

WYROK
z dnia 14 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2020 r. przez wykonawcę Tronus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga Południe z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i stwierdzić naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „Inventive Group” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.
2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 180 zł 60 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto osiemdziesiąt złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga Południe prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Zakup i dostawa mebli dla ZLO przy ul. Styrskiej 44 w Warszawie”. Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 października 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 594737-N-2020.

I. W dniu 17 listopada 2020 r. wykonawca Tronus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności i zaniechanie podjęcia czynności przez zamawiającego w ww. postępowaniu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy „Inventive Group” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „wykonawca IG”), pomimo iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia określonego w pkt III.3.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”);
- 2) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty wykonawcy IG za odrzuconą;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IG, pomimo iż oferta ta powinna być odrzucona, gdyż jej treść jest niezgodna z postanowieniami SIWZ;
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy IG, pomimo iż oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona i w konsekwencji oferta ta nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza przy ustalonych w SIWZ kryteriach oceny ofert.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia wykonawcy IG oraz odrzucenia oferty wykonawcy IG,
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 10 grudnia 2020 r., wobec przekazania przez zamawiającego informacji o zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym wykonawcy, odwołujący dokonał modyfikacji żądań, tj. wniósł o uwzględnienie odwołania i stwierdzenie przez Izbę, że doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

Uzasadniając podniesione w odwołaniu zarzuty odwołujący wskazał na okoliczność złożenia przez wykonawcę IG wraz z ofertą jedynie kopii oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu udostępniającego swoje zasoby, co wobec obowiązku złożenia tego oświadczenia w formie pisemnej czyni bezpodstawnym badanie spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Odwołujący zarzucił również, że ww. oświadczenie nie określa w żaden sposób tego, na czym polegać ma transfer wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego swoje zasoby – wskazał na wymagania zawarte w tym zakresie w postanowieniu pkt V.II.2.2 SIWZ. Z treści złożonego oświadczenia nie wynika także, że podmiot udostępniający swoje zasoby miałby wziąć udział w realizacji zamówienia zgodnie z pkt III.7 SIWZ. Ponadto nie zostało wykazane, aby osoba która złożyła podpis pod ww. oświadczeniem była uprawniona do reprezentowania podmiotu udostępniającego zasoby. Odwołujący podniósł również zarzuty wobec złożonych przez wykonawcę IG dwóch kopii listów referencyjnych, które w jego ocenie zostały poświadczane za zgodność z oryginałem niezgodnie z §14 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz z pkt VI.3 SIWZ, tj. przez wykonawcę, a nie przez podmiot udostępniający zasoby. W odniesieniu do listów referencyjnych uzupełnionych dnia 10 listopada 2020 r. odwołujący podniósł zarzut braku wykazania posiadania przez osobę, która dokonała poświadczenia ww. dokumentów za zgodność z oryginałem, uprawnienia do reprezentacji podmiotu udostępniającego zasoby. W odniesieniu do treści złożonego przez wykonawcę IG w ramach oferty Załącznika nr 1 do SIWZ odwołujący wskazał na zaniechanie podania pełnych nazw producentów oraz typu lub numeru katalogowego produktów, a ponadto brak kompletnego opisu mebli w zakresie wymaganych cech technicznych i funkcjonalnych – pozycje 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 24, 25, 26, 29, 30, 32, 34 oraz zamieszczone pod tabelą rubryki Ogólne uwagi, Opis techniczny biurek, Opis techniczny kontenerów. Odwołujący wskazał na bezskuteczność

czynności wezwania wykonawcy IG do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz bezskuteczność udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień. Dodatkowo wskazał, że także uzupełniony przez wykonawcę IG Załącznik nr 1 do SIWZ nie zawierał typu lub numeru katalogowego mebli, a ponadto został złożony bez zachowania wymaganej formy pisemnej.

II. Pismem z dnia 30 listopada 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o oddalenie odwołania.

Uzasadniając stanowisko w sprawie zamawiający stwierdził w szczególności, że złożone przez wykonawcę IG oświadczenie o zobowiązaniu podmiotu trzeciego spełnia wymagania stawiane przez przepisy ustawy Pzp. Zauważył, że przepisy tejże ustawy nie wskazują konkretnego momentu złożenia tego oświadczenia w postępowaniu, a z drugiej strony przewidują uprawnienie wykonawcy do jego uzupełnienia. Wskazał, że osoba, która podpisała ww. oświadczenie w imieniu podmiotu udostępniającego zasoby była do tego uprawniona będąc pełnomocnikiem tego przedsiębiorcy, co wynika z wpisu w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Stwierdził, że w odpowiedzi na wezwanie wystosowane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca IG złożył wyjaśnienia, w treści których podane zostały pełne nazwy producentów.

W piśmie z dnia 9 grudnia 2020 r. zamawiający podtrzymał stanowisko w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania, a odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (podlegającą badaniu na dzień jego złożenia).

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

W treści SIWZ zamawiający zawarł między innymi następujące postanowienia:

Na wstępie wskazano, że „Postępowanie będzie prowadzone z zastosowaniem procedury określonej w art. 24aa Ustawy.” (informacja w tym zakresie została również podana w ogłoszeniu o zamówieniu).

W pkt III.3.3) SIWZ zamawiający przewidział warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, który został określony w następujący sposób:

Zamawiający wymaga posiadania przez Wykonawcę doświadczenia umożliwiającego należyte wykonanie zamówienia, tj. wykonania przez niego w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch dostaw w zakresie przedmiotu zamówienia, a wartość brutto każdej z tych dostaw wynosiła co najmniej 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych). Nie można sumować zamówień o mniejszej wartości, aby uzyskać wymaganą powyżej wartość.

Zgodnie z pkt III.7 SIWZ: W odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, Wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeżeli podmioty te zrealizują dostawy, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W pkt XI Zamawiający wskazał, że na ofertę składają się następujące dokumenty:

- Wypełniony i podpisany Formularz ofertowy;
- Wypełniony i podpisany Załącznik nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia oraz Formularz cenowy stanowiący Załącznik nr 2 do SIWZ;
- Pełnomocnictwo – w przypadku składania oferty wspólnej oraz w przypadku, jeżeli oferta podpisana zostanie przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania Wykonawcy;
- Komplet oświadczeń wymienionych w pkt V.I SIWZ, tj. oświadczenie dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, stanowiące Załącznik nr 3 do SIWZ oraz oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania, stanowiące Załącznik nr 4 do SIWZ.
- Ponadto zgodnie z pkt 3 Wymagań ogólnych SIWZ do oferty, w zakresie nieobjętym pkt 2 (poz. 7, 9 i 11 Załącznika nr 1 do SIWZ) do oferty należało załączyć: *wzory mebli w formie kart produktu z rysunkiem poglądowym, katalogów lub fotografii.*

Zgodnie z pkt XI.7 SIWZ: Ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej. Oferta powinna być napisana w języku polskim oraz czytelna.

W treści formularza stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ – Wykaz wyposażenia mebli dla ZLO przy ul. Styrskiej 44 w Warszawie zawarty był opis wymagań zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, natomiast wykonawcy obowiązani byli wypełnić ostatnią kolumnę poprzez podanie nazwy producenta oraz typu lub numeru katalogowego produktów.

W pkt V.II.1 oraz V.II.2 zostały przez zamawiające wskazane oświadczenia i dokumenty, które zobowiązany był złożyć, na wezwanie zamawiającego, wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona (pkt V.II.1 – oświadczenia i dokumenty składane na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania, pkt V.II.2 - oświadczenia

i dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu).
Wśród tych oświadczeń i dokumentów zamawiający wskazał między innymi:

- wykaz dostaw (sporządzony zgodnie z ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ) wraz z dowodami określającymi czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie – pkt V.II.2.1) SIWZ;
- pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego oddającego swoje zasoby na rzecz wykonawcy, określające w szczególności:
 - a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
 - b) sposób wykorzystania przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia publicznego zasobów innego podmiotu;
 - c) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego - pkt V.II.2.2) SIWZ.

W pkt V.III SIWZ zostały wskazane inne dokumenty składane na wezwanie zamawiającego, tj. parafowany wzór umowy – załącznik nr 7 do SIWZ oraz oświadczenie wykonawcy w zakresie art. 13 lub art. 14 RODO – załącznik nr 6 do SIWZ.

W pkt V.VI SIWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienia w zakresie formy dokumentów:

1. *Oświadczenia dotyczące Wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy, składane są w oryginale.*
2. *Dokumenty, inne niż oświadczenia, o których mowa powyżej, składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.*
3. *Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio Wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą.*
4. *Wymagane dokumenty powinny być złożone w formie oryginału lub kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy. Za osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy uznaje się osoby upoważnione do reprezentowania firmy, wskazane we właściwym rejestrze lub ewidencji działalności gospodarczej bądź w stosownym pełnomocnictwie, które należy załączyć do oferty w oryginale lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem notarialnie.*

W przypadku, gdy załączona do oferty kserokopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości, co do jej prawdziwości, Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie potwierdzonej kopii dokumentu.

Wykonawca IG złożył w ramach oferty następujące dokumenty:

- formularz ofertowy, Wykaz wyposażenia mebli dla ZLO przy ul. Styrskiej 44 w Warszawie - Załącznik nr 1 do SIWZ, Formularz cenowy – Załącznik nr 2 do SIWZ, oświadczenia dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu – Załącznik nr 3 do SIWZ, oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania – Załącznik nr 4 do SIWZ, potwierdzenie wpłaty wadium, katalogi oraz karty katalogowe produktów.

załączając również:

- oświadczenie w zakresie wypełnienia obowiązków informacyjnych przewidzianych w art. 13 lub art. 14 RODO – załącznik nr 6 do SIWZ, wzór umowy
- wykaz dostaw (załącznik nr 5 do SIWZ) wraz referencjami oraz zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby.

Pismem z dnia 4 listopada 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę IG na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty. W treści wezwania zamawiający poinformował ww. wykonawcę, że podczas oceny oferty w zakresie Załącznika nr 1 do SIWZ stwierdzono różnicę pomiędzy wersją Załącznika zamieszczoną na stronie internetowej zamawiającego a ofertą wykonawcy. *W wykazie wyposażenia mebli w pozycjach 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 24, 25, 26, 29, 30, 32, 34, 41 oraz w rubrykach OGÓLNE UWAGI, OPIS TECHNICZNY BIUREK, OPIS TECHNICZNY KONTENERÓW i w pozostałych uwagach dotyczących wymaganych przez Zamawiającego dokumentów brakuje zapisów, które są w Załączniku zamieszczonym na stronie internetowej. Część zapisów jest niewidoczna, część – wyraźnie przysłonięta sąsiadującymi komórkami w Excelu bądź przesuniętymi rysunkami technicznymi.* W związku z powyższym zamawiający wezwał do wyjaśnienia treści oferty w zakresie Załącznika nr do SIWZ – Opisu przedmiotu zamówienia i potwierdzenia, że zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia, ujęty w ww. Załączniku, spełnia wszystkie wymagania dotyczące parametrów, określone przez zamawiającego.

Odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca IG udzielił pismem z dnia 5 listopada 2020 r. stwierdzając, co następuje:

„Nasza oferta spełnia wszystkie wymagane parametry zawarte w załączniku nr 1 do SIWZ

Przy wydruku załącznika w poz. „pionowej” część zapisów uległa przysłonięciu

W związku z zaistniałą sytuacją dołączamy załącznik nr 1 z pełnymi, wymaganymi opisami oraz wykaz producentów mebli – są to:

TOBO D. Spółka Jawna, Kuriany 104, 15-589 Białystok

NOWY STYL Sp. z o.o. ul. Pużaka 49, 38-400 Krosno

MOJE BAMBINO Sp. z o.o. Sp.k. ul. Graniczna 46, 93-428 Łódź

Malow Sp. z o.o. ul. Wojska Polskiego 114A, 16-400 Suwałki

Metalkas Sp. z o.o. ul. Deszczowa 63, 85-467 Bydgoszcz

Do ww. pisma został załączony Wykaz wyposażenia mebli dla ZLO przy ul. Styrskiej 44 w Warszawie – Załącznik nr 1 do SIWZ.

Pismem z dnia 6 listopada 2020 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę IG do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp – wskazanych w pkt V.II SIWZ, tj. 1) odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, 2) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami oraz 3) zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami. Ponadto zamawiający wezwał ww. wykonawcę do złożenia w oryginale zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby - Starpol Meble A. K. z dnia 14.10.2020 r., zgodnie z pkt V ppkt V.I.1 SIWZ. W treści ww. wezwania zamawiający wskazał również na zastosowanie w postępowaniu art. 24aa ustawy Pzp.

Odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca IG udzielił za pismem przewodnim z dnia 9 listopada 2020 r., do którego zostały załączone następujące dokumenty: odpis z KRS na dzień 9 listopada 2020 r., zaświadczenie z Urzędu Skarbowego potwierdzające niezaleganie z opłacaniem podatków z dnia 12 października 2020 r., zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne z dnia 8 października 2020 r. oraz oryginał zobowiązania Starpol Meble A. K. z dnia 14 października 2020 r. wraz z referencjami.

W dniu 12 listopada 2020 r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy IG jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że oferta złożona przez wykonawcę IG zawierała następujące braki:

- 1) W treści formularza stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ wykonawca IG nie wskazał pełnych nazw producentów – wpisano nazwy: *TOBO D.*, *NOWY STYL*, *MOJE BAMBINO*, *MALOW*, *METALKAS*, które nie wskazywały jednoznacznie na konkretne podmioty. Wprawdzie nazwy dwóch producentów - *TOBO D. Sp. J.* i *Malow sp. z o.o.* - zostały wskazane w katalogach, jednakże po pierwsze dokumenty te zostały złożone jako kopie bez potwierdzenia za zgodność z oryginałem, a ponadto nie dotyczy to pozostałych producentów, których pełne nazwy nie zostały podane.
- 2) W treści formularza stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ wykonawca IG nie podał typu lub numeru katalogowego produktów. Stanowisko zamawiającego co do tego, że producenci ci mogą nie stosować tego typu oznaczeń Izba uznała za wątpliwe. Po pierwsze, tego rodzaju okoliczność co do treści oferty nie powinna być z góry zakładana przez zamawiającego. Po drugie, okoliczności tej przeczy treść kilku katalogów złożonych przez wykonawcę IG, gdzie tego rodzaju oznaczenia zostały podane (katalogi mebli Hebe - *TOBO D. Sp.J.* oraz katalogi *Malow sp. z o.o.*).
- 3) Treść formularza stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ nie zawiera kompletnej treści – brak szeregu wymagań (pozycje wskazane przez zamawiającego w treści wezwania z dnia 4 listopada 2020 r.), zawartych przez zamawiającego w tym formularzu, które miały zostać potwierdzone przez wykonawcę w ramach oferty. Należy w tym miejscu podkreślić, że wykonawca obowiązany jest do dochowania należytej staranności przy przygotowaniu i złożeniu oferty. Negatywne skutki niedopełnienia tego obowiązku obciążają wykonawcę.

Powyższe braki w ofercie wykonawcy IG stanowiły jednocześnie niezgodność jej treści z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zamawiający wymagał bowiem w SIWZ potwierdzenia spełniania wymagań stawianych w odniesieniu do przedmiotu zamówienia poprzez złożenie podpisanego załącznika nr 1 do SIWZ, a ponadto w treści tego formularza wykonawca obowiązany był wskazać producenta oraz typ lub numer katalogowy.

Przepisy ustawy Pzp nie przewidują procedury uzupełnienia treści oferty. Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby wyjaśnieniu może podlegać jedynie treść zawarta w ofercie. Przykładowo należy wskazać na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2020 r. KIO 2607/19 oraz z dnia 20

sierpnia 2019 r. KIO 1531/19. Uzupełnienie oferty o treści, które nie zostały w niej pierwotnie zawarte, stanowi niedozwoloną modyfikację oferty po upływie terminu składania ofert.

Mając na uwadze powyższe należało stwierdzić, że oferta wykonawcy IG podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaniechanie powyższego przez zamawiającego skutkowało orzeczeniem przez Izbę o naruszeniu przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferta wykonawcy IG nie podlegała ocenie w kryteriach oceny ofert i wyborowi jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Wobec tego, że czynności te zostały przez zamawiającego wykonane, Izba orzekła również o naruszeniu przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Należy w tym miejscu wskazać, że zamawiający przewidział w treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu prowadzenie postępowania z zastosowaniem procedury odwróconej zgodnie z przepisem art. 24aa ustawy Pzp. W myśl tego przepisu zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Zastosowanie procedury odwróconej oznacza, że zamawiający najpierw dokonuje badania ofert pod kątem występowania przesłanek do odrzucenia oferty, a następnie dokonuje oceny ofert, co do których nie stwierdził podstawy do odrzucenia. W odniesieniu do wykonawcy, którego oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów w ramach przeprowadzonej oceny ofert, zamawiający bada spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia (weryfikacja podmiotowa).

Oznacza to, że w odniesieniu do oferty, która podlegała odrzuceniu, zamawiający nie dokonuje oceny pod względem kryterium oceny ofert, jak i nie dokonuje weryfikacji podmiotowej.

W konsekwencji powyższego Izba orzekła o oddaleniu zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Skoro zamawiający – wobec zaistnienia w stosunku do wykonawcy IG podstawy do odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – nie powinien w stosunku do tego wykonawcy dokonywać weryfikacji podmiotowej, tj. między innymi badać wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, to w związku z tym nie można zamawiającemu stawiać zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp. Inaczej rzecz ujmując, jeżeli zamawiający nie powinien był w ogóle rozważać możliwości zastosowania przepisu art. 24

ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w stosunku do wykonawcy IG, to nie można stwierdzić, że zamawiający naruszył ten przepis poprzez jego niezastosowanie. Okoliczność, że niezastosowanie ww. przepisu nastąpiło z innych względów niż powinno mieć miejsce, nie ma znaczenia w kontekście tak postawionego zarzutu odwołania.

W odniesieniu do powyższego wymaga jedynie zauważenia, że istotnie złożone przez wykonawcę IG oświadczenie o zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby nie posiadało treści wymaganej przez zamawiającego w postanowieniach SIWZ – pod względem zakresu wymaganych informacji, w tym odnośnie sposobu wykorzystania przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia zasobów innego podmiotu i zakresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, który zgodnie z pkt III.7 SIWZ miał polegać na realizacji przedmiotu dostawy. Odwołujący nie dostrzegł jednak, że zgodnie z SIWZ oświadczenie o zobowiązaniu podmiotu udostępniającego swoje zasoby wykonawcy miało zostać złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp (pkt V.II.2.2) SIWZ). Oznacza to, że złożenie ww. oświadczenia o zobowiązaniu w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 6 listopada 2020 r. należy potraktować jako pierwotne złożenie tego dokumentu w postępowaniu. Natomiast w odniesieniu do zarzutów dotyczących złożonych przez wykonawcę IG listów referencyjnych należy zauważyć, że w tym przypadku wykonawca ten w ogóle nie był wzywany do złożenia tych dokumentów – wezwanie z dnia 6 listopada ww. dokumentów nie obejmowało. W tym miejscu warto wskazać, że w sytuacji gdy określone oświadczenia lub dokumenty zostały przez wykonawcę złożone na wcześniejszym etapie postępowania, zamawiający, przystępując do etapu właściwego dla danych oświadczeń lub dokumentów, winien skierować do wykonawcy wezwanie do ich złożenia (w tym przypadku na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp) lub potwierdzenia woli poddania weryfikacji uprzednio złożonych oświadczeń lub dokumentów. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że w odniesieniu do oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawcę IG na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia – wykonawcy temu przysługiwałoby (gdyby nie podstawa do odrzucenia oferty) – uprawnienie do jednokrotnego uzupełnienia tych dokumentów. Wprawdzie w treści oferty wykonawcy IG zostało złożone oświadczenie o zamiarze wykonania zamówienia własnymi siłami (pkt 7 formularza oferty), co stoi na przeszkodzie powoływaniu się na zasoby innego podmiotu celem wykazania spełnienia postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (ze względu na wymóg realizacji przedmiotu dostawy przez podmiot udostępniający zasoby - pkt III.7 SIWZ), jednakże nie byłoby możliwe odmówienie temu wykonawcy prawa do podjęcia próby samodzielnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp oraz art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w punkcie pierwszym i drugim sentencji.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego została już zawarta i nastąpiło to w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, Izba może stwierdzić naruszenie przepisów ustawy. Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez zamawiającego na posiedzeniu, w dniu 4 grudnia 2020 r. doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy nastąpiło po uchyleniu przez Izbę zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze postanowieniem z dnia 30 listopada 2020 r. KIO/W 104/20, a zatem stało się to w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, tj. w art. 183 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania. Wprawdzie odwołanie podlegało jedynie częściowemu uwzględnieniu, jednakże wynikało to z braku możliwości poddania oferty wykonawcy IG weryfikacji podmiotowej wobec stwierdzenia podstawy do jej odrzucenia na wcześniejszym etapie badania i oceny ofert. Ponadto część szczegółowych zarzutów podniesionych w ramach zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp znajdowała potwierdzenie w stanie faktycznym sprawy (brak wykazania udostępnienia zasobów innego podmiotu w zakresie wymaganym przepisami ustawy Pzp i postanowieniami SIWZ). Z tych względów Izba uznała za zasadne w całości obciążenie kosztami postępowania zamawiającego. Na koszty te składa się kwota 7.500 zł uiszczona przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwota 3.600 zł poniesiona przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwota 80,60 zł poniesiona przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Przewodniczący: