

WYROK

z dnia 25 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 czerwca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **7 czerwca 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **KD INVEST GROUP K. W, Piastów**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa i montaż mebli biurowych do Centrum Nauczania Języków Obcych i do budynku A-4 Uniwersytetu Medycznego w Łodzi* (numer postępowania ZP/17/2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytet Medyczny w Łodzi**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mikomax 3 Meble Biurowe sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi, Meble Biurowe sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Uniwersytetowi Medycznemu w Łodzi unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w pakiecie II oraz odrzucenia oferty złożonej przez KD INVEST GROUP K. W. z Piastowa, a w ramach powtórzonych czynności – wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu JEDZ w zakresie informacji dotyczącej zawieszenia działalności gospodarczej.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Uniwersytet Medyczny w Łodzi i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego KD INVEST GROUP K. W. z Piastowa tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od zamawiającego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi na rzecz**

odwołującego KD INVEST GROUP K. W. z Piastowa kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie 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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Uniwersytet Medyczny w Łodzi prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa i montaż mebli biurowych do Centrum Nauczania Języków Obcych i do budynku A-4 Uniwersytetu Medycznego w Łodzi* (numer postępowania ZP/17/2019) .

Ogłoszenie o tym zamówieniu 3 kwietnia 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_066 pod poz. 153928.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

31 maja 2019 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu KD INVEST GROUP K. W. z Piastowa {dalej również: „K. W.”} zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty.

6 czerwca 2019 r. Odwołujący wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 87 ust. 1– przez bezpodstawne skierowanie 28.05.2019 r. do Odwołującego wezwania do wyjaśnienia treści oferty w sytuacji, gdy nie żadne wątpliwości dotyczące treści oferty Odwołującego lub niepodlegania przez Odwołującego wykluczeniu z postępowania czy ewentualnej konieczności odrzucenia jego oferty.
2. ewentualnie - z ostrożności procesowej - na wypadek uznania przez Izbę, że wezwanie z dnia 28.05.2019 r. miało charakter wezwania do uzupełnienia oświadczenia JEDZ.
3. Art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 6 – przez bezpodstawne skierowanie do Odwołującego wezwania do uzupełnienia oświadczenia JEDZ w sytuacji, gdy nie istniały żadne błędy czy braki tego oświadczenia dla dokonania oceny w zakresie niepodlegania przez Odwołującego wykluczeniu z postępowania, a ponadto uwzględniając, że Zamawiający samodzielnie pobrał informację z CEIDG, czyli dokument na potwierdzenie niepodleganiu wykluczeniu z postępowania w zakresie okoliczności, które były wskazane w wezwaniu z 28.05.2019 r.

4. Art. 26 ust. 3 – przez bezpodstawne zaniechanie skierowania do Odwołującego prawidłowego, precyzyjnego i jednoznacznego, a także opartego o właściwą podstawę prawną wezwania do uzupełnienia oświadczenia na formularzu JEDZ.
5. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie pakietu I i II ze względu na rzekomą niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia {dalej w uzasadnieniu: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.
6. Art. 93 ust. 1 pkt 1 – przez bezpodstawne unieważnienie postępowania w zakresie pakietu II w sytuacji, gdy nie zaszyły przesłanki zastosowania tego przepisu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu II.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie pakietu I i II.
3. Dokonania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
4. Ewentualnie, z ostrożności procesowej, wezwania Odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp zawierającego błędy oświadczenia JEDZ.
5. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w pakiecie I i II.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania:

- K. W. złożył ofertę na obie części zamówienia.
- 28.05.2019 r. Zamawiający wezwał K. W. w oparciu o art. 87 ust. 1 pzp do wyjaśnienia treści oferty odnośnie następujących pytań: (1) Jak jest pełne brzmienie firmy? (2) Czy jego działalność gospodarcza jest zawieszona? Przy czym z treści pisma wynikało, że Zamawiający pobrał z CEIDG informację odnośnie działalności gospodarczej prowadzonej przez K. W.
- z powodów problemów technicznych w dostępie do sieci Internet K. W. nie był w stanie wysłać wyjaśnień w wyznaczonym terminie i przesłał je dopiero 31.05.2019 r. o godz. 20:37.
- 31.05.2019 r. Zamawiający przesłał zawiadomienie o odrzuceniu oferty K. W. w zakresie pakietu I i II ze względu na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Jednocześnie Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu II ze względu na wystąpienie okoliczności przewidzianej w art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp.

{ad pkt 1.-3. listy zarzutów}

Odwołujący wywiódł w szczególności, że składanie oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 pzp, na formularzu JEDZ nie jest celem samym w sobie, ale następuje w wyraźnie określonym w tym przepisie ustawy pzp celu, którym jest wstępne potwierdzenie tego, że dany wykonawca: (1) spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz (2) nie podlega wykluczeniu z tego postępowania. W konsekwencji zapisy tego formularza muszą być każdorazowo interpretowane ściśle w kontekście przepisów ustawy pzp regulujących opisane powyżej zagadnienia.

Odwołujący podał, że Zamawiający w SIWZ powołał się na fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania uregulowaną w art. 24 ust. 5 pkt 1 pzp *{Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę w stosunku do którego otwarto likwidację, w zatwierdzonym przez sgd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku lub sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2017 r. poz. 1508 oraz z 2018 r. poz. 149, 398, 1544 i 1629) lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego, chyba że sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 366 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe (Dz.U. z 2017 r. poz. 2344 i 2491 oraz z 2018 r. poz. 398, 685, 1544 i 1629)}*.

Odwołujący dodał, że powołana w pkt 8.1 SIWZ instrukcja wypełniania JEDZ opublikowana przez Urząd Zamówień Publicznych w stosunku do wiersza formularza JEDZ zawierającego m.in. pytanie o zawieszenie działalności gospodarczej wskazuje jednoznacznie, że w tym wierszu informacje mają być składane na potwierdzenie braku podstawy do wykluczenia z postępowania w zakresie art. 24 ust. 5 pkt 1 pzp.

Odwołujący zarzucił, że skoro przywołany przepis nie przewiduje żadnej sankcji dla wykonawcy związanej z zawieszeniem prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, dokonanie badania oświadczenia JEDZ w tym zakresie nie było uzasadnione, gdyż była to czynność zbędna dla postępowania. Tym bardziej nieuzasadnione było wyciąganie wobec Odwołującego jakichkolwiek sankcji ze względu na niezłożenie w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących tej nieistotnej okoliczności, leżącej poza zakresem zastosowania przepisów o zamówieniach publicznych.

Według Odwołującego również wątpliwość Zamawiającego dotycząca brzmienia firmy Odwołującego miała charakter pozorny i zupełnie nieistotny dla przedmiotowego

postępowania. Przede wszystkim brzmienie firmy jednoznacznie wynikało z oferty i wszystkich złożonych z nią dokumentów. Poza tym Zamawiający pobrał w trybie art. 26 ust. 6 pzp samodzielnie informację z CEIDG, gdzie również w jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości sposób została podane brzmienie firmy. Do tego oświadczenie JEDZ zostało podpisane przez K. W. imieniem i nazwiskiem. Tym bardziej nie można mówić tutaj o żadnej wątpliwości, która mogłaby mieć istotne znaczenie dla badania tego, czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu bądź też czy podlega on wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący zarzucił, że wezwanie z 28.05.2019 r. zostało dokonane z naruszeniem art. 87 ust. 1 pzp w zw. z art. 25a ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 pzp. A jako zbędna, niemająca żadnego uzasadnionego prawnie celu w postępowaniu, czynność ta naruszyła także wyrażone w art. 7 ust. 1 pzp zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności, czyli podejmowania czynności tylko takich, jakie są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania. Odwołujący podniósł, że ustawa pzp nie przewiduje żadnej sankcji za niezłożenie wyjaśnień, których zamawiający żądał w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp (por. np. wyrok Izby z 3 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1527/17). Jest to spowodowane tym, że instytucja ta służy rozwianiu wątpliwości zamawiającego co do treści oferty. Tym bardziej nie może powodować takich konsekwencji dla wykonawcy złożenie wyjaśnień z nieznacznym opóźnieniem. Zwłaszcza że w orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że zamawiający może wzywać wykonawcę do wyjaśnień wielokrotnie, czyli nawet po ewentualnym nieskutecznym pierwszym wezwaniu (por. np. wyroki Izby z: 19 lipca 2013 r. sygn. akt KIO 1450/13, 25 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2861/15).

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił, że jeśli nawet wezwanie z 28.05.2019 r. było przez Zamawiającego potraktowane jako wezwanie do uzupełnienia oświadczenia JEDZ, czynność ta była wadliwa oraz dokonana z naruszeniem przepisów pzp i to mającym wpływ na wynik niniejszego postępowania. Odwołujący jednocześnie zaznaczył, że w jego ocenie nie było to wezwanie w rozumieniu art. 26 ust. 3 pzp, co powoduje, że nie mogło ono także wywołać żadnych skutków prawnych, jakie można z ww. przepisem wiązać.

W pierwszej kolejności Odwołujący ponownie podniósł, że jak to wywiódł powyżej, ewentualne wezwanie do uzupełnienia oświadczenia JEDZ z powodów wskazanych w wezwaniu z 28.05.2019 r. byłoby czynnością zbędną wobec faktu, że rzekome wątpliwości Zamawiającego dotyczyły okoliczności, które są indyferentne dla przedmiotowego postępowania.

Według Odwołującego jeśli intencją Zamawiającego było wezwanie do uzupełnienia

dokumentu, powinno być dokonane w sposób wyraźny, jasny i precyzyjny, ale także z przywołaniem właściwej podstawy prawnej. W tym kontekście ewentualne błędne podanie przez Zamawiającego podstawy prawnej (art. 87 ust. 1 pzp zamiast ew. 26 ust. 3 pzp) dyskwalifikuje wezwanie z 28.05.2019 r. (por. np. wyrok Izby z 14.03.2014 r. sygn. akt KIO 395/14).

Odwołujący podsumował, że ewentualne sformułowanie pisma w sposób odbiegający od intencji jest okolicznością obciążającą Zamawiającego, gdyż zgodnie z powszechnie akceptowanym stanowiskiem orzecznictwa wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji nieprecyzyjnych czy niezgodnych z prawem czynności podejmowanych przez zamawiających.

Niezależnie od powyższego Odwołujący, jak to określił, z daleko posuniętej ostrożności procesowej – na wypadek uznania przez Izbę, że jednak w oświadczeniu JEDZ Odwołującego znalazły się błędy uzasadniające wezwanie go do uzupełnienia tego oświadczenie w trybie art. 26 ust. 3 pzp – wniósł o nakazanie Zamawiającemu skierowania prawidłowego, precyzyjnego i opartego o właściwą postawę prawną wezwania w tym zakresie.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ponieważ nie wskazał w decyzji z 31.05.2019 r. żadnego rzeczywistego powodu, dla którego ofertę można byłoby uznać za niezgodną z treścią SIWZ, decyzja ta została podjęta bezpodstawnie, z oczywistym i rażącym naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, że jeśli kwestia zawieszenia działalności gospodarczej mogłaby podlegać jakimkolwiek badaniu ze strony Zamawiającego, mogłoby ono zostać dokonane jedynie pod kątem określonym w art. 25a ust. 1 pzp, jednak przepis ten nie przewiduje, aby oświadczenie JEDZ miało jakikolwiek związek z merytoryczną treścią oferty.

Odwołujący wywiódł, że ustawa pzp nie przewiduje sankcji w postaci odrzucenia oferty ze względu na to, że została ona złożona w okresie zawieszenia prowadzenia działalności gospodarczej. Wynika to z charakteru instytucji zawieszenia działalności gospodarczej, która nie przeciwstawia się możliwości ubiegania się w tym okresie o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności z brzmienia art. 25 ust. 2 pkt 1 ustawy z 06.03.2018 r. Prawo przedsiębiorców, zgodnie z którym w okresie zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej przedsiębiorca może wykonywać wszelkie

czynności niezbędne do zachowania lub zabezpieczenia źródła przychodów (przepis ten stanowi powtórzenie obowiązującego w poprzednim stanie prawnym art. 14a ust. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej).

Odwołujący powołał się na jednolicie akceptowane w orzecznictwie Izby stanowisko, że w okresie zawieszenia działalności gospodarczej wykonawcy mogą składać oferty i wykonywać inne czynności mające na celu uzyskanie zamówień publicznych: *Norma prawna określona w art. 14a ust 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 2168 ze zm.) określa jakie działania przedsiębiorca może podjąć w okresie zawieszenia działalności gospodarczej. W tym przepisie pkt 7 stanowi, że ma on prawo wykonywać wszelkie czynności niezbędne do zachowania lub zabezpieczenia źródła przychodów. Z treści art. 14a ust. 4 pkt 7 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wynika zatem, że katalog tych czynności nie jest zamknięty i może obejmować wiele takich niezbędnych czynności, które służą zachowaniu lub zabezpieczeniu źródła przychodów. Wśród tych czynności niezbędnych do zachowania lub zabezpieczenia źródła przychodów należy wskazać takie, które zmierzają do utrzymania w sprawności źródła przychodów, jego uchowania i uchronienia w taki sposób, aby przedsiębiorca mógł funkcjonować i uzyskiwać przychody w przyszłości. Wśród czynności, o których stanowi art. 14a ust. 4 pkt 7 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej mieści się także czynność przygotowania i złożenia oferty w postępowaniu przetargowym prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.). W związku z tym czynność zamawiającego podjęta na podstawie art. 14a ust. 3 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej skutkująca odrzuceniem oferty wykonawcy narusza art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych (wyrok Izby z 29.03.2018 r. sygn. akt KIO 507/18).*

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Odwołujący zauważył, że przy zasadności zarzutów związanych z bezpodstawnym odrzuceniem jego oferty jako rzekomo niezgodnej z SIWZ, oczywiście zasadny jest również zarzut dotyczący bezprawnego unieważnienia postępowania w zakresie pakietu II, gdyż podstawą tej decyzji Zamawiającego był art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp, który nakazuje unieważnienie postępowania, jeżeli brak jest w nim ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający poinformował Izbę, że 10 czerwca 2019 r. przekazał kopię odwołania drogą elektroniczną pozostałym wykonawcom.

13 czerwca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w stosownej formie elektronicznej zgłoszenie przez Mikomax 3 Meble Biurowe sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi i Meble Biurowe sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia {dalej: „Konsorcjum Mikomax”} przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 18 czerwca 2019 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z tego powodu, że Odwołujący nie ma legitymacji do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Natomiast Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania również z następujących powodów.

Zamawiający zrelacjonował, że ponieważ z oferty wynikały sprzeczne informacje co do nazwy wykonawcy, a pobrane przez Zamawiającego informacje z CEIDG mogły nie być aktualne, wezwał wykonawcę do wyjaśnienia tego, a także kwestii, czy ma zawieszoną działalność gospodarczą, a warunkowo, gdyby okazało się, że informacja w JEDZ jest błędna, do uzupełnienia tego dokumentu. W zakreślonym terminie do godz. 14:00 31 maja 2019 r. Wykonawca nie złożył wyjaśnień, ale także nie próbował się skontaktować z Zamawiającym, aby np. przedłużył on termin na złożenie wyjaśnień. Z kolei Zamawiający tego samego dnia już o godz. 15:05 przesłał zawiadomienie o odrzuceniu oferty, natomiast dopiero o godz. 20:00 otrzymał wyjaśnienia i uzupełniony JEDZ.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z instrukcją wypełnienia JEDZ dostępną na stronie UZP w przypadku zawieszenia działalności gospodarczej należy podać powody umożliwiające uczestnictwo w postępowaniu, gdyż w razie zawieszenia działalności gospodarczej nie można zatrudniać pracowników, a także wystawić faktury w związku z umową w sprawie tego zamówienia, która zostałaby zawarta w okresie zawieszenia tej działalności.

Zamawiający dodał, że trudność z dostępem do Internetu jest okolicznością, która obciąża wyłącznie Wykonawcę.

Według Zamawiającego nie miał podstaw, aby poprawić we własnym zakresie jako omyłkę zakreślenie przez Wykonawcę, że nie ma zawieszonyj działalności gospodarczej, gdyż to Wykonawca powinien dołożyć należytej staranności, aby oferta była jasna dla Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę zarówno na pakiet I, jak i na pakiet II. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi odrzucenia jego oferty w obu tych częściach zamówienia, co uniemożliwia mu ich uzyskanie. Dotyczy to nie tylko pakietu II, gdzie w razie przywrócenia oferty K. W. będzie to jedyna nieodrzucona oferta. Co prawda w pakiecie I oferta złożona przez Konsorcjum Mikomax według kryteriów oceny ofert jest korzystniejsza od oferty K. W., ale ponieważ Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej nie można tego z góry przesądzać. Przede wszystkim wyłącznie w razie unieważnienia odrzucenia oferty w tej części zamówienia K. W. będzie miał możliwość zakwestionowania czynności lub zaniecha Zamawiającego związanych z zaistnieniem podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum Mikomax lub jego wykluczenia z postępowania.

Z tych względów Izba uznała całą argumentację pisemnej odpowiedzi na odwołanie

za oczywiście bezzasadną, gdyż ograniczającą się do analizy szans Odwołującego na uzyskanie zamówienia w pakiecie I wyłącznie w kontekście czynności oceny punktowej ofert.

Ponadto umknęło uwadze Zamawiającego, że w ramach wykazania swojej legitymacji do wniesienia odwołania K. W. trafnie podniósł, że: *przy obecnym trybie badania i oceny oferty (por. art. 24aa i art. 26 ust. 1 i 2 pzp) Odwołujący co do zasady w każdym etapie ma interes w udzieleniu zamówienia, mając szansę na wybór swojej oferty.*

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

W odwołaniu adekwatnie przywołano okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu badania przez Zamawiającego oferty złożonej przez K. W.

Podkreślić należy, że choć Zamawiający na wstępie pisma z 28 maja 2019 r. wskazał jako podstawę prawną wezwania art. 87 ust. 1 pzp, który dotyczy wyjaśniania treści oferty, powzięta przez niego wątpliwość co do adekwatności zaznaczenia przez K. W. w JEDZ, że nie ma zawieszony działalności gospodarczej mieści się w zakresie zastosowania art. 26 ust. 3 pzp, który jest podstawą prawną do wyjaśniania lub uzupełniania JEDZ. Ponadto Zamawiający jednocześnie wezwał *de facto* do złożenia poprawionego dokumentu JEDZ, jeżeli miałyby się okazać, że pozyskanym przez niego we własnym zakresie z CEIDG informacja o zawieszeniu działalności gospodarczej jest zgodna z rzeczywistym stanem rzeczy, co również mieści się w zakresie zastosowania art. 26 ust. 3 pzp. Jednocześnie zwrócić należy uwagę, że w tak sformułowanym wezwaniu Zamawiający nie wspomniał o tym, że w takim przypadku oczekuje również podania, w jaki sposób mimo zawieszenia działalności gospodarczej będzie możliwa realizacja zamówienia, o czym wspomniał dopiero na rozprawie.

W załączonym do złożonych po upływie określonego terminu wyjaśnień poprawionym JEDZ K. W. podał, że w razie uzyskania zamówienia działalność gospodarcza zostanie odwieszona zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami.

Przed wszystkim istotne jest, w jaki sposób Zamawiający uzasadnił decyzję o odrzuceniu oferty K. W.

Uzasadnienie prawne: Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z rozdz. 8 ust. 8.1. SIWZ: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Do oferty każdy wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w formie Jednolitego Europejskiego

Dokumentu Zamówienia dalej zwanego jednolitym Dokumentem. Informacje zawarte w Jednolitym Dokumentcie stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Szczegółowa instrukcja wypełnienia Jednolitego Dokumentu znajduje się na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca w złożonym wraz z ofertą Jednolitym Europejskim Dokumentcie Zamówienia (dalej: JEDZ) w Części III: Podstawy wykluczenia, lit. C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, na pytanie brzmiące: „Czy działalność gospodarcza wykonawcy jest zawieszona”, odpowiedział: „Nie”. Zgodnie z ogólnodostępnym wpisem CEIDG pobranym samodzielnie przez Zamawiającego, działalność Wykonawcy: KD INVEST GROUP K. W., jest zawieszona. W związku z tym Zamawiający w dniu 28.05.2019 r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia m.in. rozbieżności występujących pomiędzy informacjami wynikającymi z CEIDG oraz informacjami przedstawionymi w JEDZ (oraz do złożenia prawidłowego dokumentu zgodnego z udzielonymi wyjaśnieniami). Wykonawca w myśl rozdz. 8 ust. 8.1. SIWZ miał obowiązek wypełnić JEDZ zgodnie ze szczegółową instrukcją znajdującą się na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Załączony do oferty JEDZ został wypełniony w sposób nieprawidłowy i sprzeczny z informacjami wynikającymi z CEIDG, Mimo wezwania skierowanego przez Zamawiającego, Wykonawca nie wykazał woli złożenia wyjaśnień wraz z poprawionym dokumentem do upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego. W związku z tym należy uznać, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Rozdział 8 s.i.w.z. pn. „Zasady składania oświadczeń i dokumentów oraz wyboru oferty” reguluje składanie i uzupełnianie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 pzp, czyli dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, oraz oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie tych okoliczności, o którym mowa w art. 25aa ust. 1 i 2 pzp, które przy tej wartości zamówienia składane jest w postaci jednolitego dokumentu (tzw. JEDZ).

Zgodnie z brzmieniem pkt 8 ust. 1 s.i.w.z.: Do oferty każdy wykonawca składa aktualne na dzień składania ofert aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia dalej zwanego Jednolitym Dokumentem. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Szczegółowa instrukcja wypełnienia Jednolitego Dokumentu znajduje się na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

Powyższe postanowienie w większości stanowi parafrazę brzmienia art. 25aa ust. 1 pzp, a ostatnie zdanie ma wyłącznie charakter instrukcyjny – wskazuje, gdzie należy poszukiwać informacji o tym, w jaki sposób wypełnić JEDZ.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę K. W. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp za nieprawidłowe wypełnienie JEDZ odnośnie zawieszenia działalności gospodarczej, gdyż kwestia ta w ogóle nie mieści się w hipotezie normy prawnej wynikającej z tego przepisu, która dotyczy niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Za utrwalone w doktrynie i orzecznictwie należy uznać pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta

należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty (np. przez wymaganie podania producenta, typu lub modelu oferowanego urządzenia, jak w tym postępowaniu).

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 126) {dalej: „rozporządzenie”}. Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach pochodzących co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 13 ust. 1 pkt 2-5 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach, fotografiach, planach, projektach, rysunkach, modelach, wzorach, programach komputerowych oraz innych podobnych materiałach, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych rzeczy z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Przy czym konieczne jest, aby składane dokumenty dotyczyły tych samych rzeczy, które zostały sprecyzowane w ofercie. Resumując, konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność

odrzućenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp, jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty. Tryb ten nie może służyć bowiem obejściu braku należytego sprecyzowania treści oferty, gdyż dokumenty te służą potwierdzeniu treści oferty, a nie jej rekonstruowaniu na ich podstawie. W szczególności w systemie oceny ofert, w którym dokumenty te nie są składane wraz z ofertą, ale na późniejszym etapie, prowadziłyby to do obejścia zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp, a w konsekwencji naruszeniu zasad wynikających z art. 7 ust. 1 pzp.

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp konieczne jest również uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się de facto do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. W rezultacie odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Podkreślić przy tym należy, że Zamawiający błędnie w toku badania oferty K. W. wskazał w odniesieniu do badania kwestii adekwatności informacji dotyczących zawieszenia działalności gospodarczej na art. 87 ust. 1 pzp jako podstawę wezwania do wyjaśnienia, gdyż w odniesieniu do JEDZ powinien to być art. 26 ust. 3 pzp. Przepis ten jest również podstawą do wzywania do uzupełnienia tego dokumentu, jeżeli jest on niekompletny lub zawiera błędy. Zamawiający nie przeprowadził również poprawnie tej ostatniej procedury, gdyż nie wskazał precyzyjnie w wezwaniu, że w razie zawieszenia działalności oczekuje również uzupełnienia o informację, w jaki sposób wykonawca w takiej sytuacji wykona

zamówienie.

Niezależnie od powyższego nawet nieuczynienie zadość wezwaniu z art. 26 ust. 3 pzp, jeżeli wezwanie nie dotyczyło dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 2 pkt 2 pzp, nie stanowi podstawy do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z kolei art. 180 ust. 3 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Stąd, jak trafnie ujął to Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt KIO XII Ga 92/12), stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy. Takie rozumienie tego przepisu jest powszechne zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Innymi słowy niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych, które mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Przy czym w przypadku wnoszenia odwołania od czynności polegających na wykluczeniu lub odrzuceniu maksymalny zakres zaskarżenia kształtuje uzasadnienie faktyczne i prawne tych czynności podane przez zamawiającego.

Z tego względu bez rozpoznania należało pozostawić w tej sprawie alternatywne w stosunku do zawiadomienia z 31maja 2019 r. uzasadnienie powodów, dla których oferta K. W. miałyby podlegać odrzuceniu, zaprezentowane przez Zamawiającego dopiero na rozprawie.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 3 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. z 2018 r. Dz. U. poz. 972). Ponadto kosztami postępowania odwoławczego obciążono Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: