Sygn. akt: KIO 1076/23

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2023 r. przez odwołującego J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PB Tenders J. P.

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Nadwiślański Oddział Straży Granicznej

przy udziale wykonawcy L. Sp. z o.o. z siedzibą w Solcu Kujawskim - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PB Tenders J. P. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez J. P.

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PB Tenders J. P. tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PB Tenders J. P. na rzecz Nadwiślańskiego Oddziału Straży Granicznej kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złoty zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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

Nadwiślański Oddział Straży Granicznej, dalej: „Zamawiający” prowadzi

postępowanie

na dostawę wyposażenia budynku administracyjnego i mieszkalnego dla zadnia pn. Budowa Strzeżonego Ośrodka dla Cudzoziemców o profilu rodzinnym w Lesznowoli, numer referencyjny: 4/FI/AG/23, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego ukazało się w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 031-091211.

W dniu 6 kwietnia 2023 r. Zamawiający odrzucił wszystkie oferty, które wpłynęły w postępowaniu i unieważnił postępowanie.

Od czynności Zamawiającego z dnia 06.04.2023 r. polegającej na:

1. unieważnieniu postępowania w części I, na podstawie art. 255 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp” oraz

2. odrzuceniu oferty Odwołującego w części I

odwołanie w dniu 17 kwietnia 2023 r. wniósł wykonawca J. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PB Tenders J. P., dalej: „Odwołujący” i zarzucił Zamawiającemu: 1. wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy

Pzp pomimo tego, iż Odwołujący zaoferował przedmiot umowy o parametrach zgodnych z SWZ;

2. zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia oferty na podstawie art. 223 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części I,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. nakazanie przeprowadzenia ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Uzasadniając pierwszy z zarzutów Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z uzasadnieniem faktycznym odrzucenia jego oferty, jakoby oferowany przedmiot zamówienia nie spełniał wymogów postawionych przez Zamawiającego w odniesieniu do: poz. 12 – Kosz na ręczniki papierowe z możliwością mocowania do ściany. Zaoferowano kosz wolnostojący oraz poz. 61 - Wózek serwisowy + mop. Zaoferowano wózek bez mopa.

Przywołana podstawa prawna odrzucenia oferty Odwołującego – art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp przesądza o tym, że Zamawiający może odrzucić oferty tylko wówczas, gdy treść oferty (rozumiana jako zawartość merytoryczna oferty) jest
3

niezgodna

z warunkami zamówienia (rozumianymi jako opis przedmiotu zamówienia, wymagania związane z realizacją zamówienia). Innymi słowy: niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje Zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia. Odwołujący przywołał Komentarz do art. 226 ust. pkt. 5 pod red. Jaworska 2022, wyd. 4/M. Jaworska.

Stwierdzona niezgodność musi mieć charakter jednoznaczny. Innymi słowy chodzi o to, by można było bez wątpliwości wskazać, które elementy oferty wykonawcy niezgodne są z ustalonymi przez Zamawiającego, niebudzącymi wątpliwości, określonymi w sposób wyraźny i jasny warunkami zamówienia (wyrok KIO z 13.05.2022 r. KIO 1087/22).

W załączniku nr 1 do SWZ - opis przedmiotu zamówienia pkt. 12 i pkt. 61 Zamawiający wymagał w poz.12 Kosz na ręczniki papierowe. Kosz na odpady 40-47 litrów. Materiał wykonania: Tworzywo ABS od góry zakładana pokrywa z otworem umożliwiająca zamocowanie worka. Głębokość: 26-29 cm. Szerokość: 40-43 cm. Wysokość: 55- 57 cm. Kolor: Biały Łatwa do czyszczenia gładka, obudowa. Możliwość mocowania do ściany.

W poz. 61 Wózek serwisowy + mop, przeznaczony do profesjonalnego sprzątania na mokro i zbiórki odpadów. W jego skład: wchodzi: Wózek na czterech zwrotnych podgumowanych kółkach z odbojnikami zabezpieczającymi o średnicy min 7 mm. Zbudowany na stelażu chromowanym, wyposażony w dwa wiadra o pojemności 15-20 litrów, prasa do wyciskania mopa płaskiego, a także w dwa wiaderka o pojemności

4-6 litrów w kolorach niebieski/czerwony; min. 2 kuwety, oraz stelaż na worek na śmieci o pojemności 120 litrów ze spinkami. Wymiary max. 785 x 680 x 1230 mm. Pasujący mop na kiju płaski. Odwołujący zamieścił w odwołaniu rysunki przedmiotów obok opisów, jak w załączniku nr 1 do SWZ – opis przedmiotu zamówienia pkt. 12 i pkt. 61.

W rozdziale XIV ust. 1 pkt. 6 SWZ Przedmiotowe środki dowodowe Zamawiający przewidział, że w celu potwierdzenia zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami wskazanymi w OPZ żąda złożenia wraz z ofertą wykazu oferowanego przedmiotu zamówienia, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ.

Zamawiający nie przewidywał wezwania Wykonawcy, na podstawie art. 107 ust.

2 ustawy Pzp, do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego po upływie terminu składania ofert.

W jednej z kolumn załącznika nr 3 należało podać nazwę producenta i model oferowanego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zaoferował w załączniku nr 3 kosz na ręczniki papierowe K. C. Professional Aquarius 6993 oraz wózek serwisowy + mop Splast Roll Mop Ser-0006 + kuwe 0002.

W odniesieniu do poz. 12 – koszt na ręczniki papierowe Odwołujący wskazał, że zaoferował kosz wolnostojący wraz z możliwością mocowania do ściany. Oznacza to, iż istnieje taka możliwość, jednak nie jest ona konieczna.

Mocowanie kosza odbywało się za pomocą przytwierdzonego do ściany elementu z tworzywa, na który zawieszany jest kosz. Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, iż Zamawiający nie wskazał w OPZ, iż kosz ma być na stałe zamontowany do ściany, a jedynie wymagał, aby taka możliwość istniała. Odwołujący wskazał w odwołaniu, iż uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego było lakoniczne i ograniczało się do stwierdzenia, że zaoferowano kosz jest wolnostojący. Rysunki kosza wskazane przez Zamawiającego w OPZ również wskazywały na kosz wolnostojący. Zamawiający nie wskazał wprost, czy podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest brak możliwości mocowania kosza do ściany. Jeśli to była rzeczywista przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego, to, w ocenie Odwołującego, nawet nie wiadomo, na jakich materiałach źródłowych Zamawiający oparł swoją decyzję. Zamawiający winien przed odrzuceniem oferty umożliwić

Wykonawcy złożenie odpowiednich wyjaśnień co do możliwości mocowania kosza do ściany. Zamawiający winien wyczerpująco przytoczyć uzasadnienie

faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący załączył zdjęcie ze strony internetowej dystrybutora – obrazujące naścienny sposób montażu kosza.

Odnośnie wózka serwisowego z mopem Odwołujący wskazał, że Zamawiający oczekiwał podania w załączniku nr 3 w jednej kolumnie nazwy przedmiotu zamówienia i w drugiej kolumnie producenta i modelu oferowanego sprzętu bez opisu poszczególnych komponentów.

Odwołujący podał w poz. 61 załącznika nr 3 do SWZ, iż oferuje wózek serwisowy + mop, określił producenta i model wózka z mopem – Splast Roll Mop Ser-0006 + kuwe 0002 spełniający wymagania Zamawiającego wskazane w OPZ.

Odwołujący zaznaczył, iż produkt Roll Mop Ser-0006 jest sam w sobie produktem złożonym z komponentów takich jak m.in. konstrukcja, ramy, ramki itp. Przedmiotowy zestaw mógł zostać sprzedany i zakupiony np. bez wiadra jak również z dodatkowym wiadrem.

Odwołujący na etapie składania ofert pozyskał ofertę na w/w wyrób od dystrybutora w zakresie dostaw wyposażenia. Poprosił go również o uszczegółowienie wyposażenia wchodzącego w zakres zaoferowanego wózka serwisowego + mop. Uzyskał informację,

że dystrybutor oferuje ten produkt z mopem w zestawie. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył kopię korespondencji z dystrybutorem, która stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego było lakoniczne. Nie wiadomo, na podstawie jakich materiałów źródłowych Zamawiający doszedł do wniosku, iż oferowany wózek serwisowy nie ma mopa. Zamawiający winien przed odrzuceniem oferty umożliwić Wykonawcy złożenie odpowiednich wyjaśnień co do zawartości wózka, tym bardziej, iż Odwołujący zawarł informacje w załączniku nr 3, iż oferuje wózek serwisowy z mopem. Odwołujący wskazał, iż szczególnie przy możliwości zakupu wózka w różnych wariantach informacje na stronach internetowych mogą być niewyczerpujące a podstawą złożenia oferty są uprzednie ustalenia z dystrybutorem/producentem wózka.

Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty 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 związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, z uwzględnieniem okoliczności podniesionych dopiero w postępowaniu odwoławczym (wyrok KIO 1423/22 z 17.06.2022 r.).

Odwołujący przywołał wyrok KIO 2922/22 z 25 listopada 2022 r., w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: „Przywołując dyspozycję art. 223 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zamawiający dokonując badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Powyższa dyspozycja prawna jednak nie oznacza, że zamawiający jest jedynym i ostatecznym autorytatywnym decydentem do skorzystania bądź nie skorzystania z przysługującego jemu prawa wyjaśnień treści oferty. Na obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy do wyjaśnień co do treści złożonej oferty wskazują dalsze regulacje tego artykułu (223), a wynikające z pkt 3) ust. 2 art. 223 Prawa zamówień publicznych, który reguluje wprost obowiązek zamawiającego. Czyli prawo zamawiającego, o którym mowa w ust. 1 art. 223 należy łączyć z obowiązkiem zamawiającego".

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, z uwagi na art. 223 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych (poprzednio art. 87 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy). Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji - złożenia oferty zgodnej ze specyfikacją – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia woli wykonawcy w sposób nienaruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne – w postaci instytucji wyjaśnień treści oferty, a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści specyfikacji – instytucja poprawiania tzw. innych omyłek, a ponadto obliguje zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została wyłączona bowiem ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia. W realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, a w konsekwencji odrzucenia oferty (wyrok KIO 3722/21 z 10.01.2022 r.).

Odwołujący podkreślił, iż wobec zaniechania wyjaśnienia oferty Odwołującego Zamawiający przedwcześnie zdecydował

się na odrzucenie oferty Odwołującego, nie ustając faktycznie treści zobowiązania Odwołującego zawartego w ofercie Zatem Zamawiający nie mógł definitywnie stwierdzić, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Lakoniczność przyczyny odrzucenia potwierdza, iż Zamawiający nie przeprowadził dokładnej analizy w tym zakresie.

W dniu 26 kwietnia 2023 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że zarzuty podniesione przez Odwołującego to zarzuty chybione, nie znajdujące ani uzasadnienia faktycznego ani prawnego. Zamawiający nie naruszył żadnego z przywołanych przez Odwołującego przepisów. Odwołujący bezzasadnie zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz bezzasadnie zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający w wyniku przeprowadzonej oceny złożonej oferty stwierdził, że ww. oferta nie spełnia wymagań opisanych przez Zamawiającego w SWZ (OPZ poz. 12 i poz. 61). Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ – OPZ, Zamawiający wymagał odpowiednio: poz. 12 Kosz na ręczniki papierowe: Kosz na odpady 40-47 litrów, Materiał wykonania: Tworzywo ABS, od góry zakładana pokrywa z otworem umożliwiająca zamocowanie worka, Głębokość: 26-29 cm, Szerokość: 40-43 cm, Wysokość: 55-57 cm, Kolor: Biały, Łatwa do czyszczenia gładka obudowa, Możliwość mocowania do ściany. Poz. 61 Wózek serwisowy + mop przeznaczony do profesjonalnego sprzątania na mokro i zbiórki odpadów. W jego skład: wchodzi: Wózek na czterech zwrotnych podgumowanych kółkach z odbojnikami zabezpieczającymi o średnicy min 7 mm. Zbudowany na stelażu 3 chromowanym. Wyposażony w dwa wiadra o pojemności 15-20 litrów, prasa do wyciskania mopa płaskiego, a także w dwa wiaderka o pojemności 4-6 litrów w kolorach niebieski/czerwony; min. 2 kuwety, oraz stelaż na worek na śmieci o pojemności 120 litrów ze spinkami. Wymiary max. 785 x 680 x 1230 mm. Pasujący Mop na kiju płaski. Zgodnie z rozdziałem XIV ust. 1 pkt. 6 SWZ, wykonawca, w celu potwierdzenia zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami wskazanymi w OPZ, miał złożyć wraz z ofertą następujący przedmiotowy środek dowodowy: wykaz oferowanego przedmiotu zamówienia, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ. Zamawiający nie przewidywał wezwania Wykonawcy, na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy, do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego po upływie terminu składania ofert. Załącznik numer 3 przewidywał wskazanie Nazwy przedmiotu zamówienia, Ilości [szt.], Nazwa producenta i model oferowanego przedmiotu zamówienia w odniesieniu do poz. 12 Kosz na ręczniki papierowy oraz poz. 61 Wózek serwisowy + mop 4. Dodatkowo pod tabelą Zamawiający umieścił informację: „*Należy wskazać model oferowanego urządzenia zgodnie z nomenklaturą używaną przez producenta w oficjalnej dokumentacji pozwalającą na weryfikację jego parametrów technicznych. Jeżeli model posiada wiele wersji, to dodatkowo należy podać dane dodatkowe np. numer katalogowy, itp.” Odwołujący zaoferował odpowiednio: w poz. 12: K. C. Professional Aquarius 6993, w poz. 61: Splast Roll Mop Ser-0006 + kuwe 0002. W toku badania i oceny ofert Zamawiający zapoznał się z kartami produktu oferowanego kosza i wózka i na ich podstawie stwierdził, że oferowany przez Odwołującego kosz i wózek nie spełniają wymagań SWZ, albowiem kosz nie ma

możliwości mocowania do ściany, a wózek nie posiada mopa. Zamawiający zażądał podania nomenklatury używanej przez producenta, aby mógł zweryfikować oferowany przez wykonawców przedmiot zamówienia. Zamawiający miał prawo analizować prawidłowość ofert przez pryzmat powszechnie dostępnych informacji, w tym informacji dostępnych w Internecie. Jest to dopuszczalne, nawet jeśli Zamawiający nie żądał od wykonawców określonych przedmiotowych środków dowodowych. W tym zakresie Zamawiający zwrócił uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14.03.2022 r., sygn. akt KIO 508/22, sygn. akt KIO 572/22, gdzie wskazano, że „Oprócz wynikających z przepisów p.z.p. uprawnień zamawiający ma też pełne prawo do weryfikacji przekazywanych mu przez wykonawców informacji w oparciu o powszechnie dostępne źródła informacji - np. rejestry publiczne czy też skorzystanie z informacji internetowych. Jest to normalną praktyką służącą, choćby w przypadku sprawdzenia, czy wykonawcy nie przedstawili zamawiającemu nieprawdziwych informacji. Ustawodawca nie zabronił zamawiającym korzystania z łatwo dostępnych źródeł informacji".

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ oferowany przedmiot zamówienia nie spełniał wymogów postawionych przez Zamawiającego. Zaoferowany kosz na ręczniki papierowe K. C. Professional Aquarius 6993 był wolnostojący (bez możliwości mocowania do ściany), zaoferowany wózek serwisowy Splast Roll Mop Ser-0006 + kuwe 0002 nie posiadał w komplecie mopa. W związku z tym, że Odwołujący dokładnie wskazał producenta i model oferowanego przedmiotu zamówienia, wskazał konkretny produkt, Zamawiający mógł samodzielnie dokonać weryfikacji zgodności jego parametrów z wymogami określonymi w OPZ. Źródłem weryfikacji były karty katalogowe produktów zamieszczone na internetowej stronie producenta. Zamawiający nie miał wątpliwości, co oferuje Wykonawca, dlatego nie wzywał do wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie art. 223 ustawy Pzp. Jako dowód Zamawiający wskazał kartę produktu kosza na śmieci K. C. Aquarius 6993 oraz kartę produktu wózka serwisowego SER-0006. Zamawiający wskazał, że jeżeli Odwołujący posiadał dodatkowe informacje związane z przedmiotem zamówienia, z jego doposażeniem w dodatkowe części ponad te wynikające z karty produktu, to powinien tę informację zawrzeć w ofercie. Do Odwołującego należało przygotowanie oferty z należytą starannością.

Zamawiający podkreślił, że zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie jest okolicznością, którą można domniemywać na podstawie ogólnego oświadczenia wykonawcy, wówczas, gdy wymagane jest w treści SWZ sprecyzowanie przez wykonawcę szczegółowych wymagań technicznych, podanie parametrów, wskazanie marki oferowanego produktu. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wymaga odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający nie może wzywać do wyjaśnień, w sytuacji gdy z karty produktu jednoznacznie wynika, że produkt, który Odwołujący oferuje nie

spełnia wymagań Zamawiającego. Jego zadaniem jest porównanie oferty i OPZ, a w przypadku, gdy ich treść jest sprzeczna – odrzucenie oferty. Zamawiający wskazał, że nie mógł wezwać Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dodatkowego wyposażenia zaoferowanego sprzętu, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie ewentualnie poprawić treść złożonej oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ wiązałoby się to z istotną zmianą złożonej oferty. Zgodnie z zapisem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między

zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Skierowanie wezwania do wyjaśnienia mogłoby, w ocenie Zamawiającego, spowodować jedynie, że Odwołujący, po terminie składania ofert dostosowałby ofertę do wymogów zamawiającego. W wyniku powyższych działań zostałoby stworzone nowe oświadczenie woli wykonawcy na postawie wymogów zamawiającego, chociaż oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich możliwości. Powyższe działanie byłoby nieuprawnione. Zamawiający wskazał, że wyjaśnieniu mogą podlegać jedynie postanowienia oferty, które zostały zawarte w jej treści. Wyjaśnienia nie mogą więc obejmować takich elementów, które nie zostały wyrażone w ofercie. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 02.02.2018 r., sygn. akt KIO 129/18: „Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oferty, zatem informacji podanych w ofercie, stanowiących jej treść, a nie tych, które w treści oferty nie zostały zawarte. Wyjaśnienie tego co nie zostało zawarte w ofercie, nie stanowiącego zatem treści oferty, byłoby ingerencją w treść złożonej oferty". Ponadto, jak wskazał W. Dzierżanowski [w:] "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", W. Dzierżanowski i in., WKP 2021, "Procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą się więc sprowadzać do wskazania sposobu rozumienia treści zawartej w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać". Tak więc należy wskazać, że w sprawie której dotyczy pytanie, Zamawiający nie mógł skorzystać z instytucji wyjaśnienia treści oferty w celu swoistego jej rozszerzenia o elementy, które nie zostały dotychczas w niej wyrażone, i poznania woli wykonawcy w tym zakresie. Zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 21.03.2023 roku, sygn. akt KIO 621/23: „Procedura udzielenia zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną, a treść złożonych w toku postępowania ofert, co do zasady, jest niezmienna. Jednak Zamawiający, jeśli poweźmie jakiekolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Granicą ich dopuszczalności jest brak możliwości zmiany oferty. Złożenie oferty wiążę się bowiem z określonymi przez Zamawiającego wymaganiami. To tym wymaganiom – wymaganiom Zamawiającego wykonawca zobowiązany jest sprostać. Profesjonalny wykonawca ubiegający się

o zamówienie publiczne zobligowany jest więc do szczegółowego zapoznania się z treścią dokumentacji, tak by składana przez niego oferta i dokumenty w pełni odpowiadały wymogom postawionym przez Zamawiającego w dokumentacji oraz w przepisach prawa."

Bezspornym jest, iż kreowanie treści oferty po jej złożeniu i publicznym otwarciu, pozostawia innych wykonawców w sytuacji uniemożliwiającej równe konkurowanie w postępowaniu i jest niedopuszczalne. Tym samym na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, Zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę Odwołującego jako, że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z orzeczeniem KIO z 16.05.2022 r. sygn. akt KIO1115/22: „To na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania Zamawiającemu, że złożona przez niego oferta jest zgodna z treścią SWZ, a zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada wszystkim wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający nie powinien domyślać się, jakie parametry posiada zaoferowane urządzenie czy też poszukiwać informacji poza treścią oferty. Deklaracja wykonawcy powinna być jednoznaczna i nie budzić wątpliwości Zamawiającego." Stosownie zaś do orzeczenia KIO z dnia 20.12.2022 r., sygn. akt KIO 3555/21: „Oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i – z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek - nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty – działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p."

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, albowiem w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości stwierdził, że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia, albowiem po zidentyfikowaniu oferowanego sprzętu, stwierdził jego niezgodność z SWZ. Wobec konieczności odrzucenia oferty Odwołującego nie nastąpiło też naruszenie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, ponieważ zgodnie z treścią przepisu art. 255 pkt 2 przesłanką obligatoryjnego unieważnienia postępowania jest sytuacja, w której wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

Zgodnie z przepisem art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Oferta jest oświadczeniem woli wykonawcy złożonym w odpowiedzi na ogłoszenie lub zaproszenie do składania ofert. Oferta tworzona jest w oparciu o specyfikację warunków zamówienia redagowaną przez zamawiającego. Treść oferty musi bowiem odpowiadać treści specyfikacji warunków zamówienia. Specyfikacja jest więc najistotniejszą wskazówką zamawiającego przy sporządzaniu oferty. Zamawiający równo traktuje wszystkich wykonawców i postawione

przez Zamawiającego warunki w SWZ dotyczą każdego Wykonawcy, który złożył ofertę i każda oferta pod względem spełniania tych warunków jest tak samo weryfikowana. W świetle powyższego, zarzuty Odwołującego były, w ocenie Zamawiającego, bezzasadne i zasługiwały na oddalenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, który zostanie omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska ww. zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba po oddaleniu opozycji Odwołującego przeciwko przystąpieniu wykonawcy L. Sp. z o.o. z siedzibą w Solcu Kujawskim do postępowania odwoławczego postanowiła dopuścić ww. wykonawcę w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Tronus Polska sp. z o.o. w Warszawie. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło wprawdzie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego pochodzące od ww. wykonawcy, jednakże niespełniające wymagań określonych w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Jak wynikało ze zgłoszenia przystąpienia z dnia 19 kwietnia 2023 r. wykonawca Tronus sp. z o.o. w Warszawie nie wskazał strony, do której przystępuje, a także nie wskazał swego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść jednej ze stron. Wobec niespełnienia ww. wymagań formalnych zgłoszenia przystąpienia Izba postanowiła uznać zgłoszenie przystąpienia Tronus Polska sp. z o.o. za nieskuteczne i nie dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów postępowania: SWZ wraz z załącznikiem nr 1 i nr 3, protokołu postępowania w sprawie 4/FI/AG/23, informacji Zamawiającego z 6 kwietnia 2023 r. o unieważnieniu postępowania o udzielnie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa wyposażenia budynku administracyjnego i mieszkalnego dla zadania pn. Budowa Strzeżonego Ośrodka dla Cudzoziemców o profilu rodzinnym

w Lesznowoli”, a ponadto z treści dokumentów: załączonych przez Odwołującego do odwołania, Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, dokumentów załączonych do pisma Przystępującego z dnia 27 kwietnia 2023 r., a także złożonych przez Odwołującego w toku rozprawy do akt postępowania odwoławczego.

Na podstawie przywołanych dokumentów, biorąc również pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający stwierdził, że sformułowany przez Odwołującego zarzut: wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, pomimo tego, iż Odwołujący zaoferował przedmiot umowy o parametrach zgodnych z SWZ oraz zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnienia oferty na podstawie art. 223 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do pierwszego z przedstawionych powyżej zarzutów, Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający w dokumentach postępowania (w rozdziale XIV ust. 1 pkt 6 SWZ) przewidział, iż wykonawca w celu potwierdzenia zgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami wskazanymi w OPZ powinien złożyć wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy: wykaz oferowanego przedmiotu zamówienia, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ. Wykaz obejmował: Nazwę przedmiotu zamówienia, Ilość sztuk oraz Nazwę producenta i model oferowanego przedmiotu zamówienia. Dodatkowo pod tabelą Zamawiający umieścił oznaczoną gwiazdką dodatkową informację, zgodnie z którą wykonawca powinien wskazać model oferowanego urządzenia zgodnie z nomenklaturą używaną przez producenta w oficjalnej dokumentacji pozwalającą na weryfikację jego parametrów technicznych, jeżeli model posiada wiele wersji, to dodatkowo należy podać dane dodatkowe np. numer katalogowy, itp. W trakcie badania i oceny oferty Odwołującego, Zamawiający użył kart produktów producenta produktów w punkcie 12 kosz na ręczniki papierowe – K. C. Professional Aquarius 6993 oraz w pkt 61 wózek serwisowy + mop – Splast Roll Mop Ser-006+kuwe0002. Zamawiający stwierdził, że przedmioty zaoferowane przez Odwołującego nie spełniają wymagań określonych w SWZ, ponieważ oferowany kosz nie miał możliwości mocowania do ściany, a wózek nie posiadał mopa.

Izba podkreśla, iż Zamawiający w SWZ doprecyzował, ze wymaga wskazania modelu oferowanego urządzenia zgodnie z nomenklaturą używaną przez producenta w oficjalnej dokumentacji, która pozwoli na weryfikację jego parametrów technicznych. Izba wskazuje, że karta produktu należy uznać za oficjalną dokumentację produktu. Bez znaczenia pozostaje miejsce, gdzie dokumentacja została zamieszczona, jeśli nie budzi wątpliwości fakt, że pochodzi ona od producenta. Tak więc, aby zweryfikować oferowany

przez wykonawców przedmiot zamówienia Zamawiający mógł odnieść dane z oferty do powszechnie dostępnych informacji w internecie.

Ponadto Izba podkreśla, że Odwołujący w odniesieniu do kart produktów wskazywał, że na podstawie innych źródeł informacji o produkcie, np. od dystrybutora, można uzyskać również informacje o dodatkowym wyposażeniu oferowanych przedmiotów.

W ocenie Izby niezasadne są zarzuty Odwołującego dotyczące braku zgodności w załączniku nr 1 do SWZ – opis przedmiotu zamówienia pkt 12 i pkt 61, rysunków z opisem wymagań sformułowanych przez Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił podczas rozprawy, że rysunki wymaganych przez Zamawiającego przedmiotów są poglądowe, natomiast wymagania dotyczące produktów zawierał szczegółowy opis zamieszczony obok rysunki.

Ponadto Izba stwierdziła, że zarzuty dotyczące braku wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie są zasadne. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego choć rzeczywiście bardzo lakonicznym, Zamawiający wprost wskazał, co stanowiło przyczynę odrzucenia oferty. W przypadku kosza na ręczniki papierowe było to niespełnienie wymagań SWZ, zaoferowano kosz wolnostojący, a wymagany był kosz z możliwością mocowania go do ściany, natomiast w przypadku wózka serwisowego niezgodność oferty z SWZ polegała na braku mopa. Zamawiający wskazał w informacji dodatkowej zamieszczonej przez Zamawiającego pod tabelą – wzorem wykazu oferowanego przedmiotu zamówienia, że weryfikacja parametrów technicznych odbędzie się w oparciu o wskazany przez wykonawcę model, określony zgodnie z nomenklaturą używaną przez producenta w oficjalnej dokumentacji.

Izba wskazuje, że to Odwołujący nie dopełnił obowiązku sporządzenia oferty zgodnie z wymaganiami SWZ. To właśnie na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego. W tym celu

wykonawca powinien szczegółowo przeanalizować wymagania zamawiającego opisane w dokumentach postępowania. Odwołujący miał możliwość sporządzenia oferty zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ oraz zgodnie z informacją zawartą pod tabelą z wykazem w taki sposób, który odpowiadałaby wymaganiom Zamawiającego wskazanym w SWZ.

W wypadku, gdy konieczne było zawarcie dodatkowych informacji w ofercie, np. dotyczących dodatkowych elementów oferowanych przedmiotów, to Odwołujący powinien takie informacje w niej zamieścić. Odwołujący nie skorzystał z takiej możliwości. To na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia oferty odpowiadającej treści SWZ. Deklaracja wykonawcy zawarta w ofercie powinna być jednoznaczna i nie budzić wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający nie powinien był domyślać się, jakie parametry posiadają zaoferowane przedmioty lub ustalać powyższe na podstawie informacji spoza treści oferty, szczególnie w sytuacji, gdy

zgodnie

z wymaganiami zawartymi w SWZ należało wskazać nazwę i model oferowanego przedmiotu zamówienia, a w wypadku, gdyby model posiadał wiele wersji, należało wskazać informacje dodatkowe.

Izba podkreśla, że dokumenty załączone do odwołania, czy też złożone przez Odwołującego podczas rozprawy, z których wynika, że istnieje możliwość spełnienia wymagań Zamawiającego opisanych w SWZ, dotyczą oferty dystrybutora uzyskanej przez Odwołującego, nie dotyczą natomiast treści złożonej przez Odwołującego oferty. Nie posiadają zatem istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Z dokumentu – maila

z 25 kwietnia 2023 r., stanowiącego załącznik do pisma Przystępującego z 27 kwietnia 2023 r., odpowiedzi producenta wózków SER-0006 Splast wynika, że mop nie jest częścią wózka SER-0006, stanowi odrębny produkt, co oznacza, że Odwołujący powinien

w ofercie zawrzeć dodatkową informację o oferowanym przez niego mopie.

Zaoferowane przez Odwołującego przedmioty nie odpowiadały wymaganiom Zamawiającego określonym w SWZ. Sprzeczności treści oferty z treścią SWZ stanowiła, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, podstawę do odrzucenia oferty.

Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że czynności odrzucenia oferty Odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp była prawidłowa.

Izba stwierdziła, że również zarzut dotyczący zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia oferty na podstawie art. 223 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 223 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcom negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, jest przepisem, który formułuje uprawnienie i jednocześnie obowiązek Zamawiającego, ale materializuje się wyłącznie w przypadku powstania wątpliwości, co do treści złożonej oferty, przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, co do sposobu ich rozumienia. Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp materializuje się w wielu stanach faktycznych, szczególnie w postępowaniach, w których Zamawiający wymaga jednoznacznego wyspecyfikowania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia w ofercie, chociażby poprzez podanie określonych parametrów, a Zamawiający w toku oceny ofert dostrzega wątpliwości co do zgodności wskazanych

w ofercie parametrów z opisem przedmiotu zamówienia, które jednak udaje się wyeliminować poprzez uzyskanie od wykonawcy wyjaśnień.

Izba podkreśla, że zamawiający może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy poweźmie jakiekolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty. Wówczas wyjaśnienia mogą dotyczyć wszystkich elementów oferty. Zakazane jest jednak prowadzenie z wykonawcą negocjacji co do treści oferty i dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian czy uzupełnień, poza czynnościami określonymi w ust. 2 i 3 przepisu art. 223 ustawy Pzp. Niedozwolone będą wyjaśnienia prowadzące do zmiany parametrów czy innych wartości zawartych w ofercie, chyba że możliwe byłoby przyjęcie innego parametru na podstawie informacji znajdujących się w samej ofercie. Składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty - działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, tak wyrok KIO z 20.12.2021 r.,

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 26 kwietnia 2023 r. trafnie wskazał, że Odwołujący dokładnie wskazał producenta i model oferowanego przedmiotu zamówienia, zatem wskazał konkretne produkty. Na podstawie tych danych Zamawiający przy pomocy kart katalogowych produktów mógł samodzielnie dokonać weryfikacji zgodności parametrów tych przedmiotów z wymogami określonymi w SWZ. Zamawiający podkreślił, że nie miał wątpliwości, co oferuje Wykonawca. Wobec powyższego nie wzywał Odwołującego, w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia treści złożonej oferty.

Zamawiający nie był zobligowany do wezwania Odwołującego do wyjaśnień, w sytuacji, gdy z karty produktu jednoznacznie wynikało, że produkty, które Odwołujący oferował nie spełniały wymagań Zamawiającego. Obowiązkiem Zamawiającego było porównanie oferty Odwołującego z wymaganiami określonymi w SWZ, w przypadku, gdy ich treść była sprzeczna – odrzucenie oferty. Zatem Zamawiający nie mógł wezwać Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie posiadania przez zaoferowane przedmioty dodatkowych elementów, a następnie ewentualnie poprawić treść złożonej oferty, ponieważ wiązałoby się to z zabronionym przez ustawę dokonaniem zmian w treści oferty. Konsekwencją żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści oferty byłoby niedopuszczalne, w świetle ustawy Pzp uzupełnienie oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, wynikającymi z SWZ. Ustawa zabrania wykonawcy po otwarciu ofert na jakąkolwiek ingerencję w treść oferty. Zamawiający słusznie wskazał, że wyjaśnieniu mogą podlegać jedynie te postanowienia oferty, które zostały zawarte w jej treści. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w nadal aktualnym stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej, zawartym w wyroku z 2 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 129/18: „Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących

treści oferty, zatem informacji podanych w ofercie, stanowiących jej treść, a nie tych, które w treści oferty nie zostały zawarte. Wyjaśnienie tego co nie zostało zawarte w ofercie, nie stanowiącego zatem treści oferty, byłoby ingerencją w treść złożonej oferty".

W przedmiotowej sprawie Zamawiający takich wątpliwości nie miał, a wobec powyższego stwierdził niezgodność oferty odwołującego z wymaganiami wynikającymi z treści SWZ.

W świetle wskazanych powyżej okoliczności zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ustawy Pzp dotyczący zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia oferty na podstawie nie zasługiwał na uwzględnienie.

W analizowanej sprawie, odwołanie okazało się niezasadne. Wobec powyższego odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi w całości Odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie i wydatki oraz koszty jednego pełnomocnika w wysokości 3600 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……