Sygn. akt KIO 913/21

WYROK

z dnia 27 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2021 r. przez wykonawcę Z. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. BetaSter Z. S. w Porębie w postępowaniu prowadzonym przez Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy Tekom Technologia Sp. z o.o. w Radomiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Regionalnemu Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu unieważnienie postępowania o udzielenie

zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.);

2. kosztami postępowania obciąża Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Z. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. BetaSter Z. S. w Porębie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu na rzecz Z. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. BetaSter Z. S. w Porębie kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania poniesionych z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt KIO 913/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu - prowadzi w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), dalej jako:

„ustawa" lub „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, montaż i uruchomienie systemu monitoringu warunków tj.: temperatury i wilgotności w urządzeniach i pomieszczeniach Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie

Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00004902 w dniu 2 lutego 2021 r. Wartość

zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca Z. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. BetaSter Z. S. w Porębie wniósł odwołanie 22 marca 2021 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy nie zachodziły wskazane w tym przepisie przesłanki odrzucenia oferty, albowiem należy przyjąć, iż wszelkie wymagane przez zamawiającego oświadczenia zostały przez odwołującego złożone, w tym również, dodatkowe oświadczenia podmiotów udostępniających zasoby, do których przedłożenia odwołujący został wezwany na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 287 ust. 2 i art. 287 ust. 1 Pzp przez niedokonanie odrzucenia dwóch pozostałych ofert, a co więcej, wybranie jednej z tych ofert jako wygrywającej, pomimo, iż są one niezgodne ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, dalej jako: SWZ", a zatem winny podlegać odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności: odrzucenia oferty odwołującego, oceny ofert nr 1 i 3 i przyznania im określonej liczby punktów, wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. powtórzenia czynności oceny ofert, przyznania im punktów i wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem okoliczności, iż oferta nr 1 i oferta nr 3 są niezgodne z SWZ, oraz z uwzględnieniem w tej procedurze również oferty odwołującego;

3. zasądzenia od zamawiającego na swoją rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, a to, równowartości kwoty wpisu oraz uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

1. dowodów z dokumentów, dołączonych do niniejszego odwołania, a to:

a. SWZ wraz z załącznikami oraz informacją o kwocie na sfinansowanie zamówienia;

b. oferty odwołującego wraz z załącznikami;

c. pisma zamawiającego z 4 marca 2021 r.;

d. oświadczenia z dnia 5 marca 2021 r.;

e. wydruku z KRS dot. „MIKSTER" Sp. z o.o. z/s w Czeladzi;

f. wydruku z CEIDG dot. MIKSTER-SERVICE s.c. M. K. Z. P. M. K.;

g. informacji o wynikach postępowania z dnia 15 marca 2021 r.

h. pytań zadanych w toku postępowania przez wykonawców wraz z odpowiedziami zamawiającego;

i. ofert nr 1 oraz nr 3

2. dowodu z przesłuchania świadków:

a. M. K., wezwanie na adres ul. Wojkowicka 21, 41-250 Czeladź;

b. Z. P., wezwanie na adres ul. Wojkowicka 21, 41 -250 Czeladź;

c. M. K., wezwanie na adres ul. Wojkowicka 21, 41-250 Czeladź;

- na okoliczność tego, jakiej treści oświadczenia złożyli oni w dniu 5 marca 2021 r. w związku ze współpracą z odwołującym na potrzeby realizacji zamówienia publicznego objętego przedmiotowym odwołaniem, oraz na okoliczność tego, czy wobec „MIKSTER" Sp. z o.o. oraz MIKSTER-SERVICE s.c. M. K., Z. P, M. K. zachodzą podstawy do wykluczenia ww. podmiotów i osób z postępowania, czy spełniają one warunki udziału w postępowaniu w zakresie w jakim odwołujący powołuje się na ich zasoby, oraz czy ww. podmioty i osoby zobowiązały się oddać odwołującemu do dyspozycji niezbędne zasoby na potrzeby realizacji przez odwołującego tego zamówienia;

3. dowodu z przesłuchania stron, ograniczonego do przesłuchania odwołującego Z. S., na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający powinien uznać oświadczenia złożone przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie za inne podmiotowe środki dowodowe, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz dokonać wykładni tych oświadczeń z uwzględnieniem art. 65 § 1 k.c. Zarzucił również, że zamawiający powinien odrzucić oferty nr 1 (Tekom Technologia Sp. z o.o. w Radomiu) i 3 (Testo Sp. z o.o.) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp z powodu pominięcia zestawu PC i monitora. Ponadto oferta Tekom Technologia Sp. z o.o. w Radomiu podlega odrzuceniu z powodu braku zaoferowania zamawiającemu serwera oraz wadliwego przyznania 20 punktów w kryterium gwarancji na system monitoringu. Obie konkurencyjne oferty powinny zostać zweryfikowane pod kątem ich prawidłowej wyceny.

Wykonawca Tekom Technologia Sp. z o.o. w Radomiu przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 15 kwietnia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania eksponując brak interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz brak interesu odwołującego w podnoszeniu zarzutów wobec oferty przystępującego.

Przystępujący w piśmie procesowym z 21 kwietnia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania, wskazując kolejne argumenty, dla których zamawiający nie mógł uznać uzupełnienia oświadczeń odwołującego za skuteczne.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w załączniku nr 4 do SWZ zamieścił Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. W rozdziale VI w pkt 5b wskazał, że w przypadku systemu monitoringu, którego działanie oparte jest na łączności przewodowej pomiędzy urządzeniem monitorującym (przetwornikiem) a serwerem, w sytuacji wymagającej do tego celu wykorzystania istniejącej sieci informatycznej zamawiającego, której parametry użytkowe mogą okazać się niewystarczające, wykonawca na podstawie dokonanej inwentaryzacji dostarczy, zainstaluje i uruchomi niezbędne do tego celu urządzenia informatyczne.

Zamawiający nie wyspecyfikował w SWZ wymagań sprzętu komputerowego, w związku z czym zostało mu zadane pytanie nr 24 o treści: „Czy specyfikacja sprzętowa ma zawierać zestaw PC + monitor?". Na to pytanie zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający wymaga wpisania danych sprzętowych w formularzu ofertowym w pozycji: Inne urządzenia niezbędne do instalacji w tym sprzęt informatyczny"

Opisując kryteria oceny ofert w rozdziale XVIII SWZ zamawiający ustalił, że kryterium ceny ma wagę 60%, termin realizacji zamówienia 15%, podłączenie sond zamawiającego do systemu zaoferowanego przez wykonawcę 5%, okres gwarancji na system monitoringu 20%. Zamawiający wskazał, że wykonawca otrzyma 5 pkt w kryterium podłączenia sond, jeśli oświadczy w pkt 5.2. Formularza oferty, że wykorzysta do zaoferowanego systemu monitoringu aktualnie zainstalowane w urządzeniach użytkownika sondy temperaturowe PT1000 i PT100 w ilości minimum 75 sztuk i podda je kalibracji przed włączeniem do użytkowania, oraz udzieli gwarancji na cały system monitoringu na okres 24/36 miesięcy od daty podpisania protokołu odbioru. Natomiast wykonawca otrzyma 20 pkt w kryterium okresu gwarancji na system monitoringu, jeśli oświadczy w pkt 5.3. Formularza oferty, że udzieli gwarancji na cały system monitoringu na okres 36 miesięcy od daty podpisania protokołu odbioru.

Pkt 5.2. Formularza oferty zawierał oświadczenie wykonawcy, że udzieli gwarancji na cały system monitoringu na okres 24 miesięcy od daty podpisania protokołu odbioru. Pkt 5.a. Formularza oferty zawierał oświadczenie wykonawcy, że udzieli gwarancji na cały system monitoringu na okres 24/36 miesięcy od daty podpisania protokołu odbioru.

W postępowaniu złożono 3 oferty:

1. Testo Sp. z o.o. w Pruszkowie z ceną 487.450,25 zł;

2. Przystępujący z ceną 508.473, 39 zł;

3. Odwołujący z ceną 571.464,15 zł.

Na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę - 565.800 zł.

Przystępujący w pkt 5.3. zaoferował 36 miesięcy gwarancji na system. Specyfikując sprzęt nie podał zestawu PC i monitora i oświadczył, że serwer o podanych parametrach jest „po stronie zamawiającego".

W swojej ofercie odwołujący wskazał, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach podmiotów trzecich, a to: „MIKSTER" Sp. z o.o. z/s w Czeladzi, w zakresie kompletacji urządzeń i serwisu gwarancyjnego, oraz MIKSTER-SERVICE s.c. M. K., Z. P. M. K. - w zakresie sprzętu instalacyjnego oraz wsparcia technicznego i instalacyjnego.

Pismem z 4 marca 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia:

- oświadczeń podmiotów udostępniających zasoby potwierdzających brak podstaw wykluczenia tych podmiotów oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim Odwołujący powołał się na ich zasoby;

- zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby do oddania odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że odwołujący, realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

W odpowiedzi odwołujący złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego. Drugie oświadczenie dotyczące polegania przez odwołującego na zasobach innych podmiotów, oraz udostępnieniu odwołującemu przedmiotowych zasobów przez te podmioty podpisali się odwołujący oraz za „MIKSTER" Sp. z o.o. jej Prezes Zarządu, za MIKSTER-SERVICE s.c. M. K. Z. P. M. K. - również M. K., jako jeden ze wspólników. Jako udostępnianie zasoby zostały wskazane: „ze strony MIKSTER" Sp. z o.o. z/s w Czeladzi - kompletacja urządzeń i serwisu gwarancyjnego, ze strony MIKSTER-SERVICE s.c. M. K., Z. P. M. K. sprzęt instalacyjny oraz wsparcie techniczne i instalacyjne.

Pismem z 4 marca 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnień. Żądał złożenia wyjaśnienia, co wykonawca rozumie pod pojęciem: „serwer do archiwizacji po stronie Zamawiającego"?. Zamawiający powołał rozdział VI w pkt 5b oraz oświadczenie w Formularzu ofertowym na stronie 2, że „Oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania bezwzględne określone w SWZ". Zamawiający oświadczył, że ma wątpliwości czy złożona w postępowaniu oferta odpowiada w pełnym zakresie wymaganiom określonym w SWZ i czy wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia bez dodatkowych środków i nakładów ze strony zamawiającego. W odpowiedzi przystępujący oświadczył, że spełnia wszystkie wymagania bezwzględne określone w SWZ oraz zrealizuje w oferowanej cenie kompletny system do monitorowania warunków tj.: temperatury i wilgotności w urządzeniach pomieszczeniach z niezbędną do tego celu całą infrastrukturą programową i sprzętową. Wskazał, że z SWZ nie wynikało jednoznacznie czy wykonawca ma dostarczyć serwer, na którym mają być archiwizowane wszystkie dane pomiarowe, zarówno z systemu bezprzewodowego jak i przewodowego, zatem przyjął, iż w tym przypadku zamawiający chce skorzystać z własnych serwerów i celowo wpisał w formularzu cenowym „serwer do archiwizacji po stronie Zamawiającego". Jednocześnie przystępujący oświadczył, iż dostarczenie

serwera nie wpływa na końcową ofertę cenową, z czego wynika, że dostarczy serwer w oferowanej cenie.

Pismem z 15 marca zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) Pzp. W uzasadnieniu czynności odrzucenia zamawiający wskazał, że odwołujący na wezwanie zamawiającego nie dostarczył:

- oświadczeń podmiotów udostępniających zasoby potwierdzających brak podstaw wykluczenia tych podmiotów oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim

Odwołujący powołał się na ich zasoby;

- zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że Odwołujący, realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Przywołanych ustaleń Izba dokonała na podstawie wymienionych pism i oświadczeń, które w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem znajdują się w dokumentacji postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu 2 lutego 2021 r., zatem do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdą zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r. poz. 2019).

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Fakt, że cena oferty odwołującego jest wyższa, niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, nie oznacza pozbawienia odwołującego prawa do wniesienia odwołania. Po pierwsze, odwołanie stosownie do art. 513 pkt 1 i 2 Pzp dotyczy czynności i zaniechań zamawiającego wskazanych w odwołaniu i zgodnie z art. 555 Pzp może być rozpoznanie wyłącznie w tych granicach. Odwołujący zarzucił zamawiającemu wadliwe odrzucenie jego oferty i zaniechanie odrzucenia ofert konkurujących wykonawców, w tym uznanej za najkorzystniejszą oferty przystępującego. Interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody przez wykonawcę bada się w odniesieniu do zarzutów odwołania, nie zaś w odniesieniu do przyszłej hipotetycznej czynności unieważnienia postępowania, której zamawiający ewentualnie dokona, jeśli odwołanie zostanie uwzględnione. Unieważnienie postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia nie jest zatem czynnością dokonaną lub zaniechaną przez zamawiającego w badanym postępowaniu. Po drugie, uznaniu, że odwołujący spełnia wymagania wskazane w art. 505 ust. 1 Pzp nie stoi na przeszkodzie również fakt, że skutkiem uwzględnienia odwołania może być unieważnienie postępowania z powodu braku ważnych ofert. W orzecznictwie Izby zaznaczył się pogląd, że również taka ewentualność nie pozbawia wykonawcy przesłanek interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody z powodu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Pojęcie „dane zamówienie" użyte w art. 505 Pzp nie jest bowiem ograniczone do umowy, która może być zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, w którym zostało wniesione odwołanie (tak TSUE w orzeczeniach z: 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 (Fastweb), 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esco (PFE), 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 (Technische Gebaudebetreuung i Caverion Osterreich) i 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 (Archus et Gama) oraz przykładowo: wyroki Izby z 22 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2099/16, 13 października 2017 r. sygn. akt KIO 2021/17, 2 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2007/17 i 2014/17). Wykonawca swojej szansy na zawarcie z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego może bowiem upatrywać w udziale w kolejnym postępowaniu na dane roboty budowlane, dostawy lub usługi.

Nie podzielono poglądu, że interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia wyczerpuje się w podnoszeniu zarzutów dotyczących losów jego oferty. Dostrzec należy, że niespornie oferta odwołującego jest mniej korzystna, niż pozostałe oferty złożone w postępowaniu, zatem nawet uznanie, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy, nie da odwołującemu możliwości uzyskania zamówienia. Dla zapewnienia sobie szansy na uzyskanie zamówienia odwołujący musi podnieść zarzuty wobec pozostałych ofert w postępowaniu, w szczególności wobec uznanej za najkorzystniejszą oferty przystępującego. Ponadto brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do ograniczenia rozpoznawania odwołania i pominięcia zarzutów skierowanych wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Badanie tej czynności w postępowaniach o niższej wartości przewidywały już przepisy poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych (por. wyroki przez SO w Lublinie z 21 grudnia 2016 r. sygn. akt. IX Ga 502/16 oraz SO w Szczecinie w 22 grudnia 2016 r. sygn. akt II Ca 1461/16), zatem tym bardziej czynność ta podlega badaniu na podstawie przepisów obowiązującej ustawy, która zniosła ograniczenia przedmiotowe w zakresie zaskarżanych czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniach o niższej wartości.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty znalazły potwierdzenie.

Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Izba zważyła, że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie złożył oświadczeń podmiotów, na zasoby których się powołał, o tym, że spełniają one warunki udziału w

postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu. Zamawiający jasno sformułował wezwanie z 4 marca 2021 r. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, zatem odwołujący powinien bez trudu je uzupełnić. Tymczasem odwołujący złożył podpisane przez siebie oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a pominął żądane przez zamawiającego oświadczenia podmiotów trzecich o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i nie podleganiu wykluczeniu. Skoro zamawiający nie przygotował wzoru oświadczeń podmiotów trzecich, wykonawca mógł i powinien złożyć oświadczenia o treści samodzielnie przygotowanej przez podmioty udostępniające mu swe zasoby, uwzględniając treść wezwania zamawiającego oraz obowiązujące przepisy prawa. Od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wymaga się bowiem należytej staranności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 Pzp). Obejmuje ona znajomość obowiązujących przepisów prawa oraz wynikających z niego konsekwencji (wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: IV CK 100/05, I CK 625/03, III CRN 77/93).

Okoliczności dotyczące spełniania przez odwołującego wymagań zamawiającego dotyczących warunków udziału w postępowaniu przez powołanie się na doświadczenie podmiotów udostępniających odwołującemu swe zasoby nie mogą już być wykazane przez odwołującego w badanym postępowaniu. Zamawiający nie może skierować do odwołującego ponownego wezwania o złożenie brakujących oświadczeń. Wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o którym mowa w art. 128 ust. 1 Pzp stanowi wyjątek od obowiązku złożenia przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów wymaganych na danym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że nie może być ponawiane bez obrazy zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący byłby bowiem traktowany lepiej niż wykonawcy, którzy złożyli wymagane dokumenty lub prawidłowo je uzupełnili na wezwanie zamawiającego. Nie jest też możliwe zastępowanie oświadczeń wymaganych przepisami ustawy dowodami osobowymi - z zeznań świadków lub przesłuchania strony - gdyż temu, oprócz zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, sprzeciwiają się również zasady przejrzystości i pisemności. Uwzględnienie takich dowodów na rozprawie jest niedopuszczalne, gdyż przedmiotem postępowania odwoławczego jest ocena czynności zamawiającego pod kątem zgodności z przepisami ustawy. Okoliczności dotyczące wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz udzielonej przez niego odpowiedzi zostały ponadto wykazane za pomocą pism znajdujących się w dokumentacji postępowania. W konsekwencji Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez odwołującego dowodów z zeznań świadków oraz przesłuchania strony (art. 541 Pzp).

Oświadczenia wymagane przez przepisy prawa dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazane przez zamawiającego w SIWZ nie mogą być uznane za inny środek dowodowy, gdyż zgodnie z w art. 226 pkt 1 lit. c Pzp są one środkiem dowodowym o charakterze podmiotowym potwierdzającym zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia. Izba nie dopatrzyła się również możliwości, by skutek złożenia brakujących oświadczeń uzyskać w drodze wykładni

oświadczeń, które odwołujący złożył zamawiającemu.

Izba nie podzieliła natomiast poglądu zamawiającego, że odwołujący nie wykazał dysponowania udostępnionymi mu zasobami. Oświadczenia złożone w odpowiedzi na wezwanie, w ramach których podmioty udostępniają odwołującemu wiedzę i doświadczenie w wymienionym zakresie, Izba uznała w okolicznościach postępowania - wobec braku dowodów na twierdzenie przeciwne - za wystarczające.

Przy ocenie czynności odrzucenia oferty odwołującego Izba pominęła dodatkową argumentację zawartą w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie oraz w piśmie procesowym przystępującego, w tym dotyczącą formy uzupełnienia oświadczeń oraz braku możliwości udostępnienia zasobów przez wspólników spółki cywilnej. Kwestie te nie były wskazane w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, w konsekwencji zarzuty takie nie zostały podniesione w odwołaniu. Badanie tych okoliczności jest zatem niedopuszczalne w świetle art. 555 Pzp, gdyż nastąpiłoby z przekroczeniem granic zarzutów odwołania ustalonych przez powołane w nim okoliczności faktyczne i prawnej. Izba rozpoznała odwołanie ściśle w granicach podniesionych w nim zarzutów, które odnosiły się do uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego podanego w informacji z 9 marca 2021 r. i pominęła argumentację zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie przekraczającą ramy tej informacji oraz oświadczenia składane z

przekroczeniem tych granic na rozprawie.

Zgodnie z art. 555 nPzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Dostrzec trzeba, że przywołany przepis realizuje podstawowe zasady procedury odwoławczej: równości stron oraz kontradyktoryjności. Ponieważ stosownie do art. 513 pkt 1 i 2 nPzp przedmiotem odwołania może być wyłącznie czynność zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie przez zamawiającego czynności, do której jest zobowiązany przez przepisy ustawy, przedmiotem rozstrzygnięcia Izby może być wyłącznie ta czynność lub zaniechanie z uwzględnieniem okoliczności faktycznych i prawnych istniejących w dacie czynności lub zaniechania. O treści zarzutu odwołania decydują bowiem wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne i prawne, a te z kolei mają swe źródło w uzasadnieniu kwestionowanej czynności. Czynność odrzucenia oferty odwołującego została dokonana przez zamawiającego z uwagi na okoliczności wskazane w uzasadnieniu i spór powinien być prowadzony w ich granicach, w przeciwnym razie zakres sporu byłby definiowany na etapie rozprawy, co uniemożliwiłoby rzetelne przygotowanie się stron i uczestnika.

Izba uznała, że odrzucając ofertę odwołującego zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

Badając zarzuty odwołania podniesione wobec dwóch pozostałych ofert, w szczególności wobec oferty uznanej za najkorzystniejszą Izba uznała za potwierdzone zarzuty odwołania oraz stwierdziła w dokumentacji postępowania wady, które uniemożliwiają zgodny z przepisami ustawy wybór najkorzystniejszej oferty i nie mogą już być konwalidowane na tym etapie postępowania.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w ten sposób, że oferty złożone w postępowaniu nie są możliwe do porównania.

Na rozprawie zamawiający potwierdził, że oczekuje od wykonawców zaoferowania serwera. Nie wynika to z dokumentacji postępowania. Zamawiający wskazał w rozdziale VI w pkt 5b załącznika nr 4 do SWZ, że wykonawca powinien ocenić stan infrastruktury zamawiającego, zatem przy wykonaniu umowy niezbędny może być zastaw PC z monitorem oraz serwer, jednak nie wyjaśnił jednoznacznie, czy sam ten sprzęt posiada, ani że oczekuje jego zaoferowania od wykonawców. Jest to szczególnie widoczne w odniesieniu do zestawu PC i monitora, o które zamawiający został zapytany, lecz nie udzielił odpowiedzi. Wskazanie przez zamawiającego, że oczekuje wyspecyfikowania oferowanego sprzętu w Formularzu oferty nie stanowi, ani potwierdzenia, ani zaprzeczenia temu wymaganiu, ani tym bardziej stwierdzenia, że zamawiający uzależnia to od rozwiązania oferowanego przez wykonawcę. Odpowiedzią tą zamawiający powiększył brak jednoznaczności i zrozumiałości opisu przedmiotu zamówienia. Nie przekonuje argumentacja przedstawiona na rozprawie o możliwości zaspokojenia potrzeb zamawiającego przez różne nie wskazane precyzyjnie rozwiązania techniczne różniące się wykorzystaniem sprzętu. Nie można pominąć, że skutkiem dokonanego przez siebie opisu przedmiotu zamówienia i braku realnych wyjaśnień w odpowiedzi na pytanie 24 zamawiający otrzymał oferty, w których z jednej strony, jak w ofercie odwołującego, został precyzyjnie wyspecyfikowany oferowany sprzęt, którego niezbędności do prawidłowego wykonania umowy zamawiający nie zaprzeczył, z drugiej oferty przystępującego oraz Testo Sp. z o.o., która nie zawierały sprzętu PC i monitora, ani serwera. Skoro, jak stwierdził sam zamawiający, posiadane przez niego serwery nie pozwalają na archiwizację danych z powodu braku miejsca, wykonawcy, którzy nie ocenili tych potrzeb zamawiającego zgodnie z wymaganiami wskazanymi w rozdziale VI w pkt 5b załącznika nr 4 do SWZ i złożyli oferty niezgodne z tymi wymaganiami.

Różny zakres oferowanego świadczenia spowodował różnicę w cenach ofert.

Przystępujący w swej ofercie złożył oświadczenie, z którego - w ocenie Izby - wprost wynika, że to zamawiający powinien posiadać serwer o wskazanych parametrach. Wyjaśnienia, które zamawiający w tym zakresie uzyskał od odwołującego, doprowadziły do zmiany treści oferty po jej złożeniu. Z wyjaśnień złożonych przez przystępującego wynika bowiem, że nie uwzględnił serwera w ofercie, a do jego dostarczenia zobowiązał się w odpowiedzi na wezwie do wyjaśnień. Izba nie dopatrzyła się podstaw do uznania tych wyjaśnień. Zmiana treści oferty przystępującego nie mieści się w granicach wyznaczonych przez art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż przepis ten pozwala na poprawienie wyłącznie pomyłek. Tymczasem, jak wynika z treści wyjaśnień, brak uwzględnienia serwera w ofercie, stanowi efekt świadomego działania, nie zaś pomyłki przystępującego.

Nieusuwalna wada tkwiąca w badanym postępowaniu uwidoczniła się również przy badaniu czynności oceny ofert w kryteriach pozacenowych. W postanowieniach SWZ zamawiający przewidział możliwość wyboru długości okresu gwarancji na system w przypadku kalibracji posiadanych już czujników, wskazał bowiem okres 24 i 36 miesięcy, do wyboru wykonawcy. W odniesieniu do długości okresu gwarancji, którego zaoferowanie umożliwiało uzyskania dodatkowych 20 punktów zamawiający w SWZ przewidział prawidłowo jedynie maksymalny okres 36 miesięcy. Tymczasem w Formularzu oferty w pkt 5.2. zamawiający wskazał wyłącznie okres 24 miesięcy na gwarancję na system ze skalibrowanymi czujnikami i wybór tego okresu w pkt 5.3.

Spowodowało to nie tylko wewnętrzną sprzeczność w dokumentacji postępowania, ale również sytuację, w której wykonawcy albo nie mogą uzyskać dodatkowych 20 punktów, albo składają ofertę z wzajemnie wykluczającymi się oświadczeniami dotyczącymi długości okresu gwarancji. Odwołujący złożył ofertę jednoznaczną co do długości okresu gwarancji, wskazując w obu przypadkach okres 24 miesięczny, natomiast przystępujący zaoferował okres 24 miesięcy, zgodnie z brzmieniem formularza, w związku z kalibracją systemu, natomiast otrzymał dodatkowe 20 punktów, gdyż złożył oświadczenie, że długość gwarancji na system wynosi 36 miesięcy. Spowodowało to wewnętrzną sprzeczność w ofercie przystępującego, która nie jest możliwa do poprawienia. Dotyczy bowiem ona istotnego kryterium oceny ofert i jak wynika ze stanowiska przystępującego również stanowi efekt jego świadomego działania.

Naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy miały wpływ na wynik postępowania, zatem odwołanie podlega uwzględnieniu. Przy formułowaniu sentencji Izba uwzględniła, że z mocy art. 555 Pzp jest związana wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania (arg. a contrario). Umożliwia to ujęcie w orzeczeniu nakazu skierowanego do zamawiającego polegającego na dokonaniu, powtórzeniu lub unieważnieniu czynności w postępowaniu umożliwiającego prawidłowy przebieg postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy. Izba zważyła jednak, że w badanym postępowaniu nie jest to możliwe. Odrzucenie oferty odwołującego odpowiada prawu, a skutkiem wad tkwiących w postępowaniu zamawiający nie dysponuje ofertami spełniającymi jego wymagania. Nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy w warunkach przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Wady te nie są możliwe do poprawy po upływie terminu składania ofert. W konsekwencji Izba uznała, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i powinno zostać unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

Dostrzeżono, że według poglądu wypracowanego w orzecznictwie wydanym na podstawie poprzedniego stanu prawnego prawidłowe unieważnienie postępowania z powodu obarczenia go nieusuwalną wadą na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp musiało pozostawać w związku z przesłankami unieważnienia umowy stanowił art. 146 dawnego Pzp. De lege lata w sprawie zastosowanie znajdzie art. 457 ust. 1 pkt 1 in initio Pzp, zawarcie umowy z przystępującym stanowiłoby bowiem udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 nPzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był zamawiający. Izba nie uwzględniła kwoty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, gdyż faktura została złożona po zamknięciu rozprawy przy piśmie procesowym.

Przewodnicząca: .....