

Sygn. akt: KIO 3497/24

WYROK

Warszawa, dnia 16 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2024 r. przez wykonawcę Constructo Sp. z o.o. z siedzibą w Rogówku w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Trzemeszno

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy CERTA Trzemeszno Sp. z o.o. z siedzibą w Trzemiesznie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do negocjacji, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie ofert: wykonawcy CERTA Trzemeszno sp. z o.o. z siedzibą w Trzemiesznie oraz wykonawcy D. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany GRINBUD D. S.,
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 304 zł 00 gr (słownie: trzysta cztery złote zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 904 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset cztery złote zero groszy) stanowiącą

koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3497/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Trzemeszno (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym z możliwością negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Termomodernizacja budynku po Domu Dziecka przy ul. kard. Stefana Wyszyńskiego na potrzeby Urzędu Miejskiego” (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lipca 2024 pod nr 2024/BZP 00432093/01.

- I. W dniu 24 września 2024 r. wykonawca Constructo Sp. z o.o. z siedzibą w Rogówku (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego: wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów - przedmiotowych środków dowodowych, zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy CERTA Trzemeszno sp. z o.o. (dalej: „wykonawca Certa”) oraz wykonawcy D. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany GRINBUD D. S. (dalej: „wykonawca Grinbud”) oraz zaproszenia tych wykonawców do negocjacji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

- 1) art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wezwanie wykonawcy Certa oraz wykonawcy Grinbud do uzupełnienia dokumentów, podczas gdy Zamawiający nie przewidział tejże procedury w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również w dokumentach zamówienia,
- 2) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wezwanie wykonawcy Certa oraz wykonawcy Grinbud do uzupełnienia dokumentów tj. do uzupełnienia ofert o inne dokumenty, podczas gdy w rzeczywistości Zamawiający wezwał oferentów do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w przepisie

art. 105 do 107 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania i konkurencyjności postępowania,

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Certa oraz oferty wykonawcy Grinbud, z uwagi na fakt, że wykonawcy ci nie złożyli przedmiotowych środków dowodowych wymaganych zgodnie z dokumentami zamówienia,

4) art. 289 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do negocjacji ofert wykonawcy Certa oraz wykonawcy Grinbud, mimo że ich oferty podlegają odrzuceniu.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności zaproszenia do negocjacji, powrotu do ponownego badania i oceny oferty, przeprowadzenia badania i oceny ofert oraz unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz odrzucenia ofert wykonawcy Certa oraz wykonawcy Grinbud.

II. Pismem wniesionym w dniu 11 października 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawca Certa oraz wykonawca Grinbud.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Grinbud nie było skuteczne. Wykonawca ten nie doręczył Odwołującemu kopii zgłoszenia przystąpienia zgodnie z art. 525 ust. 2 ustawy Pzp. Jak ustaliła Izba wykonawca Grinbud wysłał kopię zgłoszenia przystąpienia na błędny adres email Odwołującego. Powyższy brak formalny umożliwia uznanie zgłoszenia przystąpienia za skuteczne. Zadośćuczynienie obowiązku wynikającemu z art. 525 ust. 2 ustawy Pzp ma istotne znaczenie dla prawidłowego przebiegu postępowania odwoławczego, gdyż strony muszą mieć wiedzę o wykonawcach, którzy zgłosili przystąpienie, na wczesnym etapie tego postępowania. Nie mogą o fakcie zgłoszenia przystąpienia dowiadywać się w dniu posiedzenia z udziałem stron i rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W dniu 26 lipca 2024 r. Zamawiający opublikował specyfikację warunków zamówienia.

W dniu 22 sierpnia 2024 r. Zamawiający opublikował dokument o nazwie: „Specyfikacja techniczna produktów” (nawa pliku: Dane techniczne – wyposażenie).

W dniu 27 sierpnia 2024 r. nastąpiło otwarcie ofert (w Postępowaniu złożono trzy oferty).

Pismami z dnia 3 września 2024 r. Zamawiający zaprosił wszystkich wykonawców do negocjacji ofert w celu złożenia oferty dodatkowej.

Pismem z dnia 3 września 2024 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu swoje stanowisko odnośnie dokonanej czynności zaproszenia wykonawców do negocjacji.

Pismami z dnia 6 września 2024 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności zaproszenia do negocjacji oraz czynności poinformowania o ofertach, które nie zostały odrzucone oraz punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej

punktacji.

Pismami z dnia 10 września 2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Certa oraz wykonawcę Grinbud „do złożenia innych dokumentów w postępowaniu:

- certyfikatów i atestów. Zamawiający żąda złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Dokumenty te mają być opisane w sposób nie budzący wątpliwości do jakich mebli, krzeseł, tkanin są dedykowane (nazwa widniejąca na atęcie lub certyfikacie musi być nazwą systemu lub produktu w przedstawionym katalogu, folderze).
- badanie właściwości ergonomiczno-fizjologicznych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 1 grudnia 1998 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy na stanowiskach wyposażonych w monitory ekranowe (Dz.U.1998.148.973 ze zm.) w tym również ze zmianami wynikającymi z Rozporządzenia MRiPS z 18 października 2023 (Dz.U. z 2023, poz. 2367).
- do każdego mebla należy przedstawić minimum jedną, osobną kartę katalogową, na której będzie przedstawiony proponowany mebel. Karta katalogowa musi zawierać nazwę mebla lub nazwę użytego systemu meblowego, nazwę producenta mebla, rysunek lub zdjęcie proponowanego mebla (rozmiar zdjęcia pozwalający dostrzec szczegóły – optymalnie rozmiar zdjęcia A5), wymiary oraz szczegóły techniczne mebla pozwalające zweryfikować czy proponowany mebel spełnia wymagania projektu.

Wykonawca Certa oraz wykonawca Grinbud udzielili odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego.

Pismami z dnia 16 września 2024 r. Zamawiający zaprosił wszystkich wykonawców do negocjacji ofert w celu złożenia oferty dodatkowej.

W ocenie składu orzekającego Izby należy przyznać rację Odwołującemu, że czynności Zamawiającego polegające na wezwaniu wykonawcy Certa oraz wykonawcy Grinbud do uzupełnienia dokumentów, które stanowią przedmiotowe środki dowodowe, oraz zaproszeniu tych wykonawców do negocjacji były nieprawidłowe. Należy bowiem wskazać, że w dniu 22 sierpnia 2024 r. Zamawiający uzupełnił dokumenty zamówienia o dokument zatytułowany „Specyfikacja techniczna produktów” zawierający następującą uwagę wstępną:

„Poniższy opis przedstawia minimalne wymagania dotyczące zamawianego wyposażenia.

Wszystkie zaproponowane rozwiązania muszą być systemowe, seryjnie produkowane. Pod pojęciem systemowe Zamawiający rozumie meble, które można łączyć ze sobą w różnych konfiguracjach oraz pozwalające w przyszłości na rozbudowę.

W przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie opisany w sposób, który może wskazywać na produkty dostarczane przez konkretnego Producenta, to należy uznać, że towarzyszy im zwrot „lub równoważne” – w takim przypadku, Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych. Na Wykonawcy, który powołuje się na rozwiązania równoważne, spoczywa obowiązek udowodnienia, że oferowany przez niego asortyment będzie nie gorszy funkcjonalnie a zaproponowane materiały będą posiadały parametry nie gorsze niż wskazane w dokumentacji przetargowej. Wszelkie koszty związane z udowodnieniem równoważności spoczywają na Wykonawcy.

Zgodnie z Art. 105. - 107 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wymaga załączenia do oferty wszystkich wymienionych w opisie certyfikatów i atestów. Zamawiający żąda złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Dokumenty te mają być opisane w sposób nie budzący wątpliwości do jakich mebli, krzeseł, tkanin są dedykowane (nazwa widniejąca na atęcie lub certyfikacie musi być nazwą systemu lub produktu w przedstawionym katalogu, folderze).

W celu potwierdzenia spełnienia podanych w opisie wymogów, Zamawiający wymaga dołączenia do oferty następujących materiałów:

- do każdego mebla należy przedstawić minimum jedną, osobną kartę katalogową, na której będzie przedstawiony proponowany mebel. Karta katalogowa musi zawierać nazwę mebla lub nazwę użytego systemu meblowego, nazwę producenta mebla, rysunek lub zdjęcie proponowanego mebla (rozmiar zdjęcia pozwalający dostrzec szczegóły – optymalnie rozmiar zdjęcia A5), wymiary oraz szczegóły techniczne mebla pozwalające zweryfikować czy proponowany mebel spełnia wymagania projektu.

Karty katalogowej nie trzeba wykonywać dla mebli: SZ8, ZB.”

Z powyższego wynika, że wykonawcy obowiązani byli do złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych wskazanych w dokumencie „Specyfikacja techniczna produktów”. Nie ma żadnej wątpliwości, że Zamawiający na podstawie tego dokumentu żądał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, gdyż: 1) w sposób wyraźny powołał się na przepisy art. 105 – 107 ustawy Pzp, regulujące przedmiotowe środki dowodowe; 2) rodzaj żądanych dokumentów również w sposób oczywisty wskazuje, że są to przedmiotowe środki dowodowe.

Zgodnie z art. 104 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku zamówień o szczególnych cechach środowiskowych, społecznych lub innych, zamawiający, w celu potwierdzenia zgodności

oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganymi cechami, może w opisie przedmiotu zamówienia, opisie kryteriów oceny ofert lub w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia żądać od wykonawcy określonej etykiety, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- 1) wymagania etykiety dotyczą wyłącznie kryteriów, które są związane z przedmiotem zamówienia, i są odpowiednie dla określenia cech robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem tego zamówienia;
- 2) wymagania etykiety są oparte na obiektywnie możliwych do sprawdzenia i niedyskryminujących kryteriach;
- 3) wymagania etykiety są opracowywane i przyjmowane w drodze otwartej i przejrzystej procedury, w której mogą uczestniczyć wszystkie zainteresowane podmioty, w tym podmioty należące do administracji publicznej, konsumenci, partnerzy społeczni, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje pozarządowe;
- 4) etykiety oraz wymagania etykiety są dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron;
- 5) wymagania etykiety są określane przez podmiot trzeci, na który wykonawca ubiegający się o etykietę nie może wywierać decydującego wpływu.

Zgodnie z art. 104 ust. 2 ustawy Pzp przez etykietę, o której mowa w ust. 1, należy rozumieć każdy dokument, w tym zaświadczenie lub poświadczenie, który potwierdza, że obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają wymagania konieczne do uzyskania etykiety.

Zgodnie z art. 105 ust. 1 ustawy Pzp w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub

wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę.

Zgodnie z art. 106 ust. 1 zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 106 ust. 2 ustawy Pz Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z art. 107 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.

Zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby nie ma istotnego znaczenia fakt, że Zamawiający w sposób wyraźny nie oznaczył dokumentu opublikowanego w dniu 22 sierpnia 2024 r. jako uzupełnienia dokumentów zamówienia. To, że Specyfikacja techniczna produktów stanowi dokument zamówienia, nie powinno budzić wątpliwości. Zgodnie z art. 7 pkt 3 ustawy Pzp pod pojęciem dokumentów zamówienia należy rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanego warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań.

Ponadto, w Specyfikacji technicznej produktów Zamawiający wyraźnie wskazał na obowiązek złożenia wymienionych tam dokumentów (stanowiących przedmiotowe środki dowodowe) wraz z ofertą. Wykonawca Certa oraz wykonawca Grinbud nie złożyli tych dokumentów, a ich uzupełnienie na dalszym etapie nie było możliwe, gdyż Zamawiający nie przewidział takiej możliwości ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w dokumentach zamówienia. Zamawiający nie był uprawniony do wezwania ww. wykonawców do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, przedmiotowych 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, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Przepis ten, pomimo że jest w nim mowa o „innych dokumentach lub oświadczeniach składanych w postępowaniu” nie ma zastosowania do przedmiotowych środków dowodowych, gdyż uzupełnianie tych środków reguluje przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jako innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, stanowi obejście przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawca Certa oraz wykonawca Grinbud nie złożyli przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą. W związku z tym należy uznać, że względem złożonych przez nich ofert zachodzi podstawa do odrzucenia, o

której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. W takim przypadku dopuszczalne jest również zastosowanie podstawy odrzucenia oferty wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W konsekwencji za nieprawidłowe należy uznać zaproszenie tych wykonawców do negocjacji. Jak wynika z przepisu art. 289 ustawy Pzp zaproszenie do negocjacji dotyczy wyłącznie wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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).

Przewodnicząca: