

WYROK

z dnia 17 sierpnia 2022r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2022r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2022 r. przez Odwołującego - wykonawcę Metalzbyt-Hurt Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Szkołę Podstawową nr 5 im. Fryderyka Chopina, ul. Gdańska 30, 84-200 Wejherowo

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Metalzbyt-Hurt Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - na rzecz Odwołującego kwotę 11438 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez Odwołującego na wynagrodzenie pełnomocnika wpisu od odwołania oraz dojazd na rozprawę.

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 2021 r., poz. 1129 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.

Przewodniczący: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Szkoła Podstawowa nr 5 im. Fryderyka Chopina w Wejherowie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz.1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie podstawowym na udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa sprzętu i artykułów edukacyjnych wraz z jego montażem i uruchomienie dla potrzeb Zamawiającego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 lipca 2022r. pod numerem 2022/BZP 00248259/01.

W dniu 3 sierpnia 2022r. - wykonawca Metalzbyt- Hurt sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz nierówne traktowanie wykonawców, a to poprzez nieuzasadniony wybór oferty Digitaled sp. z o.o. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim (dalej: „Digitaled”) jako najkorzystniejszej, nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego, a w ślad za tym zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

2. art. 18 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia Odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu postawionego przez Zamawiającego zarzutu niezgodności oferty Odwołującego z przepisami Pzp oraz wobec postawionego przez Zamawiającego zarzutu niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w postępowaniu;

3. art. 17 ust. 2 Pzp poprzez udzielenie zamówienia Digitaled, wybranej niezgodnie z przepisami Pzp, w sytuacji gdy oferta Odwołującego jest zgodna z przepisami Pzp, a treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia w postępowaniu, a co za tym idzie oferta Odwołującego, jako niepodlegająca odrzuceniu, jest korzystniejsza od oferty Digitaled;

4. art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia innych dokumentów składanych w postępowaniu w postaci zaparafowanego przez Odwołującego wzoru umowy;

5. art. 226 ust. 1 pkt 3) Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w postępowaniu w sytuacji gdy oferta Odwołującego jest zgodna z przepisami Pzp;

6. art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w postępowaniu w sytuacji gdy treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia;

7. art. 239 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

8. art. 253 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia Odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu postawionego przez Zamawiającego zarzutu niezgodności z przepisami Pzp oraz postawionego zarzutu niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w postępowaniu.

W związku z powyższymi naruszeniami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

1. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. Unieważnienie czynności wyboru oferty Digitaled jako najkorzystniejszej;
3. Ponowne przeprowadzenie badania i oceny oferty Odwołującego;
4. Wezwanie Odwołującego do uzupełnienia zaparafowanego wzoru umowy;

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3) Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest ona niezgodna z przepisami ustawy. Tymczasem Zamawiający nie wykazał na czym miała polegać niezgodność oferty Odwołującego z przepisami ustawy. Według Odwołującego nie można uznać jego oferty za niezgodną z przepisami Pzp w sytuacji gdy Odwołujący nie przedłożył wraz z ofertą

parafowanego wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ. Podkreślił, że z żadnych bowiem przepisów Pzp, jak również z żadnych przepisów Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej: „Rozporządzenie”), nie wynika obowiązek przedłożenia przez danego wykonawcę zaparafowanego wzoru umowy, o którym mowa w dyspozycji art. 281 ust. 1 pkt 7) Pzp, albowiem w przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 1 i 2 Pzp, specyfikacja warunków zamówienia, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie podstawowym, zawiera m.in. projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy. Odwołujący podkreślił, że jakiegokolwiek okoliczności związane z przedłożeniem przez niego zaparafowanego wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, nie rozstrzygają o zgodności jego oferty Odwołującego z przepisami Pzp. Dlatego też nieprzedłożenie przez niego tego zaparafowanego wzoru umowy nie może stanowić o niezgodności oferty Odwołującego z przepisami Ustawy.

Ponadto Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wyjaśnił, że jak wynika z postanowień Rozdziału III ust. 4 SWZ wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie na zasadach i warunkach opisanych w projektowanym wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ (zwanym dalej: Wzorem Umowy). Z kolei z postanowień Rozdziału XIV ust. 7 pkt h) SWZ wynika, że oferta składa się m.in. z parafowanego Wzoru Umowy. Z żadnych postanowień SWZ nie wynika jednak aby parafowany Wzór Umowy miał stanowić integralną część treści oferty rozumianej sensu stricto. Co więcej nawet jeśli takie postanowienia znalazłyby się w postanowieniach SWZ wówczas i tak byłyby bezskuteczne, albowiem parafowanie wzoru umowy, w świetle przepisów Pzp nie stanowi oświadczenia woli w zakresie akceptacji treści umowy. Również przepisy Rozporządzenia nie przewiduje możliwości żądania od wykonawcy przedłożenia wraz z ofertą zaparafowanego wzoru umowy. Niezależnie od powyższego Rozdział XIX ust. 4 stanowi, że wykonawca ma obowiązek zawrzeć umowę w prawie zamówienia na warunkach określonych we Wzorze Umowy, a sama umowa zostanie uzupełniona o zapisy wynikające ze złożonej oferty. Tym samym żądanie przez Zamawiającego przedłożenia wraz z ofertą, a dokładniej wraz z formularzem ofertowym, parafowanego Wzoru Umowy stanowi jedynie wymóg formalny, a więc odnosi się do oferty rozumianej sensu largo, czyli oferty rozumianej jako pakiet dokumentów przedkładanych wraz z formularzem ofertowym, który to formularz ofertowy stanowi dopiero ofertę sensu stricto. To właśnie formularz ofertowy, a nie parafowany Wzór Umowy, stanowi oświadczenie woli wykonawcy co do zaoferowania przedmiotu zamówienia wypełniającego wszystkie wymagania zamawiającego opisane w specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący podkreślił również, że w Rozdziale V tiret 4 formularza oferty oświadczył wprost, że zapoznał się z Projektowanymi Postanowieniami Umowy, określonymi w Załączniku nr 4 do SWZ i zobowiązał się w przypadku wyboru jego oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą na warunkach w nich określonych. Tymczasem parafowanie wzoru umowy, stanowiącej integralną część treści SWZ, nie stanowi oświadczenia woli w zakresie akceptacji treści umowy.

Skoro więc brak zaparafowania określonych dokumentów składanych wraz z formularzem ofertowym, jak również brak zaparafowania stron samego formularza ofertowego, zgodnie z utrwaloną już linią orzeczniczą, stanowi uchybienie jedynie co do formy wymaganych dokumentów, to nie może stanowić o niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w postępowaniu.

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp wskazał, że jego zdaniem parafowany Wzór Umowy stanowił inny dokument składany w postępowaniu w rozumieniu ww. przepisu. Tym samym Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia parafowanego Wzoru Umowy czego jednak Zamawiający zaniechał, a tym samym naruszył dyspozycję art. 128 ust. 1 Pzp.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechania przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego przyczyn odrzucenia jego oferty, Odwołujący wskazał, że

Zamawiający, w piśmie z dnia 29 lipca 2022 r., stanowiącym zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, powiadomił go o odrzuceniu jego oferty, jednakże treść tego zawiadomienia sprowadziła się do następującego stwierdzenia: „brak parafowanego wzoru umowy (art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy PZP)”. Dlatego też Zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji 253 ust. 1 pkt 2) Pzp, jak również szerzej naruszenia dyspozycji art. 18 ust. 2 Pzp.

W związku z powyższym stwierdził, że odrzucenie jego oferty było bezpodstawne. Na skutek powyższego Zamawiający dokonał też w sposób nieuzasadniony wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez DigitaLED. W sytuacji gdy oferty pozostałych

wykonawców zostały odrzucone w ówczas to oferta Odwołującego winna była zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym Zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 16 Pzp, art. 17 ust. 2 Pzp oraz art. 239 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości, jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane w pismach oraz ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

#### Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba ustaliła:

Zamawiający w rozdziale XIV pkt 7 lit. h) SWZ ustalił, że oferta składa się z parafowanego wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ.

Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na „brak parafowanego wzoru umowy (art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp)”.

Izba zważyła:

Nie jest sporne w niniejszym postępowaniu, że Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą parafowanego wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ. Nie jest też sporna okoliczność, że Odwołujący powyższego dokumentu wraz z ofertą nie przedłożył. Rozstrzygnięcia Izby wymagało więc, czy powyższy brak stanowił po pierwsze, że oferta Odwołującego była niezgodna z ustawą oraz, czy była ona niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Podkreślić należy, że odrzucenie oferty na podstawie jej niezgodności z ustawą następuje w przypadku niezgodności oferty z wymaganiami określonymi w przepisach Pzp. Izba oceniając natomiast czynność Zamawiającego stwierdziła, że nie wskazał on w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego z jakim przepisem ustawy Pzp oferta jest niezgodna. Powyższe potwierdza po pierwsze zasadność zarzutu dotyczącego naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2) Pzp. Po drugie, zgodzić się należało z Odwołującym, że z żadnych przepisów Pzp, nie wynika obowiązek przedłożenia przez danego wykonawcę zaparafowanego wzoru umowy, o którym mowa w dyspozycji art. 281 ust. 1 pkt 7) Pzp, a Zamawiający nie przedstawił stanowiska przeciwnego, uzasadniającego odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie. W konsekwencji Izba stwierdziła, że brak złożenia wraz z ofertą parafowanego wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, nie może stanowić, że jego jest niezgodna z przepisami Pzp. W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Izba za zasadny uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Wskazać należy, że zgodnie z powyższym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W orzecznictwie przez

pojęcie „treść oferty” należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia. „Treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i którego przyjęcia oczekuje.

W konsekwencji wskazać należy, że przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wskazuje na obowiązek, po stronie Zamawiającego, odrzucenia oferty w przypadku stwierdzenia jej niezgodności merytorycznej z treścią SWZ. W oparciu o ten przepis Zamawiający nie może odrzucić oferty, jeżeli oferta wykonawcy zawiera określone sprzeczności z SWZ, ale o charakterze formalnym. Przepis ten odnosi się bowiem do treści oferty, a więc do oświadczenia woli wykonawcy, które jest sprzeczne z treścią SWZ. Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego w oparciu o wskazaną podstawę prawną, powołał się okoliczność braku parafowania wzoru umowy, a więc części dokumentacji postępowania, tj. załącznika nr 4 do SWZ. W dokumencie tym brak jest jakichkolwiek, a przynajmniej Zamawiający na takie nie wskazał, postanowień określających merytoryczne wymogi odnoszące się do sposobu spełnienia świadczenia objętego przedmiotem zamówienia, co do których wykonawca miałby w treści oferty określić w szczególności sposób swoje oświadczenie woli co do sposobu realizacji zamówienia, jego zakresu czy terminu.

W ocenie Izby postanowienie zawarte w Rozdziale XIV pkt 7 lit. h) SWZ określają jedynie wymogi formalne dotyczące złożenia oferty, których niespełnienie nie może w żadnej mierze świadczyć o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SWZ. Z tych też względów w ocenie Izby, złożenie przez wykonawców w postępowaniu parafowanego projektu umowy, przygotowanego przez Zamawiającego i stanowiącego część SWZ, należy traktować jedynie jako wymóg formalny, a nie odnoszący się do treści oferty. Niespełnienie tego wymogu zdaniem Izby nie może być oceniane w kategoriach art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp ani też art. 226 ust. 1 pkt 3.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu dotyczącego naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp Izba uznała, zarzut za zasadny. Wskazać należy, że zgodnie z tym przepisem jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zauważyć należy, że ustawodawca nie precyzuje przy tym, jakie dokumenty lub oświadczenia mogą być składane, poprawiane, uzupełniane lub wyjaśniane na podstawie tego przepisu. Zakresem dyspozycji tego przepisu nie są jednak objęte oświadczenia lub dokumenty, których złożenie, poprawienie, uzupełnienie lub wyjaśnienie jest niedopuszczalne w świetle przepisów Pzp albo jeśli przepisy te określają konsekwencje ich niezłożenia, złożenia niekompletnego lub z błędami. Izba stwierdziła natomiast, że skoro potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność pod względem formy, a nie zgodności pod względem merytorycznym z treścią SWZ, to Zamawiający zobligowany był do wezwania Odwołującego do uzupełnienia parafowanego wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, bowiem nie był to dokument, którego złożenie wpływałoby na zmianę treści oferty Odwołującego.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....

