

WYROK

z dnia 22 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2020 r. przez:

A. wykonawcę Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Regułach (sygn. akt: KIO 1864/20),

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WEGNER Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu oraz Healthcare Building Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (sygn. akt: KIO 1869/20),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiających Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz Kujawsko-Pomorskie Centrum Pulmonologii w Bydgoszcz,

przy udziale:

A. wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1864/20 oraz KIO 1869/20 po stronie Zamawiających,

B. wykonawcy Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Regułach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1869/20 po stronie Zamawiających,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WEGNER Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu oraz Healthcare Building Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1864/20 po stronie Zamawiających,

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD - Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz

TB.INVEST Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gdańsku zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1864/20 oraz KIO 1869/20 po stronie Zamawiających,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie wykonawcy Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą

w Regułach i nakazuje Zamawiającym unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia WEGNER Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu oraz Healthcare Building Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiających w sprawie o sygn. akt: KIO 1864/20

i Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

WEGNER Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu oraz Healthcare Building Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 1869/20 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Regułach (sygn. akt: KIO 1864/20) oraz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WEGNER Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu oraz Healthcare Building Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (sygn. akt: KIO 1869/20) tytułem wpisu od odwołań,

3.2. zasądza od Zamawiających na rzecz Odwołującego - wykonawcy Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Regułach kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

3.3. zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WEGNER Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu oraz Healthcare Building Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz Zamawiających kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Toruniu.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1864/20, KIO 1869/20

Zamawiający - Kujawsko - Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz Kujawsko - Pomorskie Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy, w imieniu i na rzecz których działają Kujawsko - Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu [dalej „Zamawiający”] prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę, rozbudowę oraz termomodernizację wraz z zagospodarowaniem terenu Kujawsko-Pomorskiego Centrum Pulmonologii przy ulicy Seminaryjnej w Bydgoszczy - etap II (znak postępowania: ZP/12/19).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 stycznia 2020 r. pod numerem 2020/S 002 - 001001.

Sprawa o sygn. akt: KIO 1864/20

W dniu 6 sierpnia 2020 r. wykonawca Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. [dalej „Odwołujący 1” lub „Climamedic”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty w tym powodów jej odrzucenia,

co uniemożliwia wykonawcy ustosunkowanie się do argumentacji leżącej u podstaw odrzucenia, a tym samym godzi w podstawowe prawo wykonawcy do ochrony jego interesu;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego;
3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień treści oferty.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego;
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert w szczególności wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty;
3. ewentualnie dokonanie ponownej czynności zawiadomienia o odrzuceniu oferty wraz z podaniem wyczerpujących powodów odrzucenia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 1 wskazał, iż pismem z dnia 27.07.2020 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o dokonaniu odrzucenia jego oferty jednak nie precyzując, które konkretnie wymagania SIWZ nie zostały w jego ocenie spełnione.

Zamawiający przywołał jedynie hasłowo kilka kwestii dotyczących oprav oświetleniowych, systemu przywoławczego, sieci komputerowej, kotłowni i pompy.

W zakresie oprawy wskazał, że występują różnice w wartości strumienia świetlnego i mocy nie wskazując konkretnie jakie były parametry wymagane i jakie parametry legły u podstaw decyzji o odrzuceniu, jak również której konkretnie oprawy dotyczy zarzut.

W zakresie systemu przywoławczego wskazuje na zaoferowany wyświetlacz graficzny, lecz nie konkretyzuje w którym urządzeniu z całego zestawu oraz nie przytacza wymagania, z którego wynikałby wymóg wyświetlacza LED. Co do powłoki antybakteryjnej również nie wskazuje z jakim konkretnie wymogiem SIWZ oferta miałaby być niezgodna i które konkretnie z oferowanych urządzeń miałyby być niezgodne.

Odnosnie sieci komputerowej również nie powołano podstawy, tj. nie wskazano z jakim konkretnie wymogiem SIWZ miałaby być niezgodna oferta w zakresie klasy wydajności, typu gniazda, zakończenia i kategorii kabla. Nie wskazano również którego konkretnie urządzenia dotyczy zarzut - tor transmisyjny to zestaw a nie jedno urządzenie.

Co do kotłowni, to Zamawiający jedynie enigmatycznie wskazał, że kotły mają o 5% niższą sprawność, ale nie wskazał do czego odnosi ten poziom, jak również nie wskazał, z którym konkretnie wymogiem SIWZ zaoferowanie 4 pomp zamiast 2 jest niezgodne. Trudno więc polemizować z tak lakonicznym opisem ewentualnych niezgodności, a tym samym nie jest możliwa skuteczna ochrona interesu Odwołującego.

Odwołujący wskazał na brzmienie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i uzasadniał, że przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować.

W niniejszej sprawie enigmatyczne i hasłowe oświadczenia Zamawiającego nie pozwalają na skonkretyzowanie argumentów czy w ogóle podjęcie polemiki. Wykonawca może jedynie w ciemno, z dużą dozą ogólności potwierdzić, że spełnia wszystkie wymogi w kategoriach wskazanych przez Zamawiającego, a więc w zakresie oprav oświetleniowych, systemu przywoławczego, sieci komputerowej, kotłowni i pompy. Odwołujący wskazał, iż

odniesienie się do szczytkowych zarzutów Zamawiającego nastąpi w dalszej części, dotyczącej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 września 2020 r. wnieśli o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazali, że nie jest prawdą, jak podaje w uzasadnieniu Odwołujący, że Zamawiający nie wskazał które wymagania SIWZ nie zostały spełnione. Być może stwierdzenie to wynika z faktu, że Zamawiający odrzucili ofertę na podstawie zupełnie innej konstrukcji, niż przedstawia to Odwołujący.

Otóż Wykonawca w oświadczeniu dotyczącym równoważności powołał się na art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazali, iż z ww. przepisu wynika, że w sytuacji gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, wówczas ma prawo opisać przedmiot zamówienia poprzez zastosowanie tego przepisu. Zatem przepis ten uprawnia do posłużenia się nazwą konkretnego produktu czy producenta, gdy obiektywna sytuacja powoduje niemożliwość innego opisanie przedmiotu zamówienia. Tymczasem w przedmiotowym przypadku Zamawiający nie posłużył się tą metodą, gdyż przedmiot zamówienia został opisany za pomocą „dostatecznie dokładnych określeń”, jak ujął to ustawodawca.

Wobec powyższego należy Zamawiający podkreślić, że w niniejszej sytuacji nie ma zastosowania art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w dokumentacji projektowej zostały przez Zamawiającego określone precyzyjne wymagania, w szczególności wobec: oprav oświetleniowych, sieci komputerowej, systemu przywoławczego poprzez wskazanie parametrów dla urządzeń. Parametry równoważności nie zostały zaś przez Zamawiającego określone. Dlatego Zamawiający uznał, że treść oferty Wykonawcy w zakresie rozwiązań alternatywnych opisanych w pliku oznaczonym jako tajemnica przedsiębiorstwa jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w SIWZ (proponowane rozwiązania równoważne nie odpowiadają wymogom określonym w SIWZ).

Zamawiający jedynie z ostrożności procesowej wskazał w uzasadnieniu odrzucenia, że nawet gdyby hipotetycznie rozpatrywać zaproponowane rozwiązania jako równoważne, to i tak nie spełniają one wymagań zawartych w dokumentacji projektowej. Nie to jednak było podstawą odrzucenia oferty. Niemniej Zamawiający podtrzymuje argumenty w tym zakresie (które szczegółowo zostały opisane w uzasadnieniu odrzucenia).

Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności i argumenty powołane wyżej, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ofertę Odwołującego 1 należało odrzucić a odwołanie podlega oddaleniu.

Sprawa o sygn. akt: KIO 1869/20

W dniu 6 sierpnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WEGNER Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu oraz Healthcare Building Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [dalej „Odwołujący 2” lub „WEGNER”] wnieśli odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty złożonej przez WEGNER.

Odwołujący 2 zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego 2 pomimo, że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co jednocześnie świadczy o przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nadto - z ostrożności - poprzez zaniechanie wezwania Odwołujących do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 2 wnieśli o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
 2. uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą ofertę spośród ofert złożonych w postępowaniu
- alternatywnie (z ostrożności)

3. o dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, a następnie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 2 przedstawili stan faktyczny sprawy. Odwołujący 2 wskazali po pierwsze, że zgodnie z treścią formularza ofertowego oferty Odwołującego (zgodnej z zawartym w SIWZ wzorem - załącznik nr 1 do SIWZ) Odwołujący składając ofertę zawarł w niej oświadczenie o treści: „Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie rzeczowym objętym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Z powyższego jednoznacznie wynika, że oferta Odwołującego 2 jest w pełni zgodna z wszystkimi wymaganiami SIWZ.

Po drugie, Odwołujący 2 wskazali, iż w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie zastrzegł w jakim celu żąda przedłożenia od wykonawców parametrów technicznych przedmiotu zamówienia określonych w załączniku nr 10 do SIWZ. Załącznik nr 10 został zawarty przez Zamawiającego w SIWZ i zawiera: „Opis sprzętu”. Jego złożenie wraz z ofertą nie było początkowo wymagane. Dopiero na skutek wyjaśnień treści SIWZ, za pismem z dnia 05.05.2020 r. Zamawiający wskazał, co następuje: „19. Pozostałe wymagane dokumenty stanowiące integralną część „oferty” wymagane na etapie jej składania: a) dokument potwierdzający wpłatę wadium we właściwej wysokości, b) wypełnione zestawienia wymaganych parametrów techniczno-użytkowych granicznych przedmiotu zamówienia zawarte w załączniku nr 10 do SIWZ.”

Odwołujący 2 wskazali, że nie ulega jednak wątpliwości, że opisane wyżej dokumenty nie mają charakteru przedmiotowego, a ich złożenie stanowi wymóg stricte formalny. Nie jest bowiem wiadome w jakim celu wykonawcy mają złożyć opisane wyżej dokumenty, jakie treści zamierza z nich odczytywać Zamawiający i jakie skutki spotkają wykonawców, którzy ww. dokumentów nie złożą lub złożą je z błędami lub ich treść będzie niejednoznaczna lub też złożą je przepisując parametry oczekiwane przez Zamawiającego - co faktycznie nastąpiło praktycznie we wszystkich ofertach złożonych w toku niniejszego postępowania.

Zatem wykonawcy pozostawali związani opisem przedmiotu zamówienia, który zobowiązali się w pełni wykonać, ale nie mieli tego przedmiotu kreować treścią swojej oferty. Bowiem opis sprzętu zawarty w załączniku nr 10 jest na tyle jednoznaczny i precyzyjny, że nie daje wykonawcom możliwości zaoferowania faktycznie urządzeń o parametrach innych niż spełniające wszystkie wymagania wprost w nim opisane i wymagane.

Ponadto, Zamawiający - co najistotniejsze - nie wskazali w SIWZ jakie będą skutki nieprzedstawienia wraz z ofertą ww. załącznika nr 10. Dopiero w decyzji o odrzuceniu ofert Odwołującego Zamawiający zawarli wywody na temat zakresu dokumentów składanych wraz z ofertą. Powyższe nie wynika jednak z treści SIWZ (ani jej zmian czy wyjaśnień). Nigdzie bowiem w treści SIWZ nie zawarto uzasadnienia dla żądania przedłożenia przedmiotowych oświadczeń wykonawców co do parametrów oferowanych lamp bezcieniowych, myjek-płuczek dezynfekujących, opraw nadłóżkowych, paneli gazowo - elektrycznych, stanowiska inhalacyjnego oraz stanowiska nebulizacyjnego i skutków ich nieprzedłożenia.

Odwołujący 2 stwierdzili, że kluczową kwestią pozwalającą na ocenę czy oferta jest zgodna z treścią SIWZ czy nie odpowiada jej treści (w zakresie przedmiotowym, a nie wyłącznie formalnym) pozostaje kwestia postanowień projektu umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) odnoszących się do charakteru wynagrodzenia. Zgodnie z tymi postanowieniami (§ 6 ust. 1): „Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie Projektu jest wynagrodzeniem ryczałtowym”. Oznacza to, że Zamawiający na etapie badania oferty, uwzględniając wynagrodzenie ryczałtowe za cały opisany przez siebie zakres zamówienia pozostaje zapewniony, że każdy z wykonawców, który złożył ofertę wykona pełny zakres robót składających się na opis przedmiotu zamówienia. Przeciwnie każdy z wykonawców pozostaje obowiązany do wzięcia pod uwagę przy dokonywaniu wyceny oferty i ustalaniu zakresu swojego zobowiązania wszelkich dokumentów i informacji składających się na szeroko rozumiany opis przedmiotu zamówienia. W tej sytuacji wyciąganie negatywnych skutków zaniechania przedłożenia załącznika nr 10, którego treść mogła ograniczać się do prostego powielenia (na zasadzie: „kopiuj - wklej”) parametrów opisanych przez Zamawiającego nie ma uzasadnienia. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia przesądza, że oferta dotyczy wykonania całego przedmiotu Umowy i całkowite wynagrodzenie ryczałtowe, którego definicję określa art. 632 Kodeksu cywilnego, ustalone na podstawie wyceny określonej w ofercie Wykonawcy obejmuje cały minimalnie wymagany zakres.

Oznacza to, że wykonawca ma wykonać zgodnie z umową całość przedmiotu zamówienia opisanego przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej. Wynagrodzenie ryczałtowe pokrywa również wartość robót, materiałów i wyposażenia, które zostało wprost wyszczególnione przez Zamawiającego w SIWZ i wykazane w dokumentacji projektowej, a jest konieczne do wykonania przedmiotu Umowy, jak również wszystkie koszty pośrednie

związane z realizacją przedmiotu Umowy, w szczególności zaś roboty i świadczenia komplementarnie związane z realizacją przedmiotu Umowy, koszty uzyskania wszelkich niezbędnych wymaganych opinii, uzgodnień i sprawdzeń rozwiązań projektowych, itp.

Odwołujący 2 podnieśli, iż żądanie załącznika nr 10 stanowi jedynie wymóg formalny, podobnie jak zdarza się Zamawiającym żądać wypełnionych kosztorysów w postępowaniach z ceną ryczałtową, gdzie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przesądzone zostało, że ich brak, czy zawarte w nich błędy lub pominięcia, zaniechania wycen poszczególnych pozycji nie mogą prowadzić do odrzucenia ofert, gdy cena ma charakter ryczałtowy, choć oczywiście każdy przypadek należy rozpatrywać indywidualnie. Odwołujący 2 w ww. zakresie przywołali wyrok KIO z dnia 26 lutego 2013 r., wydany w sprawie o sygn. KIO 354/13.

Odwołujący 2 stwierdzili, że gdyby Odwołujący 2 wskazali w treści swojej oferty - podobnie jak uczynili to wykonawcy: CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp.K. czy też konsorcjum firm: Wodpol Sp. z o.o. i PBO Śląsk Sp. z o.o., że zamierza zaoferować rozwiązania inne niż opisane przez Zamawiającego w Załączniku nr 10, to ich oferta podlegałaby odrzuceniu. Gdyby bowiem Odwołujący, podobnie jak uczynili to inni wykonawcy, przepisał w złożonym załączniku nr 10 parametry podane przez Zamawiającego, jako oferowane przez siebie, to bezsprzecznie jego oferta nie budziłaby żadnych wątpliwości Zamawiającego i nie mogłaby być rozpoznawana pod kątem jej odrzucenia z tego powodu. Zatem, podsumowując, stwierdzić należy, że załącznik nr 10, zgodnie z postanowieniami SIWZ zawiera: „Opis sprzętu”, który to opis jest narzucony wykonawcom przez Zamawiającego, a z SIWZ nie wynika, że wypełnienie go inaczej niż poprzez proste przepisanie parametrów opisanych przez Zamawiającego byłoby błędem skutkującym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie przecież z postanowieniami § 1 ust. 1 wzoru umowy: „Zamawiający powierza, a Wykonawca przyjmuje do wykonania projekt pn.: „Przebudowa, rozbudowa oraz termomodernizacja wraz z zagospodarowaniem terenu Kujawsko-Pomorskiego Centrum Pulmonologii przy ulicy Seminaryjnej w Bydgoszczy - Etap II” (dalej także: „Projekt”) obejmujący roboty budowlane oraz inne roboty i prace konieczne do jego wykonania, a także dostawę wyposażenia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej także: „SIWZ”) oraz na warunkach określonych w niniejszej Umowie”. Zatem stosownie do art. 29 i nast. ustawy Pzp za opis przedmiotu zamówienia odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a w toku postępowania nie dopuszczono możliwości składania ofert wariantowych, które mogłyby ten opis modyfikować.

Zatem zaniechanie przedłożenia przez Odwołujących 2 załącznika nr 10 do SIWZ, którego treść ma charakter wyłącznie formalny, oznacza, że Odwołujący są zobowiązani wykonać zamówienie zgodnie z jego zakresem opisanym w projekcie budowlanym oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót i wszystkich dokumentach zawartych w SIWZ i nie zamierzają do powyższego wprowadzać żadnych zmian.

Nie sposób jednak stwierdzić, że brak przedłożenia ww. załącznika świadczy o zamiarze złożenia oferty o treści, niezgodnej z treścią SIWZ co do zakresu i przedmiotu świadczenia.

Niezależnie jednak od powyższego, zawsze obowiązkiem Zamawiającego pozostaje skorzystać z dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i żądać od wykonawców wyjaśnień, które pozwoliłyby im uzasadnić przyjęty sposób złożenia oferty. Pominięcie obowiązku zastosowania ww. przepisu przesądza o tym, że odrzucenie oferty Odwołujących 2 - oprócz tego, że jest niezgodne z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - jest także przedwcześnie.

Brak złożenia załącznika nr 10 nie daje podstaw do wnioskowania, że zaniechanie to jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania pewnych prac wynikających z SIWZ lub świadczenia rozwiązań wariantowych czy innych, niezgodnych z treścią SIWZ.

Zaniechanie przez Zamawiającego zastosowania w toku postępowania zasad, które sam ustalił stanowi o prowadzeniu postępowania z oczywistym naruszeniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 września 2020 r. wnieśli o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazali, że stwierdzenie, iż oferta Odwołującego 2 jest zgodna z treścią SIWZ, jak i argumenty podane na jego uzasadnienie, nie mogą być uznane za słuszne. Podkreślali, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wskazali

jednoznacznie w rozdziale III pkt 19 SIWZ: Pozostałe wymagane dokumenty stanowiące

integralną część „oferty” wymagane na etapie jej składania: [...] b) wypełnione zestawienia wymaganych parametrów techniczno-użytkowych granicznych przedmiotu zamówienia zawarte w załączniku nr 10 do SIWZ.

Wykonawca - co sam potwierdza w odwołaniu - nie przedstawił załącznika nr 10. Używa jednak w tym fragmencie odwołania mylnego sformułowania - „wraz z ofertą”, aby zasugerować prawidłowość swoich wywodów. Tymczasem załącznik nr 10 - co wykazano w uzasadnieniu odrzucenia odwołania - stanowił integralną część oferty. Stąd jego brak powodował niekompletność oferty i decydował o sprzeczności oferty z treścią SIWZ.

Ponadto Zamawiający wskazali, że w rozdziale I pkt 4 SIWZ „Składanie oferty”, w ppkt. 4.1, że Wykonawca przedstawi ofertę zgodnie z wymaganiami określonymi w niniejszej SIWZ poprzez wypełnienie i podpisanie:

2) załączników do „Oferty”, o ile występują w danym postępowaniu i zawiera je SIWZ np. formularz cenowy, specyfikacje techniczne przedmiotu zamówienia wymagane na etapie składania oferty”.

Powyższe sformułowanie świadczy jednoznacznie, że Zamawiający wskazali wprost w SIWZ, że na treść oferty składają się również wypełnione parametry techniczne przedmiotu zamówienia określone w załączniku nr 10 do SIWZ (specyfikacje techniczne lampy bezcieniowej, myjki-płuczki dezynfekcyjnej, oprawy nadłóżkowej, panelu gazowo-elektrycznego, stanowiska inhalacyjnego oraz stanowiska nebulizacyjnego). Wskazane nazwy urządzeń i ich parametry precyzują zobowiązanie wykonawcy składane wraz z formularzem oferty.

Zamawiający podtrzymali swoje stanowisko i uważali, że treść oferty Wykonawcy jest niezgodna z wymaganiami Zamawiających wskazanymi w SIWZ. Mając na uwadze powyższe, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający mieli obowiązek odrzucić ofertę Wykonawcy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba oceniła, że Odwołujący 1 oraz Odwołujący 2 wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 7 sierpnia 2020 r. powiadomił wykonawców o odwołaniach wniesionych przez wykonawcę Climamedic i wykonawcę WEGNER.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD - Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz TB.INVEST Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gdańsku zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1864/20 oraz KIO 1869/20 odpowiednio w dniu 10 sierpnia 2020 r. po stronie Zamawiających. Jednocześnie Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Regułach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1869/20 w dniu 10 sierpnia 2020 r. po stronie Zamawiających. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WEGNER Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu oraz Healthcare Building Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1864/20 w dniu 10 sierpnia 2020 r. po stronie Zamawiających.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 17 września 2020 r.

Nadto Izba dopuściła dowody z dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych przez Odwołującego 1 w toku rozprawy, jak również zestawienie własne Zamawiających dotyczące niezgodności treści oferty wykonawcy Climamedic z treścią SIWZ

Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego 2 w toku rozprawy, tj.: zestawienie własne Odwołującego 2 dotyczące parametrów oferowanych przez poszczególnych wykonawców w załączniku nr 10 do SIWZ.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wymagał od wykonawców wypełnienia załączników nr 10 do SIWZ dotyczących lampy bezcieniowej, myjki-płuczki dezynfekcyjnej, oprawy nadłóżkowej, panelu gazowo-elektrycznego, stanowiska inhalacyjnego oraz stanowiska nebulizacyjnego.

Modyfikacją treści SIWZ z dnia 23 kwietnia 2020 r. Zamawiający zmienili treść rozdziału III pkt 18 SIWZ nadając mu brzmienie:

18. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia n/w dokumentów:

- a) Wykaz robót budowlanych (załącznik nr 4 do SIWZ),
- b) Wykaz osób (załącznik nr 3 do SIWZ),
- c) Dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego,
- d) Deklaracja zgodności, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 186) lub rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2017/745 z 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylecia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (Dz. Urz. UE L 117 z 5 maja 2017 r., str. 1 ze zm.) - dotyczy: lampy bezcieniowej, myjki - płuczki dezynfekcyjnej, panelu gazowo - elektrycznego, oprawy nadłóżkowej, stanowiska inhalacyjnego, stanowiska nebulizacyjnego.
- e) Katalog lub folder lub opis oferowanego przedmiotu z wyraźnym zaznaczeniem zaoferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzający spełnienie parametrów technicznych określonych w Opisie przedmiotu zamówienia - dotyczy lampy bezcieniowej, myjki - płuczki dezynfekcyjnej, panelu gazowo - elektrycznego, oprawy nadłóżkowej, stanowiska inhalacyjnego, stanowiska nebulizacyjnego.
- f) Dokument potwierdzający spełnianie wymagań określonych w Opisach przedmiotu zamówienia (złożyć w przypadku, gdy dokumenty wskazane w ppkt. e) powyżej nie potwierdzają spełnienia postawionych wymagań).
- g) Dokument potwierdzający skuteczność eliminacji bakterii Clostridium Difficile w procesie mycia i dezynfekcji, wydany przez niezależną instytucję naukową /badawczą - dotyczy myjki - płuczki dezynfekcyjnej.
- h) Przedmiot zamówienia musi być wyrobem medycznym spełniającym wymagania określone w ustawie z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (tekst jednolity Dz. U. z 2020 r., poz. 186), lub rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2017/745 z 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylecia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (Dz. Urz. UE L 117 z 5 maja 2017 r., str. 1 ze zm.) - dotyczy: lampy bezcieniowej, myjki - płuczki dezynfekcyjnej, panelu gazowo - elektrycznego, oprawy nadłóżkowej, stanowiska inhalacyjnego, stanowiska nebulizacyjnego.

Modyfikacją treści SIWZ z dnia 5 maja 2020 r. Zamawiający zmienili treść rozdziału III pkt 19 SIWZ nadając mu brzmienie: Pozostałe wymagane dokumenty stanowiące integralną część „oferty” wymagane na etapie jej składania:

- a) dokument potwierdzający wpłatę wadium we właściwej wysokości,
- b) wypełnione zestawienia wymaganych parametrów techniczno-użytkowych granicznych przedmiotu zamówienia zawarte w załączniku nr 10 do SIWZ.

Pismem z dnia 27 lipca 2020 r. Zamawiający odrzucili ofertę wykonawcy Climamedic na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodną z treścią SIWZ. W uzasadnieniu ww. czynności Zamawiający podali, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawca do oferty załączył osobny plik oznaczony jako tajemnica przedsiębiorstwa. W zastrzeżonej części oferty przedstawił potwierdzenie równoważności swoich rozwiązań do wymogów wskazanych w dokumentacji projektowej w zakresie opraw oświetleniowych, sieci komputerowej, systemu przywoławczego oraz kotłowni i pompy.

Wykonawca w oświadczeniu dotyczącym równoważności powołał się na art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż w niniejszej sytuacji nie ma zastosowania art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w dokumentacji projektowej zostały określone wymogi wobec: opraw oświetleniowych, sieci komputerowej, systemu przywoławczego poprzez wskazanie parametrów dla urządzeń. Parametry równoważności nie zostały przez Zamawiającego określone.

Mając na uwadze złożoną ofertę Zamawiający uznali, że treść oferty Wykonawcy w zakresie rozwiązań alternatywnych opisanych w pliku oznaczonym jako tajemnica przedsiębiorstwa jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w SIWZ. Ponieważ proponowane rozwiązania równoważne nie odpowiadają wymogom określonym w SIWZ. Uszczegółowienie uzasadnienia zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa ponieważ dotyczyło oferty zastrzeżonej przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 27 lipca 2020 r. Zamawiający odrzucili ofertę wykonawcy WEGNER na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodną z treścią SIWZ. W uzasadnieniu ww. czynności Zamawiający wskazali, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wskazali w rozdziale III pkt 19: „Pozostałe wymagane dokumenty stanowiące integralną część „oferty” wymagane na etapie jej składania: b) wypełnione zestawienia wymaganych parametrów techniczno - użytkowych granicznych przedmiotu zamówienia zawarte w załączniku nr 10 do SIWZ”.

Wykonawca do oferty nie załączył zestawienia wymaganych parametrów techniczno - użytkowych granicznych przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo Zamawiający wskazał w rozdziale I pkt 4 SIWZ „Składanie oferty” w ppkt 4.1 Wykonawca przedstawi ofertę zgodnie z wymaganiami określonymi w niniejszej SIWZ poprzez wypełnienie i podpisanie:

2) załączników do „Oferty”, o ile występują w danym postępowaniu i zawiera je SIWZ np. formularz cenowy, specyfikacje techniczne przedmiotu zamówienia wymagane na etapie składania oferty”.

Zamawiający podali, że wskazali wprost w SIWZ, że na treść oferty składają się również wypełnione parametry techniczne przedmiotu zamówienia określone w załączniku nr 10 do SIWZ, tj. specyfikacje techniczne lampy bezcieniowej, myjki-płuczki dezynfekcyjnej, oprawy nadłóżkowej, panelu gazowo - elektrycznego, stanowiska inhalacyjnego oraz stanowiska nebulizacyjnego. Wskazane nazwy urządzeń i ich parametry precyzują zobowiązanie wykonawcy składane wraz z formularzem oferty. Zatem treść oferty wykonawcy jest niezgodna z wymaganiami Zamawiających wskazanymi w SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Sprawa o sygn. akt: KIO 1864/20

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy

Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez

zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17). Nadto wskazać należy, iż odrzucenie oferty wykonawcy na ww. podstawie prawnej jest możliwe, gdy sprzeczność oferty wykonawcy z treścią SIWZ jest niewątpliwa.

Stosownie do treści art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający niezwłocznie informuje wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zgodnie z art. 7 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż ocena prawidłowości czynności Zamawiających polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy Climamedic dokonywana jest w zakresie uzasadnienia faktycznego ww. czynności zawartego w piśmie z dnia 27 lipca 2020 r. Zatem to w ww. piśmie podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego 1 Zamawiający powinni przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne jak i prawne tej czynności w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty do czego też obliguje Zamawiających treść art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym dążenie przez Zamawiających do rozszerzenia uzasadnienia faktycznego ww. czynności, tj. odrzucenia oferty Odwołującego 1 na podstawie złożonego do akt dowodu jest działaniem spóźnionym i pozostającym bez wpływu na ocenę niniejszej sprawy. Ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o odrzuceniu oferty. Słusznie argumentował wykonawca Climamedic, iż to na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Dlatego też uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować.

Następnie Izba wskazuje, że czynność odrzucenia oferty danego wykonawcy jest najdalej idącą w skutkach prawnych czynnością, pozbawiającą wykonawcę szans na uzyskanie zamówienia publicznego. Tym bardziej czynność ta powinna być kompleksowo uzasadniona, tak aby była ona weryfikowalna, nie tylko przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona, ale przez każdy podmiot, który byłby zainteresowany prześledzeniem procesu decyzyjnego zamawiającego. Zamawiający powinien zatem w sposób jasny, przejrzysty i rzeczowy wyjaśnić i opisać przyczyny, które legły u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty danego wykonawcy.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, iż lektura uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy Climamedic potwierdziła, że czynność ta była obarczona wadami.

Odnosząc się do jawnej części uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego 1 Izba wskazuje, że nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiających podniesionym w odpowiedzi na odwołanie, że przyczyną odrzucenia oferty wykonawcy Climamedic było to, iż Odwołujący zaoferował rozwiązania alternatywne, co było niezgodne z SIWZ, ponieważ w niniejszej sprawie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp nie miał zastosowania, bowiem Zamawiający opisali przedmiot zamówienia za pomocą „dostatecznie dokładnych określeń”. Powyższe stanowisko Zamawiających było sprzeczne z treścią dokumentacji projektowej. Wskazać należy, iż z projektu wykonawczego część 2 - Instalacje elektryczne i AKPiA wynika, że po pierwsze Zamawiający posłużyli się nazwami własnymi kotłów (Vitoplex, Vitocrossal) oraz pompy ciepła (Energycal AW Pro AT). Po drugie, na stronie trzeciej ww. projektu wykonawczego zamieszczono informację o treści: „Wszystkie materiały i urządzenia użyte w niniejszym projekcie pt.: „Rozbudowa, modernizacja i konsolidacja źródeł ciepła w Kujawsko - Pomorskim Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy przy ulicy Seminarnej 1” mają swoje odpowiedniki, a ich nazwy podano przykładowo. Dopuszcza się zamianę materiałów i urządzeń użytych w projekcie, na inne, o nie gorszych właściwościach użytkowych i jakościowych, pod warunkiem zachowania równoważnych parametrów technicznych i eksploatacyjnych. Ewentualną zamianę materiałów i urządzeń należy zgłosić Zamawiającemu na etapie składania oferty.” Również w przypadku oprav oświetleniowych podane zostały nazwy własne (AGAT) a Zamawiający dopuścili możliwość zaoferowania oprawy równoważnej (PW branża instalacje elektryczne, teletechniczne i niskoprądowe). Tym samym argumentacja Zamawiających odnośnie braku możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych do wskazanych w SIWZ była sprzeczna z treścią dokumentacji projektowej w zakresie oprav oświetleniowych, kotłów i pomp. Powyższą argumentację należy również uznać za nietrafioną odnośnie sieci komputerowej i systemu przywoławczego. Gdyby nawet

przyjąć, iż w ww. zakresie Zamawiający nie posłużyli się nazwami własnymi konkretnych produktów, to obowiązkiem Zamawiających było zweryfikowanie oferty Climamedic pod kątem zgodności z treścią specyfikacji, na co zresztą słusznie wskazywał Przystępujący EBUD.

Przechodząc następnie do części tajnej uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego 1 z uwzględnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącej oferty Climamedic Izba wskazuje, iż podzieliła stanowisko Odwołującego, iż uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty ww. wykonawcy było hasłowe, lakoniczne, pozbawiające wykonawcę, ale i samą Izbę, możliwości prześledzenia procesu decyzyjnego Zamawiających. Co więcej, postawa zaprezentowana przez Zamawiających w toku rozprawy przed Izbą uniemożliwiła nawet ustalenie konkretnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia referujących do wymogów dotyczących poszczególnych urządzeń. Izba wskazuje, iż jakkolwiek obie strony postępowania odwoławczego są profesjonalistami i winny biegle poruszać się w dokumentacji postępowania, w szczególności w zakresie objętym odwołaniem, to nie może być tak, iż zamawiający przerzuca na wykonawcę konieczność ustalenia parametrów technicznych wskazujących na niezgodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ. To obowiązkiem zamawiającego jest kompleksowe uzasadnienie czynności odrzucenia oferty danego wykonawcy, w tym wskazanie, z którym konkretnie parametrem wynikającym z dokumentacji projektowej i gdzie zawartym oferta wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ. Ponadto zamawiający powinien umieć wytłumaczyć dlaczego uważa, że dany parametr jest niezgodny z jego wymogami oraz wyjaśnić, w jaki sposób doszedł do takiego przekonania. Zamawiający powinien również jednoznacznie wskazać, którego elementu oferowanego przedmiotu zamówienia dotyczy zarzut niezgodności z treścią specyfikacji, zwłaszcza gdy kwestionowany przez zamawiającego element jest częścią danego urządzenia albo też gdy przedmiot zamówienia obejmuje dostawę sprzętu tego samego rodzaju o różnych parametrach (jak w przypadku opraw oświetleniowych).

Kolejno Izba wskazuje, iż czynność odrzucenia oferty wykonawcy nie może być oparta na przypuszczeniach co do niezgodności oferowanego rozwiązania z treścią specyfikacji. Zamawiający w realiach konkretnej sprawy zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ powinien wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niejasności, czy sprzeczności. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Podsumowując powyższe Izba wskazuje, iż uwzględnienie niniejszego odwołania nie oznacza, że treść oferty Odwołującego 1 jest zgodna z treścią SIWZ. W ocenie Izby czynność oceny oferty Odwołującego 1 powinna zostać przez Zamawiających powtórzona. Przede wszystkim Zamawiający powinien dokonać ponownej lektury własnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności dokumentacji projektowej i należyce ustalić, czy dopuścił możliwość oferowania rozwiązań równoważnych w zakresie spornych urządzeń, a jeżeli tak to, czy sprecyzował kryteria równoważności, w tym czy żądał od wykonawcy złożenia stosownych dokumentów celem ich wykazania, a następnie w zależności od wyników przeprowadzonej analizy ponownie zbadać ofertę Climamedic i stwierdzić jej zgodność lub nie z wymogami SIWZ, podając szczegółowe uzasadnienie w ostatnim przypadku.

Z uwagi na powyższe podniesione przez Odwołującego Climamedic zarzuty zasługiwały na uwzględnienie.

Sprawa o sygn. akt: KIO 1869/20

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołujących 2 pomimo, że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co jednocześnie świadczyło o przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również zarzut zaniechania wezwania Odwołujących 2 do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem iż Izba podtrzymuje argumentację prawną dotyczącą wykładni ww. podstawy odrzucenia oferty zaprezentowaną w sprawie o sygn. akt: KIO 1864/20, tym samym niezasadne jest jej powielanie.

Zgodnie natomiast z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie

uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Izba ustaliła, że stan faktyczny nie były sporny między Stronami postępowania odwoławczego. Bezsprornie Odwołujący 2 nie załączyli wraz z ofertą wypełnionych załączników nr 10 do SIWZ, co też skutkowało odrzuceniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Istota niniejszej sprawy sprowadzała się do rozstrzygnięcia charakteru załączników nr 10 do SIWZ, tj. czy owy dokument stanowił treść oferty, czy też nie.

Izba wskazuje, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nie było wątpliwości, że treść załączników nr 10 stanowiących wypełnione zestawienia wymaganych parametrów techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia (lampy bezcieniowej, myjki-płuczki dezynfekcyjnej, oprawy nadłóżkowej, panelu gazowo - elektrycznego, stanowiska inhalacyjnego oraz stanowiska nebulizacyjnego) stanowiła treść oferty. Powyższe jednoznacznie wynika z postanowień SIWZ zawartych w rozdziale III pkt 19 oraz rozdziale

1 pkt 4 ppkt 4.1 SIWZ. Tym samym dezawuowanie przez Odwołujących 2 charakteru i celu ww. dokumentów nie ma żadnego znaczenia na obecnym etapie postępowania odwoławczego, skoro treść postanowień SIWZ nie została podważona przez wykonawców zainteresowanych niniejszym zamówieniem w ustawowym terminie. Innymi słowy, w świetle postanowień specyfikacji, obowiązkiem wykonawców było wypełnienie i załączenie do formularza ofertowego załączników nr 10 do SIWZ dotyczących oferowanego sprzętu. Nie ma przy tym żadnego znaczenia moment wprowadzenia do postanowień specyfikacji obowiązku wypełnienia i załączenia do oferty wypełnionych załączników nr 10 do SIWZ.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołujących 2, iż załączniki nr 10 do SIWZ miały charakter wyłącznie formalny, a ich wypełnienie sprowadzało się w istocie do powielenia parametrów podanych przez Zamawiających i prostego potwierdzenia na zasadzie „kopiuj/wklej”, że oferowane urządzenie spełnia dany wymóg. Izba stwierdza, że Odwołujący

2 nie dokonali prawidłowej analizy treści załączników nr 10 do SIWZ, gdyż pominieli, iż treść rzeczonych załączników nakładała na wykonawców obowiązek podania producenta oraz oferowanego modelu urządzenia. Ponadto w przypadku części urządzeń i niektórych parametrów Zamawiający oczekiwali od wykonawcy nie tylko potwierdzenia, że oferowane urządzenie spełnia dany parametr, ale i żądali jego określenia. Powyższe przeczy tezie Odwołującego 2, że załączniki nr 10 do SIWZ zawierały „Opis sprzętu”, który został narzucony wykonawcom przez Zamawiających. W ocenie Izby uważna lektura treści ww. załączników pozwalała każdemu wykonawcy z łatwością ustalić, iż celem wypełnienia i złożenia ww. dokumentów było skonkretyzowanie treści oferty, a zatem świadczenia oferowanego przez wykonawcę. Wskazać należy, iż jeżeli wykonawca pozostał w niedostatku wiedzy i miał wątpliwości co do charakteru, sposobu wypełnienia załączników nr 10 do SIWZ, czy też skutków nieprzedstawienia omawianych załączników winien wystąpić do Zamawiających w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp i zadać stosowne pytanie. Tym samym za irrelevantną dla oceny niniejszej sprawy Izba uznała okoliczność podnoszoną przez Odwołujących 2, iż Zamawiający nie wskazali w SIWZ jakie będą skutki nieprzedstawienia wraz z ofertą załączników nr 10. Dostrzec również należy, iż Odwołujący 2 nie wskazali przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych nakładającego na Zamawiających taki obowiązek.

Za nietrafioną należało również uznać podnoszoną przez Odwołujących 2 argumentację dotyczącą przewidzenia wynagrodzenia ryczałtowego pokrywającego całość prac objętych niniejszym zamówieniem. Izba wskazuje, iż po pierwsze, ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie zwalnia wykonawcy z obowiązku skonkretyzowania oferowanego przedmiotu świadczenia zgodnie z wymogami zamawiającego określonymi w SIWZ. A po drugie, z samego faktu, iż Zamawiający przewidzieli wynagrodzenie ryczałtowe, nie wynika, że Odwołujący 2 zaoferowali ofertę zgodną z SIWZ. Co więcej, brak złożenia przez Odwołujących 2 wypełnionych załączników nr 10 do SIWZ pozbawił Zamawiających jakiegokolwiek możliwości weryfikacji oferowanego przedmiotu świadczenia. Powyższe zresztą potwierdziło stanowisko Odwołujących 2 zaprezentowane w toku rozprawy przed Izbą, którzy nie potrafili wskazać jakie konkretnie urządzenia zostały zaoferowane Zamawiającym w niniejszym postępowaniu, podając lakonicznie, że były to urządzenia zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Izba wskazuje, iż okoliczności sanującej błąd Odwołujących 2 polegający na niezłożeniu wraz z ofertą załączników nr 10 do SIWZ nie mogła stanowić ogólna deklaracja zawarta w formularz ofertowym o treści „Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie rzeczowym objętym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia za cenę Stwierdzić należy, iż ogólne deklaracje zamieszczane w formularzach oferty nie mogą stanowić wyrazu wiążących intencji wykonawcy co do oferowanego przedmiotu

zamówienia, w tym jego zgodności z treścią specyfikacji.

W końcu Izba stwierdziła, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nie mógł znaleźć zastosowania podnoszony przez Odwołujących 2 art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisem, 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, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Izba wskazuje, iż w okolicznościach tej sprawy jedynym sposobem naprawienia błędu Odwołujących 2 byłoby uzupełnienie załączników nr 10 do SIWZ, co też na gruncie przepisów ustawy Pzp byłoby niedopuszczalne z uwagi na charakter ww. dokumentów (treść oferty). Powyższemu sprzeciwiają się naczelne reguły prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, możliwość zmiany czy uzupełnienia treści oferty wyłącznie przed upływem terminu składania ofert oraz zakaz negocjacji dotyczących złożonej oferty. Nie sposób sobie zresztą wyobrazić treść wezwania, które miałyby zostać wystosowane do Odwołujących 2, gdyż nie można wyjaśnić treści dokumentów, które nie zostały przez wykonawcę załączone do oferty, a jak wskazano powyżej ogólnych deklaracji wykonawcy co do zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SIWZ, nie można uznać za wystarczających. Zakresu wezwania do wyjaśnień w ww. trybie nie wskazali zresztą sami Odwołujący 2 w treści odwołania.

Reasumując powyższe stwierdzić należy, iż w rozpoznawanej przez Izbę sprawie Odwołujący 2 popełnili błąd polegający na niezłożeniu wraz z ofertą wypełnionych załączników nr 10 do SIWZ dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia składających się na treść oferty. Owy błąd nie mógł zostać naprawiony z wykorzystaniem instytucji określonych ustawą Pzp. Z uwagi na powyższe, czynność Zamawiających polegająca na odrzuceniu oferty Odwołujących 2 jako niezgodnej z treścią SIWZ była prawidłowa.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

W sprawie o sygn. akt: KIO 1864/20 o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i 2) lit. b) w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Z kolei w sprawie o sygn. akt: KIO 1869/20 o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 2) lit. b) w zw. z § 5 ust. 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. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: