

Sygn. akt: KIO 2428/19

KIO 2429/19

WYROK

z dnia 17 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

A. po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 02 grudnia 2019 r. przez Wykonawców:

A. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **K. G. "INTERGUR", A. G. AG IT Project prowadzący wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą AG IT Project s.c. (ul. Pasmugi 4, 21-345 Borki)** (odwołanie KIO 2428/19)

B. **P.I.W. CAMCO sp. z o. o. (ul. Światowida 47B lok. 22, 03-144 Warszawa)** (odwołanie KIO 2429/19)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Ministerstwo Obrony Narodowej (Al. Niepodległości 218, 00-911 Warszawa)**

przy udziale:

A. wykonawcy **P.I.W. CAMCO sp. z o. o. (ul. Światowida 47B lok. 22, 03-144 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2428/19 po stronie Odwołującego,

B. wykonawcy **ANMARO sp. z o.o. (ul. Na Skały 1B, 35-321 Rzeszów)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2428/19 oraz KIO 2429/19 po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Anmaro sp. z o.o. oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia ofert: Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K. G. "INTERGUR", A. G. AG IT Project prowadzący wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą AG IT Project s.c. oraz Wykonawcy P.I.W. CAMCO sp. z o.o., a także nakazuje powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności wezwania Wykonawców Odwołujących się do złożenia dokumentów w postaci kart katalogowych zaoferowanych urządzeń,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Ministerstwo Obrony Narodowej (Al. Niepodległości 218, 00-911 Warszawa)** i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **K. G. "INTERGUR", A. G. AG IT Project prowadzący wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą AG IT Project s.c. (ul. Pasmugi 4, 21-345 Borki)** tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 2428/19,
 - 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **P.I.W. CAMCO sp. z o. o. (ul. Światowida 47B lok. 22, 03-144 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 2429/19,
 - 2.3. zasądza od Zamawiającego **Ministerstwo Obrony Narodowej (Al. Niepodległości 218, 00-911 Warszawa)** na rzecz Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **K. G. "INTERGUR", A. G. AG IT Project prowadzący wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą AG IT Project s.c. (ul. Pasmugi 4, 21-345 Borki)** kwotę **9960 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.4. zasądza od Zamawiającego **Ministerstwo Obrony Narodowej (Al. Niepodległości 218, 00-911 Warszawa)** na rzecz Odwołującego **P.I.W. CAMCO sp. z o. o. (ul. Światowida 47B lok. 22, 03-144 Warszawa)** kwotę **11100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

KIO 2428/19

Zamawiający Ministerstwo Obrony Narodowej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Dostawa trzech zasilaczy awaryjnych UPS o mocy 100,125 i 200 kVA wraz z montażem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 01 października 2019 r. pod numerem 603168-N-2019.

Odwołujący K. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. G. „INTERGUR”, A. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A. G. AG IT Project, prowadzący wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą AG IT Project S.C. wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na: odrzuceniu oferty złożonej przez AG IT Project na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 uPZP w sytuacji, w której Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania tego przepisu, zaniechaniu wystosowania przez Zamawiającego do AG IT Project wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 uPZP w sytuacji, gdy na Zamawiającym spoczywał taki obowiązek, wyborze oferty złożonej przez Wykonawcę: Anmaro jako najkorzystniejszej, w sytuacji, w której to oferta AG IT Project jest ofertą najkorzystniejszą, ustanowieniu w Załączniku nr 5 do SIWZ (Istotne postanowienia umowy) zasad nakładania kar umownych nieuwzględniających tego, że opóźnienie w wykonaniu zamówienia może być wynikiem winy Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 uPZP, polegające na braku zastosowania przez Zamawiającego tego przepisu i odstąpienie od wezwania Odwołującego od złożenia kart katalogowych produktów; art. 89 ust. 1 pkt. 2 uPZP, polegające na bezpodstawnym przyjęciu, że przepis ten mógł znaleźć zastosowanie w sprawie; przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego wskazuje, że Zamawiający wobec braku przedstawienia przez Odwołującego kart katalogowych produktów, samodzielnie poszukiwał w sieci Internet informacji, które miały uzasadnić stwierdzenie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, art. 91 uPZP w zw. z art. 26 ust. 3 oraz 87 ust. 1 uPZP - polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę: Anmaro Sp. z o.o., przed przeprowadzeniem prawidłowej oceny oferty złożonej przez AG IT Project, tj. oceny uwzględniającej przepisy uPZP, określające czynności wymagane od Zamawiającego przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Dodatkowo, z ostrożności zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 uPZP - ze względu na wskazanie w przyczynach odrzucenia oferty Odwołującego, że celowo nie wskazał w postanowieniach SIWZ konsekwencji braku złożenia kart katalogowych produktów w postaci odrzucenia oferty, art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 16 uPZP - polegające na wprowadzeniu do Załącznika nr 5 do SIWZ (Istotne postanowienia umowy) w postanowieniu § 9 regulacji, na podstawie których Zamawiający

nakłada kary umowne z tytułu opóźnienia Wykonawcy niezależnie od jego winy. Zamawiający wymaga w § 12, by etap zamówienia został zrealizowany do dnia 23 grudnia 2019 r. Spełnienie tego warunku jest utrudnione ze względu na to, że wynik postępowania jest nieprawidłowy - ze względu na odrzucenie najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Odwołującego. Załącznik nr 9 winien zostać uzupełniony o postanowienie, zwalniające Wykonawcę z obowiązku zapłaty kar umownych w przypadku, gdy opóźnienie w wykonaniu zobowiązania wynika z winy Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy Anmaro Sp. z o.o. i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz o nakazanie dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego, w tym nakazanie wezwania Odwołującego do złożenia kart katalogowych produktów.

W Rozdz. Va SIWZ Zamawiający zawarł wymaganie załączenia do oferty wypełnionego i podpisanego Formularza cenowego, zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 8 do SIWZ. Zamawiający dodał uwagę: „UWAGA: Formularz cenowy nie podlega uzupełnieniu. Niezłożenie formularza cenowego, brak wypełnienia wszystkich wymaganych pozycji lub wskazanie informacji o oferowanych urządzeniach niepozwalających na ich identyfikację skutkować będzie odrzuceniem oferty”.

W Rozdziale III pn. Opis przedmiotu zamówienia w ust. 4 SIWZ, Zamawiający zażądał kart katalogowych oferowanych zasilaczy awaryjnych UPS oraz akumulatorów, zawierających dane umożliwiające sprawdzenie parametrów tych urządzeń i akumulatorów wymaganych przez Zamawiającego (pkt 2 i 3 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia).

Odwołujący złożył wraz z ofertą wypełniony formularz cenowy, w którym przedstawił oferowane urządzenia, w tym podał nazwę producenta i model tych urządzeń.

Odwołujący nie załączył kart katalogowych dla oferowanych urządzeń.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. W treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że „Wykonawca do oferty nie dołączył żadnych kart katalogowych. Podane w formularzu cenowym nazwy urządzeń oraz brak dołączonych informacji o oferowanych urządzeniach, w szczególności brak kart katalogowych, nie pozwalają na identyfikację i sprawdzenie parametrów oferowanych urządzeń ani w ramach złożonej oferty ani innych źródeł poza samym Wykonawcą (np. internet, dystrybutor, producent). Ponadto Zamawiający „na marginesie” dodał, że odnalazł szcątkowy opis oferowanego urządzenia, zamieszczony na stronie czasopisma Elektro info z grudnia 2017 roku. Zamawiający wskazał, że opis nie zawiera informacji o większości parametrów i funkcjonalności wymaganych w SIWZ. Zamawiający wyszczególnił trzy niezgodności z

treścią SIWZ. Zamawiający podkreślił, że powyższe wskazuje, że wymóg Zamawiającego do przedstawienia informacji pozwalających na identyfikację był konieczny i w pełni uzasadnione jest szczególne badanie zaoferowanych przez Wykonawców urządzeń.

W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że oferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia nie jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ (wymóg przedstawienia informacji umożliwiających identyfikację oferowanych urządzeń określonych w rozdz. Va i rozdz. III ust. 4 SIWZ), wobec czego oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie artykułu 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jej treść nie odpowiada SIWZ.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego. W treści odwołania wskazał, że argumentacja Zamawiającego, dążąca do powiązania treści Załącznika nr 8 do SIWZ (formularza cenowego) z obowiązkiem złożenia kart katalogowych nie znajduje uzasadnienia w świetle opublikowanych warunków postępowania. Opracowany przez Zamawiającego Załącznik nr 8 do SIWZ nie odwołuje się i nie nawiązuje do kart katalogowych. Formularz cenowy oraz karta katalogowa to w świetle SIWZ dwa odrębne dokumenty: pierwszy z nich musi odpowiadać wzorowi opracowanemu przez Zamawiającego, drugi zaś pochodzi od Wykonawcy.

Odwołujący podkreślił także, że karty katalogowe nie zostały wymienione wśród dokumentów, które należy załączyć do oferty - zamknięty katalog tych dokumentów został określony przez Zamawiającego w pkt Va SIWZ. Karty katalogowe nie zostały także wymienione w pkt. VI SIWZ - „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw wykluczenia oraz potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego”

Formularz cenowy nie pozwalał na wprowadzenie do jego treści innych danych identyfikujących oferowane urządzenia, niż oferowany producent/model typ zasilacza awaryjnego UPS, Producent/model/typ/moc akumulatorów oferowanych w komplecie z zasilaczem awaryjnym UPS. Wykonawcy nie mieli możliwości wpisania to formularza żadnych dodatkowych informacji, dotyczących zgodności parametrów oferowanych urządzeń z parametrami wymaganymi przez Zamawiającego, wskazanych w SIWZ. W związku z powyższym nie znajduje uzasadnienia stanowisko Zamawiającego, iż Załącznik nr 8 nie mógł być oceniany bez kart katalogowych.

Odwołujący złożył wraz z ofertą Załącznik nr 8 (formularz cenowy), który posiadał wypełnione wszystkie pola (pozycje) oraz obejmował informacje o oferowanych urządzeniach, pozwalające na ich identyfikację. Sposób oznaczenia oferowanych urządzeń, obejmujący ich nazwę handlową, numer modelu oraz podstawowe parametry techniczne

wypełniał wymogi Zamawiającego i umożliwiał identyfikację oferowanych urządzeń. W tym stanie rzeczy złożenie kart katalogowych nie doprowadziłoby do zmiany oferty.

Odwołujący wskazał także, że wprawdzie pkt. III.4 SIWZ stanowi, że „Wykonawcy dołączają do oferty karty katalogowe oferowanych zasilaczy awaryjnych UPS oraz akumulatorów, zawierające dane umożliwiające sprawdzenie parametrów tych urządzeń i akumulatorów wymaganych przez Zamawiającego (pkt. 2 i 3 „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia”),” jednakże nie sposób z tego postanowienia wywieść, że karty katalogowe są taką częścią Załącznika nr 8 do SIWZ, że nie podlegają one regulacji art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 uPZP.

Karty katalogowe miały zdaniem Odwołującego potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Z powyższego wynika, że Zamawiający nie był uprawniony do przyjmowania, iż dokumenty te nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 uPZP. Oznacza to, że Zamawiający miał obowiązek wezwać Odwołującego, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3, do złożenia brakujących dokumentów. Zamawiający nie zastosował tego postanowienia, przez co naruszył przepis art. 26 ust. 3 uPZP. Naruszenie to miało istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ doprowadziło do Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego i przyjęcia oferty innego wykonawcy.

Odwołujący wskazał także na okoliczność, że Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie art. 90 ust. 1 uPZP, do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w dniu 29 października 2019 r., opisujące zasady obliczenia ceny oferty, odwołującej się do konkretnych modeli urządzeń (tożsamych ze wskazanymi w Załączniku nr 8 do SIWZ) zostały przez Zamawiającego zaakceptowane.

21 października 2019 r. Odwołujący otrzymał z adresu e-mail Zamawiającego prośbę przesłanie karty katalogowej dla zasilacza AGPOWER RMX 200 kVA moduły 8x25 kVA. Tego samego dnia Odwołujący otrzymał wiadomość, że zapytanie o dane techniczne UPS-a AGPOWER RMX 200 zostało wysłane przez pomyłkę, a także prośbę, aby nie odpowiadać na pytanie. W ocenie Odwołującego, pierwsza z powołanych wiadomości odwoływała się do postanowienia pkt VI.8 SIWZ. Zamawiający dostrzegł, że oferta Odwołującego nie zawiera kart katalogowych oferowanych produktów i zastosował wskazane postanowienie. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie zawiera w tym zakresie jakichkolwiek wyjaśnień - Zamawiający odwołał wezwanie.

Odwołujący podkreślił także, że poszukiwanie informacji, mających uzasadnić odrzucenie oferty, w źródłach archiwalnych - pochodzących sprzed kilku lat - do tego innych, niż

ustanowione w przepisach uPZP, nie znajduje podstaw prawnych. Obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie Odwołującego do złożenia kart katalogowych i dopiero na ich podstawie przeprowadzenie oceny tego, czy oferta AG IT Project odpowiadała wymaganiom technicznym Zamawiającego.

Ze względu na to, że Zamawiający odstąpił od wezwania Odwołującego do złożenia kart katalogowych, zgodnie z art. 26 ust. 3 uPZP, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 było wadliwe. W związku z powyższym wybór oferty złożonej przez Anmaro Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, nie był prawidłowy.

KIO 2429/19

Odwołujący P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust 3 i 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy przez brak wezwania Odwołującego, do przedłożenia dokumentów informacyjnych o których mowa w Rozdziale III ust. 4 SIWZ tj. kart katalogowych oferowanych zasilaczy awaryjnych UPS oraz akumulatorów, zawierających dane umożliwiające sprawdzenie parametrów tych urządzeń i akumulatorów wymaganych przez Zamawiającego (pkt 2 i 3 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia) w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy oraz zaniechania wezwania do złożenia przez Odwołującego wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, bez uprzedniego zastosowania ww. regulacji; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że treść jego oferty odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia; naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na brak załączenia do oferty dokumentów o których mowa w Rozdziale III ust. 4 SIWZ tj. kart katalogowych oferowanego sprzętu mimo, iż dokumenty te nie były wymagane przez Zamawiającego w stosunku do oferty wykonawcy ANMARO, czym naruszono zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy do przedłożenia dokumentów informacyjnych o których mowa w Rozdziale III ust. 4 SIWZ tj. kart katalogowych oferowanych zasilaczy awaryjnych UPS oraz akumulatorów, zawierających dane umożliwiające sprawdzenie parametrów tych urządzeń i akumulatorów wymaganych przez Zamawiającego (pkt 2 i 3 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia) oraz ewentualnego złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy, dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że dołączył do oferty wszystkie dokumenty o których mowa w Rozdziale Va pn. „Wykaz innych dokumentów które trzeba załączyć do oferty”. Odwołujący w

formularzu ofertowym wskazał producenta i model oferowanego urządzenia. Wyjaśnił, że sprzęt został dobrany tak, aby spełniał szczegółowo określone parametry w załączniku do SIWZ pn. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Wbrew zatem twierdzeniom Zamawiającego, wskazał sprzęt, który pozwala na jego identyfikację.

W Rozdziale III pn. Opis przedmiotu zamówienia w ust. 4 SIWZ, Zamawiający zażądał kart katalogowych oferowanych zasilaczy awaryjnych UPS oraz akumulatorów, zawierających dane umożliwiające sprawdzenie parametrów tych urządzeń i akumulatorów wymaganych przez Zamawiającego (pkt 2 i 3 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia).

Zdaniem Odwołującego analizowane dokumenty, na których brak wskazał Zamawiający, mają w przedmiotowym postępowaniu charakter dokumentów informacyjnych, nie stanowią merytorycznej treści oferty. W konsekwencji dokumenty te mogły być uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, tj. na wezwanie Zamawiającego. Takiego wezwania Zamawiający jednak zaniechał.

Zdaniem Odwołującego, o tym, że brakujące dokumenty mają charakter informacyjny a nie merytoryczny wskazuje samo uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego. W pierwszym akapicie pisma Zamawiającego z dnia 27 listopada 2019 r. pkt 5 (dotyczącym odrzucenia oferty Odwołującego) Zamawiający wskazuje, że brak kart katalogowych nie pozwala na sprawdzenie parametrów oferowanych urządzeń w ramach złożonej oferty.

W takim przypadku, w ocenie Odwołującego, Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy powinien zwrócić się do Odwołującego o uzupełnienie oferty o ww. dokumenty informacyjne. Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wymagał, żeby karty katalogowe pochodziły od producenta czy dystrybutora. Odwołujący jest producentem ww. sprzętu.

Zdaniem Odwołującego analizowane dokumenty, na których brak wskazał Zamawiający mają w przedmiotowym postępowaniu charakter dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Ustawy i nie stanowią merytorycznego elementu oferty. W konsekwencji dokumenty te mogły być uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy tj. na wezwanie Zamawiającego. Takiego wezwania wbrew spoczywającemu na nim obowiązkowi, Zamawiający jednak zaniechał.

Odwołujący podniósł argument, że artykuł 26 Ustawy posługuje się sformułowaniem "wzywa", a zatem w świetle zasad prawidłowej wykładni aktów prawnych, regulacja ta nie pozostawia Zamawiającemu dyspozycji w tym zakresie, ale nakazuje ich podjęcie - obliguje Zamawiającego do tego. Postępowanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, bez uprzedniego wezwania go do uzupełnienia, w sposób rażący naruszyło, treść art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy. Dokumenty, które nie zostały dołączone do oferty nie mają wpływu na jej materialną treść, tj. ani na wycenę zaproponowaną w ofercie złożonej przez Odwołujących, ani na faktyczny przedmiot dostarczanych towarów/usług. Karty katalogowe

mają charakter informacyjny tj. mają posłużyć sprawdzeniu, czy spełniają parametry wskazane w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że niezgodność treści oferty z treścią siwz należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty, zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia - w przedmiotowym postępowaniu. Każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji - złożenia oferty zgodnej z SIWZ. Tym samym kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nienaruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie ustalił w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta CAMCO jest niezgodna z SIWZ.

Nadto Odwołujący zwrócił uwagę, że powodem odrzucenia oferty Odwołującego jest brak załączenia przez niego dokumentów, o których mowa w Rozdziale III ust. 4 SIWZ. Oferta wykonawcy ANMARO, która została wybrana jako najkorzystniejsza również nie zawierała ww. dokumentów. Mimo to ww. wykonawca nie poniósł żadnych konsekwencji. Zamawiający albo winien żądać przedstawienia dokumentów od wszystkich wykonawców albo od żadnego z nich. Brak wezwania Anamro do przedłożenia kart katalogowych potwierdza charakter ww. dokumentów jako czysto informacyjny podlegający uzupełnieniu a nie merytoryczny.

KIO 2428/19

KIO 2429/19

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W Rozdz. Va SIWZ Zamawiający zawarł wymaganie załączenia do oferty wypełnionego i podpisanego Formularza cenowego, zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 8 do SIWZ. Zamawiający dodał uwagę: „UWAGA: Formularz cenowy nie podlega uzupełnieniu. Niezłożenie formularza cenowego, brak wypełnienia wszystkich wymaganych pozycji lub wskazanie informacji o oferowanych urządzeniach niepozwalających na ich identyfikację skutkować będzie odrzuceniem oferty”.

W Rozdziale III pn. Opis przedmiotu zamówienia w ust. 4 SIWZ, Zamawiający zażądał przedłożenia kart katalogowych oferowanych zasilaczy awaryjnych UPS oraz akumulatorów, zawierających dane umożliwiające sprawdzenie parametrów tych urządzeń i akumulatorów

wymaganych przez Zamawiającego (pkt 2 i 3 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia).

Z powyższej przytoczonych postanowień SIWZ wynika, że formularz cenowy był miejscem, w którym wykonawcy byli zobowiązani określić zaoferowany produkt. Zamawiający przewidział sankcję odrzucenia oferty wyłącznie w sytuacji braku wypełnienia wszystkich wymaganych pozycji formularza cenowego lub w sytuacji wskazania informacji o oferowanych urządzeniach niepozwalających na ich identyfikację. Zamawiający nie przewidział sankcji odrzucenia oferty za brak dołączenia do oferty kart katalogowych. Co więcej, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty sam wskazał, że celowo nie przewidział w SIWZ sankcji odrzucenia oferty z uwagi na brak załączenia do oferty kart katalogowych. Tym samym fakt braku załączenia kart katalogowych do oferty nie może skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy.

Zamawiający na pytanie Izby zadane podczas rozprawy, czy wskazanie nazwy producenta i modelu nie jest wystarczającą identyfikacją zaoferowanego urządzenia, przyznał, że wskazanie nazwy producenta i modelu urządzenia w formularzu ofertowym nie oznacza braku możliwości zidentyfikowania produktu, ale powoduje brak możliwości zbadania jego parametrów. Zamawiający udzielając powyższej odpowiedzi przyznał zatem, że wskazanie nazwy producenta i modelu w formularzu cenowym nie oznacza braku możliwości identyfikacji oferowanego urządzenia. A to z kolei oznacza przyznanie, że wskazanie przez wykonawcę nazwy producenta i modelu oferowanego urządzenia oznacza możliwość identyfikacji urządzenia. Z kolei dalsza wypowiedź Zamawiającego, że wskazanie nazwy producenta i modelu w formularzu cenowym powoduje brak możliwości zbadania parametrów oznacza po pierwsze, ewentualne wadliwe skonstruowanie formularza cenowego, tj. w taki sposób, że wykonawcy nie mogli wpisać posiadanych przez oferowane urządzenie parametrów technicznych, co mogłoby posłużyć Zamawiającemu do sprawdzenia zgodności z wymaganiami SIWZ. Przede wszystkim jednak oznacza, że Zamawiający nie z formularza cenowego, ale z kart katalogowych zamierzał odczytać parametry oferowanych urządzeń. A to z kolei oznacza, że karty katalogowe nie służyły identyfikacji oferowanego produktu, ale stanowić miały potwierdzenie, że oferowane produkty spełniają wymagania (parametry) określone w SIWZ.

Zgodnie z artykułem 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W artykule tym wskazano na oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Zatem skoro karty

katalogowe służyły do potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, to były to dokumenty, o których mowa w tym artykule (25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Zgodnie z artykułem 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub dokumenty te są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Skoro zatem, zdaniem Zamawiającego, brak kart katalogowych nie pozwala na sprawdzenie parametrów oferowanych urządzeń w ramach złożonej oferty, to Zamawiający powinien zwrócić się do wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych o uzupełnienie oferty o ww. dokumenty informacyjne.

Zamawiający zaniechał wezwania wykonawców Odwołujących się do uzupełnienia kart katalogowych potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ, czym naruszył dyspozycję artykułu 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający przyznał, że potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez oferowane przez wykonawców urządzenia poszukiwał w innych niż wymagane w treści SIWZ źródłach, takich jak np. internet. Należy wskazać, że Zamawiający zobowiązany jest badać oferty na podstawie dokumentów i oświadczeń przedstawionych przez wykonawców w treści oferty. Skoro Zamawiający wymagał (zgodnie z postanowieniami SIWZ) przedstawienia kart katalogowych i przyznał, że te dokumenty potwierdzać miały zgodność zaoferowanych urządzeń z wymaganiami SIWZ, to na podstawie tych dokumentów był zobowiązany dokonać oceny ofert. Ponadto Zamawiający może odrzucić ofertę tylko wtedy, gdy ma pewność, że treść oferty nie odpowiada SIWZ. Zamawiający nie zbadał wcześniej wszystkich dokumentów wymaganych, w tym kart katalogowych wykonawców, nie może zatem mieć pewności, że oferowane przez wykonawców Odwołujących się urządzenia nie spełniają wymagań SIWZ.

Zasadny jest także zarzut Odwołującego P.I.W. Camco sp. z o.o., zgodnie z którym Zamawiający w różny sposób potraktował wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu. Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. Wykonawca Anmaro sp. z o.o., również nie załączył kart katalogowych oferowanych urządzeń do oferty. Pomimo tego, jego oferta nie została odrzucona, co oznacza, że Zamawiający nie potraktował wykonawców w ten sam sposób, co stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców określonej w artykule 7 ust. 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych. Fakt, że wykonawca ten zaoferował produkty innego producenta, którego produkty szeroko opisywane są w internecie nie oznacza, że wykonawca może być potraktowany w inny, korzystniejszy sposób niż inni wykonawcy. Ponownie należy zauważyć, że podstawą do badania zgodności oferty z wymaganiami SIWZ są dokumenty i oświadczenia złożone w ofercie, wymagane w treści SIWZ. Pozyskiwanie danych z oświadczenia producenta urządzeń, który nie składał oferty w postępowaniu, nie powinno być podstawą oceny oferty. Ponadto nie może być tak, że wynik postępowania, wybór oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie ofert wykonawców, jest uzależniony od wyników poszukiwań Zamawiającego w internecie. Zamawiający w takim celu określa wymagania i dokumenty w treści SIWZ, aby do każdego z wykonawców były zastosowane jednakowe wymagania i zasady. Poszukiwanie przez Zamawiającego potwierdzenia spełnienia wymagań przez oferowane dostawy w internecie czy u producenta, zamiast na podstawie wymaganych dokumentów, nie jest zgodne z procedurą przewidzianą w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Ponadto trafnie zauważył Odwołujący P.I.W. Camco sp. z o.o., że brak wezwania Wykonawcy Anmaro sp. z o.o. do przedłożenia kart katalogowych potwierdza charakter ww. dokumentów jako czysto informacyjny, podlegający uzupełnieniu, nie zaś merytoryczny, tj. nie jest to treść oświadczenia Wykonawcy.

Każdy z Odwołujących wypełnił wymagania Zamawiającego i wskazał producenta oraz model oferowanych urządzeń, czym wypełnił wymagania opisane w SIWZ. Nie powinna mieć do nich zastosowanie sankcja w postaci odrzucenia oferty (przewidziana za brak określenia urządzeń w formularzu cenowym). Odwołujący P.I.W. Camco sp. z o.o. wskazał także, że podane przez niego w formularzu cenowym dane są to nazwy handlowe, które także zostały użyte w przypadku innych zamówień, np. w przypadku umowy zawartej z firmą Budimex w grudniu 2018 r., Polską Spółką Gazownictwa w listopada 2017 r., PGE ze stycznia 2018 r. Już sam ten fakt stanowi, że urządzenia te były identyfikowalne.

Odwołujący K. G. "INTERGUR", A. G. AG IT Project prowadzący wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą AG IT Project S.C. wpisał dane urządzenia, które Zamawiający odnalazł w internecie – co przyznał sam Zamawiający. Oznacza to, że są to urządzenia identyfikowalne. Ponadto, jak wskazał Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny), Odwołujący przedstawił wycenę oraz informacje dotyczące modelu i niektórych parametrów urządzenia, zatem w wyniku tej korespondencji z Odwołującym Zamawiający miał informacje dotyczące urządzenia i tego, że funkcjonuje ono na rynku.

Nie jest także zrozumiałe, dlaczego Zamawiający założył a priori, że opisane przez wykonawców w formularzu cenowym urządzenia nie spełniają wymagań SIWZ. Należy

bowiem domniemywać, że wykonawca składa ofertę, chcąc uzyskać zamówienie, a zatem zgodną z wymaganiami SIWZ. Z całą pewnością jednak, Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia ofert Wykonawców Odwołujących się, nie zbadawszy wszystkich wymaganych w treści SIWZ dokumentów, w tym kart katalogowych mających potwierdzić zgodność z wymaganiami SIWZ. Zamawiający jest uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy tylko w sytuacji, gdy ma pewność, że nie odpowiada ona treści SIWZ. Takiej pewności Zamawiający nie miał w niniejszym postępowaniu. Ponadto, jak sam wskazał, brak kart katalogowych nie był objęty sankcją odrzucenia oferty wykonawcy. Zatem Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia ofert Wykonawców Odwołujących się.

Nie jest także uprawnione odrzucenie oferty Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K. G. "INTERGUR", A. G. AG IT Project prowadzący wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą AG IT Project s.c. - na podstawie danych znalezionych przez Zamawiającego w internecie. Jak wcześniej wskazano, Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty wykonawcy tylko wtedy, gdy ma pewność, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ, po uprzednim zbadaniu dokumentów przedstawionych przez wykonawcę, nie zaś dokumentów archiwalnych, znalezionych w internecie.

W konsekwencji należało uznać za zasadny zarzut naruszenia artykułu 91 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 26 ust. 3 oraz 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Anmaro sp. z o.o. przed przeprowadzeniem prawidłowej oceny ofert Wykonawców Odwołujących się.

Odwołujący Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: K. G. "INTERGUR", A. G. AG IT Project prowadzący wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą AG IT Project s.c. podnieśli także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegającego na wprowadzeniu do Załącznika nr 5 do SIWZ (Istotne postanowienia umowy) w postanowieniu § 9 regulacji, na podstawie których Zamawiający nakłada kary umowne z tytułu opóźnienia Wykonawcy niezależnie od jego winy.

Należy zauważyć, że odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Zarzuty dotyczące postanowień umownych wnoszone na obecnym etapie postępowania są zarzutami spóźnionymi. Izba nie kierowała ww. zarzutu do rozpoznania na rozprawie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący:

.....