne odpowiada wymaganiom Zamawiającego co do przedmiotu, wartości lub daty realizacji usług bądź dostaw referencyjnych.

Wskazać należy, że zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), Zamawiający w celu potwierdzenia spełniania przez

wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Podkreślić należy, że jak wynika z powyższego przepisu potwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest oświadczenie wykonawcy złożone w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej. Nie może zatem ulegać najmniejszej wątpliwości, że dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych usług jest wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane.

W niniejszej sprawie treść wykazu (czego Odwołujący nie kwestionuje) bezspornie potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu, z załączonych do niego referencji wynika natomiast, że usługi /dostawy ujęte w wykazie zostały należycie wykonane. Bez znaczenia jest więc brak w referencjach informacji nt. wartości czy szczegółowych dat realizacji tych usług / dostaw.

Odnosnie do osoby podpisującej referencje podkreślić należy, że dowody potwierdzające należyte wykonanie lub wykonywanie zadań referencyjnych stanowią oświadczenie wiedzy złożone przez wystawcę tego dokumentu. Zatem nie jest wymagane, by dowody te były sporządzone lub podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji określonego podmiotu.

W zakresie zarzutów opartych o brak daty na referencjach wystawionych przez podmiot CGH Group Sp. z o.o. wskazać należy, że wymóg, aby referencje pochodziły z daty nie wcześniejszej niż 3 miesiące przed ich złożeniem dotyczy referencji potwierdzających należyte wykonywanie usług/ dostaw o charakterze ciągłym lub powtarzającym się, natomiast wykaz dostaw/ usług złożony w postępowaniu odnosił się do zamkniętego okresu realizacji usług, który zakończył się odpowiednio w grudniu/ lutym 2025. Tym samym zgodzić należy się z Zamawiającym, że data wystawienia referencji jest irrelevantna z punktu widzenia dopuszczalności ich złożenia na potwierdzenie należytego wykonania dostaw/ usług ujętych w wykazie, niezależnie od tego, że z ich treści może wynikać kontynuowanie współpracy przez zainteresowane podmioty (WAMAX i jej kontrahentów).

Izba podzieliła również stanowisko Zamawiającego, uznając że odrzucenie oferty Odwołującego było prawidłowe, stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający na podstawie ww. przepisu jest zobowiązany odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia – zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą 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.

Treść warunków zamówienia, to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia katalog potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa.

Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

Ponadto, uwzględniając art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego

określonymi w dokumentach zamówienia. Dodatkowo, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poza wyjaśnianiem treści oferty na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty. Jediną możliwością korekty oferty wykonawcy jest art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, jednak pod pewnymi warunkami. Jak podkreśla orzecznictwo Izby i Trybunału Sprawiedliwości UE zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacji między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego ani oferenta (wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16).

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy stan faktyczny należy wskazać, co następuje. Zamawiający nie kwestionował kompletności przedłożonych przedmiotowych środków dowodowych. Podstawą odrzucenia było niespełnianie przez zaoferowany produkt wymagań SWZ co do materiału, z którego został on wykonany. Istotą nie jest też wykonanie kombinezonu z materiału PP czy też mieszaniny włókna PP i PE, a fakt, iż został on wykonany z materiału mikroporowatego, podczas gdy Zamawiający w (niezakwestionowanych przez żadnego z wykonawców) postanowieniach SWZ wymagał wykonania go z materiału niemikroporowatego. Z karty katalogowej danych technicznych, załączonej do odwołania wprost wynika, że zastosowana w spornym produkcie tkanina (materiał) jest materiałem mikroporowatym, a więc sprzecznym z wymogami SWZ.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, Odwołujący nie powołał się w treści oferty na zaoferowanie produktu równoważnego ani nie starał się takiej równoważności wykazać, tym samym winien był zaoferować produkt zgodny z wymaganiami zawartymi w OPZ.

Reasumując, skład orzekający doszedł do przekonania, że nie naruszono przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....