

Sygn. akt: KIO 1515/23

WYROK

z dnia 13 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 12 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 maja 2023 roku przez odwołującego **Sinmed spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przyszowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 PUM z siedzibą w Szczecinie**,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 19 maja 2023 r., polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w Pakiecie nr 6 i na odrzuceniu oferty Odwołującego w Pakiecie nr 6 oraz nakazuje wezwanie Odwołującego na podstawie art. 107 ust 2 ustawy Pzp do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że zaoferowany przedmiot zamówienia tj. koc ogrzewający jednorazowego użytku o nazwie „*okrycie pacjenta podczas procedur medycznych*”, producent SINMED, nr katalogowy OP110210, ma „*możliwość podgrzewania min. 40 stopni C*”, a następnie dalsze badanie i ocenę ofert.
 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. 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, **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą, oraz kwotę **926 zł 07 gr** (słownie: dziewięćset dwadzieścia sześć złotych siedem groszy) poniesioną przez Zamawiającego z tytułu dojazdu oraz **34 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
 - 2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- 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 2022 r. poz. 1710 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 1515/23

UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 PUM z siedzibą w Szczecinie, (dalej: *Zamawiający*) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn.: „*Dostawa drobnego sprzętu medycznego i niemedycznego dla potrzeb SPSK Nr 1 PUM – część 2*” nr postępowania ZP-261-06/2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 20 lutego 2023 r. nr 2023/S 036-105696.

W postępowaniu tym wykonawca Sinmed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przyszowicach (dalej: „*Odwołujący*”) 29 maja 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie Pakietu nr 6, gdy jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia,
- 2) wyboru oferty firmy Abena Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr 6 na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, która w rozumieniu przepisów ustawy nie była ofertą najkorzystniejszą,
- 3) zaniechania wezwania do uzupełnienia niekompletnego przedmiotowego środka dowodowego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami

zamówienia.

2)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

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

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)Unieważnienie odrzucenia oferty firmy Sinmed Sp. z o. o. w zakresie Pakietu nr 6;
- 2)Unieważnienie wyboru oferty firmy Abena Polska Sp. z o.o. w zakresie Pakietu nr 6;
- 3)Ponowne zbadanie oferty Sinmed Sp. z o. o. pod kątem oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 19.05.2023 r. Zamawiający dokonał wyboru firmy Abena Polska Sp. z o.o. w zakresie Pakietu nr 6 uznając, iż oferta uzyskała najwyższą ilość punktów w kryteriach oceny ofert przyjętych w Postępowaniu, a firmę Sinmed Sp. z o. o. odrzucił w zakresie Pakietu nr 6 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uzasadniając następująco: „Zamawiający wymagał w Pakiecie nr 6 w poz. 1 (zgodnie z treścią Załącznika nr 2 do SWZ Szczegółowego formularza cenowego) zaoferowania:

KOC OGRZEWAJĄCY JEDNORAZOWEGO UŻYTKU Rozmiar min. 210 cm x 110 cm Warstwy zewnętrzne włóknina o gramaturze min. 22g/m²,warstwa wewnętrzna z włókniny poliesterowej lub poliestrowo-wiskozowej o gramaturze min. 60g/m², z przeszyciami ultradźwiękowymi na całej powierzchni, zapobiegającymi przemieszczaniu się elementów poszczególnych warstw, możliwość podgrzewania min. 40 stopni C.

Na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania Wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą (zgodnie z zapisem w Rozdziale XIV SWZ) przedmiotowe środki dowodowe tj. Katalog/broszura informacyjna/instrukcja obsługi bądź inny dokument w języku polskim lub przetłumaczony na język polski potwierdzający, że oferowany produkt spełnia wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia określonym w SWZ - z zaznaczeniem wszystkich wymaganych i oferowanych parametrów danego produktu.

Wykonawca złożył wraz z ofertą powyższy dokument, jednakże złożony katalog dla zaoferowanego produktu o nazwie Okrycie pacjenta podczas procedur medycznych o nr katalogowym OP110210 nie potwierdza, że oferowany produkt spełnia wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia określonym w SWZ.

W złożonym katalogu brakuje informacji o możliwości podgrzewania do min. 40 stopni.

Mając na uwadze powyższe, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność w warunkami zamówienia.”

Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z informacją, jakoby oferta firmy Sinmed Sp. z o. o. podlegała odrzuceniu z Postępowania w zakresie Pakietu nr 6. Firma Sinmed Sp. z o. o. zaoferowała w ramach tej pozycji produkt producenta Sinmed Sp. z o. o. (karta katalogowa stanowi Załącznik nr 1 do Odwołania). Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z Rozdziałem XIV SWZ Wykonawca złożył przedmiotowe środki dowodowe do oferty w dniu 20.03.2023 r., w postaci kart katalogowych producentów. W przypadku Pakietu nr 6 z oryginalnej karty katalogowej producenta Zamawiający nie był w stanie potwierdzić parametru dotyczącego temperatury podgrzania koca, a jedynie że istnieje możliwość podgrzania koca. Informacja na temat temperatury w jakiej można podgrzać koc jest zawarta w instrukcji obsługi produktu. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający przewidział możliwość uzupełnienia niekompletnego przedmiotowego środka dowodowego, tj: Katalogu/broszury informacyjnej/instrukcji obsługi bądź innego dokumentu w języku polskim lub przetłumaczonego na język polski, zgodnie z Rozdziałem XIV SWZ, tj. „W przypadku braku dokumentu wraz z ofertą, lub złożenia dokumentu niekompletnego Zamawiający przewiduje możliwość wezwania wykonawcy do jego złożenia lub uzupełnienia.” W ocenie Odwołującego, Zamawiający na podstawie powyższego zapisu miał obowiązek wezwać Odwołującego o uzupełnienie kompletnego przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego temperaturę w jakiej można podgrzać koc. Odwołujący wskazał, że Zamawiający podczas trwania postępowania na żadnym jego etapie nie wezwał Odwołującego o powyższe. Zamawiający również nie skorzystał z możliwości wezwania Odwołującego o wyjaśnienia dotyczące treści przedmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 107 ust. 4. Zamawiający dysponując kartą katalogową nie mógł jednoznacznie stwierdzić, że oferta firmy Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, w związku z czym bezzasadne jest odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W złożonej pismem z 9 czerwca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający argumentował, że istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy ma to jak należy rozumieć „niekompletność” przedmiotowego środka dowodowego na gruncie art. 107 ust 2 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego „niekompletność” należy rozumieć w znaczeniu bardziej technicznym jak np. brak wszystkich stron, czy brak prawidłowego podpisu. Sporna karta katalogowa załączona do oferty Odwołującego była natomiast w ocenie Zamawiającego kompletna. Zamawiający powyższe twierdzenie wywodzi wprost z treści tej karty katalogowej, która nie wskazywała na żadne załączniki, nie odwoływała się do żadnych dokumentów, składała się z 1 strony. W ocenie Zamawiającego jako niekompletności nie można rozumieć sytuacji, w której przedstawiony przedmiotowy środek

dowodowy nie potwierdza wszystkich wymaganych cech oferowanego produktu. Ponadto Zamawiającego wskazał, że nawet abstrahując od tego że w tej sprawie nie było prawnych podstaw do wezwania do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, to nawet nie było podstaw faktycznych, ponieważ Zamawiający nie wiedział, że parametr jest potwierdzony w innym przedmiotowym środku dowodowym, zatem nie wiedziałby o jaki dokładnie dokument wezwać Odwołującego. Dodatkowo Zamawiający wskazał na różnice między treścią art. 107 ust 2 ustawy Pzp a art. 128 ust 2 ustawy Pzp wskazując, że w przypadku przedmiotowych środków dowodowych ustawodawca nie dopuścił do tak szerokiego ich uzupełnienia jak to ma miejsce w przypadku podmiotowych środków dowodowych.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydycyjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) w brzmieniu nadanym modyfikacją z 14 marca 2023 r., Izba ustaliła, że w Rozdziale XIV SWZ, *Wykaz przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego*, Zamawiający wymagał: *„Zgodnie z art. 106 ust. 1 Ustawy PZP Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania:*

Katalog/broszura informacyjna/instrukcja obsługi bądź inny dokument w języku polskim lub przetłumaczony na język polski potwierdzający, że oferowany produkt spełnia wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia określonym w SWZ - z zaznaczeniem wszystkich wymaganych i oferowanych parametrów danego produktu.

Powyższy dokument należy złożyć razem z ofertą. W przypadku braku dokumentu wraz z ofertą, lub złożenia dokumentu niekompletnego Zamawiający przewiduje możliwość wezwania wykonawcy do jego złożenia lub uzupełnienia.” Przedmiotem zamówienia w Pakiecie nr 6 był: *„KOC OGRZEWAJĄCY JEDNORAZOWEGO UŻYTKU Rozmiar min. 210 cm x 110 cm Warstwy zewnętrzne włóknina o gramaturze min. 22g/m², warstwa wewnętrzna z włókniny poliestrowej lub poliestrowo-wiskozowej o gramaturze min. 60g/m², z przeszciami ultradźwiękowymi na całej powierzchni, zapobiegającymi przemieszczaniu się elementów poszczególnych warstw, możliwość podgrzewania min. 40 stopni C”.*

Następnie Izba ustaliła, że formularz ofertowy dla Pakietu nr 6 był skonstruowany w ten sposób, że wykonawcy mieli wskazać w jego treści m.in. nazwę oferowanego produktu, nazwę producenta oferowanego produktu oraz pełny numer katalogowy oferowanego produktu/pełne numery katalogowe oferowanych produktów.

Otwarcie ofert miało miejsce 21 marca 2023 r. W Pakiecie nr 6 oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) ZARYS INTERNATIONAL GROUP SP. Z O.O. SP. K. cena 247 320,00 PLN, termin płatności: 60 DNI,
- 2) Abena Polska Sp. z o.o. cena 244 080,00 PLN, termin płatności 60 DNI,
- 3) Odwołujący cena 242 460,00 PLN, termin płatności 60 DNI.

Z formularza oferty Odwołującego, złożonego w Pakiecie nr 6 wynika, że zaoferował on koc ogrzewający jednorazowego użytku o nazwie *„okrycie pacjenta podczas procedur medycznych”* produkcji SINMED o nr katalogowym OP110210.

Z załączonej do oferty karty katalogowej wynika możliwość podgrzania koca, nie wskazano jednak temperatury.

19 maja 2023 r., Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyniku postępowania m.in. w Pakiecie nr 6, wskazując, że jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy Abena Polska Sp. z o.o. Zamawiający poinformował też wykonawców o odrzuceniu oferty złożonej przed Odwołującego podając następujące uzasadnienie faktyczne i prawne:

„Uzasadnienie prawne:

art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych

„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający wymagał w Pakiecie nr 6 w poz. 1 (zgodnie z treścią Załącznika nr 2 do SWZ Szczegółowego formularza cenowego) zaoferowania:

Na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania Wykonawca

zobowiązany był złożyć wraz z ofertą (zgodnie z zapisem w Rozdziale XIV SWZ) przedmiotowe środki dowodowe tj. Katalog/broszura informacyjna/instrukcja obsługi bądź inny dokument w języku polskim lub przetłumaczony na język polski potwierdzający, że oferowany produkt spełnia wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia określonym w SWZ - z zaznaczeniem wszystkich wymaganych i oferowanych parametrów danego produktu.

Wykonawca złożył wraz z ofertą powyższy dokument, jednakże złożony katalog dla zaoferowanego produktu o nazwie *Okrycie pacjenta podczas procedur medycznych* o nr katalogowym OP110210 nie potwierdza, że oferowany produkt spełnia wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia określonym w SWZ.

W złożonym katalogu brakuje informacji o możliwości podgrzewania do min. 40 stopni.

Mając na uwadze powyższe, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność w warunkami zamówienia.

Ponadto zgodnie z treścią Załącznika nr 2 do SWZ „Szczegółowy formularz cenowy” Wykonawca zobowiązany był podać wszystkie informacje wymagane w kolumnach 10, 11 i 12 tabeli niniejszego załącznika.

W kolumnie 12 tabeli wykonawca zobowiązany był podać właściwe oświadczenie, potwierdzające spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego w przedmiotowym Załączniku dla Oświadczenia 1

„Oświadczam, że oferowany wyrób medyczny został zgłoszony Prezesowi Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych lub wpisany do rejestru wyrobów medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu, lub że dokonano powiadomienia Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o wyrobie w trybie art. 138 ustawy z dnia 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych oraz zobowiązuje się do złożenia dokumentu na każde żądanie Zamawiającego, bądź wraz z ofertą składam oświadczenie wraz z uzasadnieniem o braku obowiązku posiadania wyżej wymienionych dokumentów.”

Wykonawca, zamiast wskazać właściwe oświadczenie, potwierdził spełnienie wymagań poprzez wpisanie słowa „TAK”. Zamawiający odstąpił od wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie art. 223 ust. 1 Ustawy Pzp, ponieważ niezależnie od otrzymanych wyjaśnień oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5) Ustawy PZP.”

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, przywołanych w podstawie prawnej zarzutów odwołania.

art. 107 ust. 2 ustawy Pzp

2. 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.

art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

Fundamentalne znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu ma ocena, czy na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp istnieje prawna możliwość uzupełnienia w okolicznościach tej sprawy, na wezwanie zamawiającego, przedmiotowego środka dowodowego w sytuacji, gdy pierwotnie złożony wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy nie zawiera informacji pozwalającej jednoznacznie ustalić zgodność oferowanego przedmiotu z warunkami zamówienia. Innymi słowy, czy niepotwierdzający wszystkich merytorycznych wymagań dokumentacji postępowania przedmiotowy środek dowodowy może zostać w okolicznościach tej sprawy uznany za „niekompletny środek dowodowy” i uzupełniony w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.

W ocenie Izby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy jest dopuszczalne w świetle art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wezwanie Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że zaoferowany koc o nazwie *„okrycie pacjenta podczas procedur medycznych”* produkcji SINMED o nr katalogowym OP110210 posiada „możliwość podgrzewania min 40 stopni C”.

Dostrzec po pierwsze należy, że pierwotnie złożona wraz z ofertą karta katalogowa potwierdzała samą możliwość podgrzania koca, jedynie nie została w jej treści wskazana temperatura. W ocenie Izby brak ten może być zakwalifikowany jako niekompletność karty katalogowej. Jest to niekompletność w sensie merytorycznym a nie tylko fizycznym, czy technicznym jak podnosi się w doktrynie, jednak skład orzekający w tej sprawie wyraża pogląd, że w okolicznościach tej sprawy nie stoi to na przeszkodzie aby zastosować procedurę wezwania do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego wskazaną w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Po drugie bowiem, zwrócić trzeba uwagę, że skonkretyzowanie przedmiotu oferty nastąpiło już w samej treści formularza ofertowego, zatem nie ma miejsca sytuacja, że o przedmiocie oferty Zamawiający dowiedział się dopiero z przedmiotowych środków dowodowych. Oznacza to, że dopóki nie dojdzie do zmiany treści oferty, istnieje w ocenie Izby możliwość, w okolicznościach tej sprawy, do wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego wysokość temperatury podgrzania koca.

Wreszcie przypomnieć należy, że zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek

przeprowadzenia postępowania z poszanowaniem zasady proporcjonalności. Tymczasem w ustalonych okolicznościach odrzucenie oferty byłoby niezgodne z tą zasadą, przez której pryzmat należy oceniać każdą czynność podejmowaną przez instytucję zamawiającą. Odrzucenie oferty w sytuacji, gdy z jej treści nie można w sposób niewątpliwie przesądzić niezgodności jej treści z warunkami zamówienia, wyłącznie z powodu niedochowania wymogu podania w treści przedmiotowego środka dowodowego informacji co do jednego z wymaganych parametrów, stanowi w ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy, przejaw skrajnego formalizmu, przed którym chroni zasada proporcjonalności jako jedna z nadrzędnych w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań ustawy pzp (w tym art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp) zasada udzielania zamówień publicznych. Skład orzekający podziela w tym zakresie stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 31 marca 2022 r., o sygn. akt KIO 743/22.

Izba podziela też stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 28 marca 2022 r., sygn. akt KIO 663/22, zgodnie z którym: „(...) art. 107 ust. 2 p.z.p. jest instrumentem dopuszczającym możliwość konwalidowania nieprawidłowego działania wykonawcy, ale w ograniczonym zakresie. Tutaj ustawodawca nie dopuścił do szerokiego umożliwienia uzupełnienia dokumentów, tak jak dla podmiotowych środków dowodowych (zgodnie z art. 128 ust. 1 p.z.p., zamawiający wzywa do złożenia/poprawienia/uzupełnienia dowodów, które są niekompletne lub zawierają błędy). Tryb z art. 107 ust. 2 p.z.p., przeciwnie do art. 128 ust. 1 p.z.p., nie dopuszcza uzupełnienia dokumentów zawierających błędy, co należy rozumieć jako błędy merytoryczne. Nie ma więc możliwości dokonania istotnej merytorycznie zmiany treści przedmiotowego środka dowodowego. Na podstawie art. 107 ust. 2 p.z.p. zamawiający jest uprawniony do: 1) sanowania działania wykonawcy, który nie złoży wykazu urządzeń wraz z ofertą (zamawiający wzywa do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli wykonawca ich nie złożył z ofertą), 2) wezwania do uzupełnienia wykazu urządzeń, który jest niekompletny (zamawiający wzywa do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli złożone dokumenty są niekompletne).

O ile pierwsza sytuacja jest prosta i jest związana z biernością wykonawcy, który nie składa dokumentów przedmiotowych wraz z ofertą i uzyskuje jedną szansę na ich przedstawienie zamawiającemu, to druga sytuacja, gdzie uzupełnia się niekompletne dokumenty, jest ocenna i wpisuje się w nią niekompletność fizyczna dokumentu (brak załączenia wszystkich stron, widoczny brak części dokumentu, niektóre wady formalne, etc.), a także wydaje się, że częściowo niekompletność w uproszczeniu określana niekompletnością merytoryczną – tylko nie takim zakresie, w jakim doszło do zmiany wykazu w rozpoznawanym sporze. Tutaj można rozważać czy zasadnym byłoby, w niektórych bardzo specyficznych stanach faktycznych, skorzystanie z tego trybu do ostatecznego rozstrzygnięcia zgodności oferty z OPZ, jeżeli w treści dokumentu brak jest wymaganej informacji (np. złożono kartę katalogową ze standardowym urządzeniem, którego model spełnia wymagania SWZ, gdzie nie ma oznaczenia wymiaru danego elementu, ponieważ zamawiający żądał dodatkowych informacji, których nie ma w standardowej/uproszczonej karcie katalogowej). (...)”.

Ponadto, jak wskazała Izba w wyroku z 7 września 2021 r., sygn. akt KIO 1973/23: „(...) Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, że odwołujący złożył karty katalogowe dla ww. urządzeń, a jedynie brakowało w nich wzmianki o tym, że szafki są zamykane na zamki. Tym samym należy uznać, że przedmiotowe środki dowodowe w postaci kart katalogowych dla ww. zabudów są niekompletne, co obliwowało zamawiającego do zastosowania art. 107 ust. 2 PZP. Brak wezwania odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, tj. kart katalogowych o informację o zamkach, stanowi zatem naruszenie ww. przepisu (...)”. Zatem w wyjątkowych sytuacjach w orzecznictwie Izby dopuszcza się możliwość zastosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, gdy przedmiotowy środek dowodowy został złożony ale jego treść nie pozwala jednoznacznie ocenić oferty w zakresie jej zgodności z warunkami zamówienia, gdyż brakuje w nim niezbędnej do tego informacji.

W ocenie Izby stan faktyczny zaistniały w rozpoznawanej sprawie mieści się w dyspozycji art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Przypomnieć bowiem należy, że u podstaw faktycznych decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego legła nie tyle rzeczywista niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, co niekompletność złożonego wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego, którego treść z uwagi na brak niezbędnej informacji nie pozwoliła na jednoznaczną ocenę spełnienia warunków zamówienia.

Odnosząc się do pisma Odwołującego z 7 czerwca 2023 r., stanowiącego uzupełnienie odwołania, Izba wskazuje, że uzupełnienie zarzutów odwołania po upływie terminu na jego wniesienie jest niedopuszczalne. Zarzut składa się bowiem z podstawy prawnej i wszystkich okoliczności faktycznych stanowiących jego podstawę i powinien być w sposób kompletny podniesiony w terminie na wniesienie odwołania, tj. w treści samego odwołania. Jakikolwiek uzupełnianie zarzutu o niego okoliczności faktyczne po terminie na wniesienie odwołania jest niedopuszczalne. Izba przypomina, że na mocy art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z tego względu stanowisko wskazane w piśmie procesowym Odwołującego z 7 czerwca 2023 r. odnoszące się do oferty najkorzystniejszej wraz ze złożonym dowodem zostało pominięte jako wykraczające poza zarzuty podniesione w odwołaniu.

Podkreślenia też wymaga, że Izba nie przesądziła na podstawie załączonego dowodu w postaci instrukcji użytkownika zaferowanego koca, czy parametr „możliwość podgrzewania min 40 stopni C” został spełniony. Wobec stwierdzenia nieprawidłowości czynności odrzucenia oferty z uwagi na braki w treści przedmiotowego środka dowodowego w postaci załączonej wraz z ofertą karty katalogowej, Izba uznała za zasadne uwzględnienie odwołania i

nakazanie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wezwanie Odwołującego na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego i dalsze badanie i ocenę ofert. Podkreślenia bowiem wymaga, że nie jest rolą Izby wyřęczać zamawiającego w podejmowaniu przez niego czynności w postępowaniu, lecz rolą Izby jest ocena podjętych przez zamawiającego czynności bądź zaniechania ich podjęcia, w celu oceny ich zgodności z przepisami ustawy Pzp, gdyż to zamawiający jest gospodarzem postępowania o zamówienie publiczne i to zamawiający prowadzi postępowanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 2) związku z § 2 ust. 1 pkt 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodnicząca: