

Sygn. akt: KIO 1952/17

WYROK

z dnia 3 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2017 r. przez Odwołującego – wykonawcę CENREX sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – 4 Regionalną Bazę Logistyczną we Wrocławiu,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1952/17

Uzasadnienie

Skarb Państwa – 4 Regionalna Baza Logistyczna we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164

j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę agregatów prądotwórczych dużej mocy KEP 900 (Kontenerowych Elektrowni Polowych), znak sprawy TECH/196/2017, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 lipca 2017 r. pod nr 2017/S 126-256144.

7 września 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty wykonawcy Janusza Kani prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AGREGATY PEX-POOLPLUS J. K. (dalej „Wykonawca JK”).

18 września 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wniesione zostało odwołanie wykonawcy CENREX sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 9 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy JK, pomimo że na wezwanie Zamawiającego złożył dokument referencji wystawiony 4 sierpnia 2016 r. przez SET Stange Energietechnik GmbH, który został sporządzony w całości w języku obcym, nie przedstawiając przy tym tłumaczenia tego dokumentu, a tym samym nie spełnił wymogu Zamawiającego, o którym mowa w Rozdziale 10 pkt 10.1.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),

2. ewentualnie, z ostrożności procesowej, art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy JK, pomimo że nie wykazał się spełnianiem warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt 5.2. SIWZ składając dokument referencji, który został sporządzony w całości w języku obcym, nie załączając przy tym tłumaczenia tego dokumentu,

3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawcy,
zaniechanie przeprowadzenia należytego badania i oceny oferty Wykonawcy JK i w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 2.przeprowadzenia ponownej oceny i badania oferty Wykonawcy JK,
 - 3.odrzucenia oferty Wykonawcy JK,
 - 4.dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- a nadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

Odwołujący podał, że w Postępowaniu złożone zostały cztery oferty: Odwołującego, Wykonawcy JK, ARMPOL Przedsiębiorstwo Innowacyjno-Wdrożeniowe sp. z o.o. oraz GENPOWER sp. z o.o. Gdyby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów Pzp, oferta Wykonawcy JK nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a realizacja zamówienia powierzona zostałaby Odwołującemu. Na skutek niezgodnych z Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Konsekwencją powyższego jest pozbawienie Odwołującego zysku związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego, co stanowi niewątpliwie szkodę.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 9 ust. 2 Pzp Odwołujący podał, że Zamawiający w Rozdziale 5 pkt 5.2. SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w Postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej i zawodowej. Zamawiający wskazał, że uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż posiada zdolność do realizacji przedmiotu zamówienia popartą należytym wykonaniem co najmniej jednej dostawy produktów tożsamyh rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia o minimalnej wartości 3.300.000,00 zł brutto.

Zamawiającyw ... Rozdziale 6 ... pkt 6.4. SIWZ wymagał ponadto, aby:
„Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, złożył na wezwanie Zamawiającego, (w terminie nie krótszym niż 10 dni) oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, wykaz dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, 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, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje, bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem składania ofert”.

Ponadto, zgodnie z Rozdziałem 10 pkt 10.1.4. SIWZ, Zamawiający wymagał, aby dokumenty sporządzone w języku obcym były składane wraz z tłumaczeniem na język polski.

Pismem z 25 sierpnia 2017 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał Wykonawcę JK do złożenia oświadczeń i dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, tj. m.in. dokumentów, o których mowa w Rozdziale 6 pkt 6.4. SIWZ.

Pismem z 29 sierpnia 2017 r. Wykonawca JK złożył wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, składając jednocześnie sporny dokument referencji, który został w całości sporządzony w języku obcym. Wykonawca JK nie złożył ww. dokumentu wraz z tłumaczeniem na język polski. Pomimo tego naruszenia Zamawiający przyjął przedmiotowy dokument i na jego podstawie uznał, że tenże wykonawca spełnił warunek, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt 5.2. SIWZ i dokonał wyboru jego oferty.

Przyjęcie przez Zamawiającego do oceny merytorycznej oferty dokumentu złożonego w całości w języku obcym (innym niż polski) doprowadziło do naruszenia zasady udzielania zamówień publicznych wyrażonej w art. 9 ust. 2 Pzp, tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w języku polskim. Zasada ta, zgodnie z art. 9 ust. 3 Pzp, może doznać konkretnego ograniczenia, tj. możliwości złożenia dokumentów w postępowaniu w języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane, jedynie wówczas, gdy zamawiający w szczególnie uzasadnionych przypadkach wyrazi na to zgodę, co powinno znaleźć swoje odzwierciedlenie w postanowieniach SIWZ, czy treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający takiego ograniczenia stosowania ustawowej zasady języka polskiego nie wprowadził w odniesieniu do wymogu opisanego w Rozdziale 10 pkt 10.1.4. SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że ustawodawca w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie

zamówienia (Dz.U.2016.1126) określił wymóg złożenia tak dokumentów podmiotowych, jak i przedmiotowych, do których odnosi się również treść wskazanego rozporządzenia, wraz z tłumaczeniem na język polski (§16 ust. 1 rozporządzenia). Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że brak w ofercie, czy też w wyniku wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów dokonanego na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, dokumentu w polskiej wersji językowej (brak tłumaczenia dokumentu) kwalifikuje się stwierdzeniem, że wykonawca nie wykazał spełniania wymagań merytorycznych opisanych w treści SIWZ. Tym samym taką ofertę należy uznać za niezgodną z treścią SIWZ i odrzucić świetle dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp. Braku tłumaczenia dokumentu na język polski nie można potraktować jako brak formalny, lecz jako brak merytoryczny, który jako taki skutkuje odrzuceniem oferty we wskazanym trybie. Zamawiający określił w Postępowaniu wymogi jakie musi spełnić każdy z oferentów. Określił on też zestaw dokumentów, które miały potwierdzać te wymogi SIWZ. Brak potwierdzenia spełniania merytorycznego wymogu SIWZ – a takim brakiem potwierdzenia jest niewątpliwie brak dokumentu w polskiej wersji językowej – skutkuje stwierdzeniem, że wykonawca nie spełnia merytorycznych wymogów SIWZ.

Na marginesie Odwołujący zauważył, że w tym przypadku nie możemy mówić o braku przetłumaczenia na język polski jakiegoś pojedynczego wyrazu, sformułowania, czy też pewnych określeń o charakterze technicznym przeniesionych do języka polskiego z języka angielskiego przy stosowanym fachowym nazewnictwie np. określonego oprogramowania, czy sprzętu. W przedmiotowej sprawie chodzi bowiem w efekcie o brak tłumaczenia na język polski całości jednostronicowego dokumentu, zawierającego istotne treści merytoryczne, tj. informację dotyczącą zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, o której mowa w Rozdziale 5 pkt 5.2. i Rozdziale 6 pkt 6.4. SIWZ.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp Odwołujący wyjaśnił, że mając na względzie uzasadnienie wcześniejszego zarzutu stwierdzić należy, że w świetle nieprzedłożenia przez Wykonawcę JK tłumaczenia na język polski dokumentu referencji nie udowodnił on, że posiada zdolność do realizacji przedmiotu zamówienia, o czym mowa w Rozdziale 5 pkt 5.2. SIWZ.

Zamawiający w takiej sytuacji nie mógł uznać, że złożony w języku obcym dokument referencji spełnia wymogi określone w SIWZ, bowiem zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w języku polskim, co sam Zamawiający wyraźnie wskazał w Rozdziale 10 pkt 10.1.4. SIWZ. Tym samym Zamawiający nie mógł ponad wszelką wątpliwość, na podstawie złożonego w języku obcym dokumentu referencji, uznać, że Wykonawca JK wykazał się spełnieniem warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt 5.2. SIWZ. Ponadto, Pzp nie daje zamawiającemu uprawnień do samodzielnego i wiążącego dla innych

wykonawców biorących udział w postępowaniu tłumaczenia dokumentów składanych przez wykonawców w języku obcym, nie załączając przy tym ich tłumaczenia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp Odwołujący podał, że wskutek powyższych działań i zaniechań Zamawiający dopuścił się naruszenia podstawowych dla zamówień publicznych zasad prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy JK pomimo, że oferta ta podlega odrzuceniu, a co najmniej Zamawiający powinien był przeprowadzić szczegółową jej weryfikację w zakresie prawidłowości przedkładanych Zamawiającemu dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, wymienionych w Rozdziale 5 pkt 5.2. i Rozdziale 6 pkt 6.4. SIWZ.

Zamawiający jako gospodarz postępowania i podmiot wydatkujący środki publiczne zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób zgodny z przepisami Pzp i nie powinien dokonywać wyboru oferty, względem której zachodzą oczywiste wątpliwości czy wykonawca ją składający spełnia, określone przez zamawiającego w SIWZ, warunki udziału w postępowaniu, a w omawianym przypadku, warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, bez wnikliwego przeprowadzenia odpowiedniego postępowania wyjaśniającego, którego w tym wypadku Zamawiający całkowicie zaniechał.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując, jak niżej.

Na wstępie Zamawiający stwierdził, że nie neguje złożenia spornego dokumentu referencji bez tłumaczenia na język polski. Zwrócił uwagę, że dokument ten był tylko jednym z dokumentów dołączonych do oferty, który służyć miał wykazaniu, że Wykonawca JK spełnił przesłanki udziału w Postępowaniu – oprócz niego Wykonawca JK złożył dokument referencyjny sporządzony w całości w języku polskim, wystawiony przez 1. Regionalną Bazę Logistyczną w Wałczu i potwierdzający, że Wykonawca JK wykonał na jej rzecz terminowo oraz z należytą starannością dostawę „15 kpl. mobilnych zestawów spalinowo-elektrycznych (...) na łączną kwotę 3 487 050,00 zł brutto”, a właśnie wykazanie co

najmniej jednej dostawy produktów tożsamyh rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia o minimalnej wartości 3.300.000,00 zł wymagał Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (pkt 5.2. Rozdziału 5 SIWZ).

Skoro zatem złożono dwa dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a przynajmniej jeden z nich zgodny był z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, to Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia danego Wykonawcy JK z udziału w Postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący stara się przekonać, jakoby złożenie wraz z ofertą chociażby jednego dokumentu, który nie spełnia wymogów SIWZ lub Pzp skutkować musiało wykluczeniem konkretnego wykonawcy z udziału w postępowaniu. Gdyby uznać takie rozumowanie za prawidłowe, to w przypadku złożenia w Postępowaniu kilku dokumentów referencyjnych w języku polskim, potwierdzających dostawę tożsamyh rodzajowo i funkcjonalnie produktów, gdzie z jednego z nich wynikałoby, że dany wykonawca zrealizował dostawy np. na kwotę brutto 3.000.000,00 zł oraz 3.400.000,00 zł, to wykonawca ten powinien zostać wykluczony z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp lub ofertę jego należałoby odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający stwierdził, że w powyższym kontekście nie może przystać na formułowanie względem niego zarzutu, jakoby naruszył art. 7 Pzp, tj. nie przeprowadził Postępowania w sposób zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (ust. 1), a tym dokonał wyboru Wykonawcy JK niezgodnie z Pzp (ust. 3),

Odwołujący w piśmie procesowym z 26 września 2017 r. ustosunkował się do stanowiska Zamawiającego w następujący sposób.

Odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego, że skoro złożono dwa dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a przynajmniej jeden z nich był zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, to nie miał on podstaw do wykluczenia Wykonawcy JK, Odwołujący podał, że dowodzi ono prowadzenia Postępowania w sposób niezgodny z przepisami Pzp, bowiem potwierdza dokonanie dowolnej i wybiórczej oceny dokumentów złożonych przez Wykonawcę JK.

Zdaniem Odwołującego wszystkie dokumenty składane przez wykonawcę w postępowaniu powinny podlegać ocenie zamawiającego, a nie tylko niektóre, lub te, które spełniają jego oczekiwania, bez wyjaśnienia i zrozumienia treści innych złożonych dokumentów, jak np. dokumentu referencji wystawionego przez SET Stange Energietechnik GmbH w języku angielskim, bez jego tłumaczenia. Odwołujący podkreślił, że nie jest wiadome, w jaki sposób Zamawiający dokonał oceny tego dokumentu, skoro był on sporządzony w języku obcym, brak było jego tłumaczenia, a zgodnie z art. 9 ust. 2 Pzp zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w języku polskim. Gdyby do przedmiotowego dokumentu referencji sporządzonego w języku obcym Wykonawca JK dołączył jego tłumaczenie, spełniłby on wymóg postawiony przez Zamawiającego w Rozdziale 5 pkt 5.2. SIWZ.

Odnosząc się do dokumentu referencji wystawionego przez 1 Regionalną Bazę Logistyczną w Wałcu, z którego wynika, że Wykonawca JK wykonał na jej rzecz dostawę 15 kpl. mobilnych zespołów spalinowo-elektrycznych na łączną kwotę 3.487.050,00 zł brutto,

a który stanowił, zdaniem Zamawiającego, podstawę wyboru oferty Wykonawcy JK Odwołujący oświadczył, że przedmiotowy dokument nie spełnia wymogu postawionego przez Zamawiającego w Rozdziale 5 pkt. 5.2. SIWZ, tj. wykazania co najmniej jednej dostawy produktów tożsamyh rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia, stąd też nie podlegał on zaskarżeniu przez Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że ww. referencje, dotyczące dostawy 15 kpl. mobilnych zespołów spalinowo-elektrycznych z silnikiem diesla – trójfazowe 400/230V – 50 HZ o mocy znamionowej 36 kW na przyczepie jednoosiowej, trudno uznać za produkt tożsamy rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z Wymaganiami Eksploatacyjno-Technicznymi na dostawę kontenerowych elektrowni polowych KEP 900 stanowiącymi załącznik nr 1 do Załącznika nr 3 do SIWZ, Kontenerowa Elektrownia Polowa KEP 900 zabudowana została w 4 kontenerach 20-stopowych (3 x kontener – ZSE dużej mocy, 1 x kontener techniczny). Sumaryczna moc energetyczna wyrobu miała wynosić ok 900 kW. Ponadto każdy kontener miał być wyposażony w samozaładowczy układ hydrauliczny podpór teleskopowych. Co równie istotne, każdy kontener miał być przystosowany do przewożenia bez konieczności demontażu elementów z zachowaniem odpowiednich skrajni transportem morskim (potwierdzone świadectwem uznania typu konstrukcji kontenera oraz metryką na każdy kontener wydany przez Polski Rejestr Statków).

Mając na uwadze powyższe, trudno uznać referencje wystawione przez 1 Regionalną Bazę Logistyczną, na

które powołuje się Zamawiający i na podstawie, których – jak twierdzi

– dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, za dostawę produktu tożsamego rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia, gdyż o ile nie muszą to być produkty identyczne, o tyle w omawianym przypadku są to produkty zupełnie inaczej zaprojektowane i wykonane i o innych funkcjonalnościach niż mobilny zespół spalinowo elektryczny o mocy znamionowej

36 kW na przyczepie jednoosiowej, np. chociażby w zakresie spełnienia wymagań dotyczących transportu morskiego, czy posiadania samozaladowniczego układu hydraulicznego podpór teleskopowych oraz istnienia stanowiska obsługi i dozoru znajdującego się w kontenerze technicznym.

Reasumując, w ocenie Odwołującego, odpowiedź Zamawiającego na odwołanie tylko potwierdza, że w dowolny dla siebie sposób dokonał interpretacji przepisów Pzp, postanowień SIWZ, a przede wszystkim w dowolny i wygodny dla siebie sposób dokonał oceny i interpretacji złożonych przez Wykonawcę JK dokumentów referencyjnych, które – zdaniem Odwołującego – pierwotnie nie były podstawą wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż nie spełniały i nie spełniają wymogu postawionego w Rozdziale 5 pkt. 5.2. SIWZ (tj. nie są produktem tożsamym rodzajowo i funkcjonalnie z przedmiotem zamówienia), a stały się

nią w momencie kiedy wniesione zostało odwołanie, jako próba obrony przez Zamawiającego niewłaściwie prowadzonego postępowania lub być może oferty złożonej przez Wykonawcę JK.

Na rozprawie strony podtrzymały przedstawioną powyżej argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Odwołującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, pisma Zamawiającego z 25 sierpnia 2017 r. (wezwanie Wykonawcy JK z art. 26 ust. 1 Pzp), wykazu dostaw i referencji przedstawionych przez Wykonawcę JK w odpowiedzi na ww. wezwanie, pisma Zamawiającego z 7 września 2017 r. (informacja o wyborze oferty Wykonawcy JK) stwierdzając, że stan faktyczny jest niesporny.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Argumentu przemawiającego za oddaleniem odwołania dostarcza wynikający z jego treści zakres zaskarżenia. Odwołujący objął nim bowiem jedynie jedną z dwóch dostaw wskazanych w złożonym przez Wykonawcę JK wykazie, podczas gdy bezspornie warunek udziału w Postępowaniu dotyczył (co najmniej) jednej dostawy. W konsekwencji przyjąć należało, że *de facto* Odwołujący nie kwestionował drugiej z dostaw, wystarczającej do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

Izba dała wiarę stanowisku Zamawiającego, wyrażonemu w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym przy ocenie spełniania przez Wykonawcę JK warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nie brał pod uwagę dostawy, której należyte wykonanie ww. potwierdził referencją sporządzoną w języku obcym. Powyższe potwierdza okoliczność, że Zamawiający nie wzywał Wykonawcy JK do uzupełnienia dokumentu (przedstawienia jego tłumaczenia), bądź do wyjaśnienia jego treści, w trybach przewidzianych w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Należy mieć przy tym na uwadze, że w sytuacji, w której – jak w przedmiotowej sprawie – doświadczenie wykonawcy ma wyłącznie potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, nie zaś, przykładowo, stanowić dodatkowo przedmiot oceny w kryterium oceny ofert, zamawiający uprawniony jest do zbadania tej kwestii w niezbędnym zakresie. *Ad casum*, jak wspomniano, doświadczenie wykonawcy ograniczać mogło się li tylko do jednej wykonanej dostawy, wobec czego Zamawiający był uprawniony do pominięcia drugiej z dostaw, która kwestionowana była w odwołaniu.

Skład orzekający nie mógł uwzględnić przedstawionej w piśmie procesowym Odwołującego z 26 września 2017 r. argumentacji podważającej możliwość wykazania przez Wykonawcę JK spełniania warunku udziału w Postępowaniu za pomocą dostawy zrealizowanej na rzecz 1 Regionalnej Bazy Logistycznej w Wąlczu uznając, że jest ona nowym zarzutem, którego próżno doszukać się w treści odwołania. Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Stanowisko Odwołującego, jakoby działając w zaufaniu do Zamawiającego nie kwestionował tej dostawy w odwołaniu, ponieważ nie mogła zostać ona oceniona jako spełniająca wymogi wynikające z treści warunku stanowiło, w ocenie składu orzekającego, próbę rozszerzenia wadliwie sformułowanego zakresu zaskarżenia, który *de facto* uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie korzystnego rozstrzygnięcia w postępowaniu odwoławczym.

W konsekwencji rozważanie, czy Zamawiający naruszył wskazane w *petitum* odwołania przepisy Izba uznała za niecelowe, mające wyłącznie walor teoretyczny i pozostające bez wpływu na ocenę prawidłowości postępowania Zamawiającego, w szczególności ustalonego przezeń wyniku Postępowania.

W powyższym zakresie, jedynie na marginesie, wyjaśnienia Odwołującemu wymaga, że nawet gdyby doszło do oceny spełniania przez Wykonawcę JK warunku udziału w Postępowaniu w oparciu o obcojęzyczną referencję, to okoliczność niezłożenia tłumaczenia tego dokumentu nie uzasadniałaby odrzucenia złożonej przez niego oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp. Należy bowiem zauważyć, że taki brak podlega uzupełnieniu w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, wobec czego Zamawiający byłby zobligowany do wezwania Wykonawcy JK do przedstawienia tłumaczenia referencji. Z kolei zaniechanie uzupełnienia tłumaczenia mogłoby uzasadniać wykluczenie Wykonawcy JK z Postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, nie zaś odrzucenie złożonej przez niego oferty.

W konsekwencji przedstawionych zapatrywań Izba uznała, że Zamawiający przeprowadził Postępowanie z poszanowaniem zasad wynikających z przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, a wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę JK dokonał zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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.2010.41.238 ze zm.).

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego Izba nie uwzględniła wniosku o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów związanych z noclegiem pełnomocników. Zdaniem składu orzekającego w sytuacji w której pełnomocnicy podróżowali na posiedzenie i rozprawę z Wrocławia samochodem służbowym, brak jest uzasadnienia dla konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów ich zakwaterowania w przededniu posiedzenia i rozprawy. Dodatkowo Zamawiający nie przedstawił Izbie żadnego uzasadnienia poniesienia tych kosztów

W konsekwencji orzeczono, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

Przewodniczący:.....