Sygn. akt KIO 3057/24

WYROK

Warszawa, dnia 10 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2024 roku przez wykonawcę T-MOBILE POLSKA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego MIEJSKIE WODOCIĄGI I KANALIZACJA W BYDGOSZCZY SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bydgoszczy

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: WES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Białymstoku, POLSKI INSTYTUT ROZWOJU SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako 1 w petitum odwołania

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako 3 w petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Białymstoku, POLSKI INSTYTUT ROZWOJU SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie

3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę T-MOBILE POLSKA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie w części 1/2 oraz uczestnika postępowania WES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Białymstoku,

POLSKI INSTYTUT ROZWOJU SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie w części 1/2 i:

4.1. 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) poniesioną przez wykonawcę T-MOBILE POLSKA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), kwotę 460 zł 00 gr (słownie: czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy), kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez uczestnika WES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Białymstoku, POLSKI INSTYTUT ROZWOJU SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa

4.2. zasądza od uczestnika WES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Białymstoku, POLSKI INSTYTUT ROZWOJU SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy T-MOBILE POLSKA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie kwotę 7 262 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącą po potrąceniu 1/2 sumy kosztów poniesionych przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 3057/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający MIEJSKIE WODOCIĄGI I KANALIZACJA W BYDGOSZCZY SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bydgoszczy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dostawa, wdrożenie i obsługa stacjonarnego systemu odczytu danych z wodomierzy", nr referencyjny: ZP-014/D/RZ/2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2023 r. pod numerem: 00782686-2023.

W postępowaniu tym wykonawca T-MOBILE POLSKA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") w dniu 23 sierpnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: WES sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku oraz Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Konsorcjum WES") jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. części niejawnej złożonych przez Konsorcjum WES w dniu 19 czerwca 2024 r. wyjaśnień ceny w postaci załączników do tych wyjaśnień (nr 8-12), pełnej treści wezwania z dnia 4 lipca 2024 r. do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum WES z dnia 8 lipca 2024 r. w zakresie załącznika, mimo że Konsorcjum WES nie wykazał wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk warunkujących skuteczność dokonanego zastrzeżenia, jak również zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa;

2. ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut w zakresie zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz dalszych wyjaśnień ceny składanych w toku postępowania podlega oddaleniu: art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

Konsorcjum WES, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez Konsorcjum WES nie jest rażąco niska.

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum WES, mimo iż według złożonych w toku postępowania przez oświadczeń wykonawca zaoferował Zamawiającemu urządzenie niezgodne z warunkami zamówienia, a następnie dokonał jego zmiany w wyniku wystosowanego przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, przez co doszło do negocjacji treści oferty pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą (co do zaoferowanego rozwiązania) i naruszenia zasady konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości;

4. art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 117 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum WES do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp dotyczącego podziału prac pomiędzy członkami konsorcjum, mimo iż wykonawca nie złożył tego dokumentu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, tj.:

a. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów objętych przez Konsorcjum WES ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. części niejawnej złożonych przez Konsorcjum WES w dniu 19 czerwca 2024 r. wyjaśnień w postaci załączników do tych wyjaśnień (nr 8-12), pełnej treści wezwania z dnia 4 lipca 2024 r. do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum WES z dnia 8 lipca 2024 r. w zakresie załącznika;

b. odrzucenia oferty Konsorcjum WES;

c. ewentualnie (w przypadku uznania, że oferta Konsorcjum WES nie podlega odrzuceniu) wezwania Konsorcjum WES do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp.

3. ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Zarzut nr 3

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum WES wskazało w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, iż wyceniło i zamierza dostarczyć urządzenie, które jest niezgodne z wymaganiami. Zamawiający, po zweryfikowaniu tego urządzenia (jego nazwa jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa przez Konsorcjum WES), wezwał Konsorcjum WES na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści oferty i wskazał, że oferowane Urządzenie Mobilne nie

spełnia wymagań określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia z Rozdziału V ust. 5, a w szczególności wielkości ekranu, ilości pamięci RAM oraz pojemności baterii (akumulatora).

W odpowiedzi z dnia 8 lipca 2024 r. na ww. wezwanie Konsorcjum WES oświadczyło, że doszło do pomyłki w zakresie dołączenia do wyjaśnień ceny ofert, gdyż w treści dołączonej do wyjaśnień ceny oferty „nie znalazły się urządzenia, które Wykonawca miał zamiar zaoferować Zamawiającemu". W odpowiedzi Konsorcjum WES oświadczyło, że oferuje urządzenie mobilne Samsung Galaxy Tab Active 4 Pro.

Odwołujący wskazał, że zaakceptowanie przez Zamawiającego zmiany urządzenia mobilnego, które miało być uwzględnione i wycenione w ramach wyjaśnień ceny stanowi niedopuszczalne negocjacje prowadzone przez Zamawiającego z wykonawcą i potwierdza, że wyjaśnienia ceny złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 12 czerwca 2024 r. były nieprawidłowe.

Odwołujący przytoczył treść art. 223 ust. 1 Pzp wskazując, że jakkolwiek wystosowanie wezwania do wyjaśnień oferty na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp jest uprawnieniem Zamawiającego, tak ocena złożonych wyjaśnień nie powinna prowadzić do zmiany oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę w postępowaniu. Dopuszczanie tego typu zmian stanowi o prowadzeniu niedopuszczalnych negocjacji oferty. Odwołujący wskazał, że nie można pomijać informacji przekazywanych przez wykonawcę w postępowaniu – informacja dotycząca ofertowanego urządzenia pojawiła się w wyjaśnieniach ceny jako element zakładanego przez wykonawcę sposobu realizacji zamówienia i została uznana za na tyle istotną przez Zamawiającego, że postanowił wyjaśnić tę kwestię w trybie art. 223 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Odwołującego w przypadku, gdyby Zamawiający nie skorzystał z trybu wyjaśnień wykonawca najprawdopodobniej dostarczyłby Zamawiającemu urządzenie, które jest niezgodne z wymaganiami.

Zarzut nr 4

Odwołujący wskazał, że do oferty Konsorcjum WES nie zostało dołączone oświadczenie wymagane na podstawie art. 117ust. 4 Pzp. Zamawiający nie wzywał Konsorcjum WES do uzupełnienia ww. dokumentu na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp.

Odwołujący przytoczył treść art. 117 Pzp stwierdzając, że złożenie oświadczenia jest wymagane przepisami prawa.

Izba pominęła argumentację Odwołującego w zakresie zarzutu oznaczonego jako 1 w petitum odwołania uznając ją za zbędną z uwagi na uwzględnienie wskazanego zarzutu przez Zamawiającego i braku sprzeciwu w tym zakresie.

Izba pominęła argumentację Odwołującego w zakresie zarzutu ewentualnego

oznaczonego jako 2 w petitum odwołania uznając ją za zbędną, albowiem Izba pozostawiła go bez rozpoznania.

W złożonej pismem z dnia 3 września 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający uwzględnił w odwołanie w całości, tj. w odniesieniu do zarzutu nr 1, 3 i 4 w petitum odwołania. Dodatkowo wskazał, że wobec uwzględnienia zarzutu nr 1 zarzut ewentualny (nr 2) nie powinien stanowić przedmiotu rozstrzygania w niniejszej sprawie.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Białymstoku, POLSKI INSTYTUT ROZWOJU SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący pismem z dnia 4 września 2024 r. wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu oznaczonego jako nr 3 oraz nr 4 w petitum odwołania. Przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 1. Dodatkowo wskazał, że zarzut nr 2 jako zarzut ewentualny, z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutu nr 1, stał się bezprzedmiotowy. Przystępujący wniósł o odwołania w zakresie zarzutu nr 3 i zarzutu nr 4.

W uzasadnieniu Przystępujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 3

W pierwszej kolejności Przystępujący zwrócił uwagę, że złożone wyjaśnienia w zakresie wysokości ceny nie stanowią przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie żądał wskazania w ofercie producenta/modelu urządzenia mobilnego oferowanego przez wykonawców. Wskazanie urządzenia pojawiło się jedynie w treści wyjaśnień w zakresie wysokości ceny złożonych przez Przystępującego.

Przystępujący, w ślad za swoimi wyjaśnieniami z dnia 8 lipca 2024 r., wskazał, że doszło do pomyłki w zakresie dołączenia do wyjaśnień ceny oferty, ponieważ została do nich omyłkowo załączona nieaktualna oferta, nie zawierająca

urządzeń, które Przystępujący miał zaoferować Zamawiającemu. Oferta została załączona przez Przystępującego jedynie jako dowód do złożonych wyjaśnień ceny, potwierdzający rynkowość oraz realność zaoferowanej w ofercie ceny. Zatem złożona oferta nie pełniła roli przedmiotowego środka dowodowego, dlatego też nie może podlegać ocenie w sposób właściwy dla przedmiotowych środków dowodowych, a tym bardziej nie może być postrzegana jak dokument pełniący analogiczną rolę do przedmiotowych środków dowodowych.

Przystępujący zwrócił uwagę, że skoro wskazanie producenta/modelu urządzenia mobilnego nie znalazło się w treści oferty, ani w treści przedmiotowych środków dowodowych, w wyniku przyjęcia wyjaśnień Przystępującego dotyczących omyłki w treści wyjaśnień ceny, nie doszło do zmiany treści oferty złożonej przez Przystępującego.

Zdaniem Przystępującego Zamawiający był uprawiony (a wręcz zobowiązany) do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, jeżeli miał wątpliwości co do treści oferty złożonej przez Przystępującego.

Przystępujący zwrócił uwagę, że dopuszczalne jest uznanie przez Zamawiającego za słuszne wyjaśnień Przystępującego o popełnieniu omyłki w treści wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty podał również przyczynę omyłkowego załączenia nieprawidłowej oferty, tj. załączanie omyłkowo nieaktualnej oferty kontrahenta Przystępującego, zamiast uaktualnionej oferty, w której przewidziano urządzenie, które Przystępujący od samego początku zamierzał zaoferować Zamawiającemu. Załączenie nieaktualnej oferty przełożyło się potem na dalszą omyłkę, tj. umieszczenie w treści wyjaśnień modelu nieprawidłowego urządzenia. Co jednak istotne, omyłka ta nie spowodowała rozbieżności w kalkulacji ceny. Obydwa urządzenia (wskazane omyłkowo i prawidłowe, które oferuje Przystępujący) zostaną nabyte przez Przystępującego w takiej samej cenie. Omyłka w zakresie oznaczenia urządzeń mobilnych nie przełożyła się w jakikolwiek sposób na prawidłowość kalkulacji – w wyniku wyjaśnienia tej omyłki nie doszło do zmiany założeń kalkulacyjnych przedstawionych przez Przystępującego.

Podkreślić należy, że termin złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny jest wyznaczany przez Zamawiającego i z reguły jest to bardzo krótki czas. Działając pod presją czasu, w obliczu powinności złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny oraz przygotowania dowodów potwierdzających czynniki wpływające na wysokość zaoferowanej ceny, nie trudno o popełnienie błędu lub omyłki. Z tego też powodu zamawiający, który zidentyfikuje nieścisłości w wyjaśnieniach, powinien w pierwszej kolejności ocenić czy wpływają one na ogólny ich odbiór, czy powodują, iż wyjaśnienia jako całość nie uzasadniają ceny podanej w ofercie w stopniu dostatecznym.

W świetle zaistniałego stanu faktycznego, zdaniem Przystępującego, nie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny lub ze zmianą oferowanego przedmiotu. Jak już wskazano powyżej Przystępujący prawidłowo wycenił w ofercie przedmiot, który Przystępujący miał zamiar zaoferować. Jedyną omyłką jaka miała miejsce, było załączenie nieaktualnej oferty kontrahenta, co przełożyło się na omyłkowe umieszczenie błędnego oznaczenia urządzenia. Bezzasadnym byłoby więc pozbawienie Przystępującego możliwości wyjaśnienia zaistniałej sytuacji oraz poprawienia zaistniałej omyłki.

Przystępujący zwrócił uwagę, że przepisy dotyczące rażąco niskiej nie służą temu, by usuwać z postępowania wykonawców, których wyjaśnienia obarczone są jakimiś drobnymi omyłkami, bowiem służą one temu by chronić zamawiających oraz interes publiczny przed

narażeniem na ryzyko nieprawidłowej realizacji zamówienia z uwagi na niedoszacowanie ceny oferty, z czym nie mamy do czynienia w zaistniałym stanie faktycznym.

Zarzut nr 4

Przystępujący wskazał, że oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie musiało zostać dołączone do oferty Przystępującego z uwagi na to, że przedmiotem zamówienia są dostawy, a jednocześnie Zamawiający nie postawił warunków udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia działalności.

Przystępujący podkreślił, że przypadek, o którym mowa w art. 117 ust. 3 Pzp dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi, a nie dotyczy zamówień, których przedmiotem są dostawy. Nawet, jeżeli Zamawiający określi warunek udziału w postępowaniu w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia w ramach udzielenia zamówienia na dostawy, nie ma obowiązku dołączania do oferty oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Odwołującego oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, sprzeciwie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Białymstoku, POLSKI INSTYTUT

ROZWOJU SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawcy skutecznie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa, wdrożenie i obsługa stacjonarnego systemu odczytu danych z wodomierzy.

Pismem z dnia 12 czerwca 2024 r. Zamawiający wezwał Uczestnika postępowania do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny.

Pismem z dnia 19 czerwca 2024 r. Uczestnik postępowania złożył wyjaśnienia. Poza sporem było to, że w treści wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny, Uczestnik postępowania wskazał urządzenie, które jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, pismem z dnia 4 lipca 2024 r., Zamawiający wezwał Uczestnika postępowania do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Pismem z dnia 8 lipca 2024 r. Uczestnik postępowania w odpowiedzi na wezwanie Zmawiającego wskazał m.in., że doszło do omyłki w treści złożonych wyjaśnień i dołączenia nieprawidłowej oferty. Do wyjaśnień ceny dołączono omyłko nieaktualną ofertę. Kontrahent Wykonawcy przedstawił Wykonawcy ofertę, która została następnie omyłkowo dołączona do wyjaśnień ceny. W treści wskazanej oferty nie znalazły się jednak urządzenia, które Wykonawca miał zamiar zaoferować Zamawiającemu. Do wyjaśnień Uczestnik postępowania załączył ofertę kontrahenta na świadczenie usług telekomunikacyjnych (tajemnica przedsiębiorstwa).

Izba zważyła, co następuje:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako 1 w petitum odwołania wobec jego uwzględnienia przez zamawiającego i braku sprzeciwu w tym zakresie. Z uwagi na powyższe, zarzut ewentualny oznaczony jako 2, Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części w zakresie zarzutu nr 3.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Bez wątpienia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mogą stanowić podstawę odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Poza sporem było to, że Uczestnik postępowania w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał urządzenie, które nie spełniało wymagań Zamawiającego. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty Uczestnik postępowania oświadczył, że doszło do pomyłki i zaoferował inne, niż

wskazane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, urządzenie mobilne, tym razem spełniające wymagania Zamawiającego.

Postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego cechuje się wysokim formalizmem i choć samo postępowanie nie powinno być formalizmem samym w sobie, to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami specyfikacji. Oferta musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego, które to zamawiający zdefiniował w dokumentach postępowania. Z tego też względu wykonawcy biorący udział w takim postępowaniu, jako profesjonaliści, powinni dochować należytej staranności i spełnić wszystkie wymagania zamawiającego. Co za tym idzie, zdaniem Izby, Uczestnik postępowania nie mógł dokonywać modyfikacji zaoferowanego urządzenie twierdząc, że doszło do pomyłki, która nie jest w żaden sposób dostrzegalna.

Odnosząc się do wyjaśnień udzielonych przez Uczestnika postępowania przede wszystkim warto wskazać, że dodanie/poprawienie/zmiana treści jest czynnością zupełnie odmienną od złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienie jest jedną z odmian rozumowania, jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia dla danej treści, czyni coś zrozumiałym. Wyjaśnienia, w przeciwieństwie do uzupełnienia czy też poprawienia, mają na celu ustalenie rzeczywistej treści dokumentu czy też oświadczenia. Wyjaśnianie treści oferty polega na udzieleniu odpowiedzi na pytanie „dlaczego tak jest jak wykonawca postanowił w treści", a nie na dodaniu nowej treści czy też jej zmodyfikowaniu – tak jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnienia/poprawienia treści oświadczenia lub dokumentu.

Uczestnik postępowania w piśmie stanowiącym sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiający przywołał m.in. tezę wyroku KIO 146/24 jednak nie zwrócił uwagi, że w rozstrzygniętej sprawie omyłka była dostrzegalna, bowiem wynikała z innych dokumentów załączonych do oferty. Z kolei w przedmiotowej sprawie, jak wielokrotnie powtarzał Uczestnik postępowania, nie można było z żadnego dokumentu, załączonego do oferty, wywnioskować jakie urządzenie faktycznie zostało zaoferowane.

Abstrahując od powyższego, Izba nie dała wiary wyjaśnieniom treści oferty złożonym przez Uczestnika postępowania. Oferta załączona do wyjaśnień nawet nie referuje do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Nie wynika z niej, że Uczestnik otrzymał ją przed terminem składania ofert a tym bardziej, że Uczestnik od początku chciał

zaoferować urządzenie, o którym mowa w tej właśnie ofercie.

Niejako na marginesie, od wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego, wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w przygotowaniu oferty. Należyta staranność profesjonalisty, do którego należy zaliczyć Uczestnika postępowania, nakłada na

wykonawcę, który składa ofertę, aby upewnił się, czy przedstawiony w wyjaśnieniach stan rzeczy jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

Podniesiony zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp należało uznać za całkowicie bezzasadny.

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 117 ustawy Pzp:

1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Twierdzenia Uczestnika postępowania zasługiwały na aprobatę w całości. Zamawiający w sposób wyraźny określił rodzaj zamówienia, tj. dostawa. W treści warunku udziału w postępowaniu Zamawiający również odnosił się do dostaw.

Zamawiający w dokumentach zamówienia nie wskazał, że wykonawcy będę zobowiązani do złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 2, ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a i 2 lit. a, b i c rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

W przedmiotowej sprawie, Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród dwóch zarzutów jeden okazał się zasadny, zaś jeden - niezasadny.

Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części 1/2 i Uczestnik postępowania w części 1/2. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 PLN, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego i Uczestnika postępowania w kwocie po 3 600 PLN oraz koszty dojazdu i opłaty skarbowej poniesione przez Uczestnika postępowania.

Łącznie koszty postępowania odwoławczego – 22 677 PLN. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 PLN, tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia swego pełnomocnika (15 000 PLN +3 600 PLN), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11 338,50 PLN (22 677 PLN x 1/2). Uczestnik postępowania poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 PLN tytułem wynagrodzenia swego pełnomocnika, 460 PLN tytułem dojazdu oraz 17 PLN opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, tymczasem odpowiadała za nie do wysokości 11 338,50 PLN. Wobec powyższego Izba zasądziła od Uczestnika postępowania na rzecz Odwołującego kwotę 7 262 PLN, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……