

WYROK
z dnia 30 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2018 r. przez wykonawcę

INTEGRA B.R.O.P. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Sąd Rejonowy w Zielonej Górze

przy udziale wykonawcy **Alfa System Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Sądowi Rejonowemu w Zielonej Górze unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **INTEGRA B.R.O.P. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty wykonawcy **INTEGRA B.R.O.P. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością**,
2. kosztami postępowania obciąża Sąd Rejonowy w Zielonej Górze i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **INTEGRA B.R.O.P. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Sądu Rejonowego w Zielonej Górze na rzecz INTEGRA B.R.O.P. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 11 872 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy osiemset siedemdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Sąd Rejonowy w Zielonej Górze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup wraz z montażem skanera do prześwietlania bagażu dla Sądu Rejonowego w Zielonej Górze przy Placu Słowiańskim 2 oraz Placu Słowiańskim 12” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 17 października 2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 636149. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – INTEGRA B.R.O.P. Sp. z o. o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne wykluczenie oferty Odwołującego z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie złożonej przez Odwołującego oferty za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Odwołujący wskazał pkt 3, co Izba uznała za oczywistą omyłkę pisarską),
3. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie czynności zmierzających do udzielenia zamówienia wykonawcy, który został wybrany z naruszeniem przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty i wykluczenia Odwołującego,
3. powtórzenia czynności oceny ofert,
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o odrzuceniu złożonej przez niego oferty i wykluczeniu go z postępowania z przywołaniem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiącego o przesłance odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający podał, że odrzucenie oferty nastąpiło z dwóch powodów: długość maksymalna zaoferowanego urządzenia nie odpowiada maksymalnej długości wymaganej przez Zamawiającego oraz wykonawca, wbrew wystosowanemu wezwaniu do uzupełnienia dokumentu, nie dostarczył wymaganej karty katalogowej lub innego dokumentu ze specyfikacją techniczną dla zaoferowanego urządzenia.

Zarzuty dotyczące długości zaoferowanego urządzenia Zamawiający oparł, jak wskazał w przesłanej informacji, na informacjach zawartych na stronie internetowej producenta. Odwołujący podkreślił, że w ofercie podana została długość 1600 mm, czego Zamawiający nie wziął po uwagę. Opisując zamawiane urządzenie Zamawiający podał szereg parametrów oraz cech technicznych, którym miało ono odpowiadać, przy czym nie zażądano od wykonawców złożenia jakichkolwiek dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, które mogłyby potwierdzać spełnianie tych wymagań, ponieważ trudno jest uznać za taki dokument kartę katalogową, której złożenia wraz z ofertą żądał Zamawiający. Wątpliwości dotyczące oferty Zamawiający oparł więc nie na dokumentach, ale na informacjach zamieszczonych w Internecie.

Wobec zaistniałego domniemania, że w ofercie podany został nieprawdziwy parametr długości oferowanego urządzenia, uzyskanie wyjaśnień od wykonawcy stało się obowiązkiem Zamawiającego, a nie jego uprawnieniem, jak to wynika z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie miał prawa podejmowania tak istotnej decyzji, jak decyzja o odrzuceniu oferty, bez dogłębnego wyjaśnienia podjętych wątpliwości, przy czym w żadnym wypadku jedyną podstawą do podjęcia takiej decyzji nie mogą być informacje zawarte w Internecie. Odwołujący zaoferował urządzenie zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Informacje zamieszczone na stronie internetowej producenta mają jedynie charakter poglądowy i nie należy ich utożsamiać z konkretnym urządzeniem, które ma być przedmiotem dostawy w ramach przedmiotowego postępowania.

Bezpodstawny jest także zarzut, jakoby Odwołujący nie złożył wraz z ofertą karty katalogowej, a następnie nie uzupełnił tego dokumentu pomimo wezwania wystosowanego przez Zamawiającego.

Zamawiający pogubił się w swoich wymaganiach, myląc dokumenty stanowiące treść oferty z dokumentami potwierdzającymi spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego.

Żądana przez Zamawiającego karta katalogowa ma, co do zasady, charakter dokumentu przedmiotowego. To Zamawiający ustala, jaką rolę dany dokument pełni w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie sprecyzował żądania jakichkolwiek dokumentów przedmiotowych, mających potwierdzać, że oferowane dostawy odpowiadają jego wymaganiom. Należy więc uznać, że taki stan rzeczy wyraźnie potwierdza, iż Zamawiający miał zamiar uczynić tę kartę treścią oferty. W takiej sytuacji nie stanowiła ona dokumentu z katalogu określonego w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W formularzu ofertowym będącym załącznikiem nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednoznacznie wskazano, że do formularza ofertowego należy dołączyć kartę katalogową urządzenia. Zatem nie ma tu podstaw, by uznać, że Zamawiający wymagał w tym zakresie alternatywnie przedłożenia dokumentu urzędowego. Załączona do oferty Odwołującego karta katalogowa oraz specyfikacja techniczna mają charakter dokumentu prywatnego, czego Zamawiający nie ma prawa negocjować. W świetle żądania zawartego w formularzu ofertowym nie można uznać, że karty katalogowe, czy też te inne dokumenty miały potwierdzać wszystkie wymagane parametry, wymóg taki nie został w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawiony. Treść tych dokumentów nie może także oznaczać, że oferowane urządzenia są niezgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W świetle brzmienia załącznika do specyfikacji istotnych warunków zamówienia karty katalogowe są rodzajem folderu reklamowego, czy też deklaracji producenta bądź dystrybutora, która z natury rzeczy nie musi wymieniać (i często nie wymienia) wszystkich parametrów urządzenia. Zatem ustanowienie wymogu załączenia kart katalogowych bądź innych dokumentów, mimo wskazania w nich, jakie parametry urządzeń karta ta ma potwierdzać, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na domniemane niespełnienie parametrów nie będących potwierdzeniem wpisanej w formularzu ofertowym funkcjonalności.

W sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości co do zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mógł, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyjaśnić treść oferty, oczekiwać potwierdzenia spełnienia parametrów, czy też zażądać materiałów potwierdzających zgodność z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie mogą stanowić podstawy do uznania oferty za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacje, które Zamawiający uzyskał ze strony internetowej, ponieważ zgodnie z licznym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w tego typu sprawach informacje zawarte na stronach internetowych mogą stanowić dowód co najwyżej na okoliczność, iż określone informacje o konkretnej treści zostały zamieszczone na danej stronie internetowej. Nie mogą one natomiast stanowić podstawy do bezsprzecznego stwierdzenia, że określoną funkcjonalność urządzenie posiada bądź nie. Dane ze strony internetowej, jako dane handlowe wskazujące

możliwości wykonawcze podmiotu, nie kierowane do konkretnego kontrahenta, nie mogą stanowić podstawy uznania, że dane zaoferowane w odpowiedzi na konkretne zamówienie i przystosowane dla potrzeb tego zamówienia, wskazujące inne parametry, są nieprawdziwe. Załączony do formularza ofertowego dokument ze specyfikacją techniczną zaoferowanych urządzeń oraz karta katalogowa są dokumentami o charakterze prywatnym, które Zamawiający ma obowiązek uznania za dokumenty złożone prawidłowo.

Dokument prywatny może stanowić środek dowodowy pochodzący od osoby prywatnej, tj. osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej. Zgodnie z art. 245 Kodeksu postępowania cywilnego dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. W sytuacji, w której możliwe są różne interpretacje zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zachodzi niejednoznaczność, która nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający podtrzymał swoje wcześniejsze stanowisko oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego

Zamawiający podkreślił, że oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, jako że złożona została przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem po wezwaniu do złożenia dokumentu w postaci karty katalogowej dla zaoferowanego urządzenia powołał się na złożone wraz z ofertą własne oświadczenie, gdzie powielono zapisy zawarte w załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opisie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Zamawiający uznał, że Odwołujący nie uzupełnił oferty o wymaganą kartę katalogową produktu. Wykonawca nie przedłożył dokumentu potwierdzającego, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W efekcie powyższego oferta Odwołującego pozostaje niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał, aby do wyspecyfikowanych danych dołączyć kartę katalogową urządzenia z zaznaczonymi na niej danymi potwierdzającymi wpisaną funkcjonalność. Odwołujący nie był uprawniony do zastąpienia wymaganej przez Zamawiającego karty katalogowej produktu własnym oświadczeniem. Dokument przedstawiony przez wykonawcę stanowi bowiem *de facto* powielenie danych wpisanych przez wykonawcę w formularzu ofertowym, nie dając możliwości weryfikacji oświadczenia wykonawcy. Z załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia jasno wynika, że wykonawca powinien wpisać w formularzu funkcjonalność oferowanego sprzętu

w zakresie trybu wyświetlania obrazu, zastosowanego generatora, cyfrowego zoomu obrazu, skuteczności w zakresie ujawniania przedmiotów ukrytych, obciążenia taśmociągu, a następnie przedstawić kartę katalogową produktu i na karcie tej zaznaczyć dane potwierdzające wpisaną funkcjonalność. Jest rzeczą oczywistą, że sporządzenie oświadczenia przez samego wykonawcę nie wypełnia istoty ww. wymagania, a jedynie powieliła informacje wpisane przez wykonawcę w formularzu ofertowym. Gdyby intencją Zamawiającego było przedstawienie karty katalogowej sporządzonej nie tylko przez producenta, ale także przez wykonawcę, to wpisywanie funkcjonalności oferowanego sprzętu w formularzu ofertowym byłoby pozbawione sensu – te same informacje wykonawca powieliłby w karcie katalogowej, co nie stanowiłoby żadnej wartości dla Zamawiającego, który i tak nie mógłby zweryfikować poprawności wskazanych danych. W ocenie Zamawiającego istotą wymogu przedstawienia karty katalogowej, określonej na potrzeby niniejszego postępowania, jest właśnie to, że musi ona zostać przygotowana przez producenta. W realiach niniejszej sprawy dopuszczenie do sporządzania karty produktu przez samego wykonawcę mogłoby ewentualnie zasługiwać na aprobatę, gdyby Zamawiający w formularzu ofertowym nie wymagał od wykonawcy wpisania w tabeli określonych danych dotyczących funkcjonalności oferowanego sprzętu – wówczas faktycznie jedynym oświadczeniem wykonawcy w przedmiocie wymagań mogłaby być karta katalogowa. W niniejszej jednak sprawie wykonawca wymagał nie tylko oświadczenia wykonawcy, ale również potwierdzenia prawdziwości tego oświadczenia poprzez przedłożenie karty katalogowej produktu z zaznaczeniem danych potwierdzających wpisaną uprzednio przez wykonawcę w formularzu funkcjonalność produktu. Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności załącznika nr 1, pozwalała na różne jej interpretacje. Wobec tego, że Odwołujący nie złożył karty katalogowej produktu sporządzonej przez producenta, jego oferta musiała ulec odrzuceniu.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty z powodu długości maksymalnej zaoferowanego urządzenia, nieodpowiadającej długości maksymalnej wymaganej przez Zamawiającego, jest bezzasadny, bowiem istotą odrzucenia oferty Odwołującego jest nieprzedłożenie karty katalogowej oferowanego sprzętu i wykluczenie wykonawcy z prowadzonego postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Kwestia niespełnienia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie długości urządzenia została wskazana jedynie pobocznie, nie stanowiąc bezpośredniej przyczyny odrzucenia oferty. Gdyby Odwołujący przedłożył kartę katalogową producenta, Zamawiający rozważyłby, czy przedstawiona oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i ewentualnie wezwałby go do złożenia wyjaśnień. Zamawiający nie mógł jednak przystąpić do tego etapu postępowania, bowiem wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału

w postępowaniu. Dyspozycja przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na uprawnienie, a nie obowiązek Zamawiającego do wzywania do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, stąd, wbrew opinii Odwołującego, Zamawiający nie miał obowiązku uzyskiwania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących długości oferowanego urządzenia.

Zamawiający podtrzymał stanowisko w zakresie niezgodności zaoferowanego przez Odwołującego urządzenia marki UNIQSCAN model SF5635 ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie jego długości. Zamawiający wymagał długości maksymalnej 1600 mm, a wykonawca zaoferował urządzenie o długości 1630 mm, co wynika ze strony internetowej producenta wskazanej przez Zamawiającego w informacji o wyniku postępowania.

Wbrew zapatrywaniu Odwołującego dokument w postaci karty katalogowej produktu stanowi dokument potwierdzający, że oferowane produkty spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, co wynika z treści zapisu zawartego w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamiarem Zamawiającego nie było uczynienie z karty katalogowej produktu treści oferty. Zamawiający nie wymagał również, aby karta ta potwierdzała wszystkie parametry oferowanego sprzętu – miała ona jedynie zostać przedstawiona przez wykonawcę i zawierać zaznaczone dane potwierdzające wpisaną przez wykonawcę funkcjonalność.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący wychodzi z błędnego założenia, że przyczyną odrzucenia jego oferty jest wątpliwość Zamawiającego co do długości oferowanego sprzętu, która nie została rozwiana w drodze przedłożenia karty katalogowej produktu. W rzeczywistości zaś przyczyną odrzucenia oferty wykonawcy jest jego wykluczenie wobec nieprzedstawienia karty katalogowej zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nawet gdyby uznać, iż wzmiankowana karta katalogowa stanowi treść oferty, to i tak oferta Odwołującego musiałaby zostać odrzucona ze względu na jej niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, bowiem wykonawca nie przedłożył wymaganego przez Zamawiającego dokumentu, przez co oferta wykonawcy jest niekompletna i tym samym sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co stanowi przesłankę jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wybrany wykonawca – Alfa System Sp. z o.o. Wykonawca nie przedstawił szczegółowego stanowiska.

IV Ustalenia Izby

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z informacją przekazaną Odwołującemu, Zamawiający, powołując się na art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykluczył ofertę wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu ze względu na to, że Odwołujący, po wezwaniu do złożenia dokumentu w postaci karty katalogowej lub innego dokumentu ze specyfikacją techniczną dla zaoferowanych urządzeń do prześwietlania bagażu, nie przedłożył wymaganego dokumentu, powołując się jedynie na złożone wraz z ofertą własne oświadczenie, gdzie powielono zapisy zawarte w załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opisie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji wykonawca, pomimo wezwania, nie uzupełnił oferty o kartę katalogową lub inny dokument ze specyfikacją techniczną dla zaoferowanych urządzeń.

Zaoferowane urządzenie, marki UNIQSCAN model SF5636, nie spełnia także wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia określonych w załączniku nr 4 – opisie przedmiotu zamówienia, bowiem, jak wynika z informacji zawartej na stronie internetowej producenta urządzenia, jego długość to 1630 mm, zaś Zamawiający wymagał długości maksymalnej 1600 mm. Zamawiający, chcąc zweryfikować te dane, potrzebował karty produktu, której wykonawca nie dostarczył. Zamawiający odrzucił więc ofertę Odwołującego, bowiem zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Na wstępie Izba uznała za konieczne odniesienie się do kwestii formalnych związanych z odrzuceniem oferty Odwołującego.

Z dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, na który powołał się Zamawiający, wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Przepis ten – oprócz sytuacji, w której wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertę złożył wykonawca niezaproszony przez zamawiającego – dotyczy więc okoliczności, o których mowa w art. 22 i art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 22 ust. 1 i ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają

warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Przy czym warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej.

W art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych podano przyczyny wykluczenia wykonawcy. Zarówno warunki udziału w postępowaniu, jak i podstawy wykluczenia, dotyczą więc właściwości danego wykonawcy i jego sytuacji podmiotowej, jak jego kompetencje zawodowe, karalność, terminowe opłacanie danin publicznych. Do tych też okoliczności – także w zakresie dokumentów – odnosi się art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zaś do właściwości oferowanego przedmiotu, czy też mankamentów oferty dotyczących tego przedmiotu – także w zakresie dokumentów.

Przy tym wykonawcę wyklucza się – co do zasady – ze względów podmiotowych, zaś z przyczyn dotyczących przedmiotu zamówienia, także w zakresie wymaganych dokumentów, ofertę odrzuca się – najczęściej w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oceniając czynność Zamawiającego Izba doszła do wniosku, że także w tym przypadku podstawą prawną działania Zamawiającego odpowiadającą stanowi faktycznemu mógłby być jedynie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem podstawa odrzucenia oferty opiera się na wymogach Zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z powyższym, Zamawiający *de facto* odrzucił ofertę Odwołującego. Tym samym w orzeczeniu Izba posługuje się prawidłową nomenklaturą odnosząc się do „odrzucenia oferty”, a nie wykluczenia.

Podobnie nieprawidłową pod względem prawnym i faktycznym podstawą odrzucenia jest art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Sytuacja opisana w tym przepisie nie dotyczy przetargu nieograniczonego, w którym zaproszeni są – za pośrednictwem ogłoszenia o zamówieniu – wszyscy zainteresowani wykonawcy, a wykluczenia nie dokonuje się *a priori* (przed złożeniem oferty). Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych ze swojej istoty dotyczy postępowań, w których zamawiający kieruje do wykonawców indywidualne zaproszenia (jak np. negocjacje bez ogłoszenia czy zapytanie o cenę) lub prowadzi postępowanie wieloetapowo (wykluczenie wykonawcy następuje na etapie wcześniejszym niż składanie ofert, jak w przetargu ograniczonym). W przetargu nieograniczonym zastosowanie może mieć co najwyżej art. 24

ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych („ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”), „porządkujący” sytuację oferty w przypadku wykluczenia wykonawcy, który ją złożył. Ponieważ jednak – jak wskazano powyżej – Zamawiający nie wykluczył Odwołującego, w tym przypadku również nie ma on zastosowania.

Co do rodzajów dokumentów, należy wskazać, że art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyróżnia trzy rodzaje dokumentów, tj. potwierdzających: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia.

Przy czym dokumenty, o których mowa w punkcie 1. i 3., są dokumentami podmiotowymi (dotyczącymi właściwości wykonawcy), a dokumenty, o których mowa w punkcie 2., są dokumentami przedmiotowymi (dotyczącymi przedmiotu zamówienia). Tym samym dokumenty, o których mowa w punkcie 1. i 3. – co do zasady – nie są treścią oferty w rozumieniu art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie dotyczą ich podstawy odrzucenia oferty wskazane w tym artykule, natomiast dokumenty, o których mowa w punkcie 2. – co do zasady – stanowią treść oferty. Natomiast, spośród dokumentów wymaganych przez zamawiającego jako „dokumenty przedmiotowe” wyróżnia je to, że można je uzupełniać, ze względu na dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak słusznie wskazał Odwołujący, o ile nie wynika to bezpośrednio z istoty dokumentów (np. formularz ofertowy, formularz cenowy lub formularz wskazujący oferowane parametry – przy czym dwa ostatnie mogą stanowić osobne dokumenty lub część formularza ofertowego) lub z treści ustawy Prawo zamówień publicznych i aktów wykonawczych, to dany zamawiający w danym postępowaniu w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nadaje danym dokumentom przedmiotowym stosowny charakter – uzupełnialnych lub nieuzupełnialnych. Karty katalogowe i inne dokumenty zawierające specyfikację techniczną oferowanych urządzeń mogą mieć zarówno charakter dokumentów uzupełnialnych, jak i nieuzupełnialnych – w zależności od wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Rozróżnianie charakteru dokumentów związane jest z zasadą niezmienności treści oferty oraz równym traktowaniem wykonawców co do terminu na przygotowanie i złożenie oferty, w tym z faktem, że wykonawca nie może jej budować po terminie składania ofert w zakresie, w jakim dane informacje miały znajdować się w ofercie.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wskazał na charakter spornego dokumentu, ale ze względu na dane, które miał on zawierać, tj. potwierdzać deklarację wykonawcy zawartą w formularzu ofertowym, należy się zgodzić, że w tym przypadku mają one charakter uzupełnialny, ponieważ jedynie potwierdzają, a nie wskazują parametry, które zostały

określone w samym formularzu ofertowym, tym samym nie budują tej ścisłej treści oferty, którą są dane zawarte w formularzu ofertowym.

Odnosząc się zaś do istoty sporu pomiędzy Stronami Izba stwierdziła, że Zamawiający postąpił niezgodnie z procedurą odrzucając ofertę Odwołującego – w zakresie obu wskazanych w informacji o odrzuceniu oferty przyczyn.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (z tym, że art. 87 ust. 2 pkt 3 w niniejszej sprawie nie ma zastosowania).

Co nie było sporne, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał, aby długość oferowanego urządzenia nie przekraczała 1600 mm.

Odwołujący, jak oświadczył w swoim odwołaniu oraz podczas rozprawy, zaoferował urządzenie o takiej właśnie długości – oświadczeniu temu nie przeczy treść złożonej przez niego oferty (w załączonym dokumencie „Skaner RTG do prześwietlania bagażu Model: SF5636” nawet wskazano wprost ten parametr).

Podczas rozprawy Odwołujący potwierdził to składając oświadczenie z 27 listopada 2018 r., złożone w imieniu producenta skanera – Shenzhen Unisec Technology Co. Limited, z którego wynika, że oferowany model SF5636 jest dostępny w długości od 1600 mm do 1700 mm na zamówienie, ze względu na zróżnicowane zapotrzebowanie klientów, natomiast informacje zamieszczone na stronie internetowej są przeznaczone do celów reklamowych i pokazują niektóre z możliwości.

Tym samym podczas rozprawy nie potwierdziło się stanowisko Zamawiającego, że zaoferowany skaner ma długość właśnie 1630 mm i że jest to jedyna długość, którą skaner może posiadać.

Co do zaniechania zastosowania procedury wyjaśnienia treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych („W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.”) to oczywiście należy zgodzić się z poglądem, że zamawiający nie ma ustawowego obowiązku żądania od wykonawcy wyjaśnień. Jak wielokrotnie jednak Izba podkreślała w swoich wyrokach, przepis ten zamawiający powinien traktować raczej jako nadający mu kompetencję, czyli uprawnienie związane niejednokrotnie z jednoczesnym obowiązkiem – wynika to z racjonalności działania zamawiającego, ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz kwestii finansowych, tj. wyjaśnienia kwestii niejasnych oraz

potencjalnie spornych jak najszybciej, bezpośrednio pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, bez ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego.

Izba wielokrotnie również podkreślała w swoich wyrokach, że posługując się danymi i informacjami nie zawartymi w ofercie lub innych dokumentach przedstawionych przez danego wykonawcę w trakcie postępowania, lecz uzyskanymi np. z Internetu lub od podmiotów trzecich, zamawiający nie może pomijać udziału tego wykonawcy w wyjaśnieniach, bowiem to dany wykonawca złożył daną ofertę (lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) i tylko on może się wiążąco wypowiedzieć co do jej treści. Jest to istotne zwłaszcza wobec coraz częściej w ostatnich latach pojawiającej się tendencji do „personalizowania” przez producentów przedmiotów, czyli dostosowywania ich do indywidualnych potrzeb i oczekiwań klientów.

Oczywiście nie oznacza to, że zamawiający w każdych okolicznościach musi dać wiarę tym wyjaśnieniom i podejmując decyzję nie może się oprzeć na innych, wiarygodnych danych. Niemniej jednak nie może pominąć wykonawcy.

W zakresie żądanego przez Zamawiającego dokumentu Izba stwierdziła, że jedynym miejscem w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym mowa o spornym dokumencie jest załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – formularz ofertowy (nazwany przez Zamawiającego „formularzem cenowym”).

W rozdziale XI specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczącym sposobu sporządzenia oferty, zawierającym wykaz dokumentów (innych niż dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia wykonawcy), wskazano jedynie, że dokumenty składające się na ofertę winny obejmować: 1) formularz cenowy oferty, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, 2) parafowany projekt umowy stanowiący załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz 3) oświadczenie zgodne ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (oświadczenie dotyczy innych kwestii – spełniania warunków udziału w postępowaniu, zasobów podmiotów trzecich).

W formularzu ofertowym zaś Zamawiający zawarł tabelę „Funkcjonalność (skaner RTG do bagażu), w tym:”, w której wymienił pięć funkcji/parametrów skanera, które miał zadeklarować wykonawca: tryb wyświetlania obrazu, zastosowany generator, cyfrowy zoom obrazu, skuteczność w zakresie ujawniania przedmiotów ukrytych (penetracja stali), obciążenie taśmociągu. Pod tabelą Zamawiający zawarł uwagę: „Uwaga: Do wyspecyfikowanych danych należy dołączyć kartę katalogową urządzenia z zaznaczonymi na niej danymi potwierdzającymi wypisaną funkcjonalność.”

Z powyższej uwagi wynikają więc dwa wymogi co do wspomnianej karty katalogowej: po pierwsze, musiała odnosić się ona tylko do ww. pięciu parametrów – pozostała jej treść nie została określona; po drugie – miała być „kartą katalogową urządzenia” – nie było w niej wymogu, że ma to być karta wyłącznie producenta.

Przy czym obecnie nie jest oczywiste, że funkcjonujące na rynku karty katalogowe pochodzą wyłącznie od producenta – w szczególności, gdy jest to producent zagraniczny i nie przygotowuje kart w języku polskim, a same karty pobiera się np. ze strony internetowej producenta lub dystrybutora w postaci pliku. Funkcjonują więc także karty sporządzane lub tłumaczone przez dystrybutorów i sprzedawców danego sprzętu, stanowiące część ich własnego katalogu oferowanych produktów.

W sytuacji, kiedy Zamawiający nie wskazał, że karta ma pochodzić wyłącznie od producenta, wykonawcy mieli swobodę wyboru rodzaju karty.

Jak wynika z dokumentacji postępowania przedłożonej Izbie przez Zamawiającego, Odwołujący dołączył do oferty dokument, który określił jako kartę katalogową pod nazwą „Skaner RTG do prześwietlania bagażu Model: SF 5636”.

Podczas rozprawy Odwołujący wyjaśnił, że kartę załączoną do oferty (opatrzoną logiem oraz danymi spółki INTEGRA BROP) sporządzili jego pracownicy, a sam Odwołujący jest jedynym i autoryzowanym dystrybutorem w Polsce urządzeń chińskiej marki UNIQSCAN (Shenzhen Unisec Technology Co. Limited), standardowo więc przygotowuje kartę katalogową produktu i w takiej postaci przedstawia klientom.

Jest to więc karta funkcjonująca na rynku polskim, dotycząca oferowanego produktu, będąca „kartą katalogową urządzenia” – a tym samym nie jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wezwał Odwołującego, powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia tego dokumentu. W odpowiedzi wykonawca oświadczył, że żądany dokument został przedstawiony na str. 21-26 oferty.

Należy zwrócić uwagę, że wezwać ogólnie „do przedłożenia/przedstawienia/uzupełnienia” dokumentu zamawiający może wyłącznie, gdy dany dokument w ogóle nie został złożony. Natomiast w sytuacji, w której wykonawca dokument przedłożył, ale z jakichś względów nie odpowiada on oczekiwaniom zamawiającego, zamawiający powinien wady tego dokumentu wskazać – bez takiego bowiem wskazania wykonawca nie jest w stanie się domyślić, jakie są konkretne zastrzeżenia zamawiającego albo czy też zamawiający dokumentu nie przeoczył.

Tym samym również nawet samo wezwanie Zamawiającego – nie wskazujące, że istotą tego wezwania do uzupełnienia jest żądanie dokumentu sporządzonego bezpośrednio przez producenta – jest wadliwe i tym samym podlegałoby powtórzeniu.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w kwocie określonej rachunkiem, tj. 4.372 zł, w tym 3.600 zł wynagrodzenie pełnomocnika i 772 zł za dojazd oraz uwzględniając wysokość wpisu 7.500 zł.

Przewodniczący:

