

Sygn. akt KIO 375/20

WYROK

z dnia 10 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 marca 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2020 r. przez wykonawcę **REM-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Suwałkach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Głęboki Bród**

orzeka:

1. **Zarzut dotyczący zatrzymania wadium pozostawia bez rozpoznania.**
2. **Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **REM-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Suwałkach** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **REM-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Suwałkach**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **REM-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Suwałkach** na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Głęboki Bród** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Suwałkach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Głęboki Bród, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa woliery hodowlanej głuszca w ramach rozbudowy leśniczówki, gmina Giby, powiat sejneński województwo podlaskie, nr geodezyjny działki 458/2 i 511 — obręb ewidencyjny Frącki*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 grudnia 2019 r. pod numerem 636409-N-2019.

W dniu 24 lutego 2020 r. wykonawca REM-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Suwałkach, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, w zakresie działu VII pkt 4, tj. nieprawidłowego wypełnienia zestawienia oferowanego wyposażenia urządzeń i instalacji oraz nieuzasadnienie przez zamawiającego, z którymi postanowieniami SIWZ nie odpowiada treść oferty Odwołującego w zakresie działu VII pkt 4 (załącznika nr 4).
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 9 ust. 1, art. 14 ust. 1 ustawy Pzp i w zw. z art. 61 § 1, art. 65 § 1, art. 651 oraz art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego oraz w zw. z rozdziałem IX pkt 7 SIWZ poprzez uznanie, że oświadczenie Odwołującego dotyczące oferowanych urządzeń zostało złożone po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, tj. 13 lutego 2020 r., zamiast 11 lutego 2020 r.
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 2 oraz art. 41 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący nie przedstawił dokumentów oraz złożył dokumenty niepotwierdzające spełniania warunków przedmiotowych określonych w postępowaniu, w sytuacji, gdy w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie postawił wymogu przedkładania przez wykonawcę jakichkolwiek dokumentów w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 4a, art. 25 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego i związane z tym zatrzymanie wadium w

sytuacji, gdy nie została spełniona przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz nie została spełniona żadna przesłanka wymieniona w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez uznanie, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w sytuacji, gdy cena oferty Odwołującego nie przewyższa kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 18 lutego 2020 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego i w związku z tym nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności o zatrzymaniu wadium i unieważnieniu postępowania; powtórzenia czynności oceny ofert, w tym oferty Odwołującego; uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, a tym samym wyboru oferty Odwołującego.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazywał, że odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uzasadniono tym, że Odwołujący złożył zgodnie z działem VII pkt 4 SIWZ oświadczenie dotyczące oferowanych urządzeń oraz zestawienie oferowanego wyposażenia, urządzeń i instalacji, które wypełnił nieprawidłowo. Zamawiający stwierdził także, że niewiążący wzór takiego oświadczenia stanowił załącznik nr 4 do SIWZ. Zamawiający podał, że Odwołujący nie wpisał informacji dotyczących „typu” i „modelu” większości oferowanego wyposażenia, urządzeń i instalacji, które zostały określone przez Zamawiającego w ww. oświadczeniu, a które były potrzebne do sprawdzenia zgodności tego wyposażenia, urządzeń i instalacji z wymaganiami określonymi w dokumentacji projektowej - załącznik nr 9 do SIWZ.

Zamawiający nie podał jednak w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, które konkretnie wymagania zawarte w dokumentacji projektowej, a więc w treści SIWZ, dotyczące wyposażenia, urządzeń i instalacji, a wymienione w załączniku nr 4 mają być potwierdzone przez podanie przez Odwołującego typu i modelu konkretnego wyposażenia, urządzenia i instalacji. W ocenie Odwołującego uzasadnienie decyzji o odrzuceniu jego oferty poprzez sformułowanie, że załącznik nr 4 do SIWZ został wypełniony nieprawidłowo, nie daje podstawy do postawienia zarzutu, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. W ocenie Odwołującego decyzja o odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wymaga konkretnego określenia, które elementy treści jego oferty nie odpowiadają, której treści SIWZ, w takim stopniu, że nie daje to Zamawiającemu możliwości uzyskania świadczenia zgodnie z postanowieniami tej SIWZ, a zwłaszcza zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, w tym zgodnie z dokumentacją projektową.

Odwołujący wskazywał, że w opisie przedmiotu zamówienia (dział II SIWZ) nie ma żadnych wymagań dotyczących konkretnie wyposażenia, co oznacza, że niepodanie w

załączniku nr 4 do SIWZ typu lub modelu wyposażenia, urządzenia lub instalacji, nie może być niezgodne z treścią SIWZ, a tym samym treść oferty Odwołującego w tym zakresie odpowiada treści SIWZ i dlatego odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest nieuzasadnione.

Ponadto, Odwołujący wskazywał, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mówi o treści oferty w stosunku do treści SIWZ, a nie dotyczy spraw formalnych, takich jak np. niepodanie w ofercie typu czy modelu wyposażenia, urządzenia lub instalacji, w sytuacji gdy w treści SIWZ Zamawiający nie wskazał, które wymagania określone w dokumentacji projektowej nie zostały przez Odwołującego potwierdzone, tym bardziej, że załącznik nr 4 do SIWZ, na stronie 3 zawiera oświadczenie Odwołującego, że do realizacji zamówienia użyje wyposażenia, urządzeń oraz instalacji w zakresie parametrów technicznych, funkcjonalnych i jakościowych zgodnych z wymaganiami Zamawiającego, przedstawionymi w dokumentacji projektowej. Skoro Odwołujący złożył oświadczenie, że całość wyposażenia, wszystkie urządzenia oraz wszystkie instalacje będą zgodne z wymaganiami Zamawiającego, to treść jego oferty odpowiada treści SIWZ i daje Zamawiającemu gwarancję, że wymienione w czternastu pozycjach załącznika nr 4 elementy wyposażenia, urządzenia i instalacje odpowiadają treści SIWZ oraz zapewniają wykonanie zamówienia zgodnie z potrzebami Zamawiającego.

Odwołujący wskazywał również, że zgodnie z treścią SIWZ (dział VII pkt 4) wzór załącznika nr 4 do SIWZ nie był wiążący, co Zamawiający sam podkreślił w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, co oznacza, że nie musiał być wypełniony czy sporządzony ściśle i zgodnie z jego treścią. Nieuprawnione zatem jest twierdzenie Zamawiającego, że nieprawidłowe wypełnienie tego załącznika świadczy o tym, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i podlega odrzuceniu, skoro nie żądał wypełnienia tegoż załącznika tylko i wyłącznie zgodnie z jego skonstruowaniem oraz koniecznością ścisłego wypełnienia wszystkich bez wyjątku pozycji i podpozycji poszczególnych elementów tego wykazu.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego podał również, że Załącznik nr 4 do SIWZ wpłynął do niego 13 lutego 2020 r. a powinien wpłynąć 11 lutego 2020 r. Odwołujący wskazywał, że załącznik nr 4 do SIWZ składa się z dwóch elementów. Pierwszy element nazwany jako zestawienie oferowanego wyposażenia, urządzeń i instalacji i drugi element, nazwany jako oświadczenie w zakresie złożenia oświadczenia woli wykonawcy, że całość wyposażenia, wszystkie urządzenia oraz wszystkie instalacje będą zgodne z wymaganiami Zamawiającego przedstawionymi w dokumentacji projektowej. Oznacza to, że drugi element załącznika nr 4 w zakresie złożenia oświadczenia woli wykonawcy, że całość wyposażenia, wszystkie urządzenia oraz wszystkie instalacje będą zgodne z wymaganiami Zamawiającego przedstawionymi w dokumentacji projektowej

zostało złożone już w dniu 15 stycznia 2020 r. wraz z ofertą Odwołującego, co Zamawiający sam potwierdza w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Oznacza to również, że postanowienia działu IX pkt 7 SIWZ nie dotyczą tego elementu załącznika nr 4 do SIWZ jako części oferty Odwołującego, gdyż oświadczenie to jest prawidłowe, kompletne, nie zawiera błędów, nie może budzić żadnych wątpliwości, zostało złożone w formie pisemnej i w związku z tym nie zachodziła, w stosunku do tego oświadczenia, potrzeba stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wzywania Odwołującego do ponownego składania tego oświadczenia. Oznacza to również, że wezwanie Zamawiającego z dnia 6 lutego 2020 r. do złożenia poprawnie wypełnionego oświadczenia dotyczącego oferowanych urządzeń oraz zestawienia oferowanego wyposażenia, urządzeń i instalacji mogło dotyczyć tylko pierwszego elementu załącznika nr 4 do SIWZ załączonego przez Odwołującego do oferty, tj. zestawienia oferowanego wyposażenia, urządzeń i instalacji.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w dziale IX pkt 7 SIWZ postawił wymóg, że w przypadku dokumentów i oświadczeń składanych w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca zobowiązany jest zachować formę pisemną. Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 78 § 1 Kc, do zachowania zwykłej formy pisemnej wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Oznacza to, że złożenie przez I. B. Prezesa Zarządu REM - BUD Sp. z o. o. podpisu na zestawieniu oferowanego wyposażenia, urządzeń i instalacji, tj. elemencie pierwszym załącznika nr 4 do SIWZ, stanowi o zachowaniu formy pisemnej, tj. wymogu określonego w dziale IX pkt 7 SIWZ. Obowiązek zachowania formy pisemnej nie oznacza, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, konieczności dostarczenia oświadczenia woli lub innego oświadczenia za pośrednictwem poczty w określonej dacie, tj. w dniu 11 lutego 2020 r., gdyż sprawę dostarczenia oświadczenia woli lub innego oświadczenia, reguluje art. 61 § 1 i § 2 Kc w zw. z art. 14 ust. ustawy Pzp.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazywał również, że złożone przez Odwołującego ponownie zestawienie wyposażenia, urządzeń i instalacji zostało ponownie nieprawidłowo wypełnione, gdyż podane w tym zestawieniu informacje są zbyt ogólne i nie dały Zamawiającemu możliwości dokonania oceny proponowanych czternastu pozycji pod względem ich zgodności z wymaganiami postawionymi (określonymi w dokumentacji projektowej) zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niemniej, Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.6 ogłoszenia) nie postawił wymogu i nie wymienił rodzaju dokumentów jakie zobowiązani są złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania przez wymienione w zestawieniu wyposażenie, urządzenia i instalacje. Oznacza to, że na etapie oceny ofert, zamawiający nie był uprawniony do żądania jakichkolwiek dokumentów, oprócz oświadczenia Odwołującego, podając jako podstawę prawną art. 25

ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślał, że zdaje sobie sprawę z faktu, że czynności Zamawiającego polegające na zatrzymaniu wadium Odwołującego oraz unieważnieniu postępowania, nie podlegają zaskarżeniu w drodze odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, z uwagi na treść art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, ale podnosi je wyłącznie w kontekście czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 6 marca 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zdaniem Zamawiającego, gdyby miał polegać na zapewnieniu wykonawcy (oświadczeniu) o zgodności wszystkich urządzeń i wyposażenia, zbędnym byłby wykaz 14 urządzeń, skoro jednak został on przewidziany, wykonawcy wypełniając go powinni udowodnić, że zaproponowane urządzenia i wyposażenie są zgodne z dokumentacją projektową, stanowiącą część SIWZ. Ze względu na zaniebdania wykonawcy (niepodanie wszystkich informacji dotyczących typu lub modelu urządzenia) Zamawiający nie mógł zbadać czy dane urządzenie jest zgodne z dokumentacją projektową, ponieważ w większości przypadków nie dało się zidentyfikować konkretnego urządzenia (np. w przypadku lamp oświetleniowych u wybranego producenta Plexiform jest wiele urządzeń takich, które spełniają wymagania zamawiającego i takie które tych wymagań nie spełniają).

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 zasługuje na oddalenie w zakresie zarzutów rozpoznawanych przez Izbę.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty Odwołującego, dokumentów przedłożonych na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, informacji Zamawiającego z dnia 18 lutego 2020 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 marca 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z Rozdziałem II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, przedmiotem zamówienia jest budowa woliery hodowlanej głuszca w ramach rozbudowy leśniczówki, gmina Giby, powiat sejneński, województwo podlaskie, nr geod. dz. 458/2 i 511

- obręb ewidencyjny Frącki, a prace w zakresie robót budowlanych będą wykonywane w oparciu m.in. o dokumentację projektową, będącą integralną częścią SIWZ.

Zgodnie z Rozdziałem VII (pt. Wykaz pozostałych dokumentów, które wykonawcy zobowiązani są przedstawić w ofercie przetargowej) pkt 3 SIWZ *W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, w tym dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej, Zamawiający wymaga złożenia oświadczenia oraz zestawienia oferowanego wyposażenia, urządzeń i instalacji sporządzonych wg. wzoru przedstawionego w Załączniku nr 4 do SIWZ.*

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 4-7 SIWZ: *4. Dokumenty składane przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych złożone zostaną drogą pisemną oryginał i/lub potwierdzone odpowiednio za zgodność z oryginałem. 5. Wykonawca, który otrzymuje oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przesłane za pomocą faksu lub drogą elektroniczną zobowiązany jest Zamawiającemu do niezwłocznego potwierdzenia faktu ich otrzymania, odpowiednio za pomocą faksu lub drogą elektroniczną. W przypadku braku potwierdzenia otrzymania oświadczenia, wniosku, zawiadomienia oraz informacji przez Wykonawcę, Zamawiający będzie uważał, że oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje wysłane na numer faksu lub e-mail podany przez Wykonawcę zostało mu doręczone w sposób umożliwiający zapoznanie się Wykonawcy z jego treścią. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za niesprawne działanie urządzeń Wykonawcy. 6. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający oraz Wykonawcy mogą przekazać pisemnie, przesłać za pomocą faksu oraz drogą elektroniczną, za wyjątkiem oferty, umowy w sprawie zamówienia publicznego, oświadczeń i dokumentów wymienionych w rozdziale VI, dla których wymagana jest wyłącznie forma pisemna. 7. Wykonawca, w przypadku dokumentów i oświadczeń składanych w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany jest zachować formę pisemną.*

W postępowaniu czterech wykonawców złożyło oferty, w tym Odwołujący, który do oferty przedłożył niekompletny załącznik nr 4 do SIWZ.

Zamawiający pismami z dnia 6 lutego 2020 r. wezwał Odwołującego do złożenia odpowiednio w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp stosownych dokumentów oraz w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp *poprawnie wypełnionego Oświadczenia dotyczącego oferowanych urządzeń oraz zestawienie oferowanego wyposażenia, urządzeń i instalacji stanowiącego załącznik nr 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Ww. oświadczenie złożone przez Państwa razem z ofertą nie zostało wypełnione poprawnie, tzn. pominięto podanie danych dotyczących:*

- „typu” i „modelu” dla pozycji: stolarka okienna, stolarka drzwiowa, napęd bramy przesuwnej, grzejniki, klimatyzatory, lampy, oprawy oświetleniowe wewnętrzne i zewnętrzne, kamery, monitor i rejestrator systemu monitoringu.

- „typu” dla pozycji: wyposażenie białego montażu sanitarnego — baterie, oczyszczalnia ścieków,

- „modelu” dla pozycji: wyposażenie białego montażu sanitarnego — umywalki, wyposażenie białego montażu sanitarnego — miski ustępowe, kocioł olejowy, biały osprzęt elektryczny.

Oświadczenie w formie wskazanej w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia należy złożyć w terminie do dnia 11.02.2020 r.

Wykonawca w wyznaczonym terminie, tj. 11 lutego 2020 r. przesłał drogą mailową skan pisma przewodniego oraz skan załącznika nr 4 do SIWZ, natomiast powyższe dokumenty w formie pisemnej wpłynęły do Zamawiającego 13 lutego 2020 r.

Dnia 18 lutego 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, że Zgodnie z zapisem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dział VII pkt 4) Wykonawca składając ofertę w ww. postępowaniu zobowiązany był do złożenia „Oświadczenia dotyczącego oferowanych urządzeń oraz zestawienia oferowanego wyposażenia, urządzeń i instalacji”, którego niewiążący wzór stanowi załącznik nr 4 do SIWZ. Wykonawca złożył ww. oświadczenie razem z ofertą, jednak nie wypełnił go prawidłowo tzn. nie wpisał informacji dotyczących „typu” i „modelu” większości oferowanego wyposażenia, urządzeń i instalacji które zostały określone przez Zamawiającego w ww. oświadczeniu. Informacje uzyskane przez Zamawiającego z prawidłowo wypełnionego oświadczenia są niezbędne do oceny oraz potwierdzenia czy oferowane przez Wykonawcę wyposażenie, urządzenia i instalacje są zgodne z postawionymi przez Zamawiającego wymaganiami określony w dokumentacji projektowej (załącznik nr 9 do SIWZ). W tej sytuacji Zamawiający nie mogąc ocenić powyższego, wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 06.02.2020 r. do złożenia poprawnie wypełnionego „oświadczenia dotyczącego oferowanych urządzeń oraz zestawienia oferowanego wyposażenia, urządzeń i instalacji”, w formie określonej w SIWZ (rozdział IX pkt 7 przewiduje formę pisemną), w terminie do dnia 1 1.02.2020 r. Wykonawca nie złożył ww. oświadczenia w terminie określonym przez Zamawiającego, w formie określonej w SIWZ, wpłynęło ono do Zamawiającego dopiero w dniu 13.02.2020 r. Analiza treści ponownie złożonego oświadczenia zgodnie z niewiążącym wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, który ponownie nie został wypełniony prawidłowo (brak informacji w części dotyczącej „modelu” dla: stolarki okiennej, stolarki drzwiowej, napędu bramy przesuwnej, lamp, opraw oświetleniowych wewnętrznych i

zewnątrznych, białego osprzętu elektrycznego, kamer, monitora i rejestratora systemu monitoringu; brak informacji w części dotyczącej „typu” dla: oczyszczalni ścieków; ponadto dane dotyczące klimatyzatorów, lamp, białego osprzętu elektrycznego oraz kamer, monitora i rejestratora systemu monitoringu w zakresie w jakim podał je wykonawca są zbyt ogólne) prowadzi do wniosku, że nie jest możliwe dokonanie oceny proponowanych przez Wykonawcę elementów wyposażenia, urządzeń i instalacji pod względem ich zgodności z dokumentacją projektową. Elementem sporządzonej i złożonej przez Wykonawcę oferty są w tym przypadku dokumenty potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami postawionymi (określonymi w dokumentacji projektowej) przez Zamawiającego, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Skoro Wykonawca nie dotrzymując terminu, ostatecznie przedstawił niekompletne dokumenty na potwierdzenie zgodności oferowanych przez siebie urządzeń, materiałów i instalacji, co nie dało Zamawiającemu możliwości weryfikacji ich zgodności z wymaganiami postawionymi w SIWZ i załącznikach do niej, należy uznać w tej sytuacji, że treść oferty złożonej przez Wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ, w związku z tym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z wyrokiem KIO 11/17 niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Elementem sporządzanej i przedstawianej przez wykonawcę oferty są w tym kontekście również tzw. dokumenty przedmiotowe, potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Konsekwentnie ich nieprzedstawienie albo przedstawienie dokumentów nieprawidłowych spowoduje niezgodność treści oferty z SIWZ.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że zarzut zatrzymania wadium nie podlega rozpoznaniu, jako dotyczący zaniechania czynności, na które odwołanie nie przysługuje na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, który wskazuje, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Czynność zatrzymania wadium nie została zawarta w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Za zasadne należy uznać, iż na gruncie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w ramach pojęcia wyboru najkorzystniejszej oferty, powinno się uwzględnić także te czynności lub zaniechania dokonania czynności, które w sposób bezpośredni wpływają na wybór określonej oferty jako najkorzystniejszej w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby czynność zatrzymania wadium w niniejszym stanie faktycznym nie stanowi elementu składowego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ww. rozumieniu tego pojęcia. Skutki dokonania tej czynności nie warunkują bowiem bezpośrednio decyzji zamawiającego w zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, który bez względu na odwołania składane przez wykonawców i podnoszone przez nich zarzuty obowiązany jest prowadzić postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Czynność ta nie ma bezpośredniego wpływu na sam wybór oferty najkorzystniejszej, jest natomiast konsekwencją działania wykonawcy. Izba stwierdziła, że chociaż Odwołujący podnosił, że czynność polegająca na zatrzymaniu wadium nie podlega zaskarżeniu, to jednak postawił zarzut w tymże zakresie.

W związku z powyższym, Izba uznała, iż zarzut zatrzymania wadium, jako nie dotyczący jednej z czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, nie podlegał rozpoznaniu na podstawie stosowanego odpowiednio art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. W orzecznictwie sądów okręgowych oraz Izby wskazuje się, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują instytucji częściowego uwzględnienia odwołania, jednakże zarzuty skutkujące odrzuceniem odwołania w przypadku gdy odwołanie nie zawiera pozostałych zarzutów, w sytuacji połączenia ich w odwołaniu z innymi zarzutami powinny zostać pozostawione bez rozpoznania (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 11 maja 2015 r., sygn. akt I Ca 131/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 903/17). Ponadto, Izba uznała, iż mając na uwadze konieczność

zapewnienia stronie odwołującej pełnego prawa do skorzystania z środka ochrony prawnej na orzeczenie Izby, uzasadnione jest zawarcie postanowienia o pozostawieniu zarzutu bez rozpoznania w sentencji wyroku (vide: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. akt III CZP 111/15).

W zakresie zarzutów podlegających rozpoznaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w przypadku, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego.

Stosownie do Rozdziału VII ust. 3 SIWZ Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że wymaga złożenia wraz z ofertą oświadczenia oraz zestawienia oferowanego wyposażenia, urządzeń i instalacji sporządzonych według wzoru przedstawionego w Załączniku nr 4 do SIWZ. Zgodnie z ww. załącznikiem należało wypełnić czternaście pozycji (tj. stolarka okienna, stolarka drzwiowa, napęd bramy przesuwnej, wyposażenie białego montażu, sanitarnego - umywalki, wyposażenie białego montażu sanitarnego - miski ustępowe, wyposażenie białego montażu sanitarnego - baterie, grzejniki, klimatyzatory, kocioł olejowy, lampy, oprawy oświetleniowe wewnętrzne i zewnętrzne, biały osprzęt elektryczny, kamery, monitor i rejestrator systemu monitoringu, oczyszczalnia ścieków) podając przy każdej producenta, typ, model oraz numer katalogowy, jeżeli dotyczy. Dodatkowo załącznik nr 4 do SIWZ zawierał oświadczenie wykonawcy, że całe wyposażenie, urządzenia i instalacje będą zgodne z wymaganiami Zamawiającego przedstawionymi w dokumentacji projektowej. Odwołujący nie podnosił zarzut niejednoznaczności przywołanych zapisów SIWZ.

Izba ustaliła, iż Odwołujący nie uzupełnił wszystkich pozycji w ww. załączniku, również w uzupełnionym przez Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Załączniku nr 4 do SIWZ brak było informacji w części dotyczącej „modelu” dla: stolarki okiennej, stolarki drzwiowej, napędu bramy przesuwnej, lamp, opraw oświetleniowych wewnętrznych i zewnętrznych, białego osprzętu elektrycznego, kamer, monitora i rejestratora systemu monitoringu; a w części dotyczącej „typu” dla: oczyszczalni ścieków; ponadto dane dotyczące klimatyzatorów, lamp, białego osprzętu elektrycznego oraz kamer, monitora i rejestratora systemu monitoringu.

Odwołujący wskazywał, że po pierwsze w opisie przedmiotu zamówienia (rozdział II SIWZ) nie ma żadnych wymagań dotyczących konkretnie ww. urządzeń, więc zaniechanie podania typu lub modelu wyposażenia nie może być niezgodne z treścią SIWZ. Po drugie podnosił, że powyższe zaniechanie dotyczy spraw formalnych, a nie treści oferty; dodatkowo wzór załącznika nr 4 do SIWZ był niewiążący. Ponadto, złożył oświadczenie, że całość wyposażenia, wszystkie urządzenia oraz instalacje będą zgodne z wymaganiami Zamawiającego przedstawionymi w dokumentacji projektowej, co daje Zamawiającemu gwarancję, że wymienione w czternastu pozycjach elementy odpowiadają treści SIWZ oraz zapewniają wykonanie zamówienia zgodnie z oczekiwaniami i potrzebami Zamawiającego.

Izba nie podzieliła poglądu prezentowanego przez Odwołującego. W ocenie Izby oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na brak określenia co stanowi przedmiot jego oferty. Wykonawca, będący profesjonalistą w swojej dziedzinie, a ubiegający się o udzielenie zamówienia, winien mieć świadomość, że Zamawiający oczekuje sprecyzowania przedmiotu oferty w zakresie wyposażenia, urządzeń i instalacji w taki sposób, aby można było zweryfikować, czy spełniają one parametry i wymagania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny wymagał sprecyzowania w treści oferty typu i modelu w stosunku do czternastu elementów. Informacje te nie zostały zawarta ani w ofercie Odwołującego, ani w uzupełnionym przez Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumencie.

Brak sprecyzowania przedmiotu świadczenia przez Odwołującego pozbawia Zamawiającego możliwości zweryfikowania na etapie badania złożonych ofert, czy jest on zgodny z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, którego częścią jest dokumentacja projektowa, stanowiąca integralną część SIWZ. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że zaniechanie podania w ofercie typu czy modelu wyposażenia, urządzenia lub instalacji nie dotyczy treści oferty. Brak skonkretyzowania przedmiotu zamówienia na etapie składania ofert należy uznać za niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, polegającą na niewłaściwym, tzn. niezgodnym z wymaganiami Zamawiającego, opisanu przedmiotu dostawy. Wykonawca nie wskazał bowiem jakie konkretnie wyposażenie, urządzenia i instalacje oferuje, nie wskazał w wielu pozycjach typu oraz modelu wyposażenia, urządzenia i instalacji. Powyższy brak trudno uznać za nieistotny element oferty.

Należy również podkreślić, że zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie jest okolicznością, którą można domniemywać na podstawie ogólnego oświadczenia wykonawcy wówczas, gdy wymagane jest w treści SIWZ sprecyzowanie przez wykonawcę szczegółowych wymagań technicznych. Skoro Zamawiający w sposób jednoznaczny określił procedurę weryfikacji istotnych aspektów oferowanego przez wykonawców wyposażenia, to wykonawcy byli zobligowani się do niej dostosować. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego

domniemywanie zgodności oferowanego produktu z ogólnego oświadczenia zawartego w treści oferty, skoro określił on w jaki sposób wykonawcy ową zgodność winni mu wykazać. To obowiązkiem wykonawcy jest dochowanie należytej staranności i postępowanie zgodnie z procedurą określoną przez Zamawiającego. W ocenie Izby, jeżeli parametry oferowanego wyposażenia, urządzeń i instalacji nie zostały w ogóle przedstawione w ofercie, to nie można uznać, że oferta spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto, gdyby przyjąć stanowisko Odwoływającego za zasadne, bezprzedmiotowym byłoby wymaganie przez Zamawiającego jakichkolwiek oświadczeń wykonawcy co do parametrów oferowanych urządzeń. Skoro bowiem ogólne oświadczenie złożone w formularzu oferty, jak twierdzi Odwołujący, potwierdza, iż wykonawca oferuje produkt zgodny ze SIWZ, to wszelkie dodatkowe oświadczenia należałoby uznać za zbędne. (vide: wyrok Izby z dnia 25 marca 2019 r., sygn. akt KIO 412/19).

Równocześnie Izba podziela argumentację Zamawiającego, że niewiążący wzór załącznika nr 4 do SIWZ, nie oznacza, że Odwołujący mógł dowolnie odstąpić od treści wymaganych w tym wzorze przez Zamawiającego. Rzeczywiście nieistotna jest forma tego załącznika, sposób prezentacji informacji, ale kluczowe było, aby wykonawca na tyle konkretnie i szczegółowo opisał oferowane urządzenia i wyposażenie, aby Zamawiający mógł ustalić jakie konkretne urządzenie lub wyposażenie oferuje wykonawca i zweryfikować czy jest ono zgodne z jego wymaganiami.

Reasumując, Izba uznała, że oferta Odwoływającego nie odpowiada treści SIWZ i prawidłowo została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii złożenia załącznika nr 4 do SIWZ po wyznaczonym terminie Izba oddaliła również ten zarzut, wskazując na obowiązek wykonawcy dostosowania się do wymagań zamawiającego, co do sposobu i formy składanych dokumentów. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywając wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów lub złożyli je z błędami, zobowiązany jest wyznaczyć termin do ich złożenia. Natomiast forma dokumentów przedkładanych w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w postępowaniu została określona w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z §14 ust. 2 ww. rozporządzenia dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub

w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem. Niemniej w przypadku postępowań poniżej progów unijnych nastąpiło przesunięcie w czasie obowiązku pełnej elektroniczacji zamówień, tj. z dnia 1 stycznia 2020 r. na dzień 1 stycznia 2021 r. (zgodnie z art. 11 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia zatorów płatniczych (Dz. U. poz. 1649) - zmiana ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw). Oznacza to, że komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się zgodnie z wyborem zamawiającego za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem posłańca, faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, a wybrany przez zamawiającego sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji. W związku z powyższym wymagania określone w wezwaniu Zamawiającego z dnia 6 lutego 2020 r., w zakresie co do komunikacji i formy składania dokumentów były zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Równocześnie Izba zwraca uwagę, iż dla zachowania formy nie bez znaczenia są ustanowione w konkretnym postępowaniu – w wezwaniu kierowanym do wykonawcy - reguły i terminy uzupełnienia dokumentu na wezwanie zamawiającego. W pierwszej kolejności należy więc poddać analizie treść wezwania, jakie w danej sytuacji kieruje zamawiający do wykonawcy, ono to bowiem wskazuje w jakim terminie należy złożyć dokument w wymaganej formie. Ponadto, należy uznać uzupełnienie za skuteczne, jeśli zamawiający zdecyduje się na złagodzenie formy, poprzestając, przykładowo na przesłaniu w oznaczonym terminie jedynie drogą elektroniczną stosownego uzupełnienia, albo drogą elektroniczną, przy potwierdzeniu w określonym czasie tych dokumentów w postaci pisemnej, a wykonawca zastosuje się do tak określonego wezwania.

Jednakże jeśli w konkretnym postępowaniu, jak to ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym, zamawiający nie wprowadzi możliwości uzupełnienia dokumentów w postaci skanu dokumentu przesyłanego drogą elektroniczną, to nie sposób powyższego lekceważyć i uznawać, że w tej mierze wezwanie nie wywołuje żadnych skutków. Każdorazowo więc szczegółowej analizie podlega treść wezwania do uzupełnienia dokumentów, które określa zarówno formę, jak i termin uzupełnienia dokumentów oraz ścieżkę czynności prowadzącą do skutecznego uzupełnienia dokumentów.

W analizowanej sprawie, z wezwania wystosowanego przez Zamawiającego w dniu 6 lutego 2020 r., wynika, że: Zamawiający wskazał termin 11 lutego 2020 r., jako termin na uzupełnienie dokumentów; Zamawiający wyraźnie określił tę datę; do dnia 11 lutego 2020 r.

należało przesłać do Zamawiającego uzupełnione dokumenty, w formie wskazanej w SIWZ; formę uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 określa Rozdział IX pkt 4 i 7 SIWZ i jest to forma pisemna; dokumenty winny zostać złożone drogą pisemną w oryginale lub potwierdzone odpowiednio za zgodność z oryginałem; Odwołujący przesłał do Zamawiającego skan załącznika nr 4 do SIWZ drogą elektroniczną 11 lutego 2020 r., dokument ten wpłynął do Zamawiającego w formie pisemnej dopiero 13 lutego 2020 r., a zatem po wyznaczonym terminie na uzupełnienie.

Reasumując, Zamawiający wymagał złożenia uzupełnionych dokumentów w formie pisemnej, co oznacza, że także oryginał, a nie tylko skan dokumentów przesłanych drogą elektroniczną, powinien znaleźć się u Zamawiającego w wyznaczonym terminie. Takie rozwiązanie niewątpliwie nie usprawnia uzupełniania dokumentu, w ten sposób, by do Zamawiającego trafił jak najszybciej dokument, choćby wysłany drogą elektroniczną, ale pozwalający na ocenę jego treści. Niemniej Zamawiający wprost wskazał w postanowieniach SIWZ, że w przypadku dokumentów i oświadczeń składanych w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca jest zobligowany zachować formę pisemną, czyli wykonawcy biorący udział w postępowaniu byli związani powyższym wymogiem, w tym również Odwołujący, który zaniechał dostarczenia załącznika nr 4 do SIWZ w określonej formie w wyznaczonym czasie. W konsekwencji niezłożenie dokumentu, który potwierdza treść oferty stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co też Zamawiający uczynił.

W odniesieniu do zarzutu braku w ogłoszeniu o zamówieniu wymogu składania dokumentów przedmiotowych, Izba wskazuje, że po pierwsze zarzut jest spóźniony, bowiem dotyczy możliwości zaskarżenia na etapie publikacji ogłoszenia, dodatkowo podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dotyczący niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a nie z ogłoszeniem o zamówieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: