

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **HUSARIA DEVELOPMENT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Żabi Kruk 16, 80-822 Gdańsk**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Jonkowo, ul. Klonowo 2, 11-042 Jonkowo**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **HUSARIA DEVELOPMENT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Żabi Kruk 16, 80-822 Gdańsk** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **HUSARIA DEVELOPMENT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Żabi Kruk 16, 80-822 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania i kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Gminę Jonkowo, ul. Klonowo 2, 11-042 Jonkowo** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **622 zł 38 gr** (słownie: sześćset dwadzieścia dwa złote trzydzieści osiem groszy) poniesioną przez **Gminę Jonkowo, ul. Klonowo 2, 11-042 Jonkowo** tytułem kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę,

2.2. zasądza od wykonawcy **HUSARIA DEVELOPMENT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Żabi Kruk 16, 80-822 Gdańsk** na rzecz **Gminy Jonkowo, ul. Klonowo 2, 11-042 Jonkowo** kwotę **4 222 zł 38 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote trzydzieści osiem groszy) stanowiącą kosztów postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.

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 2130/24

Uzasadnienie

Gmina Jonkowo, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę przedszkola w Jonkowie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 marca 2024 r. pod nr 2024/BZP 00256836.

W dniu 18 czerwca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca HUSARIA DEVELOPMENT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia przedmiotowego postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem wskazanych przepisów ustawy Pzp;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, polegające na jego błędnym zastosowaniu w sprawie i tym samym bezpodstawnym odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego, której treść miałaby być rzekomo niezgodna z warunkami zamówienia;
- 3) art. 255 ust. 2 ustawy Pzp polegające na jego błędnym zastosowaniu w sprawie i tym samym bezpodstawnym unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na okoliczność, że rzekomo wszystkie złożone oferty miałyby podlegać odrzuceniu;

oraz ewentualnie

- 4) art. 107 ust. 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu jego zastosowania poprzez wezwanie Odwołującego do

uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym również kosztów zastępstwa adwokackiego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 275 pkt 2) ustawy Pzp oraz unieważnił postępowanie z uwagi na odrzucenie wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Niezgodność treści jego oferty z warunkami zamówienia została stwierdzona na podstawie przedłożonych przedmiotowych środków dowodowych, ponieważ złożone z ofertą karty katalogowe, dotyczące pętli indukcyjnej oraz zmywarko – wyparzarki do naczyń stołowych, potwierdzają niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a ewentualne ich uzupełnienie wiązałoby się ze zmianą w merytorycznej sferze dokumentów, które miały potwierdzać zgodność cech oferowanych urządzeń z wymaganiami zamawiającego, co jest niedopuszczalne w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Takiej wady karty katalogowej nie można konwalidować, oznaczałoby to bowiem uzupełnienie przedmiotu oferty po upływie terminu na składanie ofert, kiedy tryb uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych nie może pomijać zasady niezmienności treści oferty.

Odwołujący wskazał, iż pismem z dnia 27 maja 2024 r. Zamawiający wezwał go do wyjaśnienia treści oferty w zakresie szeregu wątpliwości jakie Zamawiającemu nasunęła analiza złożonej przez Odwołującego oferty.

Pismem z dnia 29 maja 2024 r. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia, w większości punktów uznanych przez Zamawiającego za wystarczająco wyjaśniające treść oferty. Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień Odwołującego odnośnie pętli indukcyjnej oraz zmywarko – wyparzarki wskazując, iż złożone wraz z ofertą Odwołującego karty katalogowe, dotyczące pętli indukcyjnej oraz zmywarko – wyparzarki do naczyń stołowych, potwierdzają niezgodność ww. urządzeń z opisem przedmiotu zamówienia, nie wskazując przy tym na czym ta niezgodność ma polegać, czyli nie wskazując na sprzeczność parametrów zaoferowanych urządzeń z treścią dokumentów postępowania. Natomiast ewentualne uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych wiązałoby się, w ocenie Zamawiającego, ze zmianą w merytorycznej ich sferze, co pozostaje w sprzeczności z dyspozycją art. 107 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że żądane przez Zamawiającego przedmiotowe środki dowodowe nie służyły potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, a jak wynika z treści uzasadnienia unieważnienia postępowania, gdyż oferta Odwołującego w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie podlegałaby odrzuceniu.

Dopuszczalność uzupełnienia, żądanych przez Zamawiającego, przedmiotowych środków dowodowych, została usankcjonowana w pkt 5.9) ogłoszenia o zamówieniu nr 2024/BZP 00256836.

Odwołujący, wyjaśniając treść oferty w zakresie pętli indukcyjnej, nie zmieniając pierwotnie zaoferowanego asortymentu, nie podmieniając również pierwotnie złożonej karty katalogowej, wskazał jedynie na powołane w pierwotnie złożonej karcie katalogowej informacje, tj. link do strony internetowej producenta urządzenia z której wprost wynika spełnienie wymogów ustanowionych odnośnie pętli indukcyjnej w zakresie możliwości dystrybuowania dźwięku na powierzchni około 1 m²/3, 3ft². Tym samym złożona wraz z ofertą karta katalogowa jest zgodna z wymogami ustanowionymi odnośnie parametrów pętli indukcyjnej i potwierdza zgodność cech oferowanych urządzeń z wymaganiami zamawiającego, a wyjaśnienia dotyczące jej treści nie wiąże się ze zmianą w merytorycznej sferze dokumentów.

W złożonych wyjaśnieniach, informacje odnośnie parametru dystrybuowania dźwięku zostały wyeksponowane w oparciu o pierwotne brzmienie złożonej wraz z ofertą karty katalogowej. Jeżeli więc Zamawiający wystosował w dniu 27 maja 2024 r. wezwanie o wyjaśnienie, wskazując wprost na złożone wraz z ofertą karty katalogowe to ewidentnie uznał, iż złożone przedmiotowe środki dowodowe w postaci kart katalogowych są niekompletne.

Odwołujący nie zmienił pierwotnie zaoferowanego asortymentu, nie zmienił również pierwotnie złożonego przedmiotowego środka dowodowego w postaci karty katalogowej dla zaoferowanej pętli indukcyjnej, a jedynie dokonał doprecyzowania - wyjaśnienia jej treści. Odwołujący nie dokonał również poprawienia pierwotnie złożonej karty katalogowej, dokonał, jedynie, podkreślenia informacji zawartych w tejże karcie obrazując treść przywołanego w pierwotnie złożonej karcie katalogowej linku do strony producenta urządzenia.

Podobnie wbrew stanowisku Zamawiającego podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego, nie może stanowić założenie, iż Odwołujący zaoferował niezgodną z warunkami zamówienia zmywarko - wyparzarkę do naczyń stołowych, ze względu na fakt, że karta katalogowa ww. urządzenia nie zawierała wskazania na dodatkowe wyposażenie.

Odwołujący podniósł także, iż pomimo ograniczeń w odniesieniu do instytucji uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych nie można jej wyłączyć, jak czyni to w niniejszym postępowaniu Zamawiający. Jeżeli, bowiem w treści dokumentu, stanowiącego przedmiotowy środek dowodowy brak jest wymaganej informacji, np. złożono kartę katalogową ze standardowym urządzeniem, którego model spełnia wymagania SWZ, gdzie nie ma oznaczenia danego elementu, ponieważ Zamawiający żądał dodatkowych informacji, których nie ma w standardowej/uproszczonej karcie katalogowej, to taki dokument należy uznać za niekompletny, czyli podlegający uzupełnieniu i tak pierwotnie uznał sam Zamawiający, kierując do Odwołującego stosowne wezwanie.

Niemniej jednak oceniając złożone w odpowiedzi na to wezwanie wyjaśnienia uznał, iż są one niedopuszczalne i prowadzą do zmiany treści oferty, wskazując, iż Odwołujący w sposób niedopuszczalny uzupełnił treść oferty. Podczas, gdy Odwołujący w wyniku złożonych wyjaśnień nie zmienił pierwotnie zaoferowanego urządzenia, jego modelu, czy typu, podtrzymując asortyment wymieniony w ofercie.

Odwołujący nie dokonał również żadnej zmiany parametrów pierwotnie wskazanych w odniesieniu do oferowanej zmywarko-wyparzynki, czyli nie dokonał modyfikacji treści oferty, a jedynie wyjaśnił dlaczego w pierwotnie złożonej karcie katalogowej nie znalazł się opis wyposażenie dodatkowego w postaci koszy na talerze i szkło. Gdyby nawet przyjąć za Zamawiającym, że w wyjaśnienia dokonane przez Odwołującego nie rozwiązały wszystkich wątpliwości, to Zamawiający winien był zastosować art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, który wprowadza dopuszczalność uzupełnienia niekompletnych dokumentów, stanowiących przedmiotowe środki dowodowe.

Jeżeli więc Zamawiający domagając się przedstawienia dokumentów żądał potwierdzenia ogólnie rozumianej zgodności z obszernym opisem przedmiotu zamówienia, to analizując stosowne przepisy ze względu na ich cel – dopuszczenie możliwości uzupełnienia dokumentów, w których pominięto informacje wymagane przez Zamawiającego, wydaje się zasadne, ponieważ przy odmiennym podejściu koniecznym byłoby przyjęcie dopuszczalności odrzucania ofert, które są obiektywnie zgodne z wymaganiami Zamawiającego (wskazany w ofercie model spełnia wymagania), tj. w przypadku, gdy wykonawca składając ofertę posłużył się kartą katalogową niezawierającą wszystkich odniesień do opisanych wymagań, co często występuje w przypadkach, gdy wymagania Zamawiającego wykraczają poza typowe informacje zawarte w uproszczonej karcie katalogowej. Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w piśmiennictwie, np.: „Możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych może następować w sytuacji niekompletności pod względem merytorycznym (np. braku wskazania w dokumencie spełnienia wymaganej funkcjonalności). Granicą jest kwestia uznania takiego uzupełnienia za „zmianę treści ofert”, gdyż taka zmiana jest niedozwolona (z zastrzeżeniem możliwości poprawienia oferty). Jeśli więc z okoliczności konkretnego przypadku wynika, że treść oferty nie będzie ulegać zmianie, to co do zasady brak potwierdzenia funkcjonalności w przedmiotowym środku dowodowym może być uznany za niekompletność.”. (Mazurek Grzegorz, Uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych Monitor Zamówień Publicznych 2023/7/24-27).

Jeżeliby przyjąć za prawidłowe postępowanie Zamawiającego to przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie dopuszczalności uzupełnienia niekompletnych przedmiotowych środków dowodowych nigdy nie znajdzie zastosowania, a dokonana przez Zamawiającego interpretacja ww. przepisu prowadzi do nadmiernego formalizmu i w efekcie do odrzucenia oferty spełniającej wymagania ustanowione dokumentami postępowania. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 1973/21.

Odwołujący wskazał na brak potwierdzenia w pełni w złożonych przedmiotowych środkach dowodowych, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, należy zakwalifikować jako niekompletność przedmiotowego środka dowodowego w rozumieniu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Postępowanie Odwołującego, polegające na uzupełnieniu przedmiotowych środków dowodowych o doprecyzowanie, iż zgodnie z założeniami producenta pierwotnie zaoferowane, niezmienione w wyniku wyjaśnień, urządzenie, zapewnia wyposażenie zgodne z wymaganiami dokumentów postępowania, co było uzasadnione nie tylko w kontekście pojęcia niekompletności z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, lecz również w kontekście treści wezwania do uzupełnienia z dnia 27 maja 2024 r. i tego, że w orzecznictwie oraz piśmiennictwie przyjmuje się, że o niekompletności przedmiotowego środka dowodowego w kontekście art. 107 ust. 2 ustawy Pzp mowa jest m.in. w przypadku, braku podpisu lub braku potwierdzenia spełnienia warunków przedmiotowych, należy uznać za dopuszczalne.

Reasumując Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wadliwie odrzucił jego ofertę, uznając, że Odwołujący - w odpowiedzi na wezwanie z dnia 27 maja 2024 r. – dokonał poprawienia przedmiotowych środków dowodowych, kiedy w rzeczywistości Odwołujący dokonał wyjaśnienia tych środków dowodowych, co jest postępowaniem zgodnym z art. 107 ustawy Pzp. Nawet gdyby przyjąć, że pomimo złożonych wyjaśnień nadal brak jest kompletnego potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, to stanowiłoby to o niekompletności przedmiotowego środka dowodowego, który podlega uzupełnieniu.

Zamawiający kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 20 czerwca 2024

r. za pośrednictwem formularza do komunikacji na <https://ezamowienia.gov.pl>.

Do postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 4 lipca 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, na które składają się poniesione koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem pełnomocnika na rozprawę, na podstawie załączonej faktury.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SWZ - Rozdział 5 „Opis przedmiotu zamówienia” podał, że „Szczegółowy opis mebli, urządzeń wyposażenia i sprzętu zawiera Załącznik nr 4a do SWZ”.

W załączniku nr 4a do SWZ w pozycji 41 Zamawiający zamieścił szczegółowy opis zmywarko-wyparzarki do naczyń stołowych 73/82/150, podając że wymaga posiadania przez urządzenie następujących parametrów: Moc do 5,5kW. profesjonalna zmywarka z funkcją wyparzania, sterowanie elektromechaniczne, przystosowana do mycia talerzy, szkła, tac i pojemników/ z dozownikiem płynu myjącego, podstawka do zmywarki, 3 kosze na talerze, 1 kosz na szklanki, uzdatniacz wody - jeżeli nie ma w budynku.

W załączniku nr 4b do SWZ w pozycji 13 Zamawiający zamieścił szczegółowy opis pętli indukcyjnej, podając następujące parametry: mobilna pętla indukcyjna z akumulatorami, z wbudowanym mikrofonem, z możliwością dystrybuowania dźwięku na powierzchni około 1m²/3,3ft², z możliwością mocowania bazy urządzenia słuchawka HAC, zewnętrzny mikrofon biurkowy.

Zamawiający w SWZ - Rozdział 14 „Opis sposobu przygotowania oferty”, pkt 13) podał, że „Do oferty należy dołączyć następujące dokumenty: (...) g) Przedmiotowe środki dowodowe - karty katalogowe/karty produktu/opisy produktów (dla wyposażenia placu zabaw, sprzętu elektronicznego wyposażenia użytkowego oraz mebli)”.

Nadto w Rozdziale 18 SWZ – „Informacje o podmiotowych i przedmiotowych środkach dowodowych, jeżeli Zamawiający będzie wymagał ich złożenia” pkt 10) Zamawiający podał także, że „wymaga załączenia do oferty kart katalogowych/ karty produktu/opisy produktów (dla wyposażenia placu zabaw, sprzętu elektronicznego wyposażenia użytkowego oraz mebli)”.

W odpowiedzi na pytania wykonawców Zamawiający, pismem z dnia 4 kwietnia 2024 r., odpowiadając na pytanie nr 3 o treści: „Prosimy o jednoznaczne wskazanie, dla których elementów (najlepiej ze wskazaniem numerów pozycji z załączników 4a i 4b) wyposażenia Zamawiający wymaga przedstawiania kart katalogowych/opisów produktów. Pozwoli to uniknąć nieporozumień i błędnych interpretacji Oferentów” Zamawiający wskazał:

„Załącznik nr 4a - poz. 1 – 23, 28-29, 36-37, 41, 44, 47

Załącznik nr 4b –

Wyposażenie dydaktyczno – wychowawcze – 1

Wyposażenie użytkowe – poz. 5 – 7; 13, 24 -30, 35, 41-42, 44-47, 52, 59-60.”.

Zamawiający, pismem z dnia 27 maja 2024 r., skierowanym do Odwołującego podniósł, że „dokonana analiza Państwa oferty wskazuje na konieczność wyjaśnienia oraz uzupełnienia jej treści w następujących płaszczyznach:

1) Wyposażenia budynku przedszkola, w zakresie: (...)

b) W zestawieniu do załącznika 4b, na stronie nr 17 została załączona karta katalogowa pętli indukcyjnej. Zamawiający wymagał aby pętla posiadała możliwość dystrybuowania dźwięku na powierzchni około 1 m²/3,3ft². Proszę o wyjaśnienie w oparciu o załączona „kartę”?

(...)

m) W zestawieniu do załącznika 5a dla „zmywarko – wyparzynka do naczyń stołowych” załączono kartę katalogową, z której wynika wyposażenie – kosz na talerze, kosz uniwersalny i kosz na sztućce. Zamawiający wymagał : 3 kosze na talerze, 1 kosz na szklanki. Proszę o wyjaśnienie w oparciu o załączona „kartę katalogową”?

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że „Wyjaśnienia oraz dokumenty, należy przesać w formie elektronicznej za pośrednictwem ePlatformy - .” oraz, że „niezuzupełnienie oferty skutkować może odrzuceniem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 a i b oraz art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP.”.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący, pismem z dnia 29 maja 2024 r., wskazał m.in.:

„b) Załączona karta katalogowa jest oficjalną kartą przetłumaczoną na język polski, w której omyłkowo zabrakło zapisu o parametrze dystrybuowania dźwięku. Na podanej karcie katalogowej jest podany link do strony internetowej producenta urządzenia, skąd można pobrać kartę w języku angielskim, w której jest opisany wskazany parametr 1 m²/3,3 ft² (który można zwiększyć stosując zewnętrzną pętlę)

[dostęp: 28.05.2024]:”, wklejając do treści udzielonych wyjaśnień wyciąg z karty katalogowej urządzenia sporządzonej w języku angielskim i potwierdzający spełnienie wymogu Zamawiającego (w treści karty kolorem czerwonym zaznaczono fragment dotyczący spełnienia wymogu)

W treści wyjaśnień wskazał także:

„m) Załączona karta katalogowa jest oficjalną kartą producenta zmywarko wyparzynki do naczyń stołowych HENDI 236567 z jej podstawowym, standardowym wyposażeniem. Dodatkowe wyposażenie w postaci 3 koszy na talerzy i 1 kosza na szklanki jest przez producenta traktowane jako opcjonalne, dlatego nie znalazło się na załączonej karcie.

Nie mniej jednak, oczywiście dostarczenie wyposażenia opcjonalnego zostało uwzględnione w ofercie.

Ponadto, dla potwierdzenia, zamieszczamy wycinek ze strony producenta, potwierdzający dostępność wyposażenia opcjonalnego: Kosz na talerze do zmywarek 500x500 mm, HENDI, szary, 500x500x(H)100 mm (...) Kosz do szkła 500x500 mm, HENDI, 25 przegródek – 90x90 mm, 500x500(H)104mm”.

Pismem z dnia 4 czerwca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT BUDOWLANYCH ASBUD Sp. z o.o. z siedzibą Grodziczno jako najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji rankingu ofert.

Zamawiający, pismem z dnia 13 czerwca 2024 r., poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał m.in., że „Wyjaśnienia Wykonawcy dotyczące załączonej karty katalogowej pętli indukcyjnej opierając się na kwestii, iż „Załączona karta katalogowa jest oficjalną kartą przetłumaczoną na język polski, w której omyłkowo zabrakło zapisu o parametrze dystrybuowania dźwięku. Na podanej karcie katalogowej jest podany link do strony internetowej producenta urządzenia, skąd można pobrać kartę w języku angielskim, w której jest opisany wskazany parametr 1 m²/3,3 ft² (który można zwiększyć stosując zewnętrzną pętlę)”. Wykonawca w wyjaśnieniach nie podniósł, iż załączona karta katalogowa nie jest kompletna, ale jest „oficjalną kartą przetłumaczoną na język polski”, jak sam w wyjaśnieniach przyznał brakuje jej informacji dotyczących parametrów dystrybuowania dźwięku. Zatem załączona, zgodnie z wymogiem art. 107 ust. 1 PZP oraz zapisami SWZ karta katalogowa pętli indukcyjnej nie potwierdza wymaganego parametru dystrybuowania dźwięku. Złożenie przez wykonawcę oficjalnie przetłumaczonej karty katalogowej spełnia również wymagania art. 20 ust. 2 PZP. Natomiast Zamawiający nie mógł uznać złożonej karty katalogowej w języku angielskim. (...) fakt załączenia w wyniku składanych wyjaśnień karty katalogowej w języku obcym, iż powyższa czynność jest niezgodna z § 5 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020r., poz. 2452), w którym czytamy: „podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, w przypadkach, o których mowa w art. 20 ust. 3 ustawy”. Zamawiającym posiadał kartę katalogową w języku polskim a przekazana w dniu 29 maja 2024r. karta katalogowa w języku polskim nie posiada tłumaczenia. (...) sam wykonawca oświadczył, iż karta dołączona do oferty jest oficjalnym tłumaczeniem karty katalogowej. W konsekwencji należało uznać, że złożone przez wykonawcę przedmiotowe środki dowodowe - karta katalogowa pętli indukcyjnej nie potwierdza wymaganego w SWZ parametru dystrybuowania dźwięku.

Wyjaśnienia dotyczące karty katalogowej zmywarko – wyparzynki do naczyń stołowych, odnoszą się do faktu, iż: „Załączona karta katalogowa jest oficjalną kartą producenta zmywarko wyparzynki do naczyń stołowych HENDI 236567 z jej podstawowym, standardowym wyposażeniem. Dodatkowe wyposażenie w postaci 3 koszy na talerze i 1 kosza na

szklanki jest przez producenta traktowane jako opcjonalne, dlatego nie znalazło się na załączonej karcie. Nie mniej jednak, oczywiście dostarczenie wyposażenia opcjonalnego zostało uwzględnione w ofercie. Ponadto, dla potwierdzenia, zamieszczamy wycinek ze strony producenta, potwierdzający dostępność wyposażenia opcjonalnego.” Założeniem przedmiotowego środka dowodowego jest potwierdzenie wymaganych przez Zamawiającego parametrów. (...) pierwotnie w ofercie wykonawca nie wskazał, że oferuje zmywarko-wyparzynkę wraz z wyposażeniem dodatkowym, nie złożył również kart katalogowych oferowanego wyposażenia dodatkowego. W konsekwencji, pierwotna treść oferty nie obejmowała wyposażenia dodatkowego. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia zmierzały do zmiany treści oferty, poprzez uzupełnienie jej wyposażeniem zmywarko – wyparzynki do naczyń stołowych. Powyższe jest naruszeniem art. 223 ust 1 PZP, która wprowadza ogólną zasadę NIEZMIENNOŚCI treści oferty po upływie terminu składania ofert. Co do zasady wyjaśnienia stanowią treść oferty wykonawcy, w sytuacji, gdy czynność wezwania nie została przez niego podważona. Istotną pozostaje więc analiza złożonych wyjaśnień, ich charakter oraz sposób udzielenia odpowiedzi na pytania Zamawiającego (por KIO 199/24 z 13 lutego 2024r.) Wykonawca nie tylko nie podważył czynności wezwania do złożenia wyjaśnień, ale również w przypadkach dotyczących: magnetofonu, kserokopiarki, komputera, telewizora stolika przedszkolnego do pomieszczenia logopedy, krzesła pomieszczenia socjalnego, suszarki, swoje wyjaśnienia oparł już o złożone karty katalogowe. Odstępstwo stanowią wyjaśnienia dotyczące karty katalogowych pętli indukcyjnej i zmywarko – wyparzynki naczyń stołowych, które doprowadziły do zmiany treści oferty.

W konsekwencji należy uznać, że zaoferowana przez wykonawcę zmywarko-wyparzynka nie spełnia wymagań SWZ w zakresie posiadania 3 koszy na talerze i 1 kosza na szklanki.”

Zamawiający w dniu 23 czerwca 2024 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż wszystkie złożone oferty podlegają odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „*zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*”. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający oczekiwał potwierdzenia przez wykonawcę zaoferowania wyposażenia budynku przedszkolnego, w tym w zakresie posiadania przez oferowaną w ramach przedmiotowego zamówienia pętlę indukcyjną możliwości dystrybuowania dźwięku na powierzchni około 1 m²/3, 3ft² a w zakresie „zmywarko – wyparzynki do naczyń stołowych” wyposażenia tego urządzenia m.in. w 3 kosze na talerze oraz w 1 kosz na szklanki. W tym celu Zamawiający – zgodnie z treścią SWZ – wymagał „załączenia do oferty kart katalogowych/ karty produktu/opisy produktów (dla wyposażenia placu zabaw, sprzętu elektronicznego wyposażenia użytkowego oraz mebli)”. Wymóg ten Zamawiający potwierdził także, udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, gdzie wprost wskazał, których pozycji z załączników nr 4a i 4b dotyczy obowiązek złożenia kart katalogowych/ karty produktu/opisy produktów a więc dla których pozycji ich złożenie jest konieczne.

Odwolujący, co jest bezsporne, w załączeniu do oferty złożył karty katalogowe/ karty produktu/opisy produktów. Niemniej jednak – jak wynika z treści wezwania Zamawiającego z dnia 27 maja 2024 r. - nie potwierdzały one spełnienia wszystkich wymogów wyartykułowanych przez Zamawiającego. Dlatego też Zamawiający wezwał Odwołującego do „wyjaśnienia oraz uzupełnienia” treści oferty we wskazanym w wezwaniu zakresie, w tym w zakresie dwóch spornych pozycji (załącznika nr 4a – poz. 41 oraz załącznika nr 4b – poz. 13).

Zaoferowana przez Odwołującego pętla indukcyjna, jak Odwołujący wyjaśnił w złożonych wyjaśnieniach, posiada możliwość dystrybuowania dźwięku. Funkcjonalność ta – jak sam przyznał - wprost nie wynika z oficjalnej karty katalogowej złożonej wraz z ofertą i przetłumaczonej na język polski. Wskazał przy tym na podany na tej karcie „link do strony internetowej producenta urządzenia, skąd można pobrać kartę w języku angielskim, w której jest opisany wskazany parametr 1 m²/3,3 ft² (który można zwiększyć stosując zewnętrzną pętlę)”. Do treści udzielonych wyjaśnień Odwołujący załączył a właściwie wkleił do ich treści wyciąg z karty katalogowej urządzenia sporządzonej w języku angielskim – jak podniósł – „potwierdzający spełnienie wymogu Zamawiającego (w treści karty kolorem czerwonym zaznaczono fragment dotyczący spełnienia wymogu)”.

Niemniej jednak, jak słusznie wskazał Zamawiający, § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r., poz. 2452) stanowi, że „*Podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, w przypadkach, o których mowa w art. 20 ust. 3 ustawy*”. A ponieważ w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie wyraził zgody na brak tłumaczenia przedmiotowych środków dowodowych to nie było możliwości złożenia przez Odwołującego dokumentów w języku angielskim. Oznacza to, że

Zamawiający aby mógł dokonać oceny spełniania przez wykonawcę określonych wymogów musiał otrzymać od wykonawcy tłumaczenie przedmiotowego środka dowodowego. Brak złożenia takiego tłumaczenia oznacza, że Odwołujący go nie złożył i jego oferta jest w tym zakresie niezgodna z warunkami zamówienia. Podkreślić przy tym należy, że sam Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach podał, że załączona karta katalogowa jest „oficjalną kartą przetłumaczoną na język polski”, natomiast w zakresie dotyczącym parametrów dystrybuowania dźwięku odsyła do strony producenta, na której brak jest tłumaczenia dotyczącego tej funkcjonalności na język polski.

Kolejną sporną funkcjonalnością jest wymóg dotyczący dodatkowego wyposażenia zmywarko wyparzarki (wyposażenia w 3 kosze na talerze i w 1 kosz na szklanki). Sam Odwołujący przyznał, że wyposażenie to także nie znalazło się na załączonej do oferty karcie katalogowej, mimo że Zamawiający w tym zakresie wprost wyartykułował konieczność potwierdzenia jego spełnienia na etapie złożenia oferty. Kosze te – jak podniósł Odwołujący - stanowią dodatkowe wyposażenie i są traktowane przez producenta opcjonalnie. Niemniej jednak okoliczność ta, tj. możliwość uwzględnienia określonych elementów wyposażenia w zależności od potrzeby Zamawiającego nie wynika ze złożonych przez wykonawcę dokumentów (karty katalogowej oferowanego produktu). Odwołujący nie wykazał więc, że ten wymóg Zamawiającego oferowane urządzenie spełnia. Nawet bowiem jeżeli istnieje możliwość odstępstwa od wyposażenia standardowego urządzenia, jak np. rezygnacja z określonych elementów na rzecz innych, bądź też ich dodanie to okoliczność ta powinna być wprost wskazana a więc powinna wynikać ze złożonej karty katalogowej. Okoliczność ta musi być bowiem potwierdzona w sposób wymagany przez Zamawiającego. A w tym stanie faktycznym tak się nie stało. Świadczenie wykonawcy odpowiadać ma bowiem opisanym w SWZ potrzebom Zamawiającego i podlega ocenie przez przyzmat zgodności z SWZ. Tak więc dla uznania, że określone urządzenie spełnia wymogi Zamawiającego wyartykułowane w SWZ, wymagane jest uzyskanie co do tego całkowitej pewności i nie może opierać się na szczątkowych informacjach.

Przedmiotowe środki dowodowe powinny być złożone wraz z ofertą. Przedmiotowych środków dowodowych, co do zasady, nie uzupełnia się. Taką możliwość przewiduje art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że *„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.”* Oznacza to, że Zamawiający może zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia informacje, że przedmiotowe środki dowodowe będą podlegały uzupełnieniu a takiej sytuacji w tym stanie faktycznym Zamawiający nie przewidział. Brak zamieszczenia stosownej informacji w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia uniemożliwia więc Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do uzupełnienia takich dokumentów. Tym samym brak jest podstaw do wystąpienia do wykonawcy z żądaniem uzupełnienia wymaganych dokumentów w kwestionowanym zakresie.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. a) i b) rozporządzenia 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:.....