Sygn. akt: KIO 3307/23

WYROK
z dnia 21 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka

Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2023 r. przez wykonawcę SIGMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu
przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: A. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą A. K. Starpol Meble z siedzibą w Puławach

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 1 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę A. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą A. K. Starpol Meble z siedzibą w Puławach na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 1/2 i zamawiającego w części 1/2, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy);

3.3. znosi wzajemnie pomiędzy odwołującym i zamawiającym koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

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

Przewodnicząca: …….....

Sygn. akt: KIO 3307/23

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

Zamawiający Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą pn. „Dostawa mebli biurowych dla WFOŚiGW w Poznaniu" Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 marca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 060-174748.

I. W dniu 6 listopada 2023 r. wykonawca SIGMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy A. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą A. K. Starpol Meble z siedzibą w Puławach i jej wyborze jako najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. z art. 107 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z wyrokiem Izby z dnia 11.09.2023 r. sygn. akt KIO 2519/23 – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A. K. Starpol Meble i jej wybór jako najkorzystniejszej, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), co zostało prawomocnie przesądzone wyrokiem Izby z dnia 11.09.2023 r. sygn. akt KIO 2519/23, albowiem złożony przez tego wykonawcę przedmiotowy środek dowodowy w postaci atestu higienicznego dotyczącego szaf ubraniowych o symbolu SU1 nie potwierdza spełnienia przez oferowane przez tego wykonawcę produkty wymagań SWZ, na dzień złożenia przez niego oferty;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp – poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku nieuzasadnionego przyjęcia, że Odwołujący na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, przesłał przedmiotowe środki dowodowe niekompletne, mimo że taka sytuacja nie miała miejsca.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

-unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
-unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
-powtórzenia czynności oceny ofert,
-odrzucenia oferty wykonawcy A. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą A. K. Starpol Meble z siedzibą w Puławach,
-dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

II. Pismem wniesionym w dniu 17 listopada 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie.Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca A.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A. K.Starpol Meble z siedzibą w Puławach (dalej: „Przystępujący"). Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że Zamawiający przekazał do Izby niekompletną dokumentację postępowania, ustalając stan faktyczny sprawy Izba oparła się również na dokumentacji postępowania zamieszczonej na platformie eZamawiający, dokumentach z tej dokumentacji stanowiących załączniki do odwołania oraz twierdzeniach stron i uczestników postępowania, które nie zostały zaprzeczone przez stronę przeciwną.

Zarzut nr 1

Izba stwierdziła, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego i w konsekwencji wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SWZ, ponieważ złożony przez tego wykonawcę przedmiotowy środek dowodowy w postaci atestu higienicznego dotyczącego szaf ubraniowych o symbolu SU1 nie potwierdza spełnienia przez oferowane przez tego wykonawcę produkty wymagań SWZ na dzień złożenia oferty został już rozpoznany przez Izbę w postępowaniu o sygn. akt KIO 2519/23.W uzasadnieniu wyroku z dnia 11 września 2023 r. sygn. akt KIO 2519/23 (str. 6 i 7) Izba stwierdziła:

„Natomiast w zakresie atestu na szafy, który nie został pierwotnie złożony z ofertą Przystępującego, Izba uznała stanowisko Odwołującego za prawidłowe. Zdaniem Izby, uzupełnione dokumenty przez Przystępującego nie potwierdziły, że na dzień złożenia oferty oferowany przedmiot zmówienia spełniał wymagania Zamawiającego. Termin składania ofert upływał bowiem w dniu 25 kwietnia 2023 r., złożony zaś przez Przystępującego atest wydany został w dniu 23 czerwca 2023 r. Tym samym złożony przez Przystępującego dokument nie potwierdził spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w SWZ na dzień składania ofert. Izba nie zgada się ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie. Izba wskazuje, że ocena dokumentów składanych przez wykonawców w postępowaniu odbywa się na podstawie zasad określonych przez Zmawiającego w SWZ oraz przepisów ustawy Pzp. Przyjęcie odmiennych założeń, subiektywnych od woli Zamawiającego, nie może być pogodzone z zasadą równego traktowania wykonawców, a wręcz stanowi jej naruszenie. Niezależnie od charakteru atestu na jaki powoływał się Zamawiający, dokument ten miał potwierdzać spełnienie przez oferowane produkty wymagań określonych w SWZ na dzień składania ofert. Złożony przez Przystępującego dokument potwierdzał te parametry po upływie tego dnia, bowiem atest został wystawione w dniu 23 czerwca 2023 r. Przyjęcie na obecnym etapie postępowania, że późniejsza data atestu była dopuszczalna nie wynika z postanowień SWZ. Oczywistym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców byłoby dopuszczenie wyłącznie w odniesieniu do Przystępującego możliwości złożenia atestu wystawionego po terminie składania ofert, w sytuacji, gdy pozostali wykonawcy byli zobowiązani do jego uzyskania przed terminie składania ofert, ponieśli z tego tytuły koszty, zaangażowali swój czas i pracę.

Zamawiający podkreślał, że atest pełni funkcję deklaratoryjną i formalizm postępowania nie powinien determinować jego wynika. Zamawiający jednak pomija istotne fakty, a mianowicie, że deklaratoryjny charakter atestu nie może być rozpatrywany w oderwaniu od daty jego wystawienia. Atest potwierdza określone parametry od dnia jego wystawienia, nie zaś od dowolnego momentu ustalonego przez wykonawcę. Ponadto, wykonawca nie jest jednostką atestującą i nie może dowolnie zmieniać daty atestacji. Jaki byłby cel wskazywania w ateście daty jego wystawienia, skoro każdy podmiot mógłby dowolnie wskazywać inną, wcześniejszą datę spełnienia przez określony produkt określonych w ateście wymagań. Nie jest rolą wykonawcy określenie daty atestacji, ale podmiotu wystawiającego atest. Ponadto, Izba wskazuje, że formalizm nie jest celem postępowania, ale reguły jakie sam Zamawiający określa w SWZ są wiążące i dla Zamawiającego i dla wykonawcy. Z brzmienia SWZ wynika jednoznacznie, że przedmiotowe środki dowodowe wykonawca był zobowiązany złożyć wraz z ofertą. Przystępujący nie dochował należytej staranności i nie złożył wszystkich wymaganych środków dowodowych. Data złożonego w ramach uzupełnienia atestu wskazuje, że Przystępujący nie dysponował wymaganym atestem na dzień złożenia swojej oferty. Takie działanie nie zasługuje na aprobatę. Wykonawca, który ubiega się o zamówienie jest zobowiązany zapoznać się z wymaganiami Zamawiającego i zakresem wymaganych dokumentów. Zobowiązany jest również skompletować dokumenty na odpowiednich etapach postępowania. Przystępujący uchybił temu obowiązkowi i w konsekwencji jego oferta podlega odrzuceniu. Izba nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej bowiem utrzymanie takiego wyboru stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i niezasadne uprzywilejowanie pozycji Przystępującego w postępowaniu."

W uzasadnieniu wyroku z dnia 11 września 2023 r. sygn. akt KIO 2519/23, dokonując oceny ww. zarzutu, Izba w sposób wyraźny stwierdziła, że zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz wybranie jej jako najkorzystniejszej w postępowaniu stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. Istotnie, w sentencji ww. wyroku Izba nie nakazała odrzucenia oferty Przystępującego. Jednakże w zacytowanym powyżej fragmencie uzasadnienia Izba wskazała, że w związku z tym, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu, nakazała unieważnić czynność wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Mając zatem na uwadze treść uzasadnienia ww. wyroku jest rzeczą oczywistą, że Izba za niedopuszczalne uznała ponowne wybranie jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, którą uznała za podlegającą odrzuceniu i z tego powodu nakazała unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru. Należy zatem zgodzić się z Odwołującym, że dokonując ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający zignorował wyrok Izby z dnia 11 września 2023 r. sygn. akt KIO 2519/23. W związku z powyższym, przyjmując ocenę dokonaną przez poprzedni skład orzekający, Izba uwzględniając odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego (wykonawcę A. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą A. K. Starpol Meble z siedzibą w Puławach) na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

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

Zarzut nr 2

Okoliczności faktyczne w zakresie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie mającym znaczenie dla oceny zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp nie były pomiędzy stronami sporne i przedstawiają się następująco:

W Załączniku nr 2 do SWZ Specyfikacja techniczna produktów Zamawiający jako jeden z elementów przedmiotu zamówienia wskazał krzesło gabinetowe, obrotowe, z zagłówkiem oznaczone symbolem F5. Zgodnie z tym dokumentem na potwierdzenie zgodności oferowanego krzesła z wymaganiami Zamawiającego wykonawcy obowiązani byli złożyć m.in. atest / certyfikat wytrzymałościowy zgodnie z: EN 1335.

Zgodnie z pkt V.1 SWZ:

„V. Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych.

1. Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

1) potwierdzających wymagane parametry oferowanych produktów (np. karty katalogowe, firmowe materiały informacyjne producenta, opisy techniczne, certyfikaty, atesty lub inne posiadane dokumenty), zawierające szczegółowe dane, które umożliwią potwierdzenie spełniania wymagań ustalonych przez Zamawiającego oraz będą podstawą dokonania oceny zgodności złożonej oferty przez Wykonawcę z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, odpowiednio dla wskazanego asortymentu w załączniku 2a.

2. Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są

niekompletne, Zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

3. W przypadku niezłożenia wymaganych przedmiotowych środków dowodowych lub złożenia niekompletnych lub błędnych przedmiotowych środków dowodowych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w ust 3 powyżej oferta Wykonawcy podlegać będzie odrzuceniu."

Wraz z ofertą Odwołujący nie złożył wymaganych przedmiotowych środków dowodowych.

W dniu 6 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wymaganych wraz z ofertą, o których mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 1 SWZ.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący udzielił w dniu 16 czerwca 2023 r. W zakresie ww. krzesła obrotowego Odwołujący złożył protokół oceny ergonomicznej nr 7/2020.

W dniu 27 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnienia treści przedmiotowych środków dowodowych m.in. w zakresie „Protokołu oceny ergonomicznej nr 7/2020, powołującego się na Certyfikat Z1A17 12 03126 003, w zakresie jego zgodności z normą EN 1335-1 i EN 1335-2 dla krzesła obrotowego typ XENIUM".

Odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący udzielił pismem z dnia 29 czerwca 2023 r. Odwołujący wyjaśnił, że Protokół oceny ergonomicznej nr 7/2020 potwierdza spełnianie przez krzesła obrotowe typ XENIUM wymagań normy EN 1335 oraz zawiera powołanie się na Certyfikat Nr Z1A 17 12 03126 003, który złożył jako załącznik do wyjaśnień. Wyjaśnił również, że Certyfikat Nr Z1A 17 12 03126 003 został zaktualizowany Certyfikatem Nr Z1A 003126 0078 Rev. 01, który także załączył do wyjaśnień.

Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W uzasadnieniu tej czynności Zamawiający wskazał, że:

„(…) Zamawiający ustalił, iż w odpowiedzi na wezwanie z dnia 6 czerwca 2023 r. Wykonawca złożył niekompletne przedmiotowe środki dowodowe tj. nie został złożony Atest/Certyfikat wytrzymałościowy zgodnie z: EN 1335, którego Zamawiający wymagał w zał. nr 2 do SWZ Dane techniczne OPZ opis mebli w poz. F5 w tabeli, dla krzesła gabinetowego, obrotowego z zagłówkiem. Wykonawca uzupełnił przedmiotowy środek dowodowy w postaci certyfikatów wytrzymałościowych tj. Certyfikat Nr Z1A 17 12 03126 003 oraz Certyfikat Nr Z1A 003126 0078 Rev. 01, dopiero w dniu 29 czerwca 2023 r., a zatem po upływie terminu na uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych, wyznaczonego przez Zamawiającego zgodnie z brzmieniem przepisu art. 107 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych. (…)"

Uzasadniając podniesiony w tym zakresie zarzut Odwołujący stwierdził m.in., że w załączniku 2 do SWZ Zamawiający określił wymagania stawiane każdemu z produktów objętych przedmiotem zadania, a w pkt 1 działu V SWZ określił katalog otwarty dokumentów, którymi wykonawca może potwierdzić spełnienie tych wymagań.

Izba uznała, że czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego była prawidłowa. Po pierwsze, w Załączniku nr 2 do SWZ Specyfikacja techniczna produktów Zamawiający wprost wskazał, że na potwierdzenie zgodności oferowanego krzesła gabinetowego, obrotowego, z zagłówkiem, oznaczonego symbolem F5, należy złożyć m.in. test / certyfikat wytrzymałościowy zgodnie z: EN 1335. Postanowienie zawarte w pkt 1 działu V SWZ ma charakter ogólny, natomiast jego uszczegółowienie zostało zawarte w Załączniku nr 2 do SWZ, gdzie wskazano konkretne dokumenty, które obowiązani byli złożyć wykonawcy. Po drugie, nawet jeżeliby uznać stanowisko Odwołującego w ww. zakresie za prawidłowe, to i tak złożony przez niego protokół oceny ergonomicznej nr 7/2020 nie można uznać za wystarczający „zamiennik" atestu / certyfikatu wytrzymałościowego zgodnie z: EN 1335. W protokole tym została zawarta jedynie informacja o posiadanym przez krzesło obrotowe typ XENIUM Certyfikacie Nr Z1A 17 12 03126 003. Na podstawie tej informacji nie można jednak dokonać weryfikacji tego certyfikatu, w tym pod kątem jego ważności. Natomiast jak wynika z treści ww. certyfikatu był on ważny do 10 stycznia 2022 r. Na dzień składania ofert certyfikat ten był zatem nieważny. W ww. protokole oceny ergonomicznej nie ma natomiast informacji o Certyfikacie Nr Z1A 003126 0078 wersja 01 ważnym do 16 marca 2027 r. – co jest oczywiste, gdyż został on wydany ponad dwa lata po sporządzeniu protokołu oceny ergonomicznej. Mając na uwadze powyższe, nie można uznać, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący złożył wszystkie wymagane przedmiotowe środki dowodowe. W konsekwencji należało uznać, że zaistniała podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba nie zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego oddzielnie kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego na posiedzenie i rozprawę, gdyż koszty dojazdu pełnomocnika zawierają się w kwocie wskazanej w § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia.

Przewodnicząca: **…..……..……..……..……..……...**