

Sygn. akt: KIO 663/22

WYROK
z dnia 28 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2022 r. przez odwołującego MDM Klima Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut Kolejnictwa w Warszawie przy udziale wykonawcy E. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IGLO-Klima E. S. w Jakubowicach Konińskich przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego MDM Klima Sp. z o. o. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego MDM Klima Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego MDM Klima Sp. z o. o. w Warszawie na rzecz zamawiającego Instytutu Kolejnictwa w Warszawie kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

wyroku z dnia 28 marca 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 663/22

Zamawiający – Instytut Kolejnictwa ul. J. Chłopickiego 50, 04-275 Warszawa, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie instalacji urządzeń klimatyzacji w 8 budynkach znajdujących się na terenie Instytutu Kolejnictwa w Warszawie”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 14 grudnia 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00313292, zwane dalej „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym bez negocjacji.

W dniu 9 marca 2022 r. odwołanie wobec czynności zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca MDM Klima Sp. z o. o. Al. Jana Pawła II 27, 00-876 Warszawa (dalej zwane „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 107 ust. 2 Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z przepisami ustawy w zakresie, w jakim Zamawiający uznał, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28.01.2022 r. dokonał poprawienia przedmiotowego środka dowodowego, podczas gdy Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28.01.2022 r. w rzeczywistości dokonał dopuszczalnego w świetle art. 107 ust. 2 Pzp uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego a nie jego poprawienia, jako że złożony wraz z ofertą w terminie składania ofert przedmiotowy środek dowodowy był niekompletny w jakim był niepodpisany oraz nie potwierdzał w pełni, że oferowane roboty budowlane spełniają określone przez Zamawiającego wymagania,
2. art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 107 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp - poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego oraz jednoczesnym wyborem oferty wykonawcy IGLO-KLIMA E. S. jako oferty najkorzystniejszej, mimo że Odwołujący zastosował się do treści SWZ oraz złożył przedmiotowe środki dowodowe wraz z ofertą w terminie składania ofert, zaś wykonawca IGLO-KLIMA E. S. nie zastosował się do treści SWZ oraz nie złożył przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą w terminie składania ofert,

3. art. 239 ust. 1 Pzp - poprzez wybór oferty wykonawcy IGLO-KLIMA E. S. jako najkorzystniejszej, pomimo że to oferta Odwołującego obejmuje najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia oraz nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zgodnie z dokumentacją postępowania, pkt 16 i 16.6 SWZ zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych: - dokumenty wyłącznie oferowanych urządzeń klimatyzacji zawierające parametry wraz z wyposażeniem, w tym: typ, rodzaj oraz producenta urządzeń (np. DTR, opisy, karty katalogowe itp.), - wykaz urządzeń zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 8.1.2.2. W pkt 16.7. SWZ zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia lub do złożenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie. Ponadto, w pkt 15.4, pkt 17.5.2. oraz w pkt 17.5.3 SWZ zamawiający określił, że przedmiotowe środki dowodowe wykonawca przekazuje w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym.

Dnia 17 stycznia 2022 r. odwołujący złożył ofertę, a wraz z nią dokument pn. „załączniki”, na składał się plik pn. „20220117151216634”. Stanowił on przedmiotowy środek dowodowy i obejmował wykaz urządzeń oraz karty katalogowe. Dokument ten nie był podpisany zgodnie z warunkami określonymi w pkt 15.4, pkt 17.5.2. oraz pkt 17.5.3 SWZ. Następnie dnia 28 stycznia 2022 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia złożonego wraz z ofertą dokumentu pn. „załączniki”. Zamawiający wskazał, że złożony przez odwołującego dokument pn. „załącznik” nie został zweryfikowany, jako poprawnie podpisany. Ponadto wskazał, że dokument winien być podpisany zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 15.4. SWZ.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący złożył przedmiotowe środki dowodowe w postaci dwóch plików: „2020131154312263” oraz „wykaz oraz ilość proponowanych urządzeń”. Powyższe przedmiotowe środki dowodowe były prawidłowo podpisane - zgodnie z warunkami określonymi w pkt 15.4, pkt 17.5.2. oraz pkt 17.5.3 SWZ. Uzupełnione przedmiotowe środki dowodowe zawierały dodatkową treść niż w przypadku dokumentu pn. „załączniki” (plik 20220117151216634) złożonego wraz z ofertą. W stosunku do dokumentu pn. „załącznik” (plik 20220117151216634) złożonego wraz z ofertą w plikach 2020131154312263 oraz w wykazie oraz ilość proponowanych urządzeń odwołujący uzupełnił wykaz urządzeń o liczbę urządzeń zapewniającą realizację zamówienia zgodnie

z wymaganiami określonymi w pkt. 8.1.2.2 SWZ. W stosunku do dokumentu pn. „załącznik” (pliku 20220117151216634) w ramach plików „2020131154312263” oraz „wykaz oraz ilość proponowanych urządzeń” wystąpiły następujące różnice: a) system 27.2 - w pliku „20220117151216634” brak jednostki PKFYp50VLME w liczbie szt. 1, b) system S.12 - w pliku pn. „20220117151216634” brak jednostki PKFYp40VLME w liczbie szt. 7, brak jednostki PKFYp50VLME w liczbie szt. 1, brak jednostki PKFYp63VLME w ilości liczbie szt. 4, c) system S.5 - w pliku pn. „20220117151216634” brak jednostki PKFYp32VLME w liczbie 1 szt. d) system 22.2 - w pliku pn. „20220117151216634” nie została w ogóle wklejona tabela z tym systemem. Natomiast brak jest różnic w zakresie systemów: 10.1, 10.2, S_11, 27.1, S.18, 22.1, 22.3 i 22.4.

W konsekwencji, w uzupełnionych przedmiotowych środkach dowodowych (plikach „2020131154312263” oraz „wykaz oraz ilość proponowanych urządzeń”) odwołujący podał liczby urządzeń zgodne z wymogami określonymi w SWZ. W przedmiotowych środkach dowodowych złożonych w wraz z ofertą (plik „załączniki”, tj. plik „20220117151216634”) była mniejsza liczba urządzeń niż w uzupełnionych przedmiotowych środkach dowodowych (plikach „2020131154312263” oraz „wykaz oraz ilość proponowanych urządzeń”).

W zakresie zaś wybranej przez zamawiającego oferty wykonawcy IGLO-KLIMA E. S. wykonawca ten nie złożył przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą, mimo że taki był wymóg zamawiającego. Wykonawca złożył karty katalogowe i wykaz urządzeń dopiero dnia 1 lutego 2022 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Ponadto zamawiający umożliwił wykonawcy IGLO-KLIMA E. S. uzupełnienie dokumentów przedmiotowych w postaci kart katalogowych w ramach wyjaśnień treści oferty z dnia 14 lutego 2022 r.

Dnia 4 marca 2022 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę IGLO-KLIMA E. S. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 p.z.p., jako oferty niezgodnej z przepisami ustawy. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że złożony przez odwołującego na wezwanie do uzupełnienia z dnia 28 stycznia 2022 r. dokument jest o odmiennej treści od złożonego wraz z ofertą. Wskazał, że takie działanie należy uznać za niedopuszczalne poprawienie przedmiotowego środka dowodowego. Dalej wskazał, że przepis art. 107 ust. 2 p.z.p. nie przewiduje możliwości poprawiania przedmiotowych środków dowodowych.

Mając na uwadze przedstawiony powyżej zarys stanu faktycznego, odwołujący wskazał, że wskazanie przez zamawiającego na art. 226 ust. 1 pkt 3 p.z.p. jest rażącym naruszeniem tego przepisu. W świetle przedmiotowego przepisu podstawą odrzucenia oferty musi być stwierdzenie jej niezgodności z konkretnym przepisem ustawy, tymczasem określenie faktycznej podstawy rozstrzygnięcia nie odnosi się do konkretnego przepisu ustawy, z którym niezgodna jest oferta. Na pewno nie można traktować w ten sposób

przepisu art. 107 ust. 2 p.z.p., który nie dotyczy oferty, ale kwestii uzupełniania dokumentów przedmiotowych. Niezgodność oferty z ustawą może dotyczyć okoliczności związanych z jej złożeniem, tj. przykładowo złożenie dwóch ofert czy złożenie oferty w języku obcym. W konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 107 ust. 2 p.z.p. stanowi wadliwość formalną czynności odrzucenia oferty i już z tego względu zasługuje na wyeliminowanie jej z obrotu prawnego.

Odwołujący wskazał dalej, iż złożony wraz z ofertą dokument pn. „załącznik” (plik „20220117151216634”) stanowi przedmiotowy środek dowodowy. Odwołujący nie podpisał dokumentu zgodnie z warunkami określonymi w pkt 15.4, pkt 17.5.2. oraz pkt 17.5.3 SWZ. Jednocześnie dokument ten nie potwierdzał w pełni, że oferowane roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, zatem złożony przedmiotowy środek dowodowy był niekompletny w rozumieniu przepisu art. 107 ust. 2 p.z.p.

W ocenie odwołującego w orzecznictwie oraz piśmiennictwie przyjmuje się, że o niekompletności przedmiotowego środka dowodowego w kontekście art. 107 ust. 2 p.z.p. mowa jest m.in. w przypadku, gdy nie jest podpisany, lub gdy nie potwierdza spełnienia warunków przedmiotowych - tak wyrok Izby z dnia 07.09.2021 r. sygn. akt KIO 1973/21, gdzie wskazano „Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, że odwołujący złożył karty katalogowe dla ww. urządzeń, a jedynie brakowało w nich wzmianki o tym, że szafki są zamykane na zamki. Tym samym należy uznać, że przedmiotowe środki dowodowe w postaci kart katalogowych dla ww. zabudów są niekompletne, co obligowało zamawiającego do zastosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Brak wezwania odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, tj. kart katalogowych o informację o zamkach, stanowi zatem naruszenie ww. przepisu”. Podobnie P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021: „Pierwsza opcja dotyczy sytuacji, gdy dany dokument nie został złożony w ogóle. Druga zaś gdy dokument został dołączony ale nie spełnia wymagań formalnych stawianych przez zamawiającego (np. dokument nieaktualny, wystawiony wcześniej niż wymagany termin, złożony w niewłaściwej formie, bez podpisu czy potwierdzenia za zgodność z oryginałem, nieczytelny) lub gdy nie potwierdza spełnienia warunków podmiotowych”.

W konsekwencji powyższego, brak podpisania przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez odwołującego wraz z ofertą w terminie składania ofert oraz brak potwierdzenia w nich w pełni, że oferowane roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, należy zakwalifikować jako niekompletność przedmiotowego środka dowodowego w rozumieniu art. 107 ust. 2 p.z.p. Co istotne również, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28 stycznia 2022 r. odwołujący uzupełnił przedmiotowe środki dowodowe na prawidłowo podpisane, tylko inną treścią niż w przypadku pierwotnie złożonych z ofertą. W nowych środkach dowodowych podano liczby urządzeń zapewniających realizację

zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 8.1.2.2 SWZ. W stosunku do dokumentu pn. „załącznik” (pliku „20220117151216634”) w ramach plików „2020131154312263” oraz „wykaz oraz ilość proponowanych urządzeń” wystąpiły różnice dotyczące systemów: 27.2, S.12, S.5 i 22.2. Zatem w uzupełnionych przedmiotowych środkach dowodowych (plikach „2020131154312263” oraz „wykaz oraz ilość proponowanych urządzeń”) odwołujący wskazał liczby urządzeń zgodne z wymogami określonymi w SWZ, a w pierwotnie złożonych środkach dowodowych znajdowała się mniejsza liczba urządzeń, niż w dokumentach uzupełnionych.

Postępowanie odwołującego, polegające na uzupełnieniu przedmiotowych środków dowodowych o podpis oraz wykaz urządzeń obejmujący liczbę urządzeń zapewniającą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 8.1.2.2 SWZ, było uzasadnione nie tylko w kontekście pojęcia niekompletności z art. 107 ust. 2 p.z.p., lecz również w kontekście treści wezwania do uzupełnienia z dnia 28 stycznia 2022 r. i tego, że - jak wcześniej wskazano - w orzecznictwie oraz piśmiennictwie przyjmuje się, że o niekompletności przedmiotowego środka dowodowego w kontekście art. 107 ust. 2 p.z.p. mowa jest m.in. w przypadku, gdy braku podpisu lub braku potwierdzenia spełnienia warunków przedmiotowych. W takiej sytuacji możliwe jest uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego, co uczynił w okolicznościach postępowania odwołujący. Natomiast w odniesieniu do wezwania do uzupełnienia należy wskazać, że zamawiający wezwał do „uzupełnienia dokumentów” oraz powołał jako podstawę przepis art. 107 ust. 2 p.z.p. Jednocześnie zamawiający wskazał na niekompletność przedmiotowego środka dowodowego jedynie w zakresie podpisu. W takich okolicznościach odwołujący uznał, że uzupełni przedmiotowy środek dowodowy zarówno w zakresie podpisu; jak również w zakresie wykazu urządzeń, w taki sposób, aby obejmował liczbę urządzeń zapewniającą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 8.1.2.2 SWZ. W ten sposób odwołujący zapewnił całkowitą kompletność przedmiotowego środka dowodowego, zamawiający otrzymał kompletny i prawidłowy przedmiotowy środek dowodowy.

Odwołujący podsumował, że zamawiający wadliwie odrzucił ofertę odwołującego, przy wskazaniu, że w art. 107 ust. 2 p.z.p. nie przewidziano poprawienia przedmiotowego środka dowodowego. Zamawiający błędnie uznał, że odwołujący - w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28 stycznia 2022 r. - dokonał poprawienia przedmiotowego środka dowodowego. Kiedy w rzeczywistości odwołujący dokonał uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, co jest postępowaniem zgodnym z art. 107 ust. 2 p.z.p., jako że brak podpisu oraz brak potwierdzenia w pełni, że oferowane roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, co stanowi o niekompletności przedmiotowego środka dowodowego, która podlega uzupełnieniu. Zamawiający powinien był przyjąć, że postępowanie odwołującego było zgodne z art. 107 ust. 2 p.z.p., jako że polegało na

uzupełnieniu przedmiotowego środka dowodowego, który wcześniej został złożony, lecz był niekompletny. W takich okolicznościach postępowania odrzucenie oferty odwołującego stanowi naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 107 ust. 2 p.z.p.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołujący podniósł, że wykonawca IGLO-KLIMA E. S. nie złożył przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą, mimo że zamawiający wymagał tego zgodnie z treścią SWZ, co wykonano dopiero na wezwanie zamawiającego. Natomiast odwołujący złożył przedmiotowy środek dowodowy z ofertą, w terminie składania ofert, tak jak wymagał tego zamawiający. Złożony wówczas przedmiotowy środek dowodowy był niekompletny, jako że nie był podpisany oraz nie potwierdzał w pełni, że oferowane roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania. Odwołujący uzupełnił przedmiotowy środek dowodowy na wezwanie zamawiającego i doprowadził do jego kompletności - zarówno w zakresie podpisu, jak również w zakresie potwierdzenia w pełni, że oferowane roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania. Zatem, pomimo że odwołujący zastosował się do treści SWZ jego oferta została odrzucona, a oferta wykonawcy IGLO-KLIMA E. S. została wybrana jako najkorzystniejsza. Wobec powyższego zamawiający zastosował przepis art. 107 ust. 2 p.z.p. w ten sposób, że w przypadku odwołującego uznał, że nie jest dopuszczalne uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych, jeśli zostały one złożone, lecz są niekompletne, zaś w przypadku wykonawcy IGLO-KLIMA E. S. uznał, że dopuszczalne jest złożenie przedmiotowych środków dowodowych, jeśli nie zostały one w ogóle złożone.

Odwołujący dodał, że przedmiotowy środek dowodowy nie służył potwierdzeniu okoliczności ocenianych w kryteriach oceny ofert. W przypadku pozacenowych kryteriów oceny ofert punkty były przyznawane na podstawie oświadczenia wykonawcy w formularzu oferty. Natomiast gdyby uznać, że przedmiotowe środki dowodowe służyły potwierdzeniu okoliczności ocenianych w kryteriach oceny ofert, to zamawiający nie mógł wezwać do złożenia tych dokumentów, skoro wykonawca nie złożył ich z ofertą. Powyższe stanowiłoby naruszenie art. 107 ust. 1 p.z.p. oraz zasad wyrażonych w ramach art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. W związku z powyższym zamawiający odrzucając ofertę odwołującego dopuścił się jednocześnie naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. Ponadto zamawiający umożliwił wykonawcy uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych w postaci kart katalogowych w ramach wyjaśnień treści oferty z dnia 14 lutego 2022 r.

Dalej odwołujący wskazał, że zarzut nr 3 jest zarzutem wynikowym w stosunku do pozostałych zarzutów odwołania. Gdyby bowiem zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił ofertę odwołującego, to zostałaby ona uznana za najkorzystniejszą, ponieważ zaoferowano najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia oraz oferta nie podlega odrzuceniu.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę E. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IGLO-Klima E. S. ul. Świerkowa, nr 2, 21-003 Jakubowice Konińskie, który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego, dalej zwanego „przystępującym”. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe pisemnie.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

W oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące bezsporne okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

- I. W dokumentacji postępowania (SWZ) zamawiający wymagał:
 - a) pkt „8.1.2.2. potwierdzenia, że oferowane urządzenia klimatyzacji spełniają wymagania określone w załączniku nr 4 do SWZ. Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca przedstawi Zamawiającemu wykaz określający jakie urządzenia zostaną zainstalowane w poszczególnych systemach z podaniem: nazwy urządzenia; typu; producenta; danych technicznych; liczby urządzeń oraz dokumenty zawierające parametry techniczne wyłącznie oferowanych urządzeń klimatyzacji.”,
 - b) pkt „16.6. Przedmiotowe środki dowodowe:
 - dokumenty wyłącznie oferowanych urządzeń klimatyzacji zawierające parametry wraz z wyposażeniem, w tym: typ, rodzaj oraz producenta urządzeń (np. DTR, opisy, karty katalogowe itp.),

- wykaz urządzeń zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 8.1.2.2.”

- c) pkt „16.7. Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia lub do złożenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie.”.
- II. Odwołujący złożył ofertę, a wraz z nią przedmiotowe środki dowodowe w postaci wykazu urządzeń i kart katalogowych.
- III. W dniu 28.01.2022 r., na podstawie art. 128 ust. 1 oraz art. 107 ust. 2 p.z.p., zamawiający wezwał odwołującego „(...) do uzupełnienia złożonego wraz z ofertą dokumentu pod nazwą „załączniki”. Dokument przesłany nie został zweryfikowany, jako poprawnie podpisany. (...)”. Plik nie był podpisany zgodnie z wymaganiami wskazanymi w pkt 15.4 SWZ.
- IV. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, odwołujący złożył prawidłowo podpisane dokumenty, w tym co istotne złożony wykaz urządzeń miał inną merytoryczną treść, niż ten złożony z ofertą.
- Odwołujący wskazał, że wystąpiły różnice dotyczące systemów 27.2, S.12, S.5 i 22.2. W uzupełnionym wykazie znalazła się większa liczba urządzeń (zgodna z wymaganiami zamawiającego), zaś w wykazie z ofertą mamy liczbę urządzeń niezgodną z wymaganiami określonymi w SWZ (mniejsza liczba urządzeń w stosunku do uzupełnionego wykazu, tj. system 27.2 - brak jednostki PKFYp50VLME w liczbie szt. 1, b) system S.12 - brak jednostki PKFYp40VLME w liczbie szt. 7, brak jednostki PKFYp50VLME w liczbie szt. 1, brak jednostki PKFYp63VLME w ilości liczbie szt. 4, c) system S.5 - brak jednostki PKFYp32VLME w liczbie 1 szt. d) system 22.2 - nie została w ogóle wklejona tabela z tym systemem. Brak jest zaś różnic w zakresie systemów: 10.1, 10.2, S_11, 27.1, S.18, 22.1, 22.3 i 22.4).
- V. Przystępujący złożył ofertę bez przedmiotowych środków dowodowych, do uzupełnienia których zamawiający wezwał go w dniu 28.01.2022 r. W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 01.02.2022 r. złożono wymagany wykaz urządzeń i karty katalogowe.
- VI. W dniu 04.02.2022 r. oferta przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, zaś oferta odwołującego została odrzucona. Zgodnie z zawiadomieniem zamawiającego podstawą czynności odrzucenia było: „uzasadnienie formalne: Złożony na wezwanie do uzupełnienia dokument jest o odmiennej treści od złożonego wraz z ofertą. Takie działanie należy uznać za niedopuszczalne poprawienie przedmiotowego środka dowodowego. Przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie przewiduje możliwości poprawiania przedmiotowych środków dowodowych. Uzasadnienie prawne: art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.”.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, ofertę odwołującego, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odrzucenie oferty odwołującego zostało dokonane prawidłowo.

Zgodnie z art. 107 ust. 1 p.z.p. jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych wykonawca składa je wraz z ofertą. Zaś na podstawie ust. 2 tej normy, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Nie było spornym, że do żądanych w SWZ przedmiotowych środków dowodowych zastosowanie znajdzie art. 107 ust. 2 p.z.p. – w pkt 16.7 SWZ wskazano bowiem, że jeżeli wymagane dokumenty dotyczące urządzeń klimatyzacji będą niekompletne, to zamawiający wezwie do ich uzupełnienia lub do złożenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie. Dowody te nie służyły wykazaniu cech ocenianych w kryterium oceny ofert, a zgodnie z pkt 8.1.2.2 SWZ potwierdzeniu, że oferowane urządzenia klimatyzacji spełniają wymagania techniczne (wymagania określone w załączniku nr 4 do SWZ – projekt techniczny instalacji klimatyzacji). W spornym wykazie urządzeń wykonawca miał podać m.in. nazwę urządzenia, dane techniczne i liczbę urządzeń (*vide* pkt I lit. a okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia).

Odwołujący złożył wraz z ofertą wykaz urządzeń, który nie potwierdzał w sposób właściwy, aby oferowane urządzenia klimatyzacji spełniały wymagania określone przez zamawiającego w dokumentacji postępowania. Wykaz nie był także prawidłowo podpisany (pkt 15.4 SWZ). Nowy wykaz, złożony na wezwanie zamawiającego (pkt III okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) różnił się w zakresie merytorycznym w stosunku do pierwotnego wykazu – co do niektórych pozycji wskazano inną liczbę urządzeń dopisując nowe oraz dodano tabelę z systemem 22.2. Przystępujący podnosił również dodatkowe niezgodności, niemniej, jak oświadczył zamawiający na rozprawie, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie badano prawidłowości merytorycznej zawartości wykazu urządzeń odwołującego. W ocenie jednostki zamawiającej art. 107 ust. 2 p.z.p. nie

uprawnia wykonawcy, by złożono nowy przedmiotowy środek dowodowy z inną merytoryczną zawartością w stosunku do pierwotnie złożonego. Zamawiający stał na stanowisku, że „niekompletność”, która może zostać uzupełniona w ramach omawianej normy sprowadza się bardziej do cechy technicznej (np. brak wszystkich stron, brak prawidłowego podpisu) i nie uprawnia odwołującego do złożenia drugiego wykazu urządzeń – o odmiennej treści od wykazu złożonego z ofertą.

Osią sporu było zatem zweryfikowanie czy na kanwie art. 107 ust. 2 p.z.p. ustawodawca dopuścił możliwość złożenia na wezwanie zamawiającego wykazu urządzeń z dodatkowymi urządzeniami względem pierwotnego wykazu z oferty – czyli, czy niepotwierdzający merytorycznych wymagań dokumentacji postępowania przedmiotowy środek dowodowy może zostać uznany za „niekompletny środek dowodowy” i uzupełniony w wyznaczonym przez zamawiającego terminie (czy działanie odwołującego mieści się w czynnościach uzupełnianych na podstawie tej normy, czy je przekracza). Zamawiający bowiem twierdził, że doszło do nieuprawnionego uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w zakresie jego istotnej treści, co jest niedopuszczalne i nie wpisuje się w przesłanki art. 107 ust. 2 p.z.p.

Skład orzekający w całości podzielił trafne stanowisko zamawiającego, iż przedłożenie wykazu urządzeń z nowymi urządzeniami klimatyzacji jest sprzeczne z art. 107 ust. 2 p.z.p. Pomijając już, że odpowiedź na wezwanie przekracza jego zakres, w ocenie Izby złożenie zamawiającemu nowego, uzupełnionego o inne urządzenia wykazu urządzeń (czyli uzupełnienie nie tylko wadliwego podpisu, ale zmiana merytorycznej zawartości wykazu urządzeń klimatyzacji) nie jest dozwolona na podstawie omawianej normy.

Przedmiotowe środki dowodowe są bezpośrednio związane ze złożoną ofertą – z oświadczeniem woli wykonawcy wyrażającym się jako zobowiązanie do wykonania danego zamówienia, jest to forma potwierdzenia zgodności oferowanego przez wykonawcę świadczenia z wymaganiami zamawiającego (tutaj z załącznikiem nr 4 do SWZ). Zatem zadeklarowana przez wykonawcę zgodność oferowanych dostaw/usług/robót budowlanych z wymaganiami OPZ musi znaleźć potwierdzenie w dokumentach przedmiotowych, a merytoryczna wada takiego dokumentu jest podstawą do odrzucenia oferty, a nie do wezwania do uzupełnienia. Wykaz urządzeń i karty katalogowe potwierdzały jakie urządzenia klimatyzacji składają się na przedmiot oferty. Innymi słowy, poprzez złożone dokumenty wykonawca prezentował jakie urządzenia oferuje i jakie mają one właściwości – które miały być zgodne z projektem technicznym instalacji klimatyzacji. Jeżeli więc złożony z ofertą przedmiotowy środek dowodowy wskazuje, że jest ona niezgodna z dokumentacją zamówienia (brak poszczególnych elementów zamówienia, zbyt mała liczba urządzeń) takiej wady nie można sanować, a ofertę należy odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Powyższe koresponduje z linią orzecniczą, gdzie przyjmuje się, że uzupełnieniu mogą

podlegać takie dokumenty, które nie powodują zmiany oferowanego przedmiotu oferty (por. przykładowo wyroki z dnia 16.12.2021 r. sygn. akt KIO 3522/21 i z dnia 20.12.2021 r. sygn. akt KIO 3555/21).

W ocenie Izby art. 107 ust. 2 p.z.p. jest instrumentem dopuszczającym możliwość konwalidowania nieprawidłowego działania wykonawcy, ale w ograniczonym zakresie. Tutaj ustawodawca nie dopuścił do szerokiego umożliwienia uzupełnienia dokumentów, tak jak dla przedmiotowych środków dowodowych (zgodnie z art. 128 ust. 1 p.z.p., zamawiający wzywa do złożenia/poprawienia/uzupełnienia dowodów, które są niekompletne lub zawierają błędy). Tryb z art. 107 ust. 2 p.z.p., przeciwie do art. 128 ust. 1 p.z.p., nie dopuszcza uzupełnienia dokumentów zawierających błędy, co należy rozumieć jako błędy merytoryczne. Nie ma więc możliwości dokonania istotnej merytorycznej zmiany treści przedmiotowego środka dowodowego. Na podstawie art. 107 ust. 2 p.z.p. zamawiający jest uprawniony do: 1) sanowania działania wykonawcy, który nie złoży wykazu urządzeń wraz z ofertą (zamawiający wzywa do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli wykonawca ich nie złożył z ofertą), 2) wezwania do uzupełnienia wykazu urządzeń, który jest niekompletny (zamawiający wzywa do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli złożone dokumenty są niekompletne).

O ile pierwsza sytuacja jest prosta i jest związana z biernością wykonawcy, który nie składa dokumentów przedmiotowych wraz z ofertą i uzyskuje jedną szansę na ich przedstawienie zamawiającemu, to druga sytuacja, gdzie uzupełnia się niekompletne dokumenty, jest ocenna i wpisuje się w nią niekompletność fizyczna dokumentu (brak załączenia wszystkich stron, widoczny brak części dokumentu, niektóre wady formalne, etc.), a także wydaje się, że częściowo niekompletność w uproszczeniu określana niekompletnością merytoryczną – tylko nie takim zakresie, w jakim doszło do zmiany wykazu w rozpoznawanym sporze. Tutaj można rozważać czy zasadnym byłoby, w niektórych bardzo specyficznych stanach faktycznych, skorzystanie z tego trybu do ostatecznego rozstrzygnięcia zgodności oferty z OPZ, jeżeli w treści dokumentu brak jest wymaganej informacji (np. złożono kartę katalogową ze standardowym urządzeniem, którego model spełnia wymagania SWZ, gdzie nie ma oznaczenia wymiaru danego elementu, ponieważ zamawiający żądał dodatkowych informacji, których nie ma w standardowej/uproszczonej karcie katalogowej). Niemniej, sytuacje takie wystąpią sporadycznie, a wezwanie z art. 107 ust. 2 p.z.p. należy stosować niezwykle rozważanie, ponieważ co do zasady „Przepis ten nie znajdzie zastosowania w sytuacji, gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprawdzie złożone i są kompletne, ale ich treść nie jest wystarczająca do pozytywnej oceny zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. (...) Nie będzie również podlegał uzupełnieniu taki przedmiotowy środek dowodowy, który potwierdza, że oferta jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego”. (tak Prawo zamówień publicznych.

Komentarz, art. 107 p.z.p., red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, M. Matusiak, Warszawa 2022 r., Legalis).

Natomiast w ustalonym stanie rzeczy ocena jest prosta – drugi wykaz urządzeń, gdzie dokonano jego istotnej zmiany w stosunku do wykazu złożonego wraz z ofertą, poprzez dopisanie nowych urządzeń klimatyzacji, stanowi zmianę w merytorycznej sferze dokumentów, które miały potwierdzać zgodność cech oferowanych urządzeń z wymaganiami zamawiającego, co jest niedopuszczalne w trybie art. 107 ust. 2 p.z.p. Jeżeli więc pierwszy wykaz wprost wskazuje, że oferowane w ramach zamówienia dostawy nie spełniają wymagań SWZ, to zamawiający nie miał upoważnienia, aby wystosować do odwołującego wezwanie do uzupełnienia. Stwierdzonej wady nie można konwalidować, oznaczałoby to bowiem *de facto* uzupełnienie przedmiotu oferty po upływie terminu na składanie ofert, kiedy tryb uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych nie może pomijać zasady niezmienności treści oferty.

Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła zarzut nr 1 z *petitum* odwołania. Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego z postępowania, chociaż w uzasadnieniu swojej decyzji powinien ostatecznie powołać się na art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., a nie poprzestać na art. 107 ust. 2 p.z.p., co jednak nie stanowi wady czynności, która mogłaby skutkować uwzględnieniem odwołania zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Okoliczności faktyczne zostały podane w informacji o odrzuceniu oferty w sposób prawidłowy, nie umożliwiło to odwołującemu wniesienia odwołania i pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Skład orzekający oddalił także zarzut nr 2 – naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 107 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. Na podstawie materiału procesowego Izba ustaliła, że zamawiający wezwał przystępującego do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, które nie zostały złożone wraz z ofertą (*vide* pkt V okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). Zamawiający postąpił zatem zgodnie z dyspozycją art. 107 ust. 2 p.z.p. nakazującym takie działanie. Jeżeli bowiem wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 107 ust. 1 p.z.p. wykonawca z ofertą nie złożył przedmiotowego środka dowodowego, zamawiający obligatoryjnie wzywa go do jego przedłożenia, co miało miejsce dnia 28 stycznia 2022 r. W odpowiedzi na to wezwanie, w dniu 1 lutego 2022 r. przystępujący złożył wymagany wykaz urządzeń i karty katalogowe, które prawidłowo potwierdzały zgodność jego oferty z wymaganiami zamawiającego (co nie zostało zaskarżone).

Nie doszło więc do naruszenia prawa, czego wymaga art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., działanie zgodne z ustawą nie stanowi naruszenia zasad naczelných p.z.p. wskazanych w art. 16 p.z.p., a stanowisko odwołującego wydaje się stanowić raczej postulaty *de lege ferenda*, niż argumentację dotyczącą faktycznego naruszenia omawianych przepisów.

Ponadto, karty katalogowe złożone przez przystępującego w ramach wyjaśnień z dnia 14 lutego 2022 r. nie były wymagane w dokumentacji postępowania. Rzeczony karty dotyczyły aspektów ocenianych w kryterium oceny ofert, co zgodnie z SWZ weryfikowano na podstawie oświadczenia zawartego w ofercie. Jest to materiał dodatkowy, niewymagany przez zamawiającego w dokumentacji postępowania. Nie można zatem na tej podstawie wyciągać negatywnych konsekwencji wobec przystępującego, szczególnie, że dodatkowe materiały są spójne z jego oświadczeniem z formularza ofertowego i jedynie potwierdzają treść oferty. Nawet jeżeli wezwanie do ich złożenia było na kanwie SWZ nieuprawnione, to złożone karty są prawidłowe, a bezpodstawne wezwanie nie stanowi naruszenia prawa mającego wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji powyższego Izba oddaliła także powiązany z oddalonymi zarzutami nr 1 i nr 2 zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 p.z.p. dotyczący nieprawidłowego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej (zarzut nr 3).

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. – zamawiający w sposób prawidłowy dokonał odrzucenia oferty odwołującego, więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone w całości.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia 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). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący:

.....