

WYROK

Warszawa, dnia 29 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2024 r. przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Clima-Energy spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach przy ul. Oświęcimskiej 53 (41-400 Mysłowice), Efica spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach przy ul. Oświęcimskiej 53 (41-400 Mysłowice) oraz Climatronic spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie przy ul. Małobądzkiej 29 (42-500 Będzin) – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 1642/24;

B. wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ATUT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach przy ul. 1000-lecia Państwa Polskiego 30A (41-400 Mysłowice) – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 1657/24

w postępowaniu prowadzonym przez Polską Grupę Górniczą spółkę akcyjną z siedzibą w Katowicach przy ul. Powstańców 30 (40-039 Katowice)

przy udziale:

A. uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1642/24 –wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego ATUT spółki

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach przy ul. 1000-lecia Państwa Polskiego 30A (41-400 Mysłowice);

B. uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniach o sygn. akt KIO 1642/24 i KIO 1657/24 –wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Termospec spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żorach przy ul. Górniczej 10 (44-240 Żory), PG IMKiUS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kaczycach przy ul. Morcinka 7D (43-417 Kaczyce) oraz CFT Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach przy ul. Fabrycznej 7 (43-100 Tychy)

orzeka:

KIO 1642/24

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Clima-Energy spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach, Efica spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach oraz Climatronic spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez tego wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Clima-Energy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach, Efica spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach oraz Climatronic spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie na rzecz zamawiającego Polskiej Grupy Górniczej spółki akcyjnej z siedzibą w Katowicach kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 1657/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zadań nr 3, 4 i 5 zamówienia.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ATUT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego ATUT spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach na rzecz zamawiającego Polskiej Grupy Górniczej spółki akcyjnej z siedzibą w Katowicach kwotę w wysokości

3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 1642/24

KIO 1657/24

Uzasadnienie

Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U.

z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Dostawa fabrycznie nowych górniczych urządzeń chłodniczych i klimatycznych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. z podziałem na zadania o numerze referencyjnym: 462301269*, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 listopada 2023 r. pod numerem 00690702-2023.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

KIO 1642/24

W dniu 10 maja 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Clima-Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach, Efica Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach oraz Climatronic Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie (zwani dalej: „odwołującym I”) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili zamawiającemu, naruszenie art. 223 i art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez:

- brak uwzględnienia przez zamawiającego dokonanej przez wykonawcę korekty omyłki pisarskiej w złożonych dokumentach: Instrukcji obsługi: Nr OI/CHWW 450 CHŁODNICA WYPARNA WODY CHWW 450, Nr. CLI/02/KM URZĄDZENIE CHŁODNICZE TYPU KM 300, Nr. CLI/02/KM 320-350, URZĄDZENIE CHŁODNICZE TYPU KM 320 i 350;
- błędne uznanie przez zamawiającego, że doszło do niedopuszczalnego uzupełnienia oferty, pomimo że odwołujący pisemnym wyjaśnieniem z 11 kwietnia 2024 r. złożył dokument stanowiący przedmiotowy środek dowodowy, podlegający uzupełnieniu zgodnie z częścią XVIII SWZ, ponadto treść złożonego z wyjaśnieniami załącznika była merytorycznie tożsama z treścią Instrukcji złożonych wraz z ofertą, wyjąwszy skorygowaną omyłkę pisarską w zakresie wskazania na stronie tytułowej pani I. D. jako osoby, która zatwierdziła Instrukcję.

Odwołujący I wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia rozstrzygnięcia zamawiającego z 30 kwietnia 2024 r., w sprawie odrzucenia z postępowania przetargowego oferty odwołującego, względnie o uchylenie tego rozstrzygnięcia zamawiającego.

Odwołujący I w uzasadnieniu odwołania wyjaśnił, że zamawiający w dniu 30 kwietnia 2024 r., poinformował, że do udziału w aukcji elektronicznej nie zostanie zaproszony wykonawca, którego oferta zostaje odrzucona z postępowania, tj. m.in. odwołujący I. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty wskazano art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp, ponieważ wykonawcy złożyli dokumenty, których treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym zamawiający miał wskazać, że na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, wezwał odwołującego I do m.in. wyjaśnienia niezgodności w dołączonych do oferty dokumentach zgodnie z załącznikiem nr 1 (SOPZ), część XIII pkt 3 SWZ, tj.: Instrukcji obsługi: Nr OI/CHWW 450 CHŁODNICA WYPARNA WODY CHWW 450, Nr. CLI/02/KM URZĄDZENIE CHŁODNICZE TYPU KM 300, Nr. CLI/02/KM 320-350, URZĄDZENIE CHŁODNICZE TYPU KM 320 wskazane dokumenty zostały zatwierdzone przez panią I.D. Treść instrukcji obsługi, rysunki i zdjęcia są w znacznej

części tożsame

z instrukcją obsługi dla tego typu urządzeń, które zostały w latach ubiegłych dostarczone zamawiającemu przez firmę CLIMATRONIC. Odwołujący I wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie przyznał, że Instrukcje obsługi przekazane wraz z ofertą, były dołączone omyłkowo, a w załączeniu przedstawiono Instrukcje zgodne z załącznikiem – załącznik nr 1. Zamawiający uznał, że w jego ocenie doszło do uzupełnienia oferty co jest niedopuszczalne. Oferta zdaniem zamawiającego podlegała odrzuceniu na mocy art. 226 ust 1 pkt 5) Pzp.

Odwołujący I zarzucił powyższej decyzji zamawiającego, że podjęta została z naruszeniem postanowień art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz niewłaściwą ocenę skutków dokonanej przez odwołującego I drobnej korekty pisarskiej, bez jakiegokolwiek zmiany treści merytorycznej,

w instrukcjach obsługi urządzeń objętych ofertą, załączonych do oferty, jako stanowiących nową ofertę w rozumieniu art. 223 ust. 1 Pzp. Odwołujący I wyjaśnił, że firma Climatronic Sp. z o.o. w postępowaniu nie przedstawiła instrukcji podmiotu Climatronic I.D. Instrukcja obsługi była złożona prawidłowo. Była to Instrukcja opracowana przez firmę Climatronic Sp. z o.o.,

z omyłkami pisarskimi na co zwrócił uwagę zamawiający i wezwał do wyjaśnień. Omyłki pisarskie były poprawione w trybie wyjaśnień oferty, oferta nie była odrzucona – omyłki nie były istotnymi informacjami technicznymi ani formalnymi. Zdaniem odwołującego I zamawiający wysunął daleko idące i błędne wnioski łącząc oba te podmioty. Odwołujący I podkreślił, że nigdzie w ofercie nie wystąpił podmiot Climatronic I. D. Podmiot gospodarczy Climatronic I. D. został wykluczony z udziału w postępowaniu na 3 lata, a nie nazwa urządzeń np. „KM”. Odwołujący I wskazał przy tym, że firma CLIMATRONIC Sp. z o.o. jest producentem urządzeń chłodniczych KM 320, KM 350, CHWW 450, oraz CHP 300, CH 350, CHP 400. Na co były przedstawione ważne certyfikaty wydane przez notyfikowaną jednostkę. Instrukcje dostarczone wraz z ofertą były identyczne w zakresie merytorycznym z instrukcjami dostarczonymi w załączeniu do pisma wyjaśniającego z 17 kwietnia 2024 r. Korekty instrukcji dokonane w ramach procedury wyjaśniającej odnosiły się wyłącznie do usunięcia wzmianki, że osobą zatwierdzającą te instrukcje była I. D. Dla potwierdzenia tego odwołujący I przedstawił w załączeniu do odwołania dwie wersje instrukcji dla przykładowego urządzenia objętego ofertą. Takie stanowisko odwołującego I uzasadnione było jego zdaniem następującymi przesłankami faktycznymi i prawnymi.

Zgodnie z argumentami przedstawionymi przez odwołującego I w odwołaniu, Instrukcja obsługi nie stanowi dokumentu, który ma istotne znaczenie dla oferty i jej zgodności

z wymaganiami w jakimkolwiek zakresie merytorycznym, bowiem o tym decydują parametry użytkowe, jak na przykład wydajność agregatu chłodniczego, kubaturę wyrobisk jaką jest

w stanie schłodzić to urządzenie, zużycie materiałów wsadowych no i oczywiście cena. Czyli instrukcja nie jest czymś co decyduje o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

Ponadto odwołujący I podkreślił, że wskazana przez zamawiającego sprawa, stanowiła drobną pomyłkę pisarską, umieszczoną w dolnej części strony startowej i w związku z tym była usuwalna, co zresztą zostało zrobione. Stało się tak w wyniku zastosowania przez zamawiającego art. 223 ust. 1 Pzp. W toku badania i oceny ofert, zamawiający zażądał od odwołującego I wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, w piśmie z 11 kwietnia 2024 r. Wyjaśnienia te złożone zostały w piśmie z 17 kwietnia 2024 r., w którym przedstawiono zamawiającemu dokładnie takie same instrukcje, w których żadnych merytorycznych treści nie zmieniono, firmowanych przez członka konsorcjum odwołującego I, czyli Climatronic Sp. z o.o. i sporządzonych przez Prezesa Zarządu tej Spółki. Odwołujący I podkreślił, że w takcie czynności wyjaśniających, nie doszło między zamawiającym

i odwołującym I do jakiegokolwiek niedopuszczalnego prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany treści warunków oferty na tle wymagań ofertowych. W dniu 17 kwietnia 2024 r., odpowiadając na wezwanie zamawiającego, odwołujący przedłożył informację, że rzeczywiście instrukcja zawierała drobne i usuwalne pomyłki pisarskie, ale merytorycznie była prawidłowa i dostarczył zamawiającemu instrukcję poprawioną w zakresie drobnej pomyłki pisarskiej, przy czym absolutnie nie zachodziły okoliczności, o których mowa w art. 223 ust. 1 Pzp w postaci zmiany oferty, a jedynie można mówić o zaistnieniu okoliczności, o których mówi art. 187 Pzp, dopuszczający wezwanie wykonawców do uszczegółowienia, wyjaśnienia i ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, co oznacza, iż w toku badania

i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców uszczegółowienia, wyjaśnienia

i ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w opisie potrzeb i wymagań lub SWZ, co w przedmiotowym przypadku nie miało miejsca.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili: wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ATUT Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o

udzielenie zamówienia: Termospec Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach, PG IMKiUS Sp. z o.o. z siedzibą w Kaczycach oraz CFT Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach.

W dniu 27 maja 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku.

KIO 1657/24

W dniu 10 maja 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ATUT Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach (zwany dalej: „odwołującym II”) wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami Pzp czynność zamawiającego, polegającą na:

- odrzuceniu w dniu 30 kwietnia 2024 r. oferty i zaniechaniu zaproszenia odwołującego II się do udziału w aukcji elektronicznej;
- niewłaściwej ocenie przedłożonych przez odwołującego II dokumentów, a to wzorów deklaracji zgodności oraz certyfikatów badania typu UE, skutkującą przyjęciem, że odwołujący II nie dołączył: wzorów deklaracji zgodności WE producenta urządzeń dla zadania nr 1 i 2 oraz kopii certyfikatu badania typu WE;
- zaniechaniu precyzyjnego wezwania odwołującego II do złożenia konkretnych dokumentów lub wyjaśnień dotyczących złożonych wzorów deklaracji zgodności oraz kopii certyfikatów.

Odwołujący II zarzucił zamawiającemu, naruszenia mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 128 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego II, pomimo że:

- a) treść złożonej przez odwołującego II oferty była zgodna z warunkami zamówienia, w szczególności odwołujący II przedłożył zgodnie z częścią XIII pkt 1 i 2 załącznika nr 1 SWZ: (i) wzór deklaracji zgodności badania typu WE producenta urządzenia, (ii) kopię certyfikatu badania typu WE wydanego przez jednostkę notyfikowaną dla urządzeń budowy przeciwwybuchowej, ważne na dzień składania ofert;
- b) odwołujący II uzupełnił ofertę w reakcji na nieprecyzyjne wezwanie skierowane do niego przez zamawiającego z dnia 13 lutego 2024 r., które ograniczyło się w swojej treści do wezwania do uzupełnienia „Wymaganych dokumentów, które należy dołączyć do oferty zgodnie z Załącznikiem nr 1 (SOPZ), Część XIII SWZ”, nie wskazując konkretnie, które z dokumentów wymienionych w Części XIII SWZ odwołujący II miał uzupełnić;

nadto, z ostrożności procesowej:

2) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp art. 128 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego II do przedłożenia 5 wzorów deklaracji zgodności ze wskazanie treści wzoru, w szczególności oczekiwania dotyczącego wskazania nazwy konkretnych urządzeń mających stanowić przedmiot dostawy w poszczególnych zadaniach.

Odwołujący II wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności przez nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego II i zaproszenie odwołującego II do aukcji;

Ewentualnie

- ponowną ocenę oferty odwołującego II i precyzyjne wezwanie odwołującego II do złożenia konkretnych dokumentów lub do złożenia wyjaśnień czy wzory deklaracji zgodności UE przedstawione przez spółkę należy odnieść również do urządzeń dla zadania 1 i 2;

nadto z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek przyjęcia, że oferta odwołującego II nie była kompletna wyłącznie w części dotyczącej zadania 1 i 2:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty w części dotyczącej zadania nr 3, 4 i 5 odwołującego II i zaproszenie odwołującego II do aukcji w zakresie zadania nr 3, 4 i 5.

Odwołujący II wyjaśnił, że przysługiwał mu środek ochrony prawnej albowiem ma on interes w uzyskaniu zamówienia w ramach postępowania oraz może ponieść szkodę

w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Przemawiać miał za tym fakt, że w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, odwołujący II powinien zostać zaproszony do aukcji i jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia, a w konsekwencji na osiągnięciu korzyści ekonomicznej z jego realizacji.

W uzasadnieniu dla podniesionych zarzutów odwołujący II wyjaśnił, że pierwszą podstawą do odrzucenia jego oferty (przynajmniej w zakresie zadania nr 1 i 2) był stwierdzenie, że Odwołujący II nie przedłożył środka dowodowego – Wzoru deklaracji zgodności WE producenta urządzenia, (lub oświadczenie że deklaracja zostanie dostarczona w dniu dostawy). Ocena ta jest błędna ponieważ, w reakcji na wezwanie odwołujący II przesłał wraz z pismem z dnia 14 lutego 2024 r. wzory deklaracji zgodności UE dla kilku urządzeń. Tymczasem z perspektywy literalnego opisu i treści SWZ oraz

niedostatków wezwania, dostateczne było już przedłożenie jednego wzoru deklaracji zgodności UE. Konieczne było według odwołującego II w tym miejscu zwrócenie uwagi, że wzór deklaracji zgodności nie ma żadnej doniosłości prawnej. W praktyce wzór może nie zawierać oznaczenia czy nazwy urządzenia, w miejscu nazwy urządzenia lub dokumentacji technicznej może być wprowadzona przykładowa nazwa lub po prostu „XXX”, ewentualnie kropki. Znaczenie ma jedynie zapowiedź treści, z której ma wynikać, że urządzenie będzie zgodne właśnie z dyrektywą ATEX oraz dyrektywą maszynową, a także oznaczenie producenta. Oznacza to, że już przedłożenie przykładowego wzoru deklaracji zgodności dla jednego urządzenia było w pełni zgodne z SWZ, nawet pomijając wadliwe odniesienie do dyrektywy WE. Kluczowe z perspektywy zamawiającego było otrzymanie nie wzoru lecz deklaracji zgodności dotyczącej konkretnego dostarczanego urządzenia w momencie dostawy. Na etapie składania ofert w zasadzie analogiczną rolę spełniało oświadczenie składane w załączniku nr 3.3. Całkowicie błędna, zdaniem odwołującego II, była więc ocena zamawiającego, jakoby do oferty nie załączono wzoru ewentualnie załączono wzór dotyczący innych urządzeń. Taka jest istota wzoru, że nie odnosi się ona do konkretnego urządzenia, ponieważ urządzenie to nie istnieje jeszcze w momencie złożenia oferty lecz jest wynikiem cyklu produkcyjnego. Zamawiający wadliwie nadał wzorowi deklaracji zgodności charakteru dokumentu finalnego, czyli deklaracji zgodności.

W ocenie odwołującego II skoro, w reakcji na nieprecyzyjne wezwanie i niewłaściwe odniesienie się do deklaracji WE, przedłożył on przynajmniej jeden wzór deklaracji zgodności dla urządzenia tzn. że zrealizował wymogi stawiane przez zamawiającego. Jeżeli Zamawiający oczekiwał aby wykonawcy przedłożyli wzór deklaracji dla każdego urządzenia to powinien napisać o „wzorach”, a nie o wzorze deklaracji oraz powinien wskazać, co ma zawierać taki wzór, tzn. czy musi w sobie zawierać precyzyjne oznaczenie urządzenia, które ma stanowić przedmiot dostawy. Co więcej, wobec nieprecyzyjnej treści wezwania, zamawiający winien ponownie wezwać i wskazać, że wbrew treści SWZ oczekuje przedłożenia co najmniej 5 wzorów dla każdego z urządzeń z osobna. Zamawiający ewentualnie powinien wezwać odwołującego II do wyjaśnień w tym zakresie, w tym czy wzory są przykładowe i docelowo dostarczone zostaną deklaracje zgodności dla każdego z urządzeń na wzór tych które zostały przedłożone.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Termospec Sp. z o.o.
z siedzibą w Żorach, PG IMKiUS Sp. z o.o. z siedzibą w Kaczycach oraz CFT Polska Sp.
z o.o. z siedzibą w Tychach.

W dniu 27 maja 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie części 3,4,5 i wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie tj. w części 1 i 2.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez:

- wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ATUT Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1642/24;
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Termospec Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach, PG IMKiUS Sp. z o.o. z siedzibą w Kaczycach oraz CFT Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 1642/24 i KIO 1657/24.

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała oba odwołania na rozprawę w zakresie, który nie podlegał umorzeniu.

Izba uznała, że obaj odwołujący posiadali interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogli ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie sprawie o sygn. akt KIO 1657/24 tj. przed otwarciem rozprawy oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie części 3, 4 i 5 zamówienia.

Przystępujący w przedmiotowej sprawie tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Termospec Sp.

z o.o. z siedzibą w Żorach, PG IMKiUS Sp. z o.o. z siedzibą w Kaczycach oraz CFT Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, nie złożył oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w części, gdyż nie stawiał się na posiedzenie niejawne z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, pomimo prawidłowego zawiadomienia.

Zgodnie z art. 549 ust. 4 Pzp, niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów, a jego niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyższej wywołuje negatywne skutki procesowe. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawiał się na posiedzenie Izby wyznaczone na dzień 29 maja 2024 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części. Zauważyć bowiem należy, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości lub w części czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie oraz jego zakres. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów.

W związku z tym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 1657/24 w części uwzględnionej przez zamawiającego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na dwóch płytach CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniach 24 i 27 kwietnia 2024 r., w tym w szczególności:
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) wraz z załącznikami;
 - oferty złożone w postępowaniu;
 - wezwanie z dnia 13 lutego 2024 r. skierowane do odwołującego II;
 - pismo odwołującego II z dnia 14 lutego 2024 r. wraz z załącznikami stanowiące odpowiedź na powyżej wskazane wezwanie;
 - korespondencję z dnia 20 lutego 2024 r. prowadzoną za pośrednictwem poczty elektronicznej pomiędzy odwołującym II, a zamawiającym;
 - wezwanie z dnia 11 kwietnia 2024 r. skierowane do odwołującego I;
 - wyjaśnienia odwołującego I z dnia 17 kwietnia 2024 r. wraz z załącznikami złożone w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;
 - pismo z dnia 30 kwietnia 2024 r. skierowane do odwołującego I i II, w którym znajdowała się informacja wskazująca, że obaj wykonawcy nie zostali zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej w postępowaniu, a oferty złożone przez tych wykonawców zostały odrzucone;
- 2) załączniki do odwołania w sprawie KIO 1642/24;
- 3) załączniki do odwołania w sprawie KIO 1657/24;
- 4) dokumenty złożone na posiedzeniu przez odwołującego I.

Izba ustaliła co następuje

Postępowanie zostało podzielone na 5 części (zadań). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (zwany dalej jako: „SOPZ”) stanowił załącznik nr 1 do SWZ. Rozdział XIII SOPZ posiadał następującą treść:

XIII. WYMAGANE DOKUMENTY, KTÓRE NALEŻY DOŁĄCZYĆ DO OFERTY (DTR, DOPUSZCZĄCE CERTYFIKATY, DEKLARACJE ZGODNOŚCI, DEKLARACJE PRODUCENTA, ETC.):

1. Wzór deklaracji zgodności WE producenta urządzenia, (lub oświadczenie że deklaracja zostanie dostarczona w dniu dostawy).
2. Kopia certyfikatu badania typu WE wydanego przez jednostkę notyfikowaną dla urządzeń budowy przeciwwybuchowej, ważnego na dzień składania ofert. (lub oświadczenie że certyfikat badania typu WE zostanie dostarczona w dniu dostawy).
3. Wypisy z dokumentacji technicznych lub z instrukcji stosowania urządzeń – w języku polskim, zawierające m.in.:
 - a) parametry techniczne,
 - b) opis budowy i zasady działania,
 - c) przykładowe schematy ideowe sterowania urządzenia potwierdzające wymagania SWZ.

4. Dokumenty potwierdzające możliwość stosowania użytego czynnika chłodniczego w urządzeniach pracujących w podziemnych wyrobiskach górniczych karta charakterystyki dla czynnika chłodniczego,
5. Oświadczenie stwierdzające, że osoby, które będą wykonywać czynności gwarancyjne i serwisowe posiadają wymagane uprawnienia i stosowne upoważnienia do pracy w podziemnych zakładach górniczych, tj. odpowiednie kwalifikacje, aktualne badania okresowe, aktualne szkolenia BHP, przeszkolenie z zakresu użytkowania pochłaniaczy i aparatów ucieczkowych, posiadają wymagane ubezpieczenia oraz, że stosowne dokumenty potwierdzające powyższe kwalifikacje zostaną dostarczone osobie odpowiedzialnej za zamówienie ze strony kopalni wraz z dostawą urządzenia na kopalnię.
6. Oświadczenie Wykonawcy, że jest producentem oferowanego przedmiotu zamówienia lub, jeżeli Wykonawca nie jest producentem oferowanego przedmiotu zamówienia, dokumenty potwierdzające zdolność do nabycia przedmiotu zamówienia wskazanego w składanej ofercie, poprzez złożenie jednego z niżej wymienionych dokumentów:
- a) Oświadczenia producenta (podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania), o zapewnieniu Wykonawcę dostarczenia mu przedmiotu zamówienia w przypadku wyboru jego oferty w postępowaniu przetargowym lub
- b) aktualnej umowy dealerskiej z producentem przedmiotu zamówienia, obejmującej okres realizacji zamówienia lub
- c) aktualnych umów współpracy handlowej, z których jednoznacznie wynika, kto jest producentem urządzenia wraz z zapewnieniem dostarczenia urządzenia Wykonawcy w przypadku wyboru jego oferty w postępowaniu przetargowym.

Wymagane dokumenty, które należy dołączyć wraz z dostawą (DTR, dopuszczenia, certyfikaty, deklaracje zgodności, deklaracje producenta, etc.):

7. Dowód dostawy z wykazem kompletności dostaw przedmiotu zamówienia,
8. Protokół kompletności dostawy po zakończeniu dostaw przedmiotu zamówienia,
9. Deklaracja zgodności WE – oświadczenie Producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela,
10. Deklaracje zgodności WE dla urządzeń budowy przeciwybuchowej,
11. Kopie certyfikatów badania typu WE zgodności budowy przeciwybuchowej, ważnych na dzień dostawy, instrukcja urządzenia – 3 egz. i 1 egz. dodatkowy na nośniku elektronicznym zawierającą m.in.:
- a) parametry techniczne,
- b) opis budowy i zasady działania – schematy głównych układów mechanicznych i elektrycznych,
- c) rysunki: zestawieniowy oraz z wymiarami gabarytowymi w trzech rzutach, głównych podzespołów przygotowanych do transportu, z naniesionymi środkami ciężkości,
- d) instrukcję transportu elementów przedmiotu zamówienia na platformach transportowych i zestawach transportowych kolejek podwieszanych,
- e) katalog części zamiennych (także w arkuszu kalkulacyjnym np. Microsoft Excell),
12. dokumentacja techniczna odbioru dla urządzeń ciśnieniowych
13. wykaz zamienników na rodzaj czynnika chłodzącego stosowanego w chłodzarce
14. karta gwarancyjna wraz ze szczegółami gwarancji i warunkami serwisu gwarancyjnego,
15. inne dokumenty niezbędne do odbioru urządzenia w miejscu zabudowy przez jednostkę uprawnioną do przeprowadzania badań, określoną w załączniku nr 3 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych.

Pismem z dnia 13 lutego 2024 r. zamawiający, na podstawie art. 128 Pzp, wezwał odwołującego II do uzupełnienia: Wymaganych dokumentów, które należy dołączyć do oferty zgodnie z Załącznikiem nr 1 (SOPZ), Część XIII SWZ.

Odwołujący II pismem z dnia 14 lutego 2024 r. odpowiedział na powyżej wskazane wezwanie i wraz z tym pismem uzupełnił dokumenty, o których mowa w rozdziale XIII SOPZ.

W dniu 20 lutego 2024 r. odwołujący II za pośrednictwem poczty elektronicznej uzupełnił dokumentację przesłaną wraz z pismem z dnia 14 lutego 2024 r. Odwołujący

w treści wiadomości e-mail wskazał m. in.: W przesłanych dokumentach do uzupełnienia do postępowania 462301269 przy składaniu pliku deklaracje.pdf w naszym oprogramowaniu nastąpiła omyłka. Zamiast deklaracji urządzeń klimatyzacyjnych UKAS-300 i UKAS -350 program dołączył kolejny raz deklaracje chłodnicy wyparnej zamiast wspomnianych plików. Przesyłamy poprawiony plik deklaracje.pdf, jednocześnie przepraszamy za zaistniałą pomyłkę.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2024 r. zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, wezwał odwołującego I wyjaśnień. W treści wezwania zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający żąda przedłożenia stosownych wyjaśnień w zakresie:

1) Instrukcji obsługi: Nr 01/CHWW 450 CHŁODNICA WYPARNA WODY CHWW 450, Nr. CLI/02/KM : URZĄDZENIE CHŁODNICZE TYPU KM 300, Nr. CLI/02/KM 320-350 URZĄDZENIE CHŁODNICZE TYPU KI 350, wskazane dokumenty zostały zatwierdzone przez I(...) D(...). Treść instrukcji obsługi, rysunki i zdjęcia są w znacznej części tożsame z instrukcją obsługi dla tego typu urządzeń, które zostały w latach ubiegłych dostarczone Zamawiającemu przez firmę CLIMATRONIC I(...) D(...).

Odwolujący I pismem z dnia 17 kwietnia 2024 r. odpowiedział na powyżej wskazane wezwanie. W pkt 1 przedmiotowych wyjaśnień odwołujący I wskazał:

Ad. 1. Instrukcje obsługi starego typu były dołączone omyłkowo, obecnie przedstawiamy Państwu Instrukcje zgodne z załącznikiem – załącznik nr 1.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2024 r. zamawiający poinformował obu odwołujących, że nie zostaną zaproszeni do aukcji elektronicznej, a ich oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia ofert odwołującego I i II zamawiający wskazał:

Uzasadnienie faktyczne:

1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ATUT Sp. z o.o.

Na podstawie art. 128 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wezwał do uzupełnienia wymaganych dokumentów, które należało dołączyć do oferty zgodnie z Załącznikiem nr 1 (SOPZ), Część XIII SWZ.

Wykonawca częściowo uzupełnił w terminie dokumenty, o którym mowa w Załączniku nr 1 (SOPZ), Część XIII pkt 1 SWZ:

Wzór deklaracji zgodności WE producenta urządzenia, (lub oświadczenie że deklaracja zostanie dostarczona w dniu dostawy).

Dołączono deklaracje dla Zadania nr 3, 4 oraz 5, nie przedłożono dokumentów obejmujących Zadanie nr 1 oraz 2. Dodatkowo dołączono deklaracje niepodlegające ocenie, ponieważ nie obejmują przedmiotu zamówienia.

Wykonawca niekompletnie uzupełnił dokumenty, o których mowa w Załączniku nr 1 (SOPZ), Część XIII pkt 2 SWZ:

Kopia certyfikatu badania typu WE wydanego przez jednostkę notyfikowaną dla urządzeń budowy przeciwwybuchowej, ważnego na dzień składania ofert. (lub oświadczenie że certyfikat badania typu WE zostanie dostarczona w dniu dostawy).

Dostarczone dokumenty przedstawiały wybrane podzespoły wchodzące w skład urządzeń, brak przedstawienia certyfikatów na całą maszynę.

2. Konsorcjum firm: CLIMA-ENERGY Sp. z o.o., Efica Sp. z o.o., Climatronic Sp. z o.o.

Na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wezwał do wyjaśnienia niezgodności w dołączonych do oferty dokumentach zgodnie z Załącznikiem nr 1 (SOPZ), Część XIII pkt 3 SWZ, tj.:

Instrukcji obsługi: Nr 01/CHWW 450 CHŁODNICA WYPARNA WODY CHWW 450, Nr. CLI/02/KM 300 URZĄDZENIE CHŁODNICZE TYPU KM 300, Nr. CLI/02/KM 320-350, URZĄDZENIE CHŁODNICZE TYPU KM 320 i 350, wskazane dokumenty zostały zatwierdzone przez I(...) D(...). Treść instrukcji obsługi, rysunki i zdjęcia są w znacznej części tożsame z instrukcją obsługi dla tego typu urządzeń, które zostały w latach ubiegłych dostarczone Zamawiającemu przez firmę CLIMATRONIC I(...) D(...).

Dodatkowo w podsumowaniu treści wezwania Zamawiający przedstawił:

Wykonawca w Oświadczeniu do załącznika nr 1 do SWZ, pkt 2 potwierdził, że jest producentem oferowanego przedmiotu zamówienia. Z dokumentów wynika, że producentem przedstawionych urządzeń jest firma CLIMATRONIC I(...) D(...) która została wykluczona

z możliwości wzięcia udziału w postępowaniach Zamawiającego na okres 3 lat. Zamawiający wzywa do wyjaśnienia rozbieżności opisanych powyżej, a w szczególności:

- zbieżności w zakresie treści dokumentów, o których mowa powyżej,
- oznaczenia typu urządzenia, które jest tożsame z urządzeniem produkowanym i dostarczonym przez CLIMATRONIC I(...) D(...)

W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca przyznał:

Instrukcje obsługi starego typu były dołączone omyłkowo, obecnie przedstawiamy Państwu Instrukcje zgodne z załącznikiem – załącznik nr 1.

Wykonawca wraz z wyjaśnieniem dostarczył instrukcje zgodne z załącznikiem – (załącznik nr 1), tak więc doszło do uzupełnienia oferty co jest niedopuszczalne.

Oferta została złożona bez właściwych instrukcji, jest niezgodna z warunkami zamówienia

i podlega odrzuceniu na mocy art. 226 ust 1 pkt 5) Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*

- art. 223 Pzp – 1. *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 wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

2. *Zamawiający poprawia w ofercie:*

1) *oczywiste omyłki pisarskie,*

2) *oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,*

3) *inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty*

– *niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*

3. *W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.;*

- art. 128 ust. 1 i 4 Pzp – 1. *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, 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.*

(...)

4. *Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia,*

o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

KIO 1642/24

W ramach przedmiotowej sprawy Izba w pełnej rozciągłości przyjęła stanowisko zamawiającego, uznając je za zasadne. W związku z tym, jak słusznie argumentował zamawiający, z treści SWZ a dokładniej z załącznika nr 1 (SOPZ) rozdziału XIII pkt 3 wynikało, że wykonawcy do oferty byli zobowiązani dołączyć m. in. *wypisy z dokumentacji technicznych lub z instrukcji stosowania urządzeń*. Wskazanych w rozdziale XIII SOPZ dokumentów zamawiający nie zakwalifikował do przedmiotowych środków dowodowych. Przedmiotowe środki dowodowe zostały opisane w rozdziale IX SWZ. Tym samym wymagany wraz z ofertą wypis z dokumentacji technicznej lub z instrukcji stosowania urządzeń, stanowił integralną treść oferty. W związku z tym powyżej wskazany dokument nie podlegał uzupełnieniu.

W ofercie złożonej przez odwołującego I znajdowały się m. in. następujące dokumenty:

- Instrukcja obsługi Nr 01/CHWW 450 – chłodnica wyparna wody CHWW 450;

- Instrukcja obsługi nr CL/02/KM 320-350 – urządzenie chłodnicze typu KM 320 – 350;

- Instrukcja obsługi nr CL/02/KM 300 – urządzenie chłodnicze typu KM 300.

Wymienione powyżej dokumenty zostały zatwierdzone przez panią I. D. Zamawiający powziął wątpliwości co do tego czy były to instrukcje dotyczące oferowanych dla każdego zadania urządzeń, których producentem zgodnie z oświadczeniem złożonym z ofertą miał być członek konsorcjum odwołującego I – Climatron Sp. z o.o. W związku z tym pismem z 11 kwietnia 2024 r. zamawiający wezwał odwołującego I do złożenia wyjaśnień w tym zakresie wskazując na przyczynę wątpliwości (pkt 1 wezwania) tj. zbieżność w znacznej części przedłożonej instrukcji z instrukcjami dotyczącymi innego urządzenia produkowanego przez innego producenta – firmę Climatron I. D. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, odwołujący I w piśmie z 17 kwietnia 2024 r. wskazał (Ad. pkt 1 odpowiedzi), że *Instrukcje obsługi starego typu były załączone omyłkowo, obecnie przedstawiamy Państwu instrukcje zgodne z załącznikiem.*

W tym miejscu należało wskazać, że Izba rozpoznając odwołanie ocenia czynności zamawiającego, które dotyczą podniesionych zarzutów. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, szczególnie mając na uwadze odpowiedź odwołującego I, skład orzekający uznał, że zamawiający nie naruszył przepisów Pzp i prawidłowo odrzucił ofertę

odwołującego I, jako niezgodną z warunkami zamówienia. Odpowiedź udzielona przez odwołującego I stanowiła bowiem jednoznaczne potwierdzenie, że instrukcje załączone do oferty nie były instrukcjami aktualnymi, które dotyczyły urządzeń zaoferowanych w postępowaniu. Odwołujący I wprost wskazał, że wraz z ofertą złożył *instrukcje starego typu*. Ponadto wyjaśnił, że powinny być załączone inne instrukcje, gdyż te poprzednie załączył omyłkowo. Jednocześnie odwołujący I uzupełnił ofertę o właściwe jego zdaniem instrukcje. Zamawiający prawidłowo ocenił działanie odwołującego I jako niedopuszczalne uzupełnienie oferty. Oferta została bowiem zmieniona poprzez złożenie, po terminie składania ofert, innych instrukcji niż złożone wraz

z ofertą, przy czym sam odwołujący I w wyjaśnieniach z 17 kwietnia 2024 r. przyznał, że te złożone wraz z ofertą nie były instrukcjami właściwymi. Takie działanie odwołującego I wykraczało poza zakres dopuszczalnych wyjaśnień wynikających z art. 223 ust 1 Pzp. Działania podjętych przez odwołującego I nie można też było potraktować jako poprawienia omyłki (oczywistej omyłki pisarskiej, oczywistej omyłki rachunkowej czy tzw. innej omyłki), gdyż tych poprawek może dokonać zamawiający, co w tym przypadku było niemożliwe, gdyż zamawiający po prostu nie dysponował właściwym dokumentem – wymaganymi instrukcjami. Zamawiający nie mógł więc tych instrukcji poprawiać, bez uzyskania nowych – właściwych instrukcji od odwołującego I dla każdego zadania. Warto przy tym po raz kolejny z dnia 17 kwietnia 2024 r. sprowadzała się do złożenia nowych instrukcji z krótkim wskazaniem, że odwołujący I przedstawił nowe instrukcje ponieważ wraz z ofertą omyłkowo złożył instrukcje obsługi starego typu. W tych okolicznościach jedynym słusznym wnioskiem jaki mógł wyciągnąć zamawiający z odpowiedzi odwołującego I było stwierdzenie, że instrukcje załączone do oferty nie były instrukcjami aktualnymi. W związku z powyższym zamawiający zasadnie stwierdził, że działania odwołującego I stanowiły zabronione uzupełnienie oferty. Zamawiający poza tym słuszenie zwrócił uwagę, że dane zawarte

w instrukcjach stanowiły m. in. podstawę oceny zgodności oferty wykonawcy z SWZ. Nie mając instrukcji właściwej – dokonanie takiej oceny było niemożliwe.

W tej sytuacji zamawiający nie mógł także oprzeć się o przepisy art. 107 Pzp, gdyż zgodnie z SWZ instrukcje nie były przedmiotowym środkiem dowodowym, w związku z tym nie podlegały uzupełnieniu, nawet gdyby zamawiający przewidział taką możliwość. Wbrew sugestii odwołującego I, zamawiający nie mógł zastosować w okolicznościach przedmiotowej sprawy również art. 187 Pzp, gdyż ten przepis dotyczy trybu dialogu konkurencyjnego, z którego w tym postępowaniu zamawiający nie korzystał.

Tym samym zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego I, jako niezgodną z warunkami zamówienia, gdyż niemożliwe było zaakceptowanie uzupełnienia po terminie składania ofert przez odwołującego I właściwej instrukcji żądanej wraz z ofertą. W związku z powyższym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 223 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

KIO 1657/24

W przedmiotowej sprawie kluczową czynnością zamawiającego okazało się wezwanie z dnia 13 lutego 2024 r. skierowane do odwołującego II w związku

z uzupełnieniem dokumentów wymienionych w rozdziale XIII SOPZ. Czynność ta w związku z rozpoznaniem tej sprawy doprowadziła do dość rzadko spotykanej sytuacji procesowej,

w której z jednej strony nie była ona kwestionowana w odwołaniu i nie było zarzutów w tym zakresie, natomiast z drugiej strony zamawiający przyznał i oświadczył na rozprawie, że przedmiotowa czynność była nieprawidłowa. Zamawiający stanął na stanowisku, że nie miał podstawy prawnej do uzupełnienia dokumentów wymienionych w rozdziale XIII SOPZ, ponieważ stanowiły one treść oferty. Warto przy tym dodać, że okoliczność ta została przesądzona w przy okazji sprawy o sygn. akt 1642/24. W tamtej sprawie odwołujący I został wezwany do wyjaśnienia treści oferty, a w wyniku tego wezwania uzupełnił dokumenty określone w rozdziale XIII SOPZ. Zamawiający potraktował złożone przez odwołującego I dokumenty jako niedopuszczalne uzupełnienie treści oferty i w związku z tym odrzucił ofertę tego wykonawcy. Sąd orzekający przyznał rację działaniom zamawiającego i oddalił odwołanie w sprawie KIO 1642/24. W konsekwencji oddalenia odwołania w sprawie KIO 1642/24 Izba nie mogła przyznać racji argumentacji odwołującego II. Odwołujący II nie mógł skutecznie uzupełnić dokumentów stanowiących treść oferty. Poza tym Izba z jednej strony nie mogła ocenić czynności, której nie dotyczyło odwołanie, ale z drugiej strony nie mogła pominąć stanowiska procesowego zamawiającego. Jak wskazano powyżej zamawiający oświadczył na rozprawie, że czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 13 lutego 2024 r. była nieprawidłowa. Oświadczenie zamawiającego w tej materii sąd orzekający potraktował jako przejaw obowiązku podejmowania czynności zgodnie z Pzp,

a przez to jako działanie zmierzające do sanowania czynności niezgodnej z prawem. Zamawiający ma oczywisty obowiązek działania zgodnie z przepisami Pzp i w sytuacji,

w której uzna, że dokonał czynności niezgodnie z tą ustawą, to powinien podjąć działania, które pozwolą mu na poprawienie lub usunięcie nieprawidłowych czynności. Drogą do osiągnięcia tego celu może być, tak jak to było w tym

przypadku, oświadczenie złożone podczas rozprawy tj. złożone w ramach toczącego się postępowania odwoławczego. W takiej sytuacji, na potrzeby rozstrzygnięcia, oświadczenie złożone w ramach postępowania odwoławczego należy potraktować jako zmianę lub unieważnienie wcześniejszej czynności. W związku z tym Izba zwróciła uwagę na dyspozycję zawartą w art. 552 ust. 1 Pzp, która stanowi, że wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Rolą ww. przepisu – podobnie jak przy interpretacji art. 316 § 1 k.p.c. zgodnie z którym sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy, o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 Pzp – należy analogicznie – jak w art. 316 § 1 k.p.c., interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia. Ponadto w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było pominąć zasad systemu zamówień publicznych określonych w art. 16 Pzp, w tym przede wszystkim zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro przy okazji sprawy o sygn. akt KIO 1642/24 Izba przesądziła, że dokumenty wskazane w rozdziale XIII SOPZ stanowiły treść oferty przez co ich uzupełnienie było niedopuszczalne, to niedopuszczalne było również uznanie, że inny wykonawca, w tym wypadku odwołujący II, mógł wywodzić korzystne dla siebie skutki prawne z czynności, która została w innej sprawie potraktowana przez Izbę jako nieprawidłowa. W związku z powyższym zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego II w ramach części 1 i 2 zamówienia.

Abstrahując od powyższego, na marginesie Izba stwierdziła, że zasadnicza część argumentacji odwołującego II odnosiła się do treści SWZ i jej niejasności i w tym zakresie była to argumentacja spóźniona. Nie ulegało wątpliwości, że odwołujący II został poinformowany w rozdziale XIII SOPZ, stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ jakie dokumenty powinny zostać złożone wraz z ofertą. Nie ulegało też wątpliwości, że dokumenty te nie zostały złożone w wymagany sposób. Nie mogła ostać się argumentacja wskazująca, że odwołujący II nie zrozumiał, że w miejsce wskazanych w rozdziale XIII SOPZ deklaracji WE mógł złożyć deklaracje UE. Była to wiedza powszechna. Także z treści samego odwołania wynikało, że odwołujący II doskonale rozumiał relacje tych pojęć. Potwierdzał to także fakt, że dla części 3-5 odwołujący II rozumiał o jakie deklaracje chodziło i przesłał deklaracje zgodności UE (mimo iż SWZ wskazywał na WE), zaś dla części 1-2 przy identycznym wymogu – nie rozumiał treści wezwania. Zamawiający zwrócił również uwagę, że w miejsce deklaracji WE zgodnie z rozdziałem XIII SOPZ można było złożyć oświadczenie, że deklaracja zostanie złożona wraz z dostawą. Takiego oświadczenia odwołujący II także nie złożył. Dodatkowo zamawiający zasadnie na rozprawie zwrócił uwagę na korespondencję mailową znajdującą się w aktach sprawy, tj. na mail z 20 lutego 2024 r. skierowany od odwołującego II do zamawiającego. Z tego maila wynikało, że odwołujący II zdawał sobie sprawę, że nie złożył dokumentów dla urządzeń klimatyzacyjnych i w wyniku tego złożył poprawiony plik obejmujący deklaracje dla tych urządzeń, których nie dotyczyło uzupełnienie z dnia 14 lutego 2024 r. Urządzenia, o których mowa w tej korespondencji dotyczyły części 1 i 2 zamówienia. Argument dotyczący korespondencji mailowej z dnia 20 lutego 2024 r. potwierdził, że odwołujący II rozumiał zarówno postanowienia rozdziału XIII SOPZ, jak i treść wezwania z dnia 13 lutego 2024 r. W związku z tym stanowisko odwołującego II wskazujące na nieprecyzyjność tego wezwania Izba potraktowała jako argumentację sporządzoną wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego. Reasumując Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 128 ust. 1 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 128 ust. 4 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że oba odwołania podlegały oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

Ponadto Izba wskazała, że podstawą wydania orzeczenia łącznego w sprawach o sygn. akt KIO 1642/24 i KIO 1657/24, był art. 556 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisów od obu odwołań i koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz odwołującego I oraz zasądzając od obu odwołujących na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika (3 600 zł od odwołującego I i 3 600 zł od odwołującego II) – na podstawie rachunków złożonych na rozprawie.

Przewodniczący:.....