Sygn. akt: KIO 3393/23

WYROK

z dnia 28 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Irmina Pawlik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2023 r. przez wykonawcę Resbuild Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Izbę Administracji Skarbowej w Rzeszowie

przy udziale wykonawcy Texom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego Resbuild Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie 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;

2.2.zasądza od odwołującego Resbuild Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowiena rzecz zamawiającego Skarbu Państwa - Izby Administracji Skarbowej w Rzeszowiekwotę 4 370 zł 50 gr (słownie: cztery tysiące trzysta siedemdziesiąt złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 3393/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Rzeszowie (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji pn. „Modernizacja budynku biurowego Urzędu Skarbowego oraz budowa wolnostojącego budynku garażowego z przebudową przyległego parkingu w Sanoku przy ul. Kiczury 16" (znak sprawy: 1801-ILZ.260.53.2023).Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 września 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00397344/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm. dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 13 listopada 2023 r. wykonawca Resbuild Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Texom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Przystępujący") w następstwie czego Przystępujący został zaproszony do negocjacji pomimo, iż jego oferta winna podlegać odrzuceniu, zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, zaniechania żądania od Odwołującego wyjaśnień w zakresie treści złożonych przedmiotowych środków dowodowych. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 275 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy treść oferty nie odpowiada treści SWZ w zakresie oferowanych parametrów i rozwiązań,

2.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, mimo iż oferta Odwołującego spełniała te warunki,

3.art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych,

4.art. 107 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści przedmiotowych środków dowodowych,

5.art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego, ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut 1 Odwołujący wskazał na pkt 9 SWZ dotyczący przedmiotowych środków dowodowych wymaganych do złożenia wraz z ofertą, jak i na pkt 4 załącznika nr 10 do SWZ, w którym Zamawiający wymagał dla żaluzji w serwerowni m.in. spełnienia parametru: *„Pancerz składający się z aluminiowych lameli o szerokości ok. 5.2 mm.”.* Odwołujący podniósł, iż Przystępujący zaoferował żaluzje producenta: *„DOOR FILIPEK, R/PE55/SV/6244 - Żaluzja zwijana o zwiększonej odporności na włamanie w klasie RC3 systemu”* opisując następująco oferowany produkt: *„Żaluzje zewnętrzne aluminiowe zwijane; Odporność na włamanie: klasa RC3; Szerokość lameli: 55 mm; Siłownik sterowany na pilota (…)”*. Odwołujący zauważył, że zaoferowana przez Przystępującego szerokość lamela 55 mm znalazła dodatkowo potwierdzenie w załączonej przez Przystępującego deklaracji właściwości pro-duktu. Przystępujący w trakcie postępowania przetargowego nie składał pytań w tym zakresie. Odwołujący dodatkowo wskazał na zawarte w pkt. od 4.12.- 4.14. SWZ postanowienia dotyczące równoważności, podkreślając, że Przystępującywskazał w ofercie iż do wykonania przedmiotu zamówienia nie będzie stosował rozwiązań równoważnych. W ocenie Odwołującego analiza treści oferty, jak również czynności podejmowanych przez Zamawiającego prowadzi do wniosku, iż treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści SWZ bowiem Przystępujący nie zaoferował przedmiotu zamówienia, który spełniałby wymagania określone przez Zamawiającego, w tym także równoważności. Wobec powyższego oferta Przystępującego winna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzuty 2-4, odnosząc się do niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w zakresie poz. 1 Załącznika nr 10 do SWZ, w odwołaniu wskazano, iżZamawiający opisał przedmiot zamówienia następująco: *„wełna mineralna z włókien szklanych z welonem szklanym; gr. wełny 15 cm, współczynnik przewodzenia ciepła λD ≤ 0,034 W/Mk”11*, Odwołujący zaś w ofercie oraz karcie katalogowej zaproponował: *„Wełnę mineralną Rockwool Ventirock F Plus z włókniną szklaną o pa-rametrach Współczynnik przewodzenia ciepła 0,034 W/mK, gęstość nominalna 65kg/m3”.* Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w tym zakresie wyjaśnił iż: *„Wykonawca wskazał w swojej ofercie wełnę mineralną Rockwool (…), która jest wełną skalną i nie spełnia ona wymagań wełny jaką określił Zamawiający w dokumentacji.”* Odwołujący podniósł, iż produkt zaoferowany przez Odwołującego stanowi niewątpliwie asortyment o wyższych parametrach niż ten wskazany w SWZ wobec czego przesłanka odrzucenia oferty w tym zakresie jest niezgodna z ustawą Pzp.

W zakresie niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w poz. 5 Załącznika nr 10 do SWZ Odwołujący podniósł, iż Zmawiający wymagał: *„drzwi typ: teleskopowego 3- panelo-wego”15*. Odwołujący zaś wskazał drzwi teleskopowe 3- panelowe, jednak dołączył kartę katalogową zawierającą opis dla drzwi teleskopowych 2-panelowych. Zamawiający również w tym zakresie uznał, iż oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu.

W zakresie niezgodności oferty Odwołującego z wymaganiami Zamawiającego - okna i drzwi (podanie innych wymiarów niż wymagane), Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w SWZ określił następujące wymagania: okna zewnętrzne O4 i O5: *„okna o współczynniku przenikania ciepła nie większym niż Uw = 0,9 W/m2K”,19,* drzwi zewnętrzne Dz1 i Dz2: *„drzwi aluminiowe o współczynniku przenikania ciepła nie większym niż Uw = 1,3 W/m2K”,20,* Odwołujący zaś zaoferował: okna zewnętrzne O4 i O5: *„Okno MB-79N Szklenie 4/18/4/18/4 + panel 52mm Kolor RAL7047MAT U≤0,9”21,* drzwi zewnętrzne Dz1 i Dz2: *„DZ1: Drzwi MB-78EI Wypełnienie panel EI60 górą szklenie 4ESG/18/EI60 Kolor RAL 7047 Klamko-klamka zamek standard samozamykacz. U≤1,3 DZ2: Drzwi MB-79N Wypełnienie Panel z blachy ocynk Kolor RAL 7047 Klamko-klamka zamek standard. U≤1,3”22,* co zostało dodatkowo potwierdzone przedmiotowymi środkami dowodowymi. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał iż karta katalogowa dla drzwi i okien zawiera inne wymiary niż wymagane. Odwołujący wskazał, że zgodnie z praktyką budowlaną wymiary drzwi i okien są ostatecznie konkretyzowane na etapie czynności budowlanych, z związku z czym podawanie ich wymiarów na etapie ofertowania może mieć charakter wyłącznie orientacyjny.

Odwołujący wskazał ponadto, iż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego ponieważ załączone przez niego karty katalogowe żaluzji w serwerowni oraz dźwigu osobowego nie potwierdzały wszystkich wymaganych parametrów, jednak Zamawiający nie określił jakich dokładnie parametrów Odwołujący nie potwierdził. Odwołujący wskazał, iż przedmiotowe środki dowodowe, których definicja została zawarta w art. 7 pkt 20 ustawy Pzp mogą pełnić dwojaką funkcję: i) stanowić część oferty jeżeli Zmawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, ii) nie stanowić części oferty jeżeli Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. W zależności od tego jaki element SWZ przedmiotowy środek dowodowy ma potwierdzić, ewentualne wezwanie wykonawcy do jego przedłożenia, uzupełnienia lub wyjaśnienia może być oparte na art. 107 lub 223 ustawy Pzp, jednak jeżeli przedmiotowy środek

dowodowy ma potwierdzić zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, Zamawiający, stosownie do art. 107 ust. 3 ustawy Pzp, nie może żądać ich złożenia lub uzupełnienia - możliwe jest jedynie złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Odwołujący wskazał, iż w niniejszej sprawie Zmawiający wymagał przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Dodatkowo Odwołujący wskazał na pkt 9.3 i 9.4 SWZ. Podniósł, iż w przypadku gdy wg oceny Zamawiającego doszło do pojawienia się niejasności w zakresie interpretacji kart katalogowych, Zamawiający winien w celu uzyskania dodatkowych informacji - co w przypadkach wątpliwości lub niejasności co do ich treści pozwoliłoby Zamawiającemu dokonać należytej oceny oferty Odwołującego - wezwać Odwołującego na podstawie art. 107 ust 4 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie. Przepis ten co prawda nie nakłada obowiązku na Zamawiającego zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień jednak na Zamawiającym jako podmiocie publicznym ciąży obowiązek rzetelnego prowadzenia postępowania. Ewentualne zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśniania treści przedmiotowego środka dowodowego - jeżeli jest to konieczne - i w rezultacie dokonanie oceny ofert w sposób nierzetelny, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. Odwołujący powołał się także na art. 107 ust. 2 ustawy Pzp podkreślając, że Zamawiający przewidział możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych jeżeli są one niekompletne, zatem na podstawie art. 107 ust 2 ustawy Pzp winien wezwać Odwołującego do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Uzasadniając zarzut 5 Odwołujący wskazał, iż powyższe uchybienia stanowią także naruszenie art. 16 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający nie przeprowadził postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto dopuścił do negocjacji ofertę, która powinna być odrzucona, w tym z przyczyn wskazanych w treści odwołania.

Zamawiający w dniu 23 listopada 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W piśmie Zamawiający odnośnie zarzutu 1 wskazał w szczególności, iż określając szerokość lameli w żaluzjach w serwerowni, wskazał szerokość lameli „ok. 5.2 mm". Taka wartość szerokości lameli stanowi oczywistą omyłkę Zamawiającego. Już na pierwszy rzut oka można stwierdzić, że umieszczenie przez Zamawiającego w treści Załącznika nr 10 do SWZ kropki pomiędzy 5 i 2 było błędne. Błąd ten został powielony za dokumentacją projektową. Projektant potwierdził swoją oczywistą omyłkę pisarską jw. w dokumentacji projektowej. Projektant chciał użyć żaluzji z lamelami o szerokości ok. 52 mm jako typowych i ogólnie dostępnych na rynku. Na rynku nie są dostępne żaluzje o szerokości lameli 5.2 mm. Dodać należy, że nawet osoba, która nie ma wiedzy specjalnej dotyczącej żaluzji dostrzeże ten błąd. Zamawiający dodał, że określając szerokość lameli w żaluzjach w serwerowni, nie wskazał dokładnego zakresu szerokości panelu a jedynie wskazał szerokość jako „ok. 5.2 mm". Określając szerokość jako „około" Zamawiający nie podawał precyzyjnie żądanej wartości, a jedynie wskazywał na wartość orientacyjną - w przybliżeniu. Treść ofert Wykonawców wskazuje, że dostatecznie rozpoznali wolę Zamawiającego, oferując w większości żaluzje z lamelem o szerokości 55 mm, czyli ok. 52 mm, gdyż wg słownika języka polskiego synonimy słowa „około" to: koło, niedokładnie, mniej więcej, szacunkowo, w przybliżeniu, lekko licząc, coś koło tego. Odwołujący także zaproponował żaluzje z profilem o szerokości lamela 55 mm systemu Aluprof. Wobec oczywistości omyłki dla Wykonawców jasnym jest rzeczywista wola Zamawiającego. Istotnym jest, że oczywista omyłka w dokumentacji Zamawiającego nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne. Wobec ugruntowanego stanowiska w orzecznictwie KIO ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający nie odrzucił żadnej oferty z powodu niezgodnej z warunkami zamówienia szerokości lameli w żaluzjach w serwerowni.

Odnosząc się do zarzutu 2 odwołania dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Wyjaśnił, iż Odwołujący wskazał w swojej ofercie wełnę mineralną Rockwool Ventirock F Plus z włókniną szklaną, która jest wełną skalną i nie spełnia ona wymagań wełny jaką określił Zamawiający w dokumentacji. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, iż zaoferowany produkt stanowi asortyment o niewątpliwie wyższych parametrach niż ten wskazany w SWZ, Zamawiający podniósł, iż w pkt 4.12 SWZ określił, że nie dopuszcza produktów równoważnych. Wobec powyższego, oceny zgodności oferty z przedmiotem zamówienia należało dokonać w oparciu o wskazane w dokumentacji zamówienia parametry. Parametry te zostały jednoznacznie i precyzyjnie opisane, zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wobec czego niezasadnym jest dopuszczenie produktów innych aniżeli wymagane w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał na konkretny produkt, mając na uwadze zastosowanie wymaganej wełny szklanej z welonem w ramach izolacji ścian. Wełna ta miała na celu zmniejszenie wagi tej izolacji w celu odciążenia konstrukcji ścian (wełna skalna jest znacznie cięższa). Dodatkowym atutem wybranego przez Zamawiającego materiału była jego większa elastyczność, czyli lepsze dostosowanie do nierówności ścian istniejących (wełna skalna jest mniej elastyczna). Ponadto produkcja wełny skalnej wymaga większej ilości energii, a co za tym idzie generuje większą emisję gazów

cieplarnianych.

Dalej Zamawiający wskazał, iż zgodnie z pozycją lp. 5 załącznika nr 10 do SWZ Zamawiający dla dźwigu osobowego wymagał zaoferowania drzwi teleskopowych trzypanelowych. Wykonawca wskazał w swojej ofercie drzwi teleskopowe trzypanelowe. Natomiast ze złożonej wraz z ofertą karty katalogowej LIFT SERVICE S.A wynika, że są to drzwi dwupanelowe, co jest niezgodne z dokumentami zamówienia. Takiej niezgodności nie można naprawiać w trybie wezwania z przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż przedłożone przez Odwołującego wraz z ofertą dokumenty potwierdzają, że oferta jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia. Przepis art. 107 Pzp nie upoważnia Zamawiającego do wezwania o poprawienie złożonego dokumentu w sytuacji, gdy dokument ten nie potwierdza, że dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniają wymogi zamawiającego. Zamawiający nie zgodził się także z argumentacją, iż powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnień. Załączona przez Odwołującego do oferty karta katalogowa LIFT SERVICE S.A. nie potwierdziła zgodności oferowanego produktu z opisem przedmiotu zamówienia. Karta ta wskazywała na drzwi dwupanelowe, podczas gdy wymagane były drzwi trzypanelowe, w związku z czym nie potwierdzała zgodności oferowanego produktu z wymaganiami Zamawiającego określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Powyższa nieprawidłowość nie budziła wątpliwości Zamawiającego, stanowiła niezgodność oferty z warunkami zamówienia stanowiącą podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Niezgodnym z przepisami Pzp byłoby w takiej sytuacji wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowego środka dowodowego, ww. karty katalogowej z uwagi na fakt, że wyjaśnienia nie powinny prowadzić do uzupełnienia brakujących informacji lub samego przedmiotowego środka dowodowego.

Odnosząc się do faktu, iż w uzasadnieniu odwołania wskazano także na stwierdzone przez Zamawiającego niezgodności produktów zaproponowanych przez Odwołującego z wymaganiami Zamawiającego dotyczące: okien i drzwi (lit. c zarzutów nr 2,3,4), żaluzji w serwerowni i dźwigu osobowego (lit. d zarzutów nr 2,3,4), co do których Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, Zamawiający zaznaczył, że powyższe nieprawidłowości nie stanowiły podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego stanowiła niezgodność oferty z warunkami zamówienia w zakresie oferowanej wełny mineralnej oraz drzwi teleskopowych do dźwigu osobowego, o czym była mowa powyżej, w części dotyczącej uzasadnienia stanowiska Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, powyższe niezgodności wskazał dodatkowo jako błędy, które zostały popełnione w złożonej ofercie. Zamawiający, biorąc pod uwagę przepis art. 107 ust. 3 ustawy Pzp nie wzywał Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie stwierdzonych błędów. Ustawodawca wskazał, że brak jest konieczności przeprowadzenia procedury uzupełniania takiego środka dowodowego, jeżeli oferta wykonawcy, w stosunku do którego miałaby być przeprowadzona, i tak podlegałaby odrzuceniu. W związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami stanowiącymi przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający, na podstawie art. 107 ust. 3 ustawy Pzp, odstąpił od wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w ww. zakresie.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, za bezzasadny należy również uznać sformułowany w punkcie 5 odwołania zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jak wskazano powyżej, odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych oraz zaniechanie żądania od Odwołującego wyjaśnień w zakresie treści złożonych przedmiotowych środków dowodowych było w pełni zasadne i nie naruszało wskazanych przez Odwołującego przepisów, a w tym kontekście bezzasadny jest zupełnie zarzut zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W dniu 23 listopada 2023 r. pismo procesowe w sprawie złożył też Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący przedstawił w piśmie argumentację zbieżną ze stanowiskiem Zamawiającego, wskazując dodatkowo na brak spełnienia przez Odwołującego przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Texom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców wraz ze złożonymi

przedmiotowymi środkami dowodowymi, informację z dnia 8 listopada 2023 r. o kwalifikacji wykonawcy i zaproszeniu do negocjacji, zawierającą również informację o odrzuceniu ofert.

Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z innych niż znajdujące się w dokumentacji postepowania przekazanej przez Zamawiającego dokumentów złożonych przez Strony i Uczestnika, tj.:

- pismo Rockwool Polska Sp. z o.o.dnia 13 listopada 2023 r. oraz pismo Lift Service S.A. z dnia 22 listopada 2023 r. złożone przez Odwołującego podczas rozprawy, na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, objęte pisemnym wnioskiem dowodowym Odwołującego;
- stanowisko projektanta dokumentacji projektowej z dnia 22 listopada 2023 r. oraz przekrój lamela systemu antywłamaniowego rolet Aluprof, załączone do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane w odpowiedzi na odwołanie;
- korespondencja z firmą ALIPLAST, korespondencja z firmą PLUS PROJEKT, korespondencja z firmą DOOR FILIPEK, korespondencja z firmą DOPASUJ ROLETY, korespondencja z firmą MYSZKA, katalog ALUPROF, katalog KRISPOL, katalog ISOTRA katalog ANWISzałączone do pisma Przystępującego, na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane w piśmie procesowym.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane związane z adaptacją nieruchomości przy ul. Kiczury 16 dla potrzeb nowej siedziby Urzędu Skarbowego w Sanoku.

W punkcie 4.12 SWZ wskazano, iżw związku z tym, że w opisie przedmiotu zamówienia nie wskazano znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, które charakteryzują produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę nie dopuszcza się w tym zakresie wykonania zamówienia przy użyciu innych technologii czy produktów niż te, które jednoznacznie opisano tzw. rozwiązań czy produktów równoważnych (nie podaje się tzw. parametrów równoważności). W pkt 4.13. SWZ wskazano, iż opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Z kolei zgodnie z pkt 4.14 SWZ Zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że oferowane roboty budowlane nie są zgodne z normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których opis przedmiotu zamówienia się odnosi, pod warunkiem że wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą załączonych do oferty przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104-107 ustawy Pzp, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.

W Rozdziale 9 SWZ zawarto informacje o przedmiotowych środkach dowodowych potwierdzających zgodność przedmiotu zamówienia z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z pkt 9.2 Zamawiającywymagał złożenia wraz z ofertą: 9.2.1. informacji na temat istotnych materiałów oraz urządzeń przewidzianych do wbudowania. Informacja o rodzaju materiałów/urządzeń, których dotyczy obowiązek wykazania stanowi załącznik nr 10 do SWZ; 9.2.2. Karty produktu, DTR lub innego równoważnego dokumentu wytwórcy produktu. Zamiast ww. dokumentów możliwe jest przedłożenie oświadczenie wytwórcy produktu, że oferowany produkt posiada wszystkie minimalne wymagane parametry. Zamawiający zaakceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane roboty budowlane spełniają określone przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. 9.2.3 Jeżeli wykonawca przewiduje rozwiązania równoważne z normą Zamawiający wymaga, aby wykonawca przedstawił już w jego ofercie dowód równoważności w sposób określony w art. 101 ust. 5 i 6 Pzp. W punkcie 9.3 SWZ wskazano, iż jeżeli Wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Pkt 9.4 SWZ stanowi, że w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

W pkt 18.1 SWZ wskazano, iż w przypadku podjęcia przez Zamawiającego decyzji o prowadzeniu negocjacji, Zamawiający ogranicza liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji do 3 wykonawców spełniających w najwyższym stopniu kryteria oceny ofert określone w rozdziale 17 SWZ. W przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu jest mniejsza niż 3, Zamawiający zaprosi wszystkich wykonawców do negocjacji.

W załączniku nr 10 do SWZ (Wykaz materiałów/urządzeń przewidzianych do wbudowania / zainstalowania w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane) Zamawiający wskazał m.in. następujące wymagane parametry produktu/urządzenia w dokumentacji:

- Poz. 1 Elewacja (…) – wełna mineralna z włókien szklanych z welonem szklanym; gr. wełny 15 cm, współczynnik przewodzenia ciepła $\lambda D \leq 0{,}034$ W/mK.
- Poz. 4 Żaluzje w serwerowni - żaluzje zewnętrzne, antywłamaniowe o klasie RC3. Skrzynia do której nawija się roleta wykonana z aluminium malowanego proszkowo . Pancerz składający się z aluminiowych lameli o szerokości ok. 5.2 mm. Sterowanie za pomocą silnika mechanicznego na pilota.

–Poz. 5 Dźwig osobowy – (…) drzwi: Typ: Teleskopowe 3-panelowe.

W postępowaniu złożono osiem ofert. Odwołujący w załączniku nr 10 w poz. 1 wskazał, iż oferuje wełnę mineralną Rockool Ventirock F Plus z włóknina szlaną, współczynnik przewodzenia ciepła 0,034 W/mK, gęstość nominalna 65kg/m3, w poz. 4 wskazał, iż oferuje żaluzje ALUPROF – SAR RC3, w poz. 5 wskazał, iż oferuje dźwig producenta LIFT SERVICE S.A, w opisie drzwi dźwigu wskazał „DRZWI Typ: Teleskopowe 3-panelowe". Odwołujący wraz z ofertą złożył m.in. kartę materiałową dźwigu osobowego – elektrycznego, w której w tabeli dotyczącej drzwi wskaznao „automatyczne teleskopowe, dwupanelowe (2 AT) o wymiarach: szer. 900 mm x wys. 2000 mm, wykonane ze stali malowanej proszkowo RAL 9005, standardowy próg aluminiowy", obok opisu przedstawiono zdjęcie obrazujące drzwi dwupanelowe.

Przystępujący w załączniku nr 10 w poz. 4 wskazał, iż oferuje żaluzje DOOR FILIPEK R/PE55/SV/6244 - Żaluzja zwijana o zwiększonej odporności na włamanie w klasie RC3 systemu ALUPROF. Przystępujący określił szerokość lameli na 55 mm.

Zamawiający w piśmie z 8 listopada 2023 r. przekazał informację o kwalifikacji wykonawców i zaproszeniu do negocjacji, wskazując, iż wpłynęła tylko jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu – oferta Przystępującego. Zamawiający zaprosił Przystępującego do negocjacji. Zamawiający jednocześnie poinformował o odrzuceniu pozostałych siedmiu ofert, w tym oferty Odwołującego.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż jest ona niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający wskazał:
„Oferta Wykonawcy jest niezgodna z warunkami określonymi w załączniku nr 10 do SWZ „Wykaz materiałów/urządzeń przewidzianych do wbudowania / zainstalowania w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane". Zgodnie z pozycją lp. 1 załącznika nr 10 do SWZ Zamawiający dla elewacji – fasady wentylowanej wymagał zaoferowania wełny mineralnej z włókien szklanych z welonem szklanym; gr. Wełny 15 cm, współczynnik przenikania λD ≤ 0,034 W/m2K. Wykonawca wskazał w swojej ofercie wełnę mineralną Rockwool Ventirock F Plus z włókniną szklaną która jest wełną skalną i nie spełnia ona wymagań wełny jaką określił Zamawiający w dokumentacji.
Zgodnie z pozycją lp. 5 załącznika nr 10 do SWZ Zamawiający dla dźwigu osobowego wymagał zaoferowania drzwi Teleskopowe 3-panelowe. Wykonawca wskazał w swojej ofercie drzwi Teleskopowe 3-panelowe. Natomiast ze złożonej wraz z ofertą karty katalogowej LIFT SERVICE S.A wynika, że są to drzwi dwupanelowe, co jest niezgodne z dokumentami zamówienia. W związku z powyższym, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy RESBUILD Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, oznaczoną nr 5 jako niezgodną z warunkami zamówienia.
Ponadto Zamawiający wskazuje na błędy jakie zostały popełnione w złożonej ofercie: - karta katalogowa wskazuje na inne wymiary okien, a nie okien wymaganych; - karta katalogowa wskazuje na inne wymiary drzwi, a nie drzwi wymaganych; - żaluzje w serwerowni - karta katalogowa nie potwierdza wszystkich parametrów; - dźwig osobowy - karta nie potwierdza wszystkich parametrów."

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołujący wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, który wskazywał na brak posiadania przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia. Przystępujący swoje stanowisko opierał na okoliczności, iż Odwołujący kwestionował niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w poz. 4 załącznika nr 10 do SWZ z uwagi na zaoferowanie żaluzji z lamelami o szerokości 55mm, podczas gdy sam również zaoferował produkt o takiej szerokości lameli. Tym samym, gdyby potwierdził się zarzut skutkujący odrzuceniem oferty Przystępującego, to również oferta Odwołującego podlegałaby odrzuceniu z tego powodu.

Odnosząc się do powyższego należy po pierwsze wskazać, iż interes w uzyskaniu zamówienia oceniany jest na moment wniesienia odwołania, w związku z czym ewentualne przyszłe czynności zamawiającego, nieobjęte obecnie zakresem zaskarżenia (a taką byłoby ewentualne dalsze badanie oferty Odwołującego pod kątem istnienia innej niż dotychczas stwierdzone podstawy odrzucenia) nie mogą przesądzać o tym, czy wykonawca miał lub ma interes w uzyskaniu zamówienia. Po drugie należy wskazać, iż z uwagi na to, że oferta Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona, wnosząc środek ochrony prawnej podjął on działania w sposób dwutorowy. Z jednej strony Odwołujący zakwestionował czynność odrzucenia jego oferty, co w przypadku uznania tych zarzutów za zasadne powodowałoby unieważnienie tej czynności i przywrócenie Odwołującemu szansy na uzyskanie zamówienia. Tym samym sytuacja Odwołującego w postepowaniu o udzielenie zamówienia uległaby poprawie. Z drugiej strony Odwołujący

równolegle zakwestionował zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, co w przypadku uznania tego zarzutu za zasadny mogłoby doprowadzić do unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na brak złożenia ofert niepodlegających odrzuceniu. Przystępujący w swoim wywodzie pominął całkowicie okoliczność, iż w przypadku odrzucenia oferty Przystępującego i Odwołującego doszłoby do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ oferty pozostałych sześciu wykonawców również zostały odrzucone. W tym kontekście podkreślić trzeba, iż artykuł 505 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, a przez „zamówienie" nie należy rozumieć konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, lecz przedmiot tego postępowania. Zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 32 ustawy Pzp zamówienie to umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. A zatem interes w uzyskaniu zamówienia nie będzie materializował się wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca może uzyskać zamówienie (zawrzeć umowę) w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy wniesione odwołanie, lecz może być także upatrywany we wszczęciu nowego postępowania o udzielenie tego zamówienia. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (por. m.in. wyrok TSUE z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama), jak i w orzecznictwie Izby (por. m.in. wyrok z dnia 3 marca 2023 r., sygn. akt KIO 447/23, wyrok z dnia 31 marca 2023 r., sygn. akt KIO 728/23, KIO 751/23)Mając powyższe na uwadze, Izba nie stwierdziła podstaw, aby odmówić Odwołującemu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania.

Przechodząc do merytorycznej oceny zarzutów odwołania Izba stwierdziła, iż zarzut 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 275 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy treść oferty nie odpowiada treści SWZw zakresie oferowanych parametrów i rozwiązań, nie potwierdził się.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 275 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający udziela zamówienia w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych. Zgodnie zaś z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Możliwość odrzucenia oferty z tego powodu warunkowana jest precyzyjnym i jednoznacznym określeniem wymagań przez zamawiającego. Innymi słowy, podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp materializuje się wyłącznie w przypadku, gdy niezgodność oferty z warunkami zamówienia jest po pierwsze oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, a po drugie postanowienia dokumentów zamówienia, z których wywodzona jest niezgodność są jasne i klarowne. Negatywne konsekwencje względem wykonawców mogą zostać wywiedzione tylko wtedy, gdy treść dokumentów zamówienia nie budzi uzasadnionych wątpliwości.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący wywodził niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia z faktu, iż zaoferował on w poz. 4 załącznika nr 10 do SWZ żaluzje o szerokości lameli 55 mm, podczas gdy Zamawiający wymagał lameli o szerokości „ok. 5.2 mm". Nie było zasadniczo sporne pomiędzy Stronami i Uczestnikiem to, że Zamawiający popełnił omyłkę w opisie szerokości lameli, powieloną za dokumentacją projektową, a rzeczywistym zamierzeniem Zamawiającego było wskazane na szerokość lameli „ok. 52 mm". Omyłka ta była oczywista dla podmiotów działających w branży właściwej dla przedmiotu zamówienia, jako że na rynku nie są dostępne żaluzje o szerokości lameli 5.2 mm.

Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutu 1 miała okoliczność, iż Zamawiający określił pożądaną szerokość lameli w sposób niedokładny – miała ona wynosić „ok. 52 mm", a zatem miała być zbliżona do tej wartości, niemniej nie musiała być z nią tożsama. Zamawiający nie doprecyzował, jaki zakres szerokości lameli będzie mieścił się w wymaganiu „ok. 52 mm." Natomiast okolicznością bezsporną w sprawie było to, że aż 7 z 8 wykonawców zaoferowało żaluzje oparte na profilach ALUPROF PE 55 o szerokości lameli 55 mm, w tym nie tylko Przystępujący, ale także sam Odwołując (na powyższe wskazywali w pismach Zamawiający i Przystępujący, czego Odwołujący nie kwestionował). Ponadto, jak wykazał Przystępujący za pomocą załączonych do pisma procesowego dowodów, rolety antywłamaniowe w klasie RC3 wymaganej przez Zamawiającego, produkowane są wyłącznie przy zastosowaniu profili PE 55.Powyższe pokazuje, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia byli w stanie zdekodować w sposób prawidłowy wolę Zamawiającego, a żaluzje o szerokości lameli 55mm należało uznać za wpisujące się w zawarty w SWZ opis wymaganej szerokości

lameli „około 52 mm". Stanowisko Odwołującego, iż należało zaoferować żaluzje o szerokości lameli 52mm nie zostało w żaden sposób wykazane, a ponadto nie znajduje uzasadnienia w świetle faktu, że Zamawiający nie doprecyzował konkretnej szerokości lameli, określając ją jedynie w przybliżeniu, na ok. 52 mm. Bez znaczenia w takiej sytuacji są rozważania zawarte w odwołaniu dotyczące braku możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego, gdyż w przedmiotowym przypadku nie mamy do czynienia z zaoferowaniem rozwiązania równoważnego przez Przystępującego.

Jedynie uzupełniająco podkreślić trzeba, iż jak wskazuje się w orzecznictwie TSUE, zgodnie z zasadą przejrzystości wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia muszą być określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność wykonawcom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób (wyrok z dnia 14 grudnia 2016 r., *Connexxion Taxi Services*, C-171/15, pkt 40, wyrok z dnia 14 stycznia 2021 r., *RTS infra BVBA*, C-387/19, pkt 35). Również w orzecznictwie krajowym konsekwentnie podkreśla się, że stwierdzenie wątpliwości czy niespójności co do treści dokumentów zamówienia powinno prowadzić do ich interpretacji na korzyść wykonawcy i nie może pociągać za sobą dla niego negatywnych skutków, zwłaszcza skutków polegających na odrzuceniu oferty. Zasadą jest, że wykonawcy nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z niedochowania przez zamawiającego należytej staranności przy kształtowaniu treści dokumentów zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 2020/21, wyrok KIO z dnia 13 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1087/22, wyrok KIO z dnia 2 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2721/22). Mając na uwadze powyższe wytyczne należało stwierdzić, że skoro Zamawiający nie doprecyzował konkretnego zakresu szerokości lameli w żaluzjach do serwerowni i nie zdefiniował, jakie wartości mieścić się będą w pojęciu „ok. 52 mm", to oferty wykonawców, którzy zaoferowali żaluzje z lamelami o szerokości 55 mm nie mogły podlegać odrzuceniu z tego powodu.

Izba za niezasadne uznała także zarzuty nr 2-4 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, mimo iż oferta Odwołującego spełniała te warunki, naruszenia art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, a także naruszenia art. 107 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści przedmiotowych środków dowodowych.

Odnosząc się do kwestii niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w zakresie poz. 1 Załącznika nr 10 do SWZ należy wskazać, iż okolicznością bezsporną było, że Zamawiający dla elewacji – fasady wentylowanej wymagał zastosowania wełny mineralnej z włókien szklanych z welonem szklanym (jako dodatkowe parametry wskazano także gr. wełny 15 cm, współczynnik przenikania λD ≤ 0,034 W/m2K). Nie było także sporne, że Odwołujący wskazał w załączniku nr 10 w poz. 1 jako materiał wełnę mineralną Rockwool Ventirock F Plus z włóknina szklaną, która nie była wełną szklaną (z włókien szklanych), lecz wełną skalną z okładziną z włókniny szklanej. Różnice w obu materiałach przedstawiono w pismach Zamawiającego i Przystępującego, Odwołujący ich nie kwestionował. Argumentacja Odwołującego sprowadzała się jedynie do twierdzenia, iż zaoferowany przez niego produkt stanowi asortyment o wyższych parametrach niż wskazany w SWZ. Okoliczność ta pozostaje jednak irrelewantna dla stwierdzenia, że zaoferowano produkt niezgodny z wymaganiami Zamawiającego. Niezgodność ta w ocenie Izby jest jednoznaczna. Zamawiający oczekiwał, aby fasada wentylowana została wykonana z zastosowaniem konkretnego materiału (wełny mineralnej z włókien szklanych) z o konkretnych parametrach (dot. grubości i współczynnika przewodzenia ciepła), w związku z czym zaoferowanie innego niż wymagany materiału (wełny skalnej) świadczy o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, nawet jeśli inne parametry wskazywałyby na wyższą jakość produktu.

Bez znaczenia dla dokonanej oceny pozostaje także podnoszona przez Odwołującego podczas rozprawy okoliczność, iż zaoferowana wełna mineralna jest dopuszczona do stosowania w budownictwie zgodnie z normą PN-EN 13162+A1. Po pierwsze okoliczność ta nie została podniesiona w treści odwołania, co czyni argumentację Odwołującego spóźnioną, a po drugie Zamawiający w opisie wymaganych parametrów w poz. 1 Załącznika nr 10 do SWZ nie odwoływał się do normy, lecz wskazał wprost na wymagany do zastosowania przy elewacji - fasadzie wentylowanej materiał. Zatem fakt, że zaoferowany materiał jest dopuszczony do stosowania w budownictwie nie powoduje, że jest on zgodny z konkretnie ukształtowanymi warunkami zamówienia. W konsekwencji również złożony przez Odwołującego dowód w postaci pisma firmy Rockwool Polska Sp. z o.o. z 13 listopada 2023 r. nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do kwestii niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w zakresie poz. 5 Załącznika nr 10 do SWZ, Izba w pierwszej kolejności wskazuje, iż w treści odwołania w zasadzie nie przedstawiono argumentacji mającej wykazać zasadność zarzutu. Odwołujący podniósł jedynie, iż „*wskazał drzwi teleskopowe 3- panelowe, jednak dołączył kartę katalogową zawierającą opis dla drzwi teleskopowych 2- panelowych*." Powyższe stanowi okoliczność bezsporną, wynikającą wprost z dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą. Odwołujący nie przedstawił żadnych twierdzeń ani wniosków, które mogłyby wykazać, że odrzucenie oferty Odwołującego w takiej sytuacji naruszało

przepisy ustawy Pzp. Już tylko powyższe czyni przedmiotowy zarzut bezzasadnym.

Dalej wskazać należy, iż złożona przez Odwołującego wraz z ofertą karta materiałowa dźwigu osobowo – elektrycznego Lift Srevice S.A., stanowiąca wymagany przez Zamawiającego przedmiotowy środek dowodowy, nie potwierdzała wymagania Zamawiającego, aby drzwi windy (dźwigu) były trzypanelowe.

Przywołując treść regulacji dotyczących składania przedmiotowych środków dowodowych Izba wskazuje, iż jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą (art. 107 ust. 1 ustawy Pzp). 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. Ust. 3 tego przepisu stanowi, iż przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Zgodnie z art. 107 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Podkreślenia wymaga, iż przedmiotowe środki dowodowe służą potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia (por. art. 7 pkt 20 ustawy Pzp). Tym samym w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, ofertę należy uznać za niezgodną z warunkami zamówienia, a co za tym idzie, odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jednocześnie wskazać należy, iż w przypadku żądania przez zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych obowiązkiem wykonawcy jest ich złożenie wraz z ofertą. To wykonawca będący profesjonalistą, uwzględniając wymogi zamawiającego dotyczące przedmiotowych środków dowodowych określone w dokumentach zamówienia, decyduje jakie dokumenty złożyć wraz z ofertą celem potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymogami SWZ. Na gruncie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp możliwe jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wyłącznie w dwóch sytuacjach, tj. gdy dany przedmiotowy środek dowodowy w ogóle nie został złożony, z zastrzeżeniem art. 107 ust. 3 ustawy Pzp, lub gdy został on złożony, lecz jest niekompletny. Brzmienie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, wyklucza wezwanie wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprawdzie złożone i są kompletne, ale ich treść nie potwierdza zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Innymi słowy, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy, który został złożony wraz z ofertą, zawiera błędy, nie będzie możliwym wezwanie do jego uzupełnienia (por. wyrok KIO z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt KIO 1788/23, wyrok KIO z dnia 25 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 338/22).

Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku. Odwołujący złożył wraz z ofertą kartę materiałową dźwigu osobowego - elektrycznego, która nie potwierdza zgodności oferowanego produktu z wymaganiami wynikającymi z poz. 5 załącznika nr 10 do SWZ. Ww. karta materiałowa była dokumentem dedykowanym dla przedmiotowego postępowania, na co wprost wskazuje opis zawarty na jej stronie tytułowej zawierający nazwę tego postępowania. W tabeli dotyczącej drzwi dźwigu jednoznacznie wskazano, że są one dwupanelowe, co dodatkowo potwierdzała znajdująca się obok opisu fotografia. Tym samym złożony przez Odwołującego wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy był kompletny w tym znaczeniu, że zawierał wymagane przez Zamawiającego informacje umożliwiające ocenę zgodności oferowanego dźwigu z parametrami określonymi w dokumentach zamówienia, przy czym jego treść należało ocenić negatywnie, bowiem nie potwierdzał on zgodności tego dźwigu z wymogami opisu przedmiotu zamówienia. Powyższe prowadzi do wniosku, że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bez możliwości uprzedniego wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, ponieważ przypadek, jaki zaistniał w przedmiotowej sprawie, nie mieści się w katalogu przypadków umożliwiających wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wskazanych w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. W konsekwencji złożony przez Odwołującego na rozprawie dowód w postaci oświadczenia firmy Lift Service S.A. z dnia 22 listopada 2023 r. wskazującego, że zaoferowano dźwig z drzwiami trzypanelowymi, nie mógł wpłynąć na rozstrzygnięcie, ponieważ ocena zgodności oferowanego produktu z warunkami zamówienia dokonywana jest na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą, a nie dokumentów złożonych w postępowaniu odwoławczym.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego zawartej w punkcie 2 lit c i d uzasadnienia odwołania, Izba wskazuje, iż analiza informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego prowadzi do wniosku, że przywołane tam dodatkowe błędy w ofercie Odwołującego („- karta katalogowa wskazuje na inne wymiary okien, a nie okien wymaganych; - karta katalogowa wskazuje na inne wymiary drzwi, a nie drzwi wymaganych; - żaluzje w serwerowni - karta katalogowa nie potwierdza

wszystkich parametrów; - dźwig osobowy - karta nie potwierdza wszystkich parametrów") nie stanowiły podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia stwierdzono wyłącznie w zakresie poz. 1 i 5 Załącznika nr 10 do SWZ.Wskazanie przez Zamawiającego na ww. błędy miało charakter dodatkowy, Zamawiający nie stwierdził w treści zawiadomienia, że nieprawidłowości te miałyby również przesądzać o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Natomiast ewentualne kierowanie do Odwołującego wezwania do wyjasnienia czy uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w tym „dodatkowym" zakresie, na co wskazano w odwołaniu, byłoby bezcelowe, ponieważ Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu jej niezgodności z wymaganiami określonymi w poz. 1 i 5 Załącznika nr 10 do SWZ. Postępowanie odwoławcze potwierdziło prawidłowość tego działania, a zatem argumenty zawarte punkcie 2 lit c i d uzasadnienia odwołania i związane z nimi zarzuty naruszenia art 107 ust. 2 i 4 ustawy Pzp pozostają bez wpływu na wynik postępowania. Izba zaś zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp może uwzględnić odwołanie w całości lub w części, wyłącznie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji za niezasadny należało uznać także zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzppoprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Izba stwierdziła, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie naruszała wskazanych w zarzutach 2-4 odwołania przepisów ustawy Pzp, podobnie nie stwierdzono naruszenia przepisów wskazanych w zarzucie 1 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego. Tym samym brak było podstaw do uznania, że Zamawiający przeprowadził postepowania z uchybieniem zasadom opisanym w art. 16 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę w łącznej wysokości 4 370,50 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz dojazdu na rozprawę (770,50 zł).

Przewodniczący: ……