

Kraków, dnia 11 kwietnia 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa

**Wykonawca:**

**Tomasz Michałek**

[REDAKTOWANE]  
prowadzący jednoosobową działalność  
gospodarczą pod firmą „TOMIKO Michałek Tomasz”  
ul. Młodzieżowa 295c, 44-373 Wodzisław Śląski  
NIP: 6472417101  
tel.: 607 556 007; e-mail: [tomiko.biuro@wp.pl](mailto:tomiko.biuro@wp.pl)  
reprezentowany przez:  
radcę prawnego Szczepana Miszczaka  
e-mail: [smiszczak@radca.com.pl](mailto:smiszczak@radca.com.pl)  
tel.: 609583284

**Zamawiający:**

Miasto Rybnik – Zarząd Zieleni Miejskiej  
ul. Pod Lasem nr 64, 44-210 Rybnik  
e-mail: [zamowienia.publiczne@zielen.rybnik.pl](mailto:zamowienia.publiczne@zielen.rybnik.pl)  
tel.: 32 424 94 05

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji o nazwie: „**Budowa krematorium przy Domu Przedpogrzebowym na cmentarzu komunalnym przy ul. Rudzkiej 70B w Rybniku – zaprojektuj i wybuduj**” (znak postępowania: ZP.2120.7.2023). Ogłoszenie w BZP nr 2023/BZP 00121479 z dnia 6 marca 2023 roku.

**ODWOŁANIE**

Działając imieniem Tomasza Michałka ([REDAKTOWANE]) prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą „TOMIKO Michałek Tomasz” z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim, ul. Młodzieżowa 295c, 44-373 Wodzisław Śląski, NIP 6472417101, REGON 383363869 (dalej: „**Odwolujący**”), na podstawie art. 513 pkt 1, 514 ust. 1, 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „**Ustawą**” lub „**PZP**”), w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

### **wnoszę niniejszym odwołanie od:**

czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, które nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy, gdyż brak był podstaw do takiego działania.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 223 ust. 1 PZP w zw. z art. 106 ust. 1 PZP oraz 107 ust. 1 i 2 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji nie przedstawienia przez Odwołującego przedmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia producenta, niewymienionego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia oraz nieuznaniu wyjaśnień Odwołującego dotyczących treści oferty, mimo, że treść oferty nie budziła i nie powinna budzić wątpliwości Zamawiającego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Postępowania polegającej na unieważnieniu wyboru oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania ofert.

### **Interes prawny Wykonawcy:**

Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, której cena była najniższa spośród wszystkich złożonych ofert (zgodnie z dokumentem pn. „Zbiornicze zestawienie ofert złożonych w postępowaniu pn. „Budowa krematorium przy Domu Przedpogrzebowym na cmentarzu komunalnym przy ul. Rudzkiej 70B w Rybniku – zaprojektuj i wybuduj”). Z uwagi na jednakowe okresy gwarancji zaoferowane przez wszystkich oferentów oraz spełnienie ostatniego z kryterium oceny ofert w maksymalnej skali punktowej (doświadczenie kierownika robót w specjalności inżynierii budowlanej), oferta Odwołującego powinna uzyskać najlepszy wynik punktowy (z uwagi na najniższą cenę) plasując się na pierwszym miejscu, a tym samym Odwołujący uzyskałby zamówienie na wykonanie inwestycji będącej przedmiotem postępowania. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego pozbawił go możliwości realizacji zamówienia, które było przedmiotem niniejszego postępowania.

### **Termin na wniesienie odwołania:**

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP Odwołanie, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, wnosi się w terminie „5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”.

Odwołujący powziął wiadomość o czynności Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania z treści dokumentu pn. „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty”, który to dokument został przesłany Odwołującemu w dniu 6 kwietnia 2023 r. W związku z powyższym termin na wykonanie czynności w postaci złożenia odwołania przypada na

dzień 11 kwietnia 2023 r. W konsekwencji, termin na wniesienie odwołania został dochowany.

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 522 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego unieważnienia czynności Postępowania polegającej na unieważnieniu wyboru oferty Odwołującego oraz dokonania ponownego badania ofert.

### UZASADNIENIE

W dniu 6 marca 2023 roku, Zamawiający ogłosił otwarcie postępowania na „**Budowę krematorium przy Domu Przedpogrzebowym na cmentarzu komunalnym przy ul. Rudzkiej 70B w Rybniku – zaprojektuj i wybuduj**” (dalej „**Postępowanie**”). Było to już 4 kolejne postępowanie zmierzające do wyboru wykonawcy, w tym przedmiocie. W dniu 20 marca 2023 roku Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu, oferując wykonanie przedmiotu Postępowania, „zgodnie z wymogami specyfikacji zamówienia”, w cenie 3.092.220,00 zł brutto. Jak wskazano w ofercie Odwołującego, powyższa cena obejmowania „pełny zakres zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia”. W ofercie wskazano na TE KALFARISA POLSKA Sp. z o.o. (dalej „**KALFARISA POLSKA**”), jako podwykonawcę w zakresie dostawy i montażu linii kremacyjnej oraz oferowany przez podwykonawcę typ pieca KM1. Co istotne dla oceny działań Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu, wzór formularza oferty nie zawierał w żadnym miejscu punktu, który wskazywałby na parametry lub specyfikację oferowanych rozwiązań w zakresie linii kremacyjnej, w szczególności pieca kremacyjnego, w tym cech pieca lub jakichkolwiek innych danych i parametrów. Zamawiający ograniczył formularz ofertowy do oświadczeń oferentów w zakresie zgodności wykonania zamówienia wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia. Odwołujący spełniał wszelkie wymogi udziału w Postępowaniu, nie zachodziły wobec niego przesłanki wykluczenia.

Już w dniu 22 marca 2023 roku Zamawiający wystąpił do autorki dokumentu pn. „*Program Funkcjonalno-Użytkowy*” (dalej „**PFU**”) p. Marzeny Michatek-Kopiec z zapytaniem w przedmiocie przyjętych w PFU wymiarów otworu załadunkowego do pieca krematoryjnego, wraz z prośbą o wskazanie ile rodzajów pieca spełnia przedmiotowy warunek. W odpowiedzi autorka PFU wskazała, iż „*wielkość otworu załadunkowego pieca dobrana została do trumien kremacyjnych dużych oraz trumien kremacyjnych w wersji amerykańskiej których szerokość wynosi do 780mm.*”. Autorka PFU określiła wymiar otworu załadunkowego na szerokość 950mm i wysokość 900 mm. Wskazała jednocześnie, iż wedle jej wiedzy warunek ten spełniają piece: (i) GEM Mathews (piec włoski), (ii) Kalfarisa (piec hiszpański), (iii) TepIno Techna Brno (piec czeski), (iv) Venzanni (piec włoski), oraz (v) ATI w wersji dużej (piec francuski).

dowód:

- korespondencja e-mail z dnia 22 marca 2023 roku.

W dniu 24 marca 2023 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do przestania specyfikacji oferowanego pieca KM1, określając termin na jej przekazanie do dnia 28 marca 2023 roku (należy podkreślić, iż jak każde z wezwań Zamawiającego nie zostało ono przestane za pośrednictwem oficjalnej platformy, lecz za pomocą wiadomości e-mail i nie zawierało żadnych podstaw prawnych żądania). Należy na marginesie podnieść, iż już w tym miejscu Odwołujący mógł zakwestionować takie żądanie Zamawiającego, wskazując na jego niezgodność z PZP, niemniej jednak, działając w dobrej wierze oraz z pełną świadomością, iż oferowany piec KM1 spełnia wymogi PFU przestał do Zamawiającego specyfikację pieca w dniu 27 marca 2023 roku – specyfikacja przestana została w języku polskim i był to oficjalny dokument wskazanego w ofercie podwykonawcy KALFARISA POLSKA. Do specyfikacji załączona została lista referencyjna.

dowód:

- wiadomość e-mail Zamawiającego z dnia 24 marca 2023 roku wraz z przestaną przez Odwołującego specyfikacją techniczną oraz listą referencyjną.

W dniu 29 marca 2023 roku Zamawiający przestał Odwołującemu kolejne wezwanie, tym razem w zakresie przedstawienia oświadczenia producenta o treści „(...) zostanie wyprodukowany piec o parametrach określonych w PFU”. Zamawiający wyznaczył termin na przestanie oświadczenia do dnia 3 kwietnia 2023 roku (poniedziałek) do godziny 10:00 rano. Zamawiający wskazywał, iż treść specyfikacji technicznej różni się z danymi przedstawionymi na stronie producenta pieca KM1, a co za tym idzie Zamawiający ma obawy czy piec nie będzie piecem przerobionym, a nie fabrycznie nowym.

dowód:

- wiadomość e-mail Zamawiającego z dnia 29 marca 2023 roku.

Należy podkreślić w tym miejscu, iż treści zamieszczone na stronie internetowej nie powinny dla Zamawiającego być bardziej znaczące od przestanej oficjalnej specyfikacji technicznej. Dodatkowo Zamawiający nie jest profesjonalistą w dziedzinie produkcji piecy krematoryjnych i nie ma wiedzy i doświadczenia niezbędnych do oceny parametrów technicznych, zarówno samodzielnie i na podstawie informacji zamieszczonych na stronie internetowej, które co do zasady są informacjami ogólnymi, nie uwzględniającymi możliwości wykonania produkowanych urządzeń zgodnie z wymogami klientów. Zamawiający uzyskał wcześniej informację od autorki PFU, w zakresie, które piece spełniają warunki PFU, a co za tym idzie powinno być to dla niego wystarczające wyjaśnienie, szczególnie, że informacja ta została następnie uzupełniona i potwierdzona przez przestaną Zamawiającemu specyfikację techniczną pieca. W ocenie odwołującego działania Zamawiającego w sposób czytelny zmierzały do prób znalezienie jakiegokolwiek podstawy, chociażby iluzorycznej, do odrzucenia oferty Odwołującego.

Dodatkowo należy wskazać, iż oświadczenie producenta nie jest środkiem dowodowym wskazanym w PZP. Jednocześnie nie jest zgodne z PZP wskazywanie konkretnych dokumentów, pochodzących od konkretnych podmiotów nie wskazanych w PZP, których przedstawienia żąda Zamawiający.

Ze względu na zdarzenie losowe, tj. wiadomość e-mail Zamawiającego z żądaniem dostarczenia oświadczenia producenta traфіta do folderu spam i odnaleziona została dopiero w dniu 1 kwietnia 2023 roku (sobota), a także z uwagi na nieobecność prezesa hiszpańskiego producenta pieca w dniu 3 kwietnia 2023 roku, Odwołujący przestał do Zamawiającego wiadomość e-mail (z zachowaniem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego), wraz z załączonym do niej:

- a) oświadczeniem KALFARISA POLSKA, będącej oficjalnym przedstawicielem producenta pieca na Polskę, wskazujące, iż piec dostarczony w ramach realizacji inwestycji będącej przedmiotem postępowania będzie fabrycznie nowy. Oświadczenie zostało podpisane przez Prezesa Zarządu podwykonawcy p. Sławomira Mocha. Jednocześnie podwykonawca wskazał Zamawiającemu, iż piec KM1 w toku montażu na linii produkcyjnej zostanie wykonany zgodnie z PFU, co w żaden sposób nie wpłynie na jego funkcjonalność (wykonany zgodnie z wymaganiami klienta) – jako przykład wskazano na otwór do wprowadzania trumien, który jest różny w różnych modelach i zależy od rodzaju siłowników podnoszących drzwi.

Dodatkowo Wykonawca zwrócił się z wnioskiem o wydłużenie terminu na przestanie oświadczenia hiszpańskiego producenta pieca do dnia 4 kwietnia 2023 roku, do godziny 15:00. Odwołujący wskazał ponadto, iż składając ofertę zaakceptował już wymogi Zamawiającego określone w PFU i SWZ, w których Zamawiający wskazywał, iż oferowany piec krematoryjny ma być fabrycznie nowy.

dowód:

- wiadomość e-mail z dnia 3 kwietnia 2023 roku wraz z oświadczeniem KALFARISA POLSKA.

Zamawiający, w wiadomości e-mail z dnia 3 kwietnia 2023 roku nie wyraził zgody na wydłużenie terminu do dnia 4 kwietnia 2023 roku, do godziny 15:00. Pomimo tego Odwołujący w dniu 4 kwietnia 2023 roku przestał Zamawiającemu podpisanie oświadczenie producenta pieca KM1, wskazujące na to, iż piec będzie fabrycznie nowy oraz zgodny z wymogami Zamawiającego.

dowód:

- wiadomość e-mail Odwołującego wraz z oświadczeniem producenta.

W dniu 6 kwietnia 2023 roku Zamawiający przestał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego. Jako powód odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał brak zastosowania się przez Odwołującego do wezwania Zamawiającego dotyczącego przedłożenia oświadczenia producenta pieca. Zamawiający wskazał jednocześnie, iż ocenił ofertę na podstawie jej treści oraz własnego badania parametrów zaoferowanego pieca – Zamawiający uznał, że nie może domyślać się zgodności oferty z warunkami zamówienia, a tym samym odrzuca ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP.

dowód:

- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 kwietnia 2023 roku.

Podsumowując wyjaśnienia Zamawiającego należy wskazać, iż Zamawiający większą wagę przyłożył do oceny parametrów pieca, dokonanej przez osobę, której kwalifikacje w zakresie oceny pieców krematoryjnych są nieznane, danych zamieszczonych na stronie internetowej, których to Zamawiający nie mógł w żaden sposób zweryfikować (strona internetowa nie jest oficjalnym źródłem informacji dla konkretnego postępowania), a całkowicie pominął oświadczenia Odwołującego wskazane w ofercie, stanowisko autorki PFU, przedłożoną specyfikację techniczną pieca oraz oświadczenie podwykonawcy, wskazanego w ofercie Odwołującego jako dostawca pieca KM1 i wyjaśnienia Odwołującego, które w sposób jednoznaczny wskazywały na zgodność pieca KM1 z SWZ oraz PFU. Należy podkreślić, iż Zamawiający ma prawo posiadać wątpliwości dotyczące oferty i żądać ich wyjaśnienia, niemniej nie ma prawa do żądania dokumentów, których nie wskazano ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w dokumentach zamówienia jako przedmiotowe środki dowodowe – gdyby przyjąć tu pełną dowolność działań zamawiających (brak konieczności wskazania jakich dokumentów zamawiający może żądać jako przedmiotowych środków dowodowych), to zamawiający mogliby żądać wciąż nowych i nowych dokumentów, co raz trudniejszych do uzyskania w wyznaczonym czasie, tak aby finalnie oferent nie zdążył ich dostarczyć, co stanowiło by pretekst dla zamawiającego do odrzucenia ich ofert. Takie działanie Zamawiającego zdaje się potwierdzać stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający szukał jakiegokolwiek pretekstu do odrzucenia oferty Odwołującego, żądając wciąż nowych dokumentów i oświadczeń, pomimo, iż już przesłane uprzednio dokumenty wskazywały na spełnienie wymogów PFU i SWZ oraz pomimo faktu, iż to Zamawiający jako gospodarz postępowania zaniechał zamieszczenia w formularzu oferty wskazania jakichkolwiek danych technicznych dotyczących pieca krematoryjnego.

W ocenie Odwołującego, samo żądanie Zamawiającego, z dnia 29 marca 2023 roku było już niezgodne z PZP, a co za tym idzie mogło stanowić podstawę do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Niemniej jednak Odwołujący, działając w dobrej wierze, , przedstawiał całkowicie wystarczające wyjaśnienia, które w ocenie Odwołującego powinny rozwiązać wszelkie wątpliwości Zamawiającego – pomimo, iż opieranie się na niezaweryfikowanych informacjach ze strony internetowej, zamiast na oficjalnej specyfikacji rodziło już duże wątpliwości Odwołującego.

W informacji o odrzuceniu Oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, iż skorzystał z uprawnienia wskazanego w art. 223 PZP ust. 1, zgodnie z którym „*W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*”.

Należy wskazać, iż Zamawiający błędnie zastosował przedmiotowy przepis. Przepisy dotyczące przedmiotowych środków dowodowych zostały uregulowane w art. 104-107 PZP. Zgodnie z art. 106 ust. 1 PZP „*Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego*

wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. **Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.** Warunkiem koniecznym, nadającym uprawnienie Zamawiającemu do żądania określonych środków dowodowych jest wskazanie ich w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. **Zamawiający w Postępowaniu nie wskazał ani na specyfikację techniczną, ani oświadczenie producenta jako środki dowodowe których będzie wymagał – Zamawiający w ogóle nie wskazał na żadne przedmiotowe środki dowodowe jakich może żądać.** Jak wskazano w ust. 3 przedmiotowego przepisu, żądanie środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – Odwołujący nie ma co prawda informacji co do przestania analogicznych żądań do innych oferentów, chociażby ofert sklasyfikowanych na miejscu 2 i 3 (z uwzględnieniem, iż oferta Odwołującego oceniona byłaby najwyżej), ale patrząc na terminarz zdarzeń, tj. odpowiedź Odwołującego w dniu 4 kwietnia 2023 roku, a już 6 kwietnia informacja o wyborze oferty, należy domniemywać nie było czasu na wystosowanie analogicznych żądań do pozostałych oferentów, lub dokonywanie badań stron internetowych producentów. Dodatkowo przedmiotowe środki dowodowe winny być składane wraz z ofertą przez wszystkich wykonawców, a co za tym idzie żądanie ich na etapie późniejszym i to tylko od jednego podmiotu powoduje, iż należy przyjąć, że działanie Zamawiającego ograniczało konkurencję i powodowało nierówne traktowanie wykonawców.

Jak wskazano w komentarzu do art. 106 PZP (red. Jaworska, aut. Matusiak, wyd. 4, 2022, Legalis):

**„Przedmiotowe środki dowodowe składane są w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia (art. 7 pkt 20 PZP). Służą zatem zweryfikowaniu poprawności merytorycznej złożonej oferty lub potwierdzeniu oferowanych właściwości przedmiotu zamówienia, ocenianych w kryteriach oceny ofert. Jak wynika z powyższej definicji, katalog przedmiotowych środków dowodowych może zawierać dokumenty wymagane na potrzeby:**

- 1) potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia,
- 2) wykazania cech ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert,
- 3) a także związane dopiero z etapem realizacji zamówienia.”

Jak wskazano dalej w przedmiotowym komentarzu:

„Żądanie określonych przedmiotowych środków dowodowych bez równoczesnego określenia wymagań przedmiotowych jest nie tylko niezgodne z przepisami PZP (art. 106 ust. 1 PZP), ale też nieskuteczne. Dokumenty te mają bowiem charakter wtórny w stosunku do określonych przez zamawiającego wymagań wobec przedmiotu zamówienia. (...)W wyroku z 3.9.2021 r. KIO wskazała: "jak stanowi art. 106 ust. 1 ww. ustawy, przedmiotowe środki dowodowe mają potwierdzać spełnienie określonych przez zamawiającego wymagań. Tym samym, zamawiający ustalając katalog żądanych przedmiotowych środków dowodowych jest zobowiązany wskazać, jakie wymagania stawiane w postępowaniu przez zamawiającego powinny te środki dowodowe potwierdzać" (KIO 2070/21, Legalis)".

Dodatkowo, zgodnie z cytowanym powyżej komentarzem pod red. Jaworskiej, brak wskazania przedmiotowych środków dowodowych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia rodzi określone konsekwencje:

*„Niedopełnienie tego obowiązku będzie skutkowało nieskutecznością określenia wymagań przedmiotowych i w konsekwencji brakiem możliwości wyciągnięcia negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy, który takich dokumentów nie złoży. W takim przypadku nie będzie bowiem możliwe dokonanie badania ofert w sposób porównywalny, a zatem zgodny z zasadą równego traktowania wykonawców.”*

- w świetle powyższego odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego, z powołaniem się na nieprzedstawienie oświadczenia nie wymienionego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia jako przedmiotowy środek dowodowy powoduje, iż naruszona została zasada równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie należy podkreślić, iż nawet gdyby Zamawiający przewidział złożenie przedmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia producenta (czego nie zrobił), to oświadczenia KALFARISA POLSKA przedłożone przez Odwołującego należałoby uznać, za równoważny przedmiotowy środek dowodowy, w rozumieniu art. 106 ust. 3 PZP.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 PZP, na który powołuje się Zamawiający wyjaśniając odrzucenie oferty Odwołującego: *„W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”*

Z uwagi na brak wskazania przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia przedmiotowych środków dowodowych, Zamawiający miał co do zasady możliwość zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienia złożonej oferty lub dokumentów wraz z nią składanych. Wyjaśnienie może dotyczyć samej treści oferty, a więc tego w jakim zakresie oferta jest niejasna lub budząca wątpliwości. Jak wskazano w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2021 roku, sygn. akt: KIO 1962/21:

*„Wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 Prawa zamówień publicznych może dotyczyć wyłącznie treści zawartej w ofercie (tj. wskazanie sposobu jej rozumienia). Wyjaśnienie treści oferty nie może natomiast prowadzić do wprowadzenia do oferty nowych treści, które nie były w niej zawarte.”*

W formularzu oferty Zamawiający nie przewidział żadnych punktów dotyczących specyfikacji pieca krematoryjnego, jego właściwości technicznych, itp. które wymagałyby wyjaśniania. Wyłącznie przewidzianym oświadczeniem było model pieca oraz oświadczenie w zakresie spełnienia wymogów SWZ, a tych nie sposób interpretować niejednoznacznie. Nawet jeśli uznać, że niejasnym było dla Zamawiającego oświadczenie dotyczące modelu pieca krematoryjnego to należy podkreślić, iż Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia wskazując, iż piec będzie fabrycznie nowy, gdyż w czasie montażu



na linii produkcyjnej zostanie wykonany zgodnie z wymogami PFU. Wyjaśnienia te uzupełnił i potwierdził oświadczenie wskazanego w ofercie podwykonawcy KALFARIS POLSKA – wyjaśnienia te zostały złożone w terminie, a tym samym Zamawiający nie powinien mieć jakichkolwiek wątpliwości dotyczących oferty. Wezwanie Zamawiającego, do przedłożenia oświadczenia producenta pieca, nie było wezwaniem do złożenia wyjaśnień (co wynika wprost z treści wezwania) lecz do przedłożenia przedmiotowego środka dowodowego, które to działanie należy uznać na tym etapie za niedopuszczalne w świetle argumentów przywołanych na wcześniejszym etapie przedmiotowego Odwołania. Okoliczność ta powoduje, że brak przedłożenia w terminie określonym przez Zamawiającego, oświadczenia producenta jak wskazano we wcześniejszej części odwołania, nie może rodzić negatywnych skutków dla Odwołującego, w postaci odrzucenia jego oferty. Nawet gdyby przyjąć, chociaż nie wynikało to z treści wezwania, iż Zamawiający oczekiwał wyjaśnień Odwołującego, to nie wskazał na czym polega w jego ocenie niezgodność pieca KM1 z PFU oraz SWZ, a wyłącznie wskazał na obawę dotyczącą tego czy piec ten będzie fabrycznie nowy – stąd wyjaśnienie Odwołującego należy uznać za wystarczające. Jak wskazano w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2022 roku, sygn. akt KIO 2958/21:

*„Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z braku precyzji wezwań zamawiającego.”*

Należy podkreślić, iż z punktu widzenia wymagań Postępowania określonych przepisami PZP oraz wymaganiami Zamawiającego oferta Odwołującego była kompletna w momencie jej złożenia Zamawiającemu i brak jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień i uzupełnień nie wpływałby na jej kompletność, jasność i przejrzystość.

W tym stanie rzeczy odwołanie jest więc zasadne i winno zostać uwzględnione.

**RADCA PRAWNY**  
**KR-4675**  
*Szczepan Miszczak*  
**Szczepan Miszczak**

Podpisano przez/ Signed by:  
Szczepan  
Miszczak  
Data/ Date: 11.04.2023 12:34  
mSzafir

.....  
r.pr. Szczepan Miszczak

Załączniki:

- 1) odpis z CEIDG Odwołującego;
- 2) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 3) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;
- 4) dowód uiszczenia wpisu,
- 5) dokumenty wskazane w treści Odwołania.