Sygn. akt: KIO 2887/24

WYROK

z dnia 3 września 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę SPIE Stangl Technik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Świdnicy, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Miasta Radomia – Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: wykonawca M. W.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę SPIE Stangl Technik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Świdnicy i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz kwotę 1 032 zł 59 gr (słownie: jeden tysiąc trzydzieści dwa złote pięćdziesiąt dziewięć groszy), poniesione przez wykonawcę SPIE Stangl Technik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Świdnicy tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

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

Sygn. akt: KIO 2887/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Radomia – Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest utrzymanie sprawności technicznej, prowadzenie eksploatacji i konserwacja drogowej sygnalizacji świetlnej na terenie miasta Radomia.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 12 sierpnia 2024 r. wykonawca SPIE Stangl Technik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Świdnicy (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

1) niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty — oferty złożonej przez wykonawcę M. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELWAM Przedsiębiorstwo ProdukcyjnoHandlowo-Usługowe z siedzibą w Radomiu (dalej jako „ELWAM"- lub „przystępujący"), pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu;

2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ELWAM, pomimo że oferta ta winna zostać odrzucona z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia, które nie kwalifikują się do walidacji w trybie poprawy omyłek, a to ze względu na niedopuszczalną modyfikację formularza cenowego, którego nie da się konwalidować na podstawie dostępnych dla zamawiającego danych (np. jako omyłki) bez prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą oraz bez niedopuszczalnej zmiany w treści jego oferty;

3) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ELWAM, pomimo że oferta ta winna zostać odrzucona z powodu błędów w obliczeniu ceny, które nie kwalifikują się do poprawy w trybie poprawy omyłek;

4) niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności negocjowania przez zamawiającego z wykonawcą ELWAM

treści oferty ELWAM oraz dokonania przez zamawiającego niedopuszczalnej zmiany w ofercie ELWAM, a w konsekwencji niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności poprawy w ofercie ELWAM rzekomych omyłek, pomimo że oferta ta winna zostać odrzucona oraz nie ziściły się żadne przesłanki do poprawy rzekomych omyłek w ofercie;

5) z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia punktów 2 - 4, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ELWAM, pomimo że oferta ta winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności z powodu niezłożenia przez wykonawcę ELWAM prawidłowych (rzetelnych) wyjaśnień w wyznaczonym terminie oraz z powodu tego, że złożone wyjaśnienia wraz dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny ani jej istotnych części składowych;

6) z ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia punktów 2 – 5, ujawnienia wyjaśnień ELWAM w zakresie rażąco niskiej ceny dopiero po wyborze oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej oraz odroczenia skutku tej czynności o 10 dni, wskutek czego wykonawca nie mógł rzetelnie zapoznać się z treścią owych wyjaśnień przed upływem terminu na wniesienie odwołania;

7) z ostrożności procesowej - na wypadek nieuwzględnienia punktów 2 – 6, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ELWAM, pomimo że oferta ta winna zostać odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 15 ust, 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) lub niedozwolonej inżynierii cenowej.

Wskazanym wyżej czynnościom oraz zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji błędny wybór oferty ELWAM jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona, a co najmniej wybór ten jest przedwczesny, bowiem zamawiający nie wyjaśnił wszelkich wątpliwości odnośnie ceny oferty;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ELWAM, podczas gdy oferta ELWAM winna zostać odrzucona z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia, które nie kwalifikują się do poprawy w trybie poprawy omyłek, a to ze względu na zastosowanie błędnego formularza cenowego, którego nie da się konwalidować na podstawie dostępnych dla zamawiającego danych (np. jako omyłki) bez prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą oraz bez niedopuszczalnej zmiany w treści jego oferty;

3) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ELWAM, podczas gdy oferta ELWAM winna zostać odrzucona z powodu błędów w obliczeniu ceny, które nie kwalifikują się do poprawy w trybie poprawy omyłek, a to ze względu na nieujęcie w pozycji nr 116 formularza cenowego wszystkich wymaganych elementów;

4) art. 223 ust. 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 1, 2, 3 ustawy P.z.p., poprzez ich błędne zastosowanie, a w konsekwencji prowadzenie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą ELWAM niedopuszczalnych negocjacji dotyczących treści złożonej oferty oraz dokonanie niedopuszczalnych zmian w treści oferty wykonawcy ELWAM, a to dokonanie przez zamawiającego poprawy rzekomych „omyłek” w treści oferty wykonawcy ELWAM, podczas gdy błędy w ofercie ELWAM nie nadawały się do poprawy w trybie poprawy omyłek, o której mowa w przepisie art. 223 ust. 2 pkt 1, pkt 2, czy pkt 3 ustawy P.z.p.,

5) art. 74 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 73 ust. 1 w zw. z art. 16, art. 17 ust. 1 i 3 oraz art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz § 5 ust, 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 18.12.2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2434, zwanego dalej „Rozporządzeniem") poprzez ich niezastosowanie a w konsekwencji bezpodstawne nieudostępnienie odwołującemu, na złożony przez niego wniosek, załącznika do protokołu postępowania - wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) złożonych przez wykonawcę ELWAM przed upływem terminu na wniesienie odwołania, pomimo faktu, że załącznik ten winien być jawny i udostępniony odwołującemu przed wyborem najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego;

6) (zarzut ewentualny, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów 2 - 5 powyżej) art. 224 ust. 5 î 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p., poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ELWAM, podczas gdy oferta ELWAM winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności z powodu niezłożenia przez wykonawcę ELWAM prawidłowych (rzetelnych) wyjaśnień w wyznaczonym terminie oraz z powodu tego, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny ani jej istotnych części składowych ;

7) (zarzut ewentualny w przypadku nieuwzględnienia zarzutów ad. 2 - 6 powyżej) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ELWAM, podczas gdy oferta ELWAM winna zostać odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji – a to art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) lub niedopuszczalnej inżynierii cenowej;

8) (zarzut ewentualny w przypadku nieuwzględnienia zarzutów 7, 8, 9 i 10 powyżej) art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania ELWAM do wyjaśnień uzupełniających, podczas gdy ELWAM nie złożył wyjaśnień oraz dowodów, które uzasadniłyby podaną w ofercie cenę.

Mając na względzie opisane wcześniej zarzuty odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania,

3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

4) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ELWAM,

5) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego;

z ostrożności procesowej -- na wypadek, gdyby Izba przyjęła, że zamawiający winien udostępnić odwołującemu wyjaśnienia dotyczące ceny złożone przez wykonawcę ELWAM przed wyborem oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, odwołujący wniósł o:

6) nakazanie zamawiającemu udostępnienia odwołującemu wyjaśnień ceny ofertowej złożonych przez wykonawcę ELWAM (wraz z dowodami);

z ostrożności procesowej – na wypadek, gdyby Izba przyjęła, że zamawiający zobowiązany jest do ponownego wezwania wykonawcy ELWAM do wyjaśnień uzupełniających ceny, odwołujący wniósł o:

7) nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy ELWAM do złożenia wyjaśnień uzupełniających ceny ofertowej, w tym jej istotnych części składowych.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, odwołujący wskazał, co następuje:

A. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że wybór jako najkorzystniejszej oferty — oferty, która winna podlegać odrzuceniu obarczony jest błędem i wadliwością, co najmniej zaś wybór taki jest przedwczesny (w odniesieniu do zarzutu ewentualnego), bowiem nadal nie są wyjaśnione wszelkie aspekty związane z ceną ofertową wykonawcy ELWAM. W związku z powyższym niezbędne jest unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty ELWAM) i przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, połączonego z odrzuceniem oferty podlegającej odrzuceniu, ewentualnie wezwaniem do dalszych wyjaśnień (wyjaśnień uzupełniających ceny), w przypadku gdyby Izba uznała, że sankcja odrzucenia oferty jest sankcją zbyt daleko idąca, a wykonawcy powinni mieć dodatkową szansę na uzupełnienie wyjaśnień ceny,

B. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że wykonawca ELWAM sporządził swoją ofertę na formularzu cenowym, który zawierał odmienne pozycje cenowe w stosunku do wzoru formularza, który udostępnił zamawiający. Różnica w formularzu cenowym polegała na niedopuszczalnej modyfikacji pozycji nr 116 o treści:

L.p.	OPIS POZYCJI	NAZWA JEDNOSTKI OBMIAROWEJ	ILOŚĆ JEDNOSTEK OBMIAROWYCH DO WYKONANIA W OKRESIE TRWANIA UMOWY	CENA ZA JEDNOSTKĘ OBMIAROWĄ NETTO w zł	CENA NETTO (zł) /kol. 4 x kol. 5/
116	Moduł (pakiet) sterownika sygnalizacji świetlnej (bez względu na rodzaj)	szt.	10	3500,10	35 001,00

Tymczasem, załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ") zakładał, iż oferta wykonawców powinna w pozycji 116 uwzględniać 45, a nie 10 modułów sterowników sygnalizacji świetlnej. W związku z powyższym zmodyfikowanie przez ELWAM formularza cenowego spowodowało, że wykonawca ten nie wycenił pełnego zakresu zamówienia. Zgodnie z jednolitym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej odrzucenie oferty za jej niezgodność z warunkami zamówienia dotyczy m.in. ofert, które zostały sporządzone w sposób inny niż wymagane przez zamawiającego lub których wygląd (wskazane w nich treści) jest odmienny od wymaganego przez zamawiającego (w szczególności w zakresie treści mających znaczenie dla oferty takich jak przede wszystkim cena i sposób jej kalkulacji w formularzach cenowych). Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławcze, w tym: wyrok KIO z dnia 5

lutego 2024 roku (KIO 11/2024), wyrok KIO z dnia 24 maja 2023 roku (KIO 1090/23) i inne.

Odwołujący stwierdził, że ELWAM nieprawidłowo ustalił przedmiot i zakres oferty, bowiem modyfikując w sposób niedopuszczalny formularz cenowy nie uwzględnił w pozycji 116 wszystkich obowiązków, które zostały nałożone przez zamawiającego. Gdyby ELWAM prawidłowo rozpoznał przedmiot zamówienia i złożył formularz cenowy prawidłowy, to cena jego oferty byłaby zupełnie inna. Z tego powodu, jako że ELWAM nie wycenił wszystkich elementów które wchodzą w zakres pozycji nr 116, oferta ta winna zostać odrzucona z powodu

błędu w obliczeniu ceny, bez możliwości jej konwalidowania poprzez „poprawę omyłki", bowiem poprawa taka byłaby niedopuszczalna i naruszałaby uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wskazał, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu, po pierwsze z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia (wyrażającej się m.in. przedstawieniem innej treści niż wymagana przez zamawiającego oraz wyceną innych elementów niż wymagane przez zamawiającego), a po drugie z powodu błędu w obliczeniu ceny (biorącego się właśnie z niedopuszczalnej modyfikacji formularza cenowego, co doprowadziło w konsekwencji do podania w ofercie ceny, która nie obejmuje pełnego przedmiotu zamówienia, obejmuje błędny sposób wyceny (liczbę kompletów), co może rodzić odmienności w zakresie płatności i rozliczeń (w zależności od liczby opcji udzielonych wykonawcy), co z pewnością miało wpływ na finalną wartość oferty, a to w konsekwencji na jej pozycję w rankingu ofert). Nieodrzucenie oferty doprowadziłoby z kolei do nierównego traktowania wykonawców oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji, a jej poprawa naruszałaby również niedopuszczalność negocjowania treści oferty oraz dokonywania zmian w jej treści (art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p.).

Niezależnie od powyższego, zamawiający chcąc „ratować" ofertę ELWAM, przesłał do tego wykonawcy zawiadomienie o poprawie innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Tymczasem poprawa taka jest niedopuszczalna, bowiem prowadziłaby do niedopuszczalnej zmiany w treści oferty, skoro zamawiający nie posiadał danych wyjściowych do dokonania takiej poprawy, w szczególności nie znał przyczyn, dlaczego ELWAM zmienił treść formularza cenowego. Jak słusznie podniosło KIO w wyroku z dnia 13 czerwca 2017r., zamawiający może poprawiać omyłki tylko wtedy, gdy dysponuje wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonanie tej czynności. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający nie pofatygował się, by zażądać od wykonawcy udzielenia wyjaśnień, dlaczego w taki, a nie inny sposób sporządził formularz ofertowy. Należy przypomnieć, iż inne omyłki muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów. W żadnym wypadku za inną omyłkę nie można przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy. W ocenie odwołującego, w niniejszej sprawie z pewnością w momencie dokonywania poprawki zamawiający nie dysponował pozytywną wiedzą, iż działanie wykonawcy charakteryzowało się tymi przymiotami.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie miał prawa poprawić oferty wykonawcy ELWAM również z tego powodu, iż zmiany te w sposób istotny zmieniały treść oferty. W tym wypadku należy bowiem ocenić jej wpływ na treść tej ostatniej, rozmiar i wagę (znaczenie) dla całokształtu oświadczenia woli. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2013 r. sygn. akt: KIO 1250/13.

Odwołujący podniósł, że naturalnym jest, że wykonawca ELWAM, kiedy został przez zamawiającego poinformowany o poprawie jego oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. (do czego nie było żadnych podstaw), to nie miał żadnego powodu do zakwestionowania takiej poprawy (w trybie art. 223 ust. 3 ustawy P.z.p.), bowiem alternatywą (przy braku zgody na niezgodną z prawem poprawę rzekomych omyłek w ofercie ELWAM) byłoby odrzucenie oferty [zarówno na podstawie przepisów przywołanych w odwołaniu [tj. za niezgodność z warunkami zamówienia i/lub błąd w obliczeniu ceny], ale również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy P.z.p. wraz z ewentualnym zatrzymaniem wykonawcy ELWAM wadium - gdyby jego oferta plasowała się dzięki takiej poprawie na pierwszej lokacie (zob. art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy P.z.p.). Stąd oferent ELWAM był oczywiście żywotnie zainteresowany w akceptacji niedopuszczalnej i niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. poprawy przez zamawiającego rzekomej omyłki w swojej ofercie, bowiem tylko w taki sposób mógł utrzymać się w postępowaniu, „uratować" własną ofertę, a nawet ją konwalidować i utrzymać się w postępowaniu wraz z zachowaniem swojego wadium, podczas gdy oferta taka winna zostać odrzucona z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia, co z kolei doprowadziło również do błędnej kalkulacji ceny,

Odwołujący wskazał, że prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego z ELWAM, jak również poprawa oferty ELWAM przez zamawiającego doprowadziły do takiego właśnie naruszenia uczciwej konkurencji i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, jak również do naruszenia zakazu negocjowania treści oferty oraz dokonywania zmian w treści oferty, a jakakolwiek poprawa rzekomych „omyłek" w ofercie ELWAM była niedopuszczalna.

C. Zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że w orzecznictwie KIO wielokrotnie wskazywano, że podstawę do odrzucenia oferty jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji może stanowić każdy czyn podjęty przez wykonawcę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli czyn ten spełni znamiona określone w ustawie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2017 r., sygn. akt: KIO 2473/17), Jednym z przykładów czynów nieuczciwej konkurencji jest tzw. „manipulowanie ceną". Ów zabieg wyjaśnia M. Jaworska: „Jako czyn nieuczciwej konkurencji może być uznana praktyka manipulowania ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że ich część określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów koniecznych do realizacji wyodrębnionej części zamówienia, a część cen jest bez uzasadnienia zawyżana, by zrekompensować zaniżenie innych, Brak obiektywnego uzasadnienia dla dokonywania takiej operacji może

wskazywać, że jedynym jej celem jest zamierzona optymalizacja wyceny przedmiotu zamówienia, nakierunkowana na uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, zawyżenie

ostatecznego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy lub odmienne, od określonego w dokumentach zamówienia, jego rozliczenie, np. otrzymanie części wynagrodzenia za wykonanie zamówienia na wcześniejszym etapie jego realizacji, Takie działanie w sposób oczywisty prowadzi do wynaturzeń pozbawiających ekonomicznego sensu cały system zamówień publicznych, a także ewidentnie narusza interes innych przedsiębiorców (wykonawców) oraz klienta (zamawiającego)," (M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red, Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Legalis).

D. Zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 73 ust. 1 w zw. z art. 16, art. 17 ust. 1 i 3 oraz art, 18 ust. 1 ustawy PZP oraz S 5 ust. 4 rozporządzenia.

Odwołujący podniósł, że oferta ELWAM była o ponad 30% niższa od wartości zamówienia szacowanej przez zamawiającego. Z tego względu zamawiający wezwał tego wykonawcę do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. Odwołujący wskazał, iż podstawą skierowania wezwania do wykonawcy winien był być ust. 2 przywołanego artykułu, jednakże omyłka ta nie wpłynęła na przebieg postępowania, z uwagi na okoliczność, iż zamawiający obszernie wskazał, jakich wyjaśnień żąda od ELWAM.

Odwołujący podniósł, że jego zarzuty dotyczą postępowania zamawiającego po uzyskaniu od ELWAM wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jeszcze przed ogłoszeniem wyboru oferty ELWAM jako najkorzystniejszej odwołujący złożył wniosek o udostępnienie tego dokumentu. Zamawiający odmówił uczynienia zadość żądaniu odwołującego, powołując się na art. 74 ust. 2 ustawy P.z.p. Przywołany przepis stanowi, iż co do zasady, załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania. Uwadze zamawiającego umknęła jednak okoliczność, iż od tej zasady ustawodawca przewidział wyjątki, w tym między innymi, iż ograniczenie to nie dotyczy oferty i załączników do niej. W doktrynie i judykaturze przyjmuje się już w zasadzie powszechnie, iż wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią cześć oferty i winny być ujawniane w tym samym czasie. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2023 r. (sygn. akt 3466/22) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2022 r. (sygn. akt KIO 1191/22).

Odwołujący stwierdził, że mimo że miał świadomość bezprawnego działania zamawiającego, uznał, iż poczeka na doręczenie mu wyjaśnień ELWAM w terminie późniejszym. Czas pokazał, iż zamawiający nie poprzestał w utrudnianiu odwołującemu w ochronie jego praw. W dniu 5 sierpnia 2024 r. zamawiający doręczył odwołującemu

oświadczenie, z którego wynikało, iż co prawda ELWAM próbował utajnić treść swoich wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jednak uczyni to nieskutecznie. Bezbrzeżne zdziwienie odwołującego wzbudziła jednak dalsza część pisma zamawiającego, w której to oświadczył on, iż zamierza odroczyć ujawnienie tychże o 10 dni. Rzecz jasna oznaczało to, że odwołujący nie miał możliwości zapoznać się z tymi wyjaśnieniami przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Zachowania zamawiającego nie sposób określić inaczej niż jako bulwersujące.

W ocenie odwołującego działania zamawiającego w sposób oczywisty wprost zmierzają do uniemożliwienia odwołującemu skutecznego wniesienia odwołania. Ustawa P.z.p. nie przewiduje instytucji odraczania ujawniania dokumentów w ogóle, co więcej takie zachowanie ze względu na jego oczywisty cel godzi wprost w elementarne zasady udzielania zamówień publicznych. Jedną z tych zasad jest zachowanie przejrzystości i proporcjonalności. Zasada proporcjonalności wyraża się więc w formułowaniu wobec wykonawców wymagań w postępowaniu w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia i rzeczywistych potrzeb zamawiającego przy jednoczesnym niestawianiu nadmiernych wymagań, ograniczających bez odpowiedniego uzasadnienia prawa wykonawców czy też stanowiących dla nich zbędne utrudnienia w udziale w postępowaniu i pozyskaniu zamówienia. Podobnie zachowanie zamawiającego narusza zasadę jawności postępowania, którą należy odnosić przede wszystkim do protokołu postępowania oraz jego załączników, które w świetle przepisów ustawy stanowią dokumentację postępowania oraz są jawne. Powinny być one udostępniane każdemu bez względu na okoliczności istnienia bądź nieistnienia interesu prawnego czy też faktycznego po stronie wnioskodawcy.

E. Zarzut ewentualny naruszenia art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p.; oraz zarzut ewentualny naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że nie mając dostępu do treści wyjaśnień ceny oferenta ELWAM, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, nie mając pewności uwzględnienia przez Izbę zarzutów głównych i nakazania zamawiającemu udostępnienia wyjaśnień przed wyborem oferty, zmuszony jest podnieść (niejako „w ciemno") zarzuty istnienia w ofercie wykonawcy ELWAM rażąco niskiej ceny, a przynajmniej rażąco niskich istotnych części składowych ceny, a to pozycji:

	OPIS POZYCJI	NAZWA JEDNOSTKI OBMIAROWEJ	ILOŚĆ JEDNOSTEK OBMIAROWYCH DO WYKONANIA W OKRESIE TRWANIA UMOWY	CENA ZA JEDNOSTKĘ OBMIAROWĄ NETTO w zł	CENA NETTO (zł) /kol. 4 x kol, 5/
58	Ułożenie kabli (bez peszela), wraz z cenq kabla, bez względu na typ kabla	mb	3500	30,00	105 000,00
59	Ułożenie kabli (razem z peszelem) wraz z cenq kabla oraz peszelat bez względu na typ kabla	mb	1500	39,00	58 500,00

107	Złącza kablowe (kablowo pomiarowe) wraz z fundamentem	kpl.	2	700,00	1 400,00
1 17	Komputer sterownika sygnalizacji konstrukcja dwuprocesorowa	szt.	2	3 500,10	7 000,20
1 18	Detektor mikrofalowy do detekcji pojazdów lub pieszych	szt.	2	300,00	600,00
1 19	Detektor termiczny do rowerzystów lub pieszych	szt.	2	250,00	500,00
123	Detektor ultradźwiękowy (bez względu na typ)	szt.	2	48,00	96,00
128	Wykonanie projektu elektrycznego	kpl.	3	2 500,00	7 500,00
129	Wykonanie projektu stałej organizacji rtJChU	kpl.	3	5 000,00	15 000,00

Odwołujący podniósł, że w zakresie pozycji: 58, 59, 107, 117,118 i 119, według najlepszej wiedzy odwołującego na rynku nie ma możliwości zakupu tych materiałów lub urządzeń po cenach, które w swojej ofercie zamieścił ELWAM. W zakresie pozycji 128 odwołujący stoi na stanowisku, iż zgodnie z wymogami zamawiającego, projekt elektryczny winien zostać wykonany przez projektanta legitymującego się odpowiednimi uprawnieniami i nie ma możliwości, by jakakolwiek osoba o takich kwalifikacjach wykonała ów projekt za kwotę, którą wskazał ELWAM. W przypadku pozycji 129, w ocenie odwołującego w pozycji tej ELWAM nie uwzględnił wymogów zamawiającego, który nakazuje przed wykonaniem projektu do wykonania pomiarów natężenia ruchu z wykorzystaniem wideorejestratora z widocznym każdym strumieniem ruchu uwzględniającym struktury rodzajowej i kierunkowej pojazdów natężenia ruchu pieszego i rowerowego. Wykonanie takich pomiarów jest bardzo kosztowne i nie mieści się w kwocie 5.000,00 PLN.

Odwołujący wskazał, że w tym kontekście zasadnym jest również wskazanie jako ewentualnej podstaw do odrzucenia oferty ELWAM z powodu wskazanych wycen również art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP - a zatem czynu nieuczciwej konkurencji który polega na oferowaniu produktów usług poniżej kosztów ich zakupu i świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców i utrudnienia im dostępu do rynku (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t,j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) lub niedozwolonej inżynierii cenowej przejawiającej się w takim żonglowaniu cenami jednostkowymi, aby pewne pozycje rażąco zaniżyć, a inne zawyżyć, aby w ostatecznym rozrachunku cena całościowa oferty wydawała się adekwatna. Jednym z przykładów czynów nieuczciwej konkurencji może być również niedopuszczalna inżynieria cenowa, polegająca na zawyżaniu jednych cen, kosztem drugich, które są sztucznie i nad wyraz zaniżane.

F. Zarzut ewentualny naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący stwierdził, iż nieudzielenie precyzyjnych i wyczerpujących oraz szczegółowych wyjaśnień oraz niezłożenie kompletu dowodów potwierdzających rzetelność wyceny oferty, na wezwanie zamawiającego, a w konsekwencji nie obalenie domniemania rażąco niskiej ceny, które konstytuuje się w momencie przesłania wezwania zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, powinno powodować automatyczne odrzucenie oferty takiego wykonawcy, ale z daleko posuniętej ostrożności procesowej, na wypadek gdyby Izba uznała, że wykonawca taki uprawniony jest do uzupełnienia swoich wyjaśnień (złożenia wyjaśnień uzupełniających) sformułował zarzut ewentualny braku wezwania wykonawcy ELWAM do złożenia takowych wyjaśnień uzupełniających w sytuacji, gdyby pierwsze wyjaśnienia złożone przez ELWAM okazały się nieprawidłowe (nieprecyzyjne, ogólnikowe, nieodpowiadające na pytania zamawiającego, pozbawione dowodów, itd.) W takim przypadku dokonany wybór oferty najkorzystniejszej jest przedwczesny.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 sierpnia 2024 roku zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. dopuszczenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odpowiedzi zamawiającego na odwołanie,
3. orzeczenie kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych przez odwołującego wskazanych w punktach 1 – 5 odwołania zamawiający wskazał, że dokonał poprawy oferty ELWAM w trybie art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy P.z.p., który to przepis zezwala zamawiającemu na dokonanie poprawki innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującego istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z ustawową regulacją jest zobowiązany do poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Regulacja zawarta w art. 233 ust. 2 pkt. 3 ustawy P.z.p. stanowi wyjątek od reguły, zgodnie z którą nie można dokonywać zmian w treści oferty.

Zamawiający wskazał, że pojęcie „istotności" nie zostało zdefiniowane, a zatem, przyjmuje się, że o istotności stanowi stopień ingerencji zamawiającego w treść oferty oraz konsekwencje dokonanych poprawek. Sam zaś fakt, że omyłka dotyczy ceny, ilości asortymentu, czyli istotnego elementu oferty (essentialia negotii), nie powoduje, że ma ona charakter istotny w stosunku do całej oferty. Oceniając, czy dana omyłka ma charakter istotny,

Zamawiający powinien brać pod uwagę to, jakie konsekwencje będzie miało poprawienie oferty tzn., ile wyniesie wartość zmiany, a także ile pozycji będzie musiało być poprawionych. Ustawodawca nie określił w takim przypadku sztywnych kryteriów, a więc to zamawiający na podstawie całokształtu oferty podejmuje decyzję w tym zakresie (co potwierdza doktryna i judykatura). Zamawiający przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym: wyrok z dnia 1 lipca 2019 r. sygn. akt. KIO 1123/19, wyroku z dnia 12 lutego 2009 r. sygn. akt. KIO 134/09.

Zamawiający wskazał, że okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych przez zamawiającego za istotne, a poprawionych jako „inne omyłki", nawet jeśli skutkiem ich poprawy będzie zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy P.z.p., co oznacza, że możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty, wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu poprawił tylko jedną pozycję w kosztorysie ELWAM (poz. 116), w oparciu o ww. przepis, uznając omyłkę jako „inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty". Zamawiający zmienił liczbę modułu (pakiet) sterownika sygnalizacji świetlnej (bez względu na rodzaj) z 10 szt. na 45, co skutkowało zmianą kwoty z 35 001,00 do kwoty 157 504,50 zł, tj. o kwotę 122 503,50 zł. W konsekwencji tej poprawki doszło do zmiany ceny oferty z 2 673 285,44 zł do kwoty 2 823 964,75 zł. Różnica zatem jest nieistotna w kontekście całej wartości zamówienia. Takie dokonanie poprawki innej omyłki było możliwe na podstawie posiadanych danych przez zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że ustawodawca zobowiązał Zamawiającego, aby w przypadku dokonania poprawy oferty niezwłocznie zawiadomił o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Dodatkowo, w przypadku poprawienia innej omyłki zamawiający żąda wyrażenia zgody przez wykonawcę wyznaczając mu odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie tej omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak udzielenia odpowiedzi w wyznaczonym terminie, zgodnie z brzmieniem art. 223 ust. 3 ustawy P.z.p. zostaje uznany za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki i nie stanowi podstawy odrzucenia oferty.

W niniejszej sprawie zamawiający wywiązał się również z tego obowiązku przez wystosowanie pisma znak: NZ.2603.48.17.2024.WB z dnia 22 lipca 2024 informującego ELWAM o dokonaniu poprawienia „innej omyłki" oraz wezwał do wyrażenia zgody na jej

dokonanie bądź jej zakwestionowanie, zakreślając stosowny termin. Wykonawca pismem z dnia 24 lipca 2024 r. zaakceptował wprowadzone poprawki.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem odwołującego, że takie działanie zamawiającego było negocjowaniem warunków kontraktu i naruszeniem przepisów ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego nieudostępnienia załącznika do protokołu – wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) zamawiający wyjaśnił, że pismem z dnia 26 lipca 2024 r. odwołujący się wystąpił z wnioskiem o udostępnienie odpowiedzi podmiotu ELWAM. Zamawiający udzielił odpowiedzi pismem z dnia 29 lipca 2024 r. znak: NZ.2603.48.23.2024.WB, że załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania – zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy P.z.p. Zamawiający przywołał wyrok z dnia 21 marca 2023 r. sygn. akt. KIO 649/23. Następnie odwołujący złożył wniosek z dnia 2 sierpnia 2024 r. o udostępnienie kompletnego protokołu postępowania wraz z załącznikami. Pismami z dnia 5 sierpnia 2024 r. znak: NZ.2603.48.32.2024.WB, NZ.2603.48.33.2024.WB zamawiający poinformował wykonawców, że postanowił odtajnić wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny" złożone przez wykonawców, a ich ujawnienie nastąpi nie wcześniej niż po upływie 10 dni od daty przekazania wykonawcy przedmiotowego pisma. Zamawiający wyjaśnił, że w związku z tym, że wykonawca ma prawo wniesienia odwołania na czynność zamawiającego polegającą na odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a nawet wykonawca może dochodzić naprawienia wyrządzonej szkody w drodze powództwa cywilnego z tego tytułu. Ocena dotycząca skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi czynność zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający dbając o interesy Gminy odtajnił dokumenty obydwu wykonawców po terminie do wniesienia odwołania. Wniosek o udostępnienie kosztorysu ofertowego odwołującego został złożony przez ELWAM w dniu 13 sierpnia 2024 r. i został udostępniony w dniu 14 sierpnia 2024 r. Na wniosek odwołującego z dnia 19 sierpnia 2024 r. w przedmiocie udostępnienia odpowiedzi firmy ELWAM odnośnie rażąco niskiej ceny – dokumenty zostały przekazane odwołującemu się w dniu 19 sierpnia 2024 r. Na wniosek ELWAM z dnia 19 sierpnia 2024 r. w przedmiocie udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny udzielonych przez odwołującego zamawiający przekazał informacje w dniu 20 sierpnia 2024 r. W świetle ww. faktów w ocenie zamawiającego chybiony jest zarzut związany z bezpodstawnym nieudostępnieniem wyjaśnień ceny (wraz z dowodami), z uwagi na ww. czynności dokonane przez zamawiającego.

Co do zarzutów ewentualnych wskazanych w punktach 6, 7, 8 odwołania zamawiający podniósł, że koncentrują się one wokół tzw. „rażąco niskiej ceny" i „czynu nieuczciwej konkurencji".

Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 15 lipca 2024 r. w siedzibie MZDiK dokonał otwarcia ofert złożonych w przetargu nieograniczonym pn. „Utrzymanie sprawności technicznej, prowadzenia eksploatacji i konserwacji drogowej sygnalizacji świetlnej na terenie miasta Radomia" znak: NZ.2603.48.2022.WB. Zamawiający wezwał wykonawców (w tym także odwołującego się) do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczeń cen ofertowych do poszczególnych pozycji, gdzie według zamawiającego cena była zaniżona. Obaj wykonawcy złożyli stosowne wyjaśnienia zamawiającemu, który po przeanalizowaniu materiałów przesłanych przez wykonawców uznał je za wystarczające, aby dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku z zarzutami dotyczącymi „rażąco niskiej ceny" zaoferowanej przez ELWAM

zamawiający wyjaśnił, że wykonawca ELWAM załączył zapytania ofertowe do poszczególnych producentów elementów niezbędnych do prawidłowej pracy i utrzymania sygnalizacji świetlnej tj. „Tech – Vision" Zakład Elektroniki i Automatyki w Tarnobrzegu, „TRAFFIC LIGHTS" z Stargardu, jak i oferty ze strony internetowej „Allegro" dotyczące dekoderów ultradźwiękowych. Przedstawiciel firmy ELWAM wyjaśnił również, że posiada zapasy magazynowe, które mogą być wykorzystane do wykonania prac utrzymaniowych, a wiele elementów konstrukcyjnych sygnalizacji wykonuje we własnym zakresie, posiada do tego niezbędne zaplecze techniczne i sprzęt.

Zamawiający podkreślił, że oferta przedłożona przez wykonawcę jest indywidualną jego sprawą. W ocenie zamawiającego wyjaśnienia co do „podejrzenia rażąco niskiej ceny" po ich analizie doprowadziły zamawiającego do przekonania, że w prowadzonym postępowaniu nie doszło do złożenia przez ELWAM oferty z rażąco niską ceną, z tego powodu nie dokonał odrzucenia złożonej oferty i wybrał przedmiotową ofertę jako najkorzystniejszą.

W dalszej kolejności zamawiający wskazał, że zgodnie z ustawą P.z.p. ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 537 pkt.1 ustawy P.z.p.). Wykonawca ELWAM PPUH M. W. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (pismo z dnia 16 sierpnia 2024 r.). Z tego też powodu to w pierwszej kolejności ten wykonawca musi wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający stwierdził, że zapewnił warunki uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dokonując określonych czynności związanych z uzyskaniem wyjaśnień co do złożonych ofert, ich analizy, badania i oceny. Tym samym za nietrafny należy uznać zarzut zawarty w pkt. 7 odwołania. Zamawiający organizując i rozstrzygając przetarg

działał zgodnie z zasadami ustawy P.z.p. w tym zasadą efektywności ekonomicznej i legalności (art. 17 ust. 1, 2 ustawy P.z.p.), zasadą uczciwej konkurencji i przejrzystości (art. 16 ustawy P.z.p.), bezstronności i obiektywizmu (art. 17 ust. 3 ustawy P.z.p.), jawności (art. 18 ustawy P.z.p.) i pisemności (art. 20 ustawy P.z.p.). W związku z tym w ocenie zamawiającego podjęte przez niego działania były prawidłowe i z tego powodu odwołanie należy oddalić w całości.

Pismem z dnia 28 sierpnia 2024 roku wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu odwołujący zarzucił zamawiającemu:

a. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p, poprzez wskazanie, iż oferta ELWAM jest niezgodna z warunkami zamówienia również z uwagi na okoliczność, iż:

i. ELWAM w pozycji kosztorysowej nr 123, tj. detektor ultradźwiękowy, zaproponował urządzenie, które nie jest przeznaczone do detekcji pieszych w rejonie aktywnych przejść dla pieszych i nie spełnia wymogów technicznych ujętych w SWZ;

ii. ELWAM w pozycji kosztorysowej nr 94, tj. wspornik, wycenił jedynie wspornik niewielkich rozmiarów, podczas gdy dokumentacja przetargowa nie przewidywała takich ograniczeń, a specyfika zamówienia wymaga czasem stosowania wsporników większych;

b. Art. 224 ust 1 oraz art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez wskazanie, iż ELWAM w ogóle nie podjął się wyjaśnień kalkulacji wielu pozycji kosztorysowych, w niektórych pozycjach kosztorysowych powołał się na dokumenty, których nie załączył do wyjaśnień, a nawet w tych pozycjach, w których przedstawił dowody, w ocenie odwołującego nie były one wystarczające do sprostania ciężarowi wynikającemu z art. 224 ust. 5 ustawy P.z.p.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z:

a. Instrukcji obsługi urządzenia detektor ultradźwiękowy Tempo di Saldi CC308+ na wykazanie faktu, iż nie jest to urządzenie przeznaczone do detekcji pieszych w rejonie aktywnych przejść dla pieszych;

b. wydruku ze strony trafficlights.pl na wykazanie faktu zakresu oferty tego podmiotu.

Odwołujący wskazał, iż złożenie pisma stało się konieczne z uwagi na okoliczność, iż dotyczy ono nieprawidłowości wynikających z wyjaśnień ELWAM w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, które zostały odwołującemu doręczone przez zamawiającego dopiero po upływie terminu na wniesienie odwołania, w związku z czym nie miał on możliwości powołania już w treści odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca M. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ELWAM" Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe M. W. Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 29 sierpnia 2024 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy P.z.p. (dowód: pismo z dnia 20 sierpnia 2024 roku).

Wykonawcy obowiązani byli wraz z ofertą złożyć wyliczenie ceny ofertowej według załącznika nr 2 do SWZ. Załącznik nr 2 do SWZ zawierał tabelę składającą się ze 130 pozycji. Pozycja 116 dotyczyła elementu: „Moduł (pakiet) sterownika

sygnalizacji świetlnej (bez względu na rodzaj)". Zgodnie z załącznikiem zamawiający określił ilość modułów jako 45. Zamawiający wymagał wskazania ceny za jeden moduł oraz cenę za 45 modułów (dowód: SWZ).

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty:

1) oferta odwołującego z ceną 3 122 740,73 zł,

2) oferta przystępującego z ceną 2 673 9285,44 zł

(dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 15 lipca 2024 roku)

Przystępujący wraz z ofertą złożył wypełniony załącznik nr 2, gdzie w pozycji 116 wskazał cenę za 1 moduł (3 500,10 zł). Określił ilość wycenionych modułów jako 10 i wskazał cenę za 10 modułów (35 001,00 zł) (dowód: oferta przystępującego).

Pismem z dnia 22 lipca 2024 roku zamawiający poinformował przystępującego o poprawieniu w jego ofercie na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy P.z.p. oczywistych omyłek pisarskich i oczywistych omyłek rachunkowych w formularzu ofertowym oraz oczywistych omyłek rachunkowych i innych omyłek, polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty w wyliczeniu ceny ofertowej. W wyniku poprawienia omyłek rachunkowych cena oferty uległa zmianie i wynosi 2 823 964,75 zł. W tym samym piśmie zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny (dowód: pismo z dnia 22 lipca 2024 roku).

Poprawienie omyłek polegało na wykreśleniu w załączniku nr 2 w pozycji 116 liczby modułów (10) i wpisanie liczby wymaganej przez zamawiającego (45), a następnie zastąpienie kwoty stanowiącej wynik mnożenia liczby modułów wpisanych przez przystępującego przez ich cenę jednostkową (35 001,00 zł) kwotą stanowiącą wynik mnożenia wymaganej liczby modułów przez ich cenę jednostkową (157 504,50 zł). Następnie zamawiający skorygował cenę oferty w sposób stanowiący konsekwencję dokonanych zmian, zastępując kwotę 2 673 9285,44 zł kwotą 2 823 964,75 zł (dowód: załącznik do pisma z dnia 22 lipca 2024 roku).

W piśmie z dnia 24 lipca 2024 roku przystępujący złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny. Przystępujący zastrzegł wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa (dowód: pismo z dnia 24 lipca 2024 roku).

W piśmie z dnia 24 lipca 2024 roku przystępujący wyraził zgodę na poprawienie omyłek, o których został poinformowany pismem z dnia 22 lipca 2024 roku (dowód: pismo z dnia 24 lipca 2024 roku).

W dniu 26 lipca 2024 roku odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie złożonych przez przystępującego wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, wraz z dowodami na ich poparcie (dowód: korespondencja z dnia 26 lipca 2024 roku).

W odpowiedzi zamawiający pismem z dnia 29 lipca 2024 roku poinformował, że zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy P.z.p. załączniki do protokołu postępowania udostępnia się pod dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania. Pismo zostało przekazane odwołującemu w dniu 29 lipca 2024 roku drogą elektroniczną (dowód: pismo z dnia 29 lipca 2024 roku wraz z potwierdzeniem przesłania).

Pismem z dnia 2 sierpnia 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego (dowód: pismo z dnia 2 sierpnia 2024 roku).

W dniu 2 sierpnia 2024 roku odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami (dowód: korespondencja z dnia 2 sierpnia 2024 roku).

Pismem z dnia 5 sierpnia 2024 roku zamawiający poinformował o ujawnieniu wyjaśnień zaoferowanej ceny złożonych przez przystępującego. Jednocześnie zamawiający wskazał, że

w związku z przysługującymi wykonawcy środkami ochrony prawnej ujawnienie dokumentów może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 10 dni od daty przekazania wykonawcy pisma (dowód: pismo z dnia 5 sierpnia 2024 roku).

W dniu 19 sierpnia 2024 roku odwołujący złożył do zamawiającego wniosek o ujawnienie wyjaśnień ceny złożonych przez przystępującego, w związku z upływem 10 dni od dnia poinformowania o ujawnieniu tych wyjaśnień (dowód: korespondencja z dnia 19 sierpnia 2024 roku).

W dniu 19 sierpnia 2024 roku zamawiający udostępnił odwołującemu wyjaśnienia ceny złożone przez przystępującego (dowód: korespondencja z dnia 19 sierpnia 2024 roku).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty naruszenia:

- art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji błędny wybór oferty ELWAM jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona, a co najmniej wybór ten jest przedwczesny, bowiem zamawiający nie wyjaśnił wszelkich wątpliwości odnośnie ceny oferty (pkt 1 odwołania);

- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ELWAM, podczas gdy oferta ELWAM winna zostać odrzucona z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia, które nie kwalifikują się do poprawy w trybie poprawy omyłek, a to ze względu na zastosowanie błędnego formularza cenowego, którego nie da się konwalidować na podstawie dostępnych dla zamawiającego danych (np. jako omyłki) bez prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą oraz bez niedopuszczalnej zmiany w treści jego oferty (pkt 2 odwołania);

- art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ELWAM, podczas gdy oferta ELWAM winna zostać odrzucona z powodu błędów w obliczeniu ceny, które nie kwalifikują się do poprawy w trybie poprawy

omyłek, a to ze względu na nieujęcie w pozycji nr 116 formularza cenowego wszystkich wymaganych elementów (pkt 3 odwołania);

- art. 223 ust. 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 1, 2, 3 ustawy P.z.p., poprzez ich błędne zastosowanie, a w konsekwencji prowadzenie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą ELWAM niedopuszczalnych negocjacji dotyczących treści złożonej oferty oraz dokonanie niedopuszczalnych zmian w treści oferty wykonawcy ELWAM, a to dokonanie przez zamawiającego poprawy rzekomych „omyłek" w treści oferty wykonawcy ELWAM, podczas gdy błędy w ofercie ELWAM nie nadawały się do poprawy w trybie poprawy omyłek, o której mowa w przepisie art. 223 ust. 2 pkt 1, pkt 2, czy pkt 3 ustawy P.z.p. (pkt 4 odwołania);

Stosownie do art. 223 ust. 2 ustawy P.z.p., zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

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

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

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

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1084/12, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w s.i.w.z., a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w s.i.w.z. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w s.i.w.z. oczekiwania.

Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią s.w.z., zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 223 ust. 1 ustawy P.z. p. stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 223 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści s.w.z., a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie (vide: wyrok KIO z 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1514/11 z oraz wyrok KIO z 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12).

Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty zakreśla przepis art. 223 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p., opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek.

Ustawa P.z.p. nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku (wyrok z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08) „możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość" omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny a nie merytoryczny. Istotnym przy tym pozostaje, że oczywista omyłka w tekście oferty nie może w żadnym razie doprowadzić do zmiany jej treści – pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można bowiem doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia".

Z kolei oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu i błąd ten można poprawić wyłącznie w jeden sposób, niebudzący żadnych wątpliwości. Należy przyjąć, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać wyłącznie

omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. Dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia.

Z kolei art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. dotyczy poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią s.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując sui generis procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią s.w.z. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni s.w.z. (art. 218 ust. 2 ustawy P.z.p.). Warunkiem skutecznej poprawy omyłki w ofercie odwołującego jest okoliczność, że dokonana poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Ponadto, aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p, zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza tu musi

wynikać z zapisów s.w.z. oraz z treści oferty wykonawcy. Istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie, że dana treść została błędnie wpisana, możliwe jest bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób poprawienia oferty (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2019 roku sygn. akt: KIO 1964/19).

Instytucja przewidziana w art. 223 ust. 2 ustawy P.z.p. służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z SWZ (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09 oraz wyrok KIO z 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2743/11).

W kontekście niniejszej sprawy Izba stwierdziła, że poprawienie omyłki, która znalazła się w ofercie przystępującego wypełnia przesłanki wskazane w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Zamawiający w treści pisma z dnia 22 lipca 2024 roku wskazał co prawda również na oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, niemniej jednak omyłka zawarta w ofercie przystępującego nie miała takiego charakteru. Okoliczność ta pozostaje bez wpływu na niniejsze rozstrzygnięcie.

Nie budzi wątpliwości Izby, że przystępujący, wskazując w pozycji 116 załącznika nr 2 liczbę modułów jako 10, nie zaś 45, zwyczajnie się pomylił. Było to o tyle możliwe, że w formularzu było dużo pozycji, co zwiększało prawdopodobieństwo omyłki. Izba nie znajduje innego uzasadnienia dla wpisania liczby 10 zamiast 45. W szczególności Izba nie dostrzega korzyści, jakie przystępujący mógłby uzyskać wpisując taką liczbę. Wręcz przeciwnie – świadoma zmiana wymaganej liczby modułów narażała przystępującego na uznanie, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z ustaleń faktycznych wynika natomiast, że przystępujący, który przygotował i złożył ofertę, był zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Należy założyć, że jego celem było przygotowanie oferty zgodnej z SWZ, zaistniała niezgodność musiała być zatem wynikiem omyłki.

Dokonana przez zamawiającego poprawa doprowadziła do zmian w treści oferty (co wyklucza możliwość uznania stwierdzonej niezgodności za oczywistą omyłkę pisarską), niemniej jednak w ocenie Izby nie była to zmiana istotna. Podkreślenia wymaga, że złożenie oferty jest niewątpliwie czynnością prawną, w której skład wchodzą składniki o różnym charakterze, w tym tzw. essentialia negotii, które stanowią przedmiotowo istotne elementarne i tym samym niezbędne cechy identyfikujące daną czynność, które rozstrzygają o jej skutkach prawnych. W opinii Izby zakres zamówienia, w skład którego wchodzi również ilość modułów,

należy do essentialia negotii oferty. Jednakże sama ingerencja w elementy przedmiotowo istotne oferty nie jest tożsama ze wskazaną w dyspozycji przepisu istotną zmianą w treści oferty. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach.

W ocenie Izby dokonana przez zamawiającego poprawa nie doprowadziła do istotnych zmian w treści oświadczenia woli w tym zakresie. W szczególności wskazać należy, że załącznik nr 2 liczy 130 pozycji, które dopiero wspólnie składają się na zakres zamówienia. Omyłka została popełniona jedynie w jednej pozycji, przy czym pozycja ta nie została pominięta ani zmieniona. Omyłka dotyczy jedynie ilości wymaganych modułów. Pozycja 116 nie jest również pozycją wycenioną najwyżej, a jej udział w cenie ofertowej wynosi jedynie około 5,6%.

Tym samym dokonana poprawa nie doprowadziła do istotnej zmiany treści oferty, co jest warunkiem skutecznej poprawy omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Z powyższego wynika również, że niezgodność pozycji 116 załącznika nr 2 w ofercie przystępującego z dokumentami postępowania nie jest błędem uzasadniającym odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p.

Skutkujące odrzuceniem oferty błędy w obliczeniu ceny lub kosztu to takie błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, które nie mogą zostać naprawione w toku postępowania. Jeżeli nieprawidłowość matematyczna w obliczeniu ceny lub kosztu ma charakter oczywistej omyłki rachunkowej, zamawiający poprawia ją zgodnie z treścią art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. Jeżeli zaś w toku badania ofert ujawnione zostaną nieprawidłowości w ofercie powodujące jej niezgodność z treścią dokumentów zamówienia i wystąpią skutki tych nieprawidłowości w postaci błędnej wyceny oferty, zastosowanie może znaleźć art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. upoważniający zamawiającego do dokonania nieistotnych zmian w treści oferty.

W rozpoznawanej sprawie Izby uznała wskazaną wyżej niezgodność za inną omyłkę w ofercie przystępującego, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Tym samym brak jest podstaw do tego, by zakwalifikować ją jako błąd w obliczeniu ceny, skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p.

Nietrafny jest również zarzut odwołującego dotyczący prowadzenia przez zamawiającego z przystępującym niedozwolonych prawem negocjacji, których efektem była zmiana treści oferty przystępującego. Z ustaleń dokonanych przez Izbę wynika, że żadne negocjacje nie miały miejsca, a poprawienie oferty przystępującego nastąpiło na podstawie danych zawartych w treści dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia:

- art. 74 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 73 ust. 1 w zw. z art. 16, art. 17 ust. 1 i 3 oraz art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 18.12.2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez ich niezastosowanie a w konsekwencji bezpodstawne nieudostępnienie odwołującemu, na złożony przez niego wniosek, załącznika do protokołu postępowania – wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) złożonych przez wykonawcę ELWAM przed upływem terminu na wniesienie odwołania, pomimo faktu, że załącznik ten winien być jawny i udostępniony odwołującemu przed wyborem najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego.

Z treści uzasadnienia odwołania wynika, że odwołujący objął wskazanym wyżej zarzutem zarówno czynność zamawiającego z dnia z dnia 29 lipca 2024 roku, kiedy to zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy P.z.p. załączniki do protokołu postępowania udostępnia się pod dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, jak i czynność wyrażoną w piśmie z dnia 5 sierpnia 2024 roku, w którym zamawiający poinformował o ujawnieniu wyjaśnień zaoferowanej ceny złożonych przez przystępującego i jednocześnie wskazał, że w związku z przysługującymi wykonawcy środkami ochrony prawnej ujawnienie dokumentów może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 10 dni od daty przekazania wykonawcy pisma.

Izba wskazuje, że podniesienie zarzutu wobec czynności z dnia 29 lipca 2024 roku należy uznać za spóźnione. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Tym samym termin na wniesienie odwołania na czynność z dnia 29 lipca 2024 roku upłynął w dniu 8 sierpnia 2024 roku. Podniesienie zarzutu w dniu 12 sierpnia 2024 roku należy uznać za czynność naruszającą wskazany w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a termin na jej dokonanie.

W odniesieniu do czynności zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2024 roku Izba wskazuje, że czynność ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa jest czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i na tę czynność, zgodnie z art. 513 pkt 1 ustawy P.z.p., wykonawcy przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania. W przypadku ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oczywistym jest, że zamawiający winien wstrzymać się z udostępnieniem tych informacji od czasu, kiedy upłynie termin na jej zaskarżenie, ponieważ – gdyby uczynił to

wcześniej – wniesienie odwołania przez wykonawcę, który zastrzegł informacje, nie przyniosłoby pożądanego skutku, a wykonawca zostałby pozbawiony możliwości obrony swoich praw. Udostępnienie zastrzeżonych informacji wywołuje bowiem skutki od razu i ma charakter nieodwracalny. Ponadto, jak słusznie zauważył zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nieuprawnione ujawnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa mogłoby narazić zamawiającego na odpowiedzialność odszkodowawczą na rzecz wykonawcy, który poniósł szkodę w wyniku bezpodstawnego ujawnienia przez zamawiającego zastrzeżonych informacji. Jednocześnie Izba wskazuje, że w przypadku, gdyby odwołujący wniósł odwołanie na czynność zamawiającego z dnia 29 lipca 2024 roku, mógłby uzyskać dostęp do zastrzeżonych informacji znacznie wcześniej. Zaniechanie odwołującego w rozpoznawanym przypadku obciąża zatem jego samego.

Izba uznała za nieuzasadniony, podniesiony z ostrożności procesowej, zarzut naruszenia:

- w przypadku nieuwzględnienia zarzutów 2 - 6 – art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ELWAM, podczas gdy oferta ELWAM winna zostać odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji – a to art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) lub niedopuszczalnej inżynierii cenowej.

Uzasadniając powyższy zarzut odwołujący stwierdził, że podstawą do odrzucenia oferty jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji może być tzw. „manipulowanie ceną". W następnej kolejności odwołujący przytoczył fragment komentarza z pozycji „Prawo zamówień publicznych. Komentarz" pod red. Marzeny Jaworskiej, gdzie opisano, na czym polega manipulowanie ceną.

Odwołujący nie sprecyzował, które – w jego przekonaniu – pozycje załącznika nr 2 zostały przez przystępującego zaniżone, a które zawyżone, w taki sposób, by można zarzucić przystępującemu „manipulację cenową". Podkreślić należy, że to na odwołującym ciąży wykazanie zasadności zarzutu, które winno polegać – zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. – na wskazaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Okoliczności faktyczne uzasadniające odwołanie to fakty, które, w świetle właściwych przepisów prawa, stanowią przesłanki powstania i istnienia sytuacji uzasadniającej wniesienie odwołania. Należy je dokładnie opisać w odwołaniu. Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09/za podkreślił, że jeśli strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do

postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.

Izba uznała za nieuzasadnione, podniesione z ostrożności procesowej, zarzuty naruszenia:

- w przypadku nieuwzględnienia zarzutów 2 - 5 – art. 224 ust. 5 î 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p., poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ELWAM, podczas gdy oferta ELWAM winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności z powodu niezłożenia przez wykonawcę ELWAM prawidłowych (rzetelnych) wyjaśnień w wyznaczonym terminie oraz z powodu tego, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny ani jej istotnych części składowych;

- w przypadku nieuwzględnienia zarzutów 7, 8, 9 i 10 – art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania ELWAM do wyjaśnień uzupełniających, podczas gdy ELWAM nie złożył wyjaśnień oraz dowodów, które uzasadniłyby podaną w ofercie cenę.

Izba wskazuje że podnosząc wskazane wyżej zarzuty, odwołujący nie podał żadnego uzasadnienia na ich poparcie. Odwołujący wskazał kilka pozycji załącznika nr 2, które – w jego przekonaniu – zostały przez przystępującego zaniżone, ale podniesiona w tym zakresie argumentacja sprowadziła się do ogólnego i lakonicznego stwierdzenia, że czynności / materiałów, których dotyczą te pozycje, nie da się wykonać / sfinansować za kwoty wskazane w załączniku. Odwołujący nie wskazał jednak, jaki powinien być poziom zakwestionowanych przez niego kwot. Nie przedstawił kosztów, jakie – jego zdaniem – należałoby przeznaczyć na każdy ze wskazanych wydatków, nie przedstawił żadnych wyliczeń w tym zakresie ani też nie przedstawił żadnych dowodów.

W tym miejscu Izba wskazuje na argumentację zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2022 roku, sygn. akt KIO 3225/22, którą w pełni podziela i z której wynika, iż: „(…) zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przypadku rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny, czy też zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w

postępowaniu o udzielenie zamówienia (vide: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bądź też, że cena nie budzi wątpliwości, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Skład orzekający w tej sprawie podziela prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, bądź zaniechania do wezwania w zakresie wyjaśnienia zaoferowanej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 26 kwietnia 2022 r., KIO 719/22 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2019 r., KIO 2617/18).”

Wskazując na powyższą argumentację Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał również, iż w rozpoznawanym przypadku zaszły przesłanki uzasadniające wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień, stosownie go art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty podniesione w piśmie odwołującego z dnia 28 sierpnia 2024 roku. Zgodnie z art. 555 ustawy P.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołujący winien w tym zakresie wnieść osobne odwołanie. Jednocześnie Izba wskazuje, że fakt, iż odwołujący uzyskał informacje, które zaskarżył w piśmie z dnia 28 sierpnia 2024 roku, w dniu 19 sierpnia 2024 roku, wynikał z zaniechania odwołującego, który nie złożył odwołania na czynność zamawiającego z dnia 29 lipca 2024 roku, w której zamawiający poinformował go o możliwości udostępnienia wyjaśnień złożonych przez przystępującego w zakresie zaoferowanej ceny pod wyborze najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu odwołania.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich

rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz.

2437).

Przewodniczący: ……