

Sygn.akt KIO 3075/24

Sygn. akt: KIO 3075/24

WYROK

Warszawa z dnia 23 września 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 18 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024r. przez odwołującego: Miko-Tech Sp. z o.o. ul. Św. Jana Pawła II nr 11 B, 43 - 170 Łaziska Górne w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o. ul. Kilińskiego 25a, 58-200 Dzierżoniów z udziałem przystępującego: Instal Kraków S.A. ul.

Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: Miko-Tech Sp. z o.o. ul. Św. Jana Pawła II nr 11 B, 43 - 170 Łaziska Górne

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego: Miko-Tech Sp. z o.o. ul. Św. Jana Pawła II nr 11 B, 43 - 170 Łaziska Górne, tytułem wpisu od odwołania

3. zasądza od odwołującego: Miko-Tech Sp. z o.o. ul. Św. Jana Pawła II nr 11 B, 43 - 170

Łaziska Górne kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz zamawiającego: Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o. ul. Kilińskiego 25a, 58-200

Dzierżoniów stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

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.

Przewodniczący:.....

uzasadnienie

Odwołanie wniesiono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa Oczyszczalni Ścieków w Dzierżoniowie” wchodzącego w zakres projektu: „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie gmin powiatu dzierżoniowskiego - etap III”

Numer ogłoszenia o zamówieniu z Dz. Urz. UE: 403555-2024; Numer referencyjny: JRP/3/2024

Odwołanie

(1) Działając w imieniu i na rzecz wykonawcy MIKO-TECH Sp. z o.o. (dalej jako „Odwołujący”), z powołaniem na załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 roku, poz. 1605 z późn. zm., dalej jako „PZP”), niniejszym wnoszę odwołanie od następujących czynności Zamawiającego, mających miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „Rozbudowa Oczyszczalni Ścieków w Dzierżoniowie” wchodzącego w zakres projektu pn.: „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie gmin powiatu dzierżoniowskiego - etap III” (dalej jako „Postępowanie”):

- a. odrzucenia oferty Odwołującego,
- b. zaniechania oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
- c. oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty INSTAL KRAKÓW Spółka Akcyjna z

siedzibą w Krakowie (dalej jako „INSTAL”),

a ewentualnie - z ostrożności procesowej - także:

- d. zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia „wartości częściowych” w Tabeli

Cen, jako załącznika składanego wraz z Ofertą.

- (2) Zarzucam Zamawiającemu:

- a. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo,

że treść oferty Odwołującego nie jest niezgodna z warunkami zamówienia,

- b. naruszenie art. 16 pkt 2 i 3 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób

naruszający zasady przejrzystości i proporcjonalności, skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego;

a ewentualnie - z ostrożności procesowej - także:

- c. naruszenie art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do

uzupełnienia Tabeli ceny poprzez wskazanie „wartości częściowych” przypisanych do określonych pozycji w ramach kolumny zatytułowanej „Elementy przedmiotu zamówienia”.

- (3) Mając na uwadze postawione zarzuty, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienie czynności oceny ofert oraz unieważnienie wyboru oferty INSTAL jako

oferty najkorzystniejszej,

- b. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,

- c. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

- d. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. a ewentualnie - z ostrożności

procesowej - także o:

- e. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Odwołującego do

uzupełnienia Tabeli ceny poprzez wskazanie „wartości częściowych” przypisanych do określonych pozycji w ramach kolumny zatytułowanej „Elementy przedmiotu zamówienia”.

A. ZACHOWANIE TERMINU NA ODWOŁANIE

- (4) W dniu 16 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz dokonanej ocenie ofert, w tym wyborze jako najkorzystniejszej oferty INSTAL.

- (5) Z uwagi na wartość zamówienia przekraczającą progi unijne, termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni i upływa w dniu 26 sierpnia 2024 r. - niniejsze odwołanie zostało złożone zatem w przepisany w PZP terminie.

B. INTERES W ZŁOŻENIU ODWOŁANIA

- (6) Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów PZP. Oferta Odwołującego jest bowiem najkorzystniejszą ofertą złożoną w Postępowaniu. Wskutek nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego Odwołujący został jednak pozbawiony możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i wypracowania z jego realizacji określonego zysku, co w sposób oczywisty naraża go na szkodę.

UZASADNIENIE ZARZUTÓW ODWOŁANIA

A. WSTĘP

- (7) Przedmiotem zamówienia dla zadania pn. „Rozbudowa Oczyszczalni Ścieków w Dzierżoniowie” jest wykonanie robót budowlanych pozwalających na zwiększenie wydajności OŚ w Dzierżoniowie z poziomu 37 500 RLM na 47 600 RLM.

- (8) W zakres zadania wchodzi wykonanie prac podzielonych na następujące części opisane w rozdziale 3 części I SWZ - Instrukcji dla Wykonawców (IDW):

- a. Część ściekowa,

- b. Część osadowa,

- c. Rozbudowa / modernizacja / wymiana rurociągów międzyobiektowych,
- d. Opracowanie projektu budowlanego i dokonanie zgłoszenia budowy kanalizacji kablowej,;
- e. Opracowanie projektu wykonawczego branży elektrycznej i AKPiA,
- f. Uzyskanie nowego pozwolenia wodnoprawnego z uwzględnieniem korzystania z przelewu burzowego / obejścia komór osadu czynnego,
- g. Zasilenie w energię elektryczną oraz systemy kontrolno-pomiarowe i automatyka nowych i przebudowanych obiektów i instalacji,
- h. Rozruch instalacji, szkolenia wraz z opracowaniem nowych i aktualizacją istniejących instrukcji,
- i. Przygotowanie kompletu dokumentów stanowiących załącznik do wniosku o wydanie pozwolenia na użytkowanie.

(9) Postępowanie to jest drugim z kolei postępowaniem przetargowym dotyczącym przedmiotu zamówienia (poprzednie, o nr sprawy JRP/3/2022, unieważniono).

(10) Zgodnie z rozdziałem 19 IDW, kryteriami oceny ofert w Postępowaniu są zryczałtowana cena łączna brutto należna za wykonanie zamówienia oraz termin jego wykonania. Obie te wartości należało wskazać w Formularzu Oferty, której wzór stanowił załącznik nr 1 do IDW.

(11) Termin składania ofert upłynął 5 sierpnia 2024 r. Po otwarciu ofert Zamawiający poinformował wykonawców, że kwota przeznaczona na realizację zamówienia to

12 825 000,00 PLN oraz, że w Postępowaniu złożone zostały oferty przez następujących wykonawców:

a. Envirotech sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Envirotech”) - cena: 16 469

700,00 PLN,

b. Odwołujący - cena: 13 886 700,00 PLN,

c. INSTAL - cena: 14 278 922,40 PLN.

(12) Dnia 16 sierpnia 2024 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację, zawierającą informację o wyborze oferty INSTAL jako oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Envirotech i o odrzuceniu oferty Odwołującego - w obu przypadkach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP z uwagi na niezgodność ich treści z warunkami zamówienia. W obu przypadkach, uzasadnienie odrzucenia ofert jest tożsame - rzekoma niezgodność polegać ma na niewskazaniu określonych wartości częściowych w Tabeli ceny stanowiącej załącznik do oferty każdego z ww. wykonawców.

(13) Odwołujący nie zgadza się z powyższym rozstrzygnięciem uznając, że jest ono wadliwe i jako takie nie powinno zostać utrzymane.

B. ODRZUCENIE OFERTY ODWOŁUJĄCEGO

(14) Odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający uzasadnił tym, że w Tabeli ceny, załączonej do jego oferty, pomimo rzekomych wymagań wskazanych w IDW, w pozycjach 57, 9-12, 14 i 15, 17 i 18, 25-31 Odwołujący nie wskazał wartości częściowych, pozostawiając puste komórki, a wskazał jedynie wartość sumaryczną poszczególnych pozycji.

(15) Zamawiający wyjaśnił, że ww. braki w Tabeli ceny nie mogą zostać uzupełnione, gdyż „prowadziłoby to do wytworzenia nowej treści oferty, której pierwotnie nie zawierała”, co pozostaje poza możliwościami, które daje mu art. 223 ust. 1 i 2 PZP.

(16) Zamawiający wywiódł z powyższego, że Odwołujący nie wypełnił obowiązku prawidłowego i pełnego wypełnienia oferty, wskazanego przez Zamawiającego w warunkach zamówienia, a zatem treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka podlega odrzuceniu.

(17) W ocenie Odwołującego, argumentacja Zamawiającego jest nietrafna - zważając na art. 226 ust. 1 pkt 6 PZP w zw. z art. 16 PZP i art. 7 pkt 29 PZP oraz art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, nie może uznać, by treść oferty Odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia ustanowionymi w Postępowaniu, a zatem że powinna

zostać odrzucona.

(18) Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia - w pierwszej kolejności należy jednak odpowiednio zdefiniować pojęcia oferty i warunków zamówienia oraz zważyć na jednolitą linię orzecniczą KIO dotyczącą przedmiotowej przesłanki odrzucenia oferty.

(19) W odniesieniu do „oferty” w doktrynie zamówień publicznych podnosi się, że można ją rozumieć dwojako - jako ofertę sensu largo (tj. wszystkie dokumenty składane wraz z ofertą)

oraz jako ofertę sensu stricto - tj. oświadczenie woli (zobowiązanie) Wykonawcy odnoszące się do wykonania zamówienia na określonych w ofercie warunkach, co do których stosuje się rygor, o jakim mowa w art. 223 ust. 1 PZP (zakaz negocjacji lub zmiany treści oferty). Pojęcie oferty sensu stricto należy przy tym odczytywać w świetle art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Chodzi zatem o ścisłe oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do wykonania zamówienia na określonych warunkach, w tym cenie i terminie.

(20) Co do warunków zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 PZP, należy przez nie rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

(21) W odniesieniu do przesłanki odrzucenia oferty o jakiej mowa w art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP, w doktrynie i orzecnictwie wskazuje się, że wymagania, które podlegają kontroli z uwagi na ich niezgodność z warunkami zamówienia powinny dotyczyć merytorycznych aspektów zamówienia (wyrok KIO z 22.11.2022 r., KIO 2929/22), a niezgodność uzasadniająca odrzucenie oferty winna mieć charakter nieusuwalny (wyrok KIO z 29.04.2022, KIO 965/22). Nadto, o omawianej przesłance odrzucenia oferty można mówić tylko wtedy, gdy warunki zamówienia są jasne, precyzyjne i nie powodują wątpliwości co do ich interpretacji (wyroki KIO z 12.02.2024 r., KIO 472/24, i z 13.02.2024 r., KIO 199/24). W tym zakresie KIO wskazała również, że „punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert” (wyrok KIO z 13.9.2022 r., KIO 2257/22), a nadto, że „odrzućenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty”. (wyrok KIO z 7.07.2022 r., KIO 1603/22). Jako przykład niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia w orzecnictwie podaje się: „zaoferowanie przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia - np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego” (wyrok KIO z 2.11.2022 r., KIO 2721/22).

(22) W niniejszej sprawie zarzucana niezgodność treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia ma dotyczyć niewskazania w Tabeli ceny dodatkowych „wartości częściowych” dla określonych pozycji w ramach kolumny zatytułowanej „Elementy przedmiotu zamówienia”.

Jak wynika bowiem (dopiero!) z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający oczekiwał od wykonawców wskazania w Tabeli ceny również takich dodatkowych częściowych (a nie jedynie sumarycznych) wartości. W ocenie Odwołującego, takie oczekiwanie nie zostało jednak wyrażone w postanowieniach SWZ poprzez jasne i niebudzące wątpliwości instrukcje co do wypełnienia ww. Tabeli, a zatem nie mogło dojść w tym wypadku do spełnienia warunku zastosowania przedmiotowej przesłanki odrzucenia oferty.

(23) Zgodnie z rozdziałem 17 IDW, Zamawiający wskazał, iż wraz z ofertą wykonawcy powinni przedłożyć Zamawiającemu Tabelę ceny, której wzór stanowił załącznik nr 8 do IDW. W istocie Tabela ta obejmuje trzy kolumny zatytułowane następująco:

a. L.p. czyli liczbę porządkową oddającą kolejne 31 części w następujących po sobie

wierszach,

b. Elementy przedmiotu zamówienia (podzielone na 31 części, przy czym pewne wiersze

były podzielone wewnętrznie na więcej komórek, w tym pustych) oraz

c. Wartość / PLN (tu z kolei poszczególne wiersze wydzielone w ramach danej części

„Elementu przedmiotu zamówienia” były scalone, niezależnie od wcześniej dokonanych podziałów w kolumnie i odpowiadały liczbie porządkowej).

(24) Tabela ta prezentuje się następująco (dla przykładu wybrano pierwsze osiem pozycji -puste komórki oznaczono na żółto):

L.p. Element przedmiotu zamówienia Wartość

PLN

- (1) Opracowanie projektu budowlanego i dokonanie zgłoszenia budowy kanalizacji kablowej
- (2) Opracowanie projektu wykonawczego branży elektrycznej i AKPiA

L.p. Element przedmiotu zamówienia Wartość

PLN

- (3) Uzyskanie nowego pozwolenia wodnoprawnego z uwzględnieniem korzystania z przelewu burzowego / obejścia komór osadu czynnego
- (4) Część ściekowa: Budowa komory pomiarowej przy osadniku wstępnym
- (5) Część ściekowa: Przebudowa koryta odpływowego przy osadniku wstępnym wraz z armaturą i rurociągami komory pomiarowej oraz włączeniem do istniejącego rurociągu

w tym:

- przebudowa koryta odpływowego
 - montaż armatury (w tym przepływomierza) i rurociągów komory pomiarowej z ich włączeniem do istniejącego rurociągu
- (6) Część ściekowa: Wymiana mieszadeł i żurawików w komorze Defosfatacji

w tym:

- wymiana mieszadeł
 - wymiana żurawików
- (7) Część ściekowa: Wymiana podestów, żurawików i mieszadeł w komorze Denitryfikacji.

w tym:

- wymiana podestów
 - wymiana żurawików
 - wymiana mieszadeł
- (8) Część ściekowa: Remont ogólnobudowlany pomieszczeń Budynku Pompowni Ścieków i Osadów

(25) Odwołujący wypełnił przedmiotową Tabelę, kierując się (w dobrej wierze) opisem jej kolumn - uzupełnił zatem wszystkie wiersze kolumny „Wartość / PLN”, przypisując ceny odpowiednie dla danych elementów przedmiotu zamówienia wyróżnionych w 31 następujących po sobie wierszach.

(26) Jak wskazano jednak w uzasadnieniu odrzucenia oferty, oczekiwaniem Zamawiającego było, aby w tej tabeli zawrzeć także dodatkowe „wartości częściowe”, które miałyby być wskazane w wydzielonych komórkach dodatkowych (zaznaczonych powyżej kolorem żółtym), stanowiących część kolumny „Element przedmiotu zamówienia”. W ocenie Odwołującego, konstrukcja tabeli ujętej w załączniku nr 8 do IDW w żaden sposób nie oddaje takiego oczekiwania Zamawiającego.

(27) W rzeczywistości bowiem puste komórki w kolumnie „Elementy przedmiotu zamówienia” nie miały żadnego dodatkowego oznaczenia w Tabeli - w szczególności

wskazującego na to jaką treść należałoby w nich zawrzeć. Dodatkowo, umieszczenie ich w kolumnie „Elementy przedmiotu zamówienia” w żaden sposób nie sugerowało, że należy wpisać do nich jakiejkolwiek ceny w PLN.

(28) Oznaczenie dotyczące wartość i waluty (PLN) znajdowało się jedynie w kolumnie trzeciej (wyraźnie oznakowanej), której komórki odpowiadające kolejnym wierszom, były odpowiednio przez Zamawiającego scalone, a zatem wartości w nich wskazane miały być podane łącznie dla danych elementów przedmiotu zamówienia (a zatem osobno dla każdego z 31 wierszy). Wszystkie części zamówienia ujęte w kolumnie „Elementy przedmiotu zamówienia” zostały przez Odwołującego odpowiednio wycenione i przypisana została do nich określona wartość - nie można zatem mówić o pominięciu wyceny jakiejkolwiek części zamówienia.

(29) Zauważyć należy, że w IDW do samego wypełnienia Tabeli ceny odniesiono się (i to pośrednio) jedynie przy okazji określenia sposobu obliczenia ceny (pkt 18 IDW), wskazując, że:

„2) Cena, o której mowa w pkt 1, podana przez Wykonawcę w Formularzu Oferty jest ceną ryczałtową za realizację przedmiotu zamówienia, tzn. jest stała, jednoznaczna i ostateczna, zgodnie z art. 632 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny.

3) Ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty (Załącznik nr 1 do IDW), określona na podstawie wypełnionej Tabeli ceny (Załącznik nr 8 do IDW).

4) Wszystkie wartości pośrednie w Tabeli Ceny oraz ostateczna cena oferty (łącznie z podatkiem VAT) muszą być liczone i podawane w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku."

(30) W tym zakresie sporządzona przez Odwołującego oferta nie budzi jednak wątpliwości - cena określona na podstawie zawartych w Tabeli ceny wszystkich pozycji pośrednich (tj. 31 części ujętych w kolumnie „Elementy przedmiotu zamówienia”) została wskazana (jako całkowita cena zryczałtowana brutto) w Formularzu Oferty.

(31) Podsumowując, postanowienia SWZ nie zawierają instrukcji dla wykonawców co do wypełnienia Tabeli ceny w sposób opisany w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, a konstrukcja tabeli jasno i jednoznacznie pokazuje gdzie należy wpisać dane dotyczące ceny w PLN (co Odwołujący uczynił).

(32) O tym, że sposób wypełnienia przedmiotowej tabeli przez Odwołującego jest prawidłowy i intuicyjny świadczy chociażby fakt, że dwóch na trzech wykonawców składających oferty w Postępowaniu, wypełniło ją właśnie w taki sposób.

dowód:

1. Załącznik nr 8 do IDW;
2. Tabela ceny załączona do oferty Odwołującego;
3. Tabela ceny załączona do oferty Envirotech;

(33) Nie ma przy tym znaczenia jaki cel przyświecał Zamawiającemu przy tworzeniu Tabeli Ceny i jakich danych oczekiwał on od wykonawców. Nieprawidłowo skonstruowana Tabela Ceny (niedopowiadająca rzeczywistym oczekiwaniom Zamawiającego) nie może stanowić podstawy do skutecznego odrzucenia oferty.

(34) Niewątpliwie to na Zamawiającym ciążył, wynikający z przepisów PZP, obowiązek takiego skonstruowania dokumentacji zamówienia, aby była ona klarowna, precyzyjna i jednoznaczna. Dokumentacja Postępowania, w tym załączone wzory dokumentów, powinny być jasne i jednoznaczne - tak, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności, nieporozumień, dywagacji i domysłów ze strony wykonawców. W przypadku niezrealizowania tego obowiązku w dostateczny sposób to Zamawiającego obciążają konsekwencje powstałych wątpliwości. Pomimo to, Zamawiający zastosował - w sposób nieuprawniony - w stosunku do oferty Odwołującego (i analogicznie oferty Envirotech) najdolegliwszą sankcję w postaci odrzucenia oferty, pozbawiając go możliwości uzyskania zamówienia.

(35) Takie postępowanie jest wprost sprzeczne z przyjętą w orzecznictwie zasadą rozstrzygania wszelkich wątpliwości na korzyść wykonawców, które opisuje m.in. stanowisko KIO wyrażone w wyroku KIO z 26.7.2022 r., KIO 1805/22: „Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PrZamPubi, może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Podkreślić należy, iż podstawa odrzucenia oferty wskazana w ww. przepisie odnosi się do jasnych i jednoznacznych warunków zamówienia opisanych przez zamawiającego. Ze względu bowiem na sankcyjny charakter omawianego przepisu, wykluczona jest możliwość odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, gdy zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dopuścił możliwość różnej jego interpretacji. Zgodnie z utrwaloną już linią orzecniczą, wszelkie nieścisłości, błędy popełnione przez zamawiającego na etapie sporządzania dokumentacji przetargowej (SWZ, PFU, itp.) nie mogą wywoływać negatywnych skutków względem wykonawców, na etapie oceny złożonych ofert" [podkreślenia Odwołującego].

(36) Powyższe znajduje swoje rozwinięcie w ujednoliconej i ugruntowanej linii orzeczniczej KIO i sądów okręgowych: „Należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że

wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Reguła ta wynika z prawniczej paremii »in dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Zapisy w SIWZ muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu. Wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyrażnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk." (wyrok KIO z dnia 11.10.2019r., KIO 1905/19).

(37) Powyższe stanowiska wyrastają z zasady in dubio contra proferentem. Z powyższą linią orzecniczą KIO koresponduje również bogate orzecznictwo sądów powszechnych czy Sądu Najwyższego, dotyczące wykładni dokumentów przetargowych, z których jasno wynika, że wszelkie niejasności dokumentacji przetargowej nie mogą skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawców. Przykładowo, w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18, wskazano: „to na zamawiającym spoczywa obowiązek pełnego i

jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania o jego udzielenie. Powinien on więc przygotować niezbędną dokumentację (osobiście lub za pomocą osób trzecich). Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy."

(38) Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w niniejszej sprawie jest wadliwe również z innych względów.

(39) Po pierwsze, Zamawiający uznaje, że Tabela ceny stanowi treść oferty Odwołującego. Zważając na rozważania wspomniane w pkt. (19) Odwołania, należy uznać, że treść oferty sensu stricto Odwołującego obejmowała wyłącznie jego oświadczenia woli zawarte Formularzu oferty - co do wykonania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SWZ za określoną całkowitą cenę zryczałtowaną brutto i w określonym terminie - sformułowane w sposób niebudzący wątpliwości i zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Załączona do Formularza oferty Tabela ceny z kolei nie stanowiła oferty sensu stricto, lecz wyłącznie ofertę sensu largo (dokument składany wraz z ofertą). Wszakże jedynie Formularz oferty zawiera jasne oświadczenie woli wykonawcy w przedmiocie wykonania zamówienia za określoną

całkowitą cenę zryczałtowaną brutto. Tabela ceny nie zawiera takiego oświadczenia, a jedynie prezentuje rozbieżność ww. ceny ryczałtowej na poszczególne wartości odpowiadające poszczególnym elementom przedmiotu zamówienia (ma zatem charakter pomocniczy / informacyjny - na kształt kosztorysu). Tabela ceny nie stanowi oferty sensu stricto, której niewłaściwe wypełnienie mogłoby skutkować jej odrzuceniem. W przypadku zastosowanej przesłanki odrzucenia oferty niezgodność ma bowiem dotyczyć oferty sensu stricto, nie zaś oferty sensu largo.

(40) Po drugie, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że wobec dofinansowania projektu, w ramach którego prowadzone jest Postępowanie, podzielił wybrane elementy przedmiotu zamówienia na elementy cząstkowe, „aby umożliwić ewentualny podział poszczególnych pozycji na koszty/wydatki kwalifikowane i niekwalifikowane, tym samym prawidłowe wypełnienie Tabeli Elementów Skończonych i Kwalifikowalności Wydatków, których wzory stanowią Załączniki nr 6 i 7 do II części SWZ: Projektowanych postanowień umowy (...)” [podkreślenie Odwołującego], dodając, że ich wypełnienie będzie niemożliwe dla Zamawiającego przed podpisaniem umowy zgodnie z wyjaśnieniem treści SWZ z 18 stycznia 2023 r. - odpowiedź na pytanie nr 30 z poprzedniego postępowania (unieważnionego, którego dokumenty i wyjaśnienia w zakresie niesprzecznym obowiązują również niniejszym Postępowaniem).

(41) Odpowiedź na pytanie nr 30 na którą powołał się Zamawiający brzmi następująco: Pytanie nr 30

SWZ, Część II - Projektowane postanowienia umowy.

Załącznik nr 6 i Załącznik nr 7. W załącznikach tych należy uzupełnić „Koszt kwalifikowany” i „Koszt niekwalifikowany”. Prosimy o informacje po czyjej stronie będzie przygotowanie tych załączników do Umowy?

Odpowiedź:

Załączniki nr 6 i 7 do Umowy zostaną przygotowane (wypełnione) przez Zamawiającego.

(42) W ocenie Odwołującego, ani w treści Załączników nr 6 i 7 do projektowanej umowy, ani w ww. odpowiedzi za zadane pytanie nie znajdujemy jednak klarownego wytłumaczenia, że załącznik Tabela ceny należy uzupełnić w taki sposób, aby w puste komórki (objęte kolumną „Elementy przedmiotu zamówienia”) wpisać odpowiednie ceny cząstkowe.

(43) Co więcej, w poprzednim postępowaniu, do którego cyt. wyżej pytanie zostało zadane, wzór Tabeli ceny w „Elementach przedmiotu zamówienia” w ogóle nie zawierał rozbieżności na

„pozycje cząstkowe” (puste komórki). Wobec powyższego powoływanie się na treść przedmiotowych wyjaśnień nie wnosi nic do sprawy.

(44) Nadto, w poszczególnych wierszach Tabeli ceny i wspomnianych przez Zamawiającego Tabel w Załącznikach nr 6 i 7 do projektowanej umowy widnieją te same pozycje, co „Elementy przedmiotu zamówienia” w Tabeli ceny, przy czym żadna część w „Elementach przedmiotu zamówienia” nie jest podzielona na wyróżnione w Tabeli ceny „pozycje cząstkowe”. W załącznikach tych jedynie wartość (jako koszt całkowity dla danego elementu przedmiotu zamówienia) jest podzielona na koszt kwalifikowany i koszt niekwalifikowany - bez wskazania w dokumentach zamówienia, w jaki sposób Zamawiający takiego przyporządkowania zamierza dokonać.

(45) Nie sposób zatem założyć, że Odwołujący miał jakąkolwiek możliwość domyslenia się jakie mogą być potrzeby Zamawiającego w tym zakresie (abstrahując od faktu, iż zadaniem wykonawców nie jest snucie domysłów co do oczekiwań i potrzeb Zamawiającego). Po trzecie, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że to, w jaki sposób Odwołujący wypełnił Tabelę ceny utrudnił też „ewentualną zmianę kwalifikowalności wydatków na etapie realizacji Umowy” (z powołaniem na § 20 ust. 4 pkt 16 projektowanych postanowień umowy) oraz „wprowadzenie robót zamiennych i dodatkowych” (z wyjaśnieniem, że „wskazane wartości mogłyby być podstawą ustalenia robót zamiennych i dodatkowych” [podkreślenia Odwołującego]).

(46) W odniesieniu do powyższego stwierdzić należy, że Zamawiający nie poinformował wykonawców o celach

sporządzenia Tabeli ceny a zatem jego niewystawione intencje nie ma najmniejszego znaczenia. Nadto, postanowienia projektowanej umowy dotyczące robót zamiennych i dodatkowych (§ 7, 6, 20) w żaden sposób nie odsyłają ani nie odnoszą się do załącznika „Tabela ceny”. Wskazują na rozliczenie wykonania takich robót na podstawie kosztorysu. Nadto, w obu przypadkach sam Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołuje się jedynie do ewentualnej możliwości posłużenia się wartościami dotyczącymi „pozycji cząstkowych”, nie przytaczając jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień projektowanej umowy, na które się powołuje.

(47) Podsumowując, w ocenie Odwołującego, odrzucenie jego oferty w Postępowaniu było nieprawidłowe. Zastosowanie sankcji odrzucenia oferty wykonawcy i pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia, może wystąpić wyłącznie, gdy treść oświadczenia woli wykonawcy, jakim jest oferta sensu stricto, w jej merytorycznych aspektach, pozostaje w sprzeczności z jednoznacznie rozumianymi i nie budzącymi wątpliwości wymaganiami zamawiającego. Sankcji tej nie można stosować w wypadku, gdy: (i) kwestionowana niezgodność nie dotyczy oferty sensu stricto, a nadto (ii) wymagania SWZ nie są dostatecznie precyzyjne i

jednoznaczne i wprowadzają w błąd wykonawców. Abstrahując zatem od tego, że w ocenie Odwołującego wypełnił on Tabelę Ceny prawidłowo, to nawet gdyby przyjąć, że możliwy był również inny sposób jej wypełnienia, wszelkie niejasności w tym zakresie powinny być interpretowane na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu (wyrok KIO z 2.03.2022 r., KIO 366/22). Wobec powyższego, dla odrzucenia oferty Odwołującego nie wystarczy stwierdzić niezgodności treści dokumentu załączonego do oferty Odwołującego z niewyartykułowanymi w SWZ intencjami lub oczekiwaniami Zamawiającego.

C. ZASADY PROWADZENIA POSTĘPOWANIA

(48) W ocenie Odwołującego, swoim postępowaniem, skutkującym odrzuceniem oferty Odwołującego, Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 16 pkt 2 i 3 PZP poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady przejrzystości i proporcjonalności.

(49) Naruszenie zasady przejrzystości (art. 16 pkt 2 PZP) wynika przede wszystkim z przygotowania wzoru dokumentu składanego wraz z ofertą w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny i jednoznacznie wprowadzający wykonawców w błąd - co zostało szczegółowo opisane w pkt. (22) - (28) oraz pkt. (31) Odwołania. Naruszenie Zamawiającego doprowadziło do zastosowania wobec wykonawców, w tym Odwołującego, najdolegliwszej sankcji w Postępowaniu.

(50) Takim postępowaniem Zamawiający naruszył jednak także mającą swe źródło w treści art. 16 pkt. 3 PZP zasadę proporcjonalności. Zasada ta wyraża się w szczególności w konieczności zapewnienia, by sankcje nakładane na wykonawcę były proporcjonalne do skali ewentualnych naruszeń. Zasadniczo, zasada proporcjonalności sprzeciwia się nadmiernemu rygoryzmowi formalnemu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż jego zasadniczym celem jest wybór najkorzystniejszej oferty, a nie wyłącznie zachowanie rygorów formalnych. Takie wnioski płyną z wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r., X Ga 23/07, w którym wskazano, że: „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad P.z.p. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...).”. Niewątpliwie rygorystyczne podejście Zamawiającego co do rozumienia pojęcia oferty oraz zastosowania najdolegliwszej sankcji wobec oferty Odwołującego nie było proporcjonalne.

(51) W niniejszym Postępowaniu konsekwencjami niejednoznacznych i budzących wątpliwości zapisów IDW oraz wadliwego sporządzenia Tabeli ceny Zamawiający obarczył wykonawców, w tym Odwołującego, naruszając tym samym rzeczoną zasadę.

D. UZUPEŁNIENIE WARTOŚCI CZĄSTKOWYCH

(52) Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie dokument Tabela ceny stanowił jedynie część oferty sensu largo, zgodnie z wyjaśnieniem zawartym w pkt (19) i pkt (39) odwołania, a zatem w razie stwierdzenia przez Izbę jego ewentualnej wadliwości (zawinionej przez Odwołującego), dokument ten może zostać uzupełniony w trybie art. 128 ust. 1 PZP.

(53) W świetle art. 128 ust. 1 PZP, 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.

(54) Warto podkreślić, iż ww. przepis dotyczy wszelkich dokumentów składanych wraz z ofertą, a nie stanowiących oferty sensu stricto.

(55) W ocenie Odwołującego, załączona do Formularza oferty Tabela ceny to nic innego niż swego rodzaju kosztorys stosowany dla celów informacyjnych w zamówieniach publicznych, w których zamawiający wymaga określenia ceny ryczałtowej. Na ryczałtowy charakter wynagrodzenia Wykonawcy wskazuje wprost § 6 projektowanej umowy. Zgodnie z definicją ceny ryczałtowej zawartej w art. 632 kodeksu cywilnego, jest to cena,

która nie podlega zmianie bez względu na rozmiar i koszt prac, a zatem dalsze rozbięcie ceny na ceny częściowe nie ma wpływu na zobowiązania stron. Odwołujący dokonał kalkulacji ceny ryczałtowej uwzględniającej wszelkie koszty realizacji zamówienia, ujmując w niej wszystkie elementy przedmiotu zamówienia. Kalkulacja ta oparta została o treść OPZ i skutkowałą złożeniem oferty cenowej Zamawiającemu (zgodnej z Formularzem oferty).

(56) Status Tabeli ceny z natury rzeczy musi mieć zatem walor wyłącznie informacyjny/poglądowy i nie może być uznany za wiążący element oferty sensu stricto Odwołującego podlegający badaniu pod kątem jego zgodności z SIWZ

(57) Potwierdza to bogate orzecznictwo KIO, w którym Izba wskazała m.in., że kosztorys nie stanowi elementu oświadczenia woli wykonawcy stanowiącego ofertę, a co za tym idzie nie jest możliwe - względem ewentualnych braków lub błędów takiego dokumentu - przewidzieć skutków o jakich mowa w art. 226 ust. 1 pkt. 5 pzp: „Po pierwsze w kontekście zapisu SIWZ co do możliwości odrzucenia oferty, która nie zawiera wypełnionych pozycji TER (Tabela Elementów Rozliczeniowych - przypis własny), Izba nie uznaje tego zapisu za

skuteczny w kontekście brzmienia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy, który wymaga w ramach dyspozycji odrzucenia oferty tylko i wyłącznie w przypadku sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. W ocenie Izby TER nie jest dokumentem potwierdzającym zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Decyduje o tym charakter dokumentu TER w kontekście wynagrodzenia ryczałtowego, którego skutki regulowane są treścią postanowień art.362 k.c. w związku z art. 14 ust.1 ustawy. Wynagrodzenie ryczałtowe nie jest wynagrodzeniem kosztorysowym, czyli wykonawca otrzyma wynagrodzenie za wykonany przedmiot niezależnie jakie poniesie koszty spodziewane czy też nieprzewidziane, oczywiście w ramach wyjątku k.c., gdzie decyzję może podjąć tylko sąd (art. 632 § 2 k.c.). Dokument TER nie ma charakteru oświadczenia woli jakim jest złożenie oferty co do istotnych elementów tego oświadczenia, na które składają się zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia w określonym terminie i na warunkach SIWZ za określoną ryczałtowo kwotę. Z kolei treścią SIWZ są postanowienia co do przedmiotu zamówienia, terminu wykonania gwarancji wynagrodzenia wykonawcy składającego najkorzystniejszą ofertę, która zamawiający nie odrzucił oraz inne istotne postanowienia zamówienia. Szereg postanowień SIWZ to postanowienia nie mające charakteru treści SIWZ a jedynie służą określeniu strony formalnej składanej oferty. Tak więc skutek przewidziany w SIWZ co do możliwości odrzucenia oferty w sytuacji nie wypełnienia TER, w ocenie Izby, nie jest postanowieniem, które należy zakwalifikować do treści SIWZ. Co do zasady ustalenia co do terminów płatności wynagrodzenia ryczałtowego DO kolejnych odbiorów częściowych nie zmienia charakteru wynagrodzenia, które jest ryczałtem a sposób i terminy jego płatności to kwestia formalna związana z terminem zapłaty ryczałtu." (KIO 2155/20) [podkreślenia Odwołującego].

(58) Co więcej, KIO wykluczyła również, by wypadku poprawienia takiej informacji cenowej / kosztorysu na wezwanie doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty wykonawcy: „W związku z powyższym Izba uwzględniając odwołanie nie podziela argumentacji zamawiającego o podstawie do badania zakresu oferowanego świadczenia na podstawie kosztorysu ofertowego a co mogłoby mieć miejsce w sytuacji wynagrodzenia kosztorysowego. Izba nie podziela również argumentacji zamawiającego, że skreślenie art. 88 ustawy odbiera wynagrodzeniu ryczałtowemu charakteru przewidzianego w art. 632 k.c. w związku z treścią art. 14 ustawy Pzp. Reasumując obowiązkiem dostarczenia kosztorysu ofertowego przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie można konsumować skutków przewidzianych w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowiącego podstawę do odrzucenia oferty z powodu oferowania przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ. Tym bardziej, że Wykonawca składając ofertę oświadcza o oferowaniu zamawiającemu świadczenia zgodnego z treścią SIWZ. Z kolei przedstawienie poprawionego kosztorysu ofertowego na wezwanie zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy nie może stanowić podstawy do twierdzenia o złożeniu drugiej oferty w

rozumieniu art. 82 ust. 1 ustawy. Także przedstawienie poprawionego kosztorysu nie stanowi zmiany oferty, ponieważ zakres świadczenia oraz wynagrodzenia wynikają z oferty odwołującego. Podsumowując czynność zamawiającego odrzucenia oferty z powodu omyłek w kosztorysie ofertowym przy cenie ryczałtowej jest nieuzasadniona. Przeprowadzona argumentacja zamawiającego na rozprawie na użytek zasad poprawiania omyłek w tym metoda od szczegółu do ogółu nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Charakter ryczałtowej ceny wiąże się z podaniem ceny końcowej, ponieważ bez względu na jej wyliczenie zamawiający ma skuteczne prawo domagania się wykonania umowy zgodnie z dokumentacją projektową. W przedmiotowej sprawie kosztorys szczegółowy na okoliczność rozliczeń ma być sporządzony po podpisaniu umowy. Tak więc kosztorys na etapie składania dokumentów nie ma znaczenia pozwalającego zamawiającemu na odrzucenie oferty." (KIO 2616/13) [podkreślenia Odwołującego].

(59) KIO wykluczyła również odrzucenie oferty nawet w sytuacji w której wykonawca w ogóle (!) zaniechał złożenia kosztorysu: „Brak jednego z kosztorysów ofertowych nie wpływa na ocenę, czy treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ. Na treść oferty nie wpływa bowiem sama okoliczność, czy do oferty załączono określony dokument wskazany w SIWZ, lecz należy każdorazowo badać, jaki wpływ ma ten brakujący dokument na treść oferty rozumianą jako zakres przyszłego świadczenia wykonawcy. W sytuacji, gdy cena oferty jest ceną ryczałtową, kosztorys, który należy załączyć do oferty, co do zasady nie jest treścią oferty - bowiem nie wynika z niego zakres świadczenia wykonawcy". (KIO/UZP/ 139/10) [podkreślenia Odwołującego].

(60) W ocenie Odwołującego również, z uwagi na ugruntowaną w dorobku orzecznictwym KIO zasadę wyjaśnienia wszelkich wątpliwości SIWZ na korzyść wykonawcy,

interpretacja roli Tabeli ceny w Postępowaniu powinna być dokonywana z uwzględnieniem interesów wykonawców, którzy złożyli Tabelę ceny w dobrej wierze, wypełniając ją zgodnie z jej konstrukcją i oznaczeniami, i których usprawiedliwionym przekonaniem było, że Tabela ceny nie stanowi elementu wiążącej oferty sensu stricto z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia.

(61) Reasumując, Tabela ceny nie stanowiła treści oferty sensu stricto Odwołującego, lecz dokument pomocniczy, informacyjny/poglądowy dla Zamawiającego, a zatem jej ew. braki i niedociągnięcia nie mogą skutkować jej oceną przez pryzmat zgodności oferty z SWZ i skutkować odrzuceniem oferty, lecz - (co podnoszone jest jedynie z ostrożności procesowej) - może zostać uzupełniona przez Odwołującego.

(62) Takie uzupełnienie w żadnym razie nie doprowadziłoby do zmiany treści oferty Odwołującego, gdyż rzeczzone „wartości częściowe” i tak zostały już ujęte w kalkulacji cenowej

(wartości) dla poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia i w cenie ofertowej Odwołującego.

(63) Uzupełnienie Tabeli ceny o pozycje częściowe było zatem dopuszczalne, a w gestii Zamawiającego leżało ewentualne skierowanie wezwania w tym zakresie. Brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu i odrzucenie jego oferty jest sprzeczne z nadrzędnym celem postępowania polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i doprowadzeniu do realizacji inwestycji, z uwagi nadmierny i niczym nieuzasadniony formalizm Zamawiającego.

(64) Jedynie na marginesie wskazać trzeba, że nawet gdyby Izba uznała, że przedmiotowy dokument nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 128 ust.1 PZP, to i tak nie uzasadniałoby to ewentualnego unieważnienia postępowania. W ocenie Odwołującego brak jest przeszkód do ewentualnego zaprezentowania Zamawiającemu bardziej szczegółowego rozbicia ceny ofertowej na potrzeby ustalenia wartości kosztów kwalifikowanych i niekwalifikowanych na etapie realizacji Umowy. Takie działanie ma charakter informacyjny i nie prowadzi do zmiany umowy o zamówienie publiczne. W ramach zamówień na roboty budowlane normą jest, że dokumenty takie jak np. szczegółowy kosztorys nie są składane wraz z ofertą, a są dostarczane Zamawiającemu dopiero po podpisaniu Umowy.

E. PODSUMOWANIE

(65) Mając na uwadze powyższe, bezsporne jest, iż Zamawiający nie powinien odrzucać oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP. Tabela cenowa została wypełniona prawidłowo, a ewentualne wątpliwości w tym zakresie powinny być bezwzględnie wykładane na korzyść wykonawców.

(66) Jedynie z najdalej posuniętej ostrożności, Odwołujący wskazuje również, że wszelkie ewentualne uchybienia Tabeli ceny mogą ulec poprawie (uzupełnieniu), zgodnie z przepisami PZP, a Zamawiający nie wzywając Odwołującego do uzupełnienia „wartości częściowych” w Tabeli ceny, naruszył art. 128 ust. 1 PZP.

(67) Nadto, możliwość dalszego rozbicia ceny ofertowej może zostać zaprezentowana Zamawiającemu na etapie realizacji Umowy, co nie będzie stanowić zmiany umowy o zamówienie publiczne.

(68) W związku z powyższym, odwołujący wnosi i wywodzi jak w petitum odwołania.

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE pismo z dnia 09-09-2024r.

Działając w imieniu Zamawiającego - Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 25A, 58-200 Dzierżonów, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, wnoszę odpowiedź na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez MKO-TECH Sp. z o.o. ul. Św. Jana Pawła II 11B; 43-170 Łaziska Górne, od czynności Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego, zaniechania oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty INSTAL KRAKÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, a także od zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia „wartości częściowych” w Tabeli Cen, jako załącznika składanego wraz z Ofertą - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa Oczyszczalni Ścieków w Dzierżonowie” wchodzącego w zakres projektu pn.: „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie gmin powiatu dzierżoniowskiego - etap III”, przewidzianego do dofinansowania z Funduszu Spójności, z programu FENIKS.

Wnoszę o oddalenie odwołania w całości.

Ponadto wnoszę o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

- 1) Specyfikacja Warunków Zamówienia wraz z załącznikami,
- 2) oferta Odwołującego,
- 3) oferta Przystępującego do postępowania po stronie Zamawiającego,
- 4) informacja o rozstrzygnięciu postępowania: Informacja o wyborze najkorzystniejszej

Oferty zawierająca uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego

- 5) arkusz kalkulacyjny, zawierający podział kosztów na kwalifikowalne i niekwalifikowalne

oraz sposób wypełnienia Załączników nr 6 i 7 do Umowy: Tabela Elementów Skończonych i Kwalifikowalność Wydatków,

opracowany na podstawie wybranej oferty (oferty Przystępującego)

- na okoliczność potwierdzenia, iż treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia - z postanowieniami SWZ, nie można jej uzupełnić ani poprawić.

Wnoszę także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie:

Niniejszym wskazuję następujące okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające żądanie oddalenia odwołania:

- 1) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że treść oferty Odwołującego nie jest niezgodna z warunkami zamówienia - jest niezgodny ze stanem faktycznym i prawnym, co potwierdzają zapisy SWZ, załączników do SWZ oraz oferty złożone odpowiednio: przez Odwołującego i Przystępującego.

Załącznik nr 8 Tabela ceny jest zawarty w dokumentacji postępowania przekazanej na nośniku elektronicznym do Wysokiej Izby, a dodatkowo można go pobrać na stronie postępowania:

email,167920,65c367748011306326ce27014ef3520b.html

W załączniku nr 8 w instrukcji nad Tabelą ceny Zamawiający określił, iż należy wskazać wartość elementu przedmiotu zamówienia dla poszczególnych pozycji oraz dodatkowo wartości częściowe dla wybranych pozycji Tabeli ceny.

WYKONAWCA

L.p. Nazwa Wykonawcy(ów) Adres(y) Wykonawcy(ów)

1. Miko-Tech Sp. z o.o. ul. Św. Jana Pawła II i IB. 43-170 Łaziska Górne

W Tabeli Ceny należy wskazać wartość elementu przedmiotu zamówienia dla poszczególnych pozycji oraz dodatkowo wartości częściowe dla wybranych pozycji Tabeli Ceny

W każdej z pozycji należy ująć:

- 1) prace instalacyjne w zakresie zasilenia w energię elektryczną oraz systemów kontrolno-pomiarowych i automatyki nowych i przebudowywanych obiektów i instalacji;
- 2) odtworzenie nawierzchni drogowych;
- 3) niezbędne roboty tymczasowe;
- 4) koszty rozruchów, szkolenia i operatu kolaudacyjnego;
- 5) niezbędne próby i badania.

Nie jest więc zgodne ze stanem faktycznym twierdzenie Odwołującego, zawarte na stronie 7 odwołania w pkt 22), gdzie Odwołujący wskazuje, jakoby:

„W niniejszej sprawie zarzucana niezgodność treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia ma dotyczyć niewskazania w Tabeli ceny dodatkowych „wartości częściowych” dla określonych pozycji w ramach kolumny zatytułowanej „Elementy przedmiotu zamówienia”. Jak wynika bowiem (dopiero!) z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający oczekiwał od wykonawców wskazania w Tabeli ceny również takich dodatkowych częściowych

(a nie jedynie sumarycznych) wartości. W ocenie Odwołującego, takie oczekiwanie nie zostało jednak wyrażone w postanowieniach SWZ poprzez jasne i niebudzące wątpliwości instrukcje co do wypełnienia ww. Tabeli, a zatem nie mogło dojść w tym wypadku do spełnienia warunku zastosowania przedmiotowej przesłanki odrzucenia oferty.”

Jak wynika z przedstawionych dokumentów, instrukcja jest określona nad Tabelą ceny. Odwołujący zaś podnosi w odwołaniu, że dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazuje, że należało wypełnić ceny częściowe, co jest niezgodne z ze stanem faktycznym i wprowadza w błąd Wysoką Izbę.

Odwołujący na stronie 5 odwołania w pkt (14) nazywa wymagania Zamawiającego „rzekomymi” i podnosi, że odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający uzasadnił tym, że w Tabeli ceny, załączonej do jego oferty, pomimo rzekomych wymagań wskazanych w IDW, w pozycjach 5-7, 9-12, 14 i 15, 17 i 18, 25-31 Odwołujący nie wskazał wartości częściowych, pozostawiając puste komórki, a wskazał jedynie wartość sumaryczną poszczególnych pozycji.

Wymagania w zakresie obowiązku wpisania wartości częściowych w Tabeli ceny, jak już udowodniono powyżej, Zamawiający określił nad Tabelą ceny (wzór Tabeli ceny stanowiący załącznik do IDW tj. części I SWZ). Nie są to więc wymagania rzekome, jak twierdzi Odwołujący, lecz faktyczne. Tym samym niezgodność, polegająca na niewskazaniu określonych wartości częściowych w Tabeli ceny stanowiącej element oferty też nie jest rzekoma, jak uważa

Odwołujący, lecz faktyczna.

Dodatkowo Odwołujący, z nieznanych Zamawiającemu powodów, w złożonym odwołaniu załączył swoją Tabelę Ceny z pierwszego postępowania, którego nie dotyczy przedmiotowe odwołanie, co również może wprowadzać w błąd Wysoką izbę.

Poniżej wklejamy fragment Tabeli ceny z właściwej oferty Odwołującego (z postępowania dot. przedmiotowego odwołania), gdzie nie sposób przeoczyć komórek przeznaczonych do wpisania cen częściowych:

L.p. Element przedmiotu zamówienia Wartość

PLN-

18) Część ściekowa: Wymiana pomp osadu nadmiernego w pompowni osadu recyrkulowanego i nadmiernego oraz montaż zaworów napowietrzających i pozostałej armatury w komorze pomiarowej osadu nadmiernego, wraz z wymianą przynależnych rurociągów (do komory pomiarowej włącznie) 162 618,00

w tym:

- * wymiana pomp osadu nadmiernego
- * montaż zaworów napowietrzających i pozostałej armatury w komorze pomiarowej osadu nadmiernego, wraz z wymianą przynależnych rurociągów

19) Część ściekowa: Remont ogólnobudowlany Budynek agregatu prądotwórczego 49 375,00

20) Część ściekowa: Wymiana agregatu prądotwórczego 276 851,00

21) Część ściekowa: Wymiana stacji poboru próbek i czujników pomiarowych zamontowanych na drodze ścieków, montaż sond radarowych poziomu z detekcją rozdziału faz cieczy i sondy pomiarowej azotanów

w tym:

- stacja poboru próbek ścieków surowych
- sond radarowych poziomu z detekcją rozdziału faz cieczy w osadniku wstępnym
- komora defosfatacji:
- czujników REDOX
- sondy O₂

21

- komora denitryfikacji:
- czujników REDOX
- sondy O₂
- pompownia ścieków i osadów:
- radarowego czujnika poziomu w komorze ssawnej ścieków
- pływaków w komorze czepalnej ścieków
- czujników ciśnienia ścieków
- przepływomierza osadów
- czujników ciśnienia osadów

761 878,00

Należy podkreślić, że w postępowaniu przetargowym biorą udział podmioty profesjonalne, posiadające doświadczenie i wiedzę w zakresie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Zamawiający ma prawo domniemywać, iż wykonawcy, decydujący się wziąć udział w przetargu, będą analizować dokumentację przetargową, posiadając odpowiednią wiedzę i doświadczenie, jakie przypisać można profesjonalistom działającym w danej branży.

Profesjonalne zachowanie wykonawcy oznacza również przyjęcie odpowiedzialności i konsekwencji za podejmowane przez siebie czynności i prezentowane stanowiska w trakcie postępowania przetargowego. Wykonawca winien zawsze wykazywać profesjonalizm, wiedzę i rzetelność, zaś chęć uzyskania zamówienia publicznego nie może prowadzić do

wypaczenia i nadinterpretacji zapisów dokumentacji przetargowej.

Przyjęta w orzecznictwie zasada interpretacji niejasnych postanowień SWZ na korzyść wykonawcy nie oznacza i nie może oznaczać otwarcia drogi wykonawcom do nadinterpretacji postanowień SWZ i dążenia do uzyskania zamówienia „za wszelką cenę”.

Zamawiający przygotowując SWZ, posługuje się niejednokrotnie niezdefiniowanymi fachowymi określeniami, jakie funkcjonują w danej branży, przyjmując iż profesjonalista działający na rynku zna ich znaczenie. Wykonawca jednak, mając wątpliwości interpretacyjne, ma możliwość złożenia do Zamawiającego wniosku o wyjaśnienie ich znaczenia. Odwołujący takiego wniosku nie złożył.

Ponadto, odnosząc się do dywagacji Odwołującego w kwestii co stanowi treść oferty, a co jej nie stanowi, należy wskazać, że na stronie 55 IDW w ust 17 Opis sposobu przygotowania oferty Zamawiający wyraźnie określił, iż „Do formularza Oferty należy dołączyć w szczególności: a) Tabelę ceny - będącą treścią Oferty”.

Odwołujący Tabelę ceny dołączył, jednak zawiera ona braki, których sam Zamawiający nie może uzupełnić, bowiem nie wynikają one z żadnego dokumentu składającego się na treść oferty, z którego mógłby wywieść, jakie ceny częściowe Wykonawca skalkulował na łączną cenę za dany element.

Jeżeli Odwołujący nie wskazał cen częściowych, których wskazania Zamawiający wymagał w Tabeli ceny, stanowiącej treść oferty, a których samodzielnie Zamawiający uzupełnić nie może, bo to nie wynika z żadnego dokumentu składającego się na treść oferty, to złożona oferta nie jest zgodna z treścią SWZ oraz nie może zostać uzupełniona.

W tej sytuacji ofertę należało odrzucić w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób, który nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w

sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia - co miało miejsce w analizowanym przypadku.

Niezgodność ta jest niewątpliwie nieusuwalna, bowiem sam Zamawiający nie może poprawić braków oferty w postaci wpisania cen częściowych za poszczególne elementy robót, nie ma także żadnej podstawy prawnej do wezwania Wykonawcy do dokonania tych poprawek (uzupełnień), bowiem, jak wskazał w SWZ Zamawiający - Tabela ceny stanowi treść oferty Wykonawcy.

Nie mają tutaj znaczenia rozważania Odwołującego w przedmiocie co stanowi czy co nie stanowi treści oferty - co nią jest, a co nią nie jest, bowiem zostało to postanowione już wcześniej i wyrażone przez Zamawiającego w SWZ.

Zarówno Zamawiający, jak i Wykonawcy, są związani treścią SWZ. W wyroku KIO z dnia 21 lipca 2015 r. sygn. KIO 1477/15 Izba stwierdziła, że „zamawiający jest związany warunkami udziału w postępowaniu, które ustanowił i na etapie oceny ofert nie może od nich odstępować, ani stwarzać żadnych wyjątków, gdyż naruszałoby to zasady równego traktowania wykonawców i czyniło postępowanie i jego wynik nieprzewidywalnym.” Jeżeli więc Zamawiający napisał w SWZ jakie warunki musi spełnić Wykonawca i jakie dokumenty muszą być złożone na ich potwierdzenie, to w taki sposób zobowiązany jest postąpić i takich a nie innych dokumentów może wymagać od Wykonawcy. I tak Zamawiający postąpił.

Zgodnie z treścią uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego braki w Tabeli ceny nie mogą zostać uzupełnione, gdyż prowadziłyby to do wytworzenia nowej treści oferty, której pierwotnie nie zawierała, co pozostaje poza możliwościami, jakie daje Zamawiającemu art. 223 ust. 1 i 2 Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał na uzasadnienie, w którym w Tabeli ceny, załączonej do oferty Odwołującego, pomimo rzeczywistych wymagań Zamawiającego, wskazanych w IDW - w instrukcji w załączniku 8, w pozycjach 5-7, 9-12, 14 i 15, 17 i 18, 25-31 Odwołujący nie wskazał wartości częściowych, pozostawiając puste komórki, a wskazał jedynie wartość sumaryczną poszczególnych pozycji.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego - wymagania te nie były rzekome, co potwierdza dokumentacja postępowania. Odwołujący nie wypełnił obowiązku prawidłowego i pełnego wypełnienia oferty, wskazanego przez Zamawiającego w warunkach zamówienia, a zatem treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka podlega odrzuceniu.

Dodatkowo z ostrożności procesowej, odnosząc się do argumentacji Odwołującego w pkt (19) cyt.: „Pojęcie oferty sensu stricto należy przy tym odczytywać w świetle art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę,

jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.” należy wyjaśnić, iż brakujące ceny częściowe są niezbędne do prawidłowego wypełnienia umowy przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje też, lecz już nie rozwija tego wątku, iż „Co do warunków zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 PZP,

należy przez nie rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przedmiotowym przypadku warunki dotyczą postępowania o udzielenie zamówienia, a wynikają z wymagań proceduralnych oraz projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwolujący milczy na ten temat, bowiem przemawia to na jego niekorzyść, jako, iż niezgodność dotyczy warunków postępowania o udzielenie zamówienia, wynikających z wymagań proceduralnych oraz projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwolujący podnosi, iż konstrukcja Tabeli ujętej w załączniku nr 8 do IDW w żaden sposób nie oddaje takiego oczekiwania Zamawiającego (co do konieczności wskazania cen częściowych). Wymaganie, a nie oczekiwanie, Zamawiającego, zostało bowiem sprecyzowane w instrukcji nad Tabelą ceny.

Nie jest też zgodne ze stanem faktycznym twierdzenie Odwołującego, jakoby „postanowienia SWZ nie zawierają instrukcji dla wykonawców co do wypełnienia Tabeli ceny w sposób opisany w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, a konstrukcja tabeli jasno i jednoznacznie pokazuje gdzie należy wpisać dane dotyczące ceny w PLN (co Odwołujący uczynił)”. Wymagania w zakresie obowiązku wpisania wartości częściowych w Tabeli ceny, jak już udowodniono na początku niniejszego pisma, Zamawiający określił nad Tabelą ceny (wzór Tabeli ceny stanowiący załącznik do IDW tj. części I SWZ). Takim twierdzeniem po raz kolejny Odwołujący próbuje wprowadzić w błąd Wysoką Izbę.

Odwolujący miał możliwość złożenia do Zamawiającego wniosku o wyjaśnienie postanowień SWZ. Odwołujący jednak takiego wniosku nie złożył.

Należy tu wskazać, iż Przystępujący (Wykonawca, którego oferta została wybrana), wypełnił Tabelę ceny wskazując ceny częściowe.

L.p. Element przedmiotu zamówienia Wartość PLN

9) Część ściekowa: Wymiana pomp ścieków i przynależnych rurociągów z armaturą w

pompowni ścieków i osadów 789 899.52

w tym:

- wymiana pomp ścieków 552 929,56
- wymiana rurociągów z armaturą 236 969,86

10) Część ściekowa: Wymiana pomp osadów, maceratorów i przynależnych rurociągów z armaturą w pompowni ścieków i osadów 495 959.86

w tym:

- wymiana pomp osadów 223 181.94
- montaż maceratorów 173 585.95
- wymiana rurociągów z armaturą (w tym zasuw, przepływomierza, czujników ciśnienia, czujnika poziomu) 99 191,97

11) Część ściekowa: Wymiana żurawików, mieszadeł i przepustnic Reaktora biologicznego 466 765,70

w tym:

- wymiana żurawików 46 676,57
- wymiana mieszadeł 326 735.99
- wymiana przepustnic 93 353,14

Tym samym nie można uznać, iż instrukcja była niezrozumiała.

Dodatkowo wskazać należy, iż Odwołujący brał udział w pierwszym postępowaniu, które unieważniono. Załączył do Odwołania jako jeden z dowodów Tabelę ceny właśnie z pierwszego postępowania o numerze sprawy JRP/3/2022. Porównując tabele ceny z obydwu tych postępowań wyraźnie widać różnice w ich układzie - co powinno zwrócić uwagę profesjonalnego i rzetelnego Wykonawcy na puste komórki przeznaczone do wypełnienia.

Odwolujący podnosi, że tabela ceny została skonstruowana nieprawidłowo - co jest niezgodne ze stanem faktycznym, bowiem możliwe było jej wypełnienie, bez konieczności zmiany, w sposób odpowiadający postanowieniom SWZ - a konkretnie załącznika nr 8 do IDW, stanowiącego część 1 SWZ. Dowodem na to jest oferta wybranego Wykonawcy

(Przystępującego). Nieprawidłowe natomiast było wypełnienie Tabeli ceny przez Odwołującego, co więcej, niezgodne z instrukcją wypełnienia.

Jak wskazano w uzasadnieniu odrzucenia oferty w Tabeli Ceny, załączonej do Oferty Odwołujący dla żadnej z pozycji tabeli 5-7, 9-12, 14 i 15, 17 i 18, 21, 25-31 (na 31 wszystkich

pozycji), nie wskazał wartości częściowych, pozostawiając puste komórki (wskazano jedynie wartość sumaryczną poszczególnych pozycji).

Ww. braków w Tabeli Ceny, a więc w Ofercie Wykonawcy, nie można uzupełnić po upływie terminu składania ofert, gdyż prowadziłoby to do wytworzenia nowej treści oferty, której pierwotnie nie zawierała. Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp można jedynie wyjaśniać treść złożonych ofert - nie można dokonywać jakichkolwiek zmian w ofercie, z zastrzeżeniem możliwości poprawienia omyłek przez Zamawiającego w trybie przewidzianym art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, czego jednak Zamawiający nie może zrobić - Zamawiający nie wie jakie wartości częściowe przyjął Wykonawca, a stawki podziału procentowego nie są odgórnie ustalone.

Należy wskazać, iż Odwołujący w odwołaniu dokonuje własnej, swobodnej interpretacji postanowień SWZ w oderwaniu od jej treści. Zmiany SWZ na etapie oceny ofert są niedopuszczalne. W przypadku gdyby Zamawiający postąpił wg stanowiska Odwołującego, nie można potraktować tego inaczej, niż jako zmiana dokonana po otwarciu ofert, a więc sprzeczna także z art. 223 ust. 1 Pzp, „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści”. Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie odmawia zamawiającym prawa takich zmian na etapie oceny ofert. W wyroku KIO z dnia 21 lipca 2015 r. sygn. KIO 1477/15 Izba stwierdziła, że „zamawiający jest związany warunkami udziału w postępowaniu, które ustanowił i na etapie oceny ofert nie może od nich odstępować, ani stwarzać żadnych wyjątków, gdyż naruszałoby to zasady równego traktowania wykonawców i czyniłoby postępowanie i jego wynik nieprzewidywalnym.”

Nie sposób nie wskazać w tym miejscu na przepis art. 218 ust. 2, stanowiący, iż: „Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.”. Jak wykazano powyżej, treść oferty Odwołującego nie jest zgodna z wymaganiami zamawiającego, określonymi w dokumentach zamówienia.

Tabela ceny nie stanowi przedmiotowego lub podmiotowego środka dowodowego, który może podlegać złożeniu, poprawieniu lub uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 lub złożeniu lub uzupełnieniu w trybie art. 107 ust. 2 Pzp Tabela ceny stanowi bowiem element oferty w rozumieniu art. 66 k.c., jako podstawa kalkulacji ceny oferty, co oznacza, że jest jednym z istotnych elementów przyszłej umowy - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2023 r. KIO 797/23

Przytaczając zapisy komentarza do Prawa Zamówień Publicznych, cyt.: "Jak stanowi art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprawieniu podlegają omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja poprzez odniesienie do "istotności zmian" wyraża zasadę, że skoro to Zamawiający ma dokonać weryfikacji oferty, to poprawki muszą mieścić się w ramach korekty

możliwej dla Zamawiającego. (...)” Przedmiotowe niezgodności nie stanowią omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Chcąc poprawić błędy Zamawiający zmuszony byłby samodzielnie wskazać poszczególne ceny częściowe. Takie działanie Zamawiającego byłoby niedopuszczalne - jedynym podmiotem, który może wskazać w ofercie ceny częściowe za realizację przedmiotu zamówienia lub jego części jest wyłącznie Wykonawca - Odwołujący. Zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnej wyceny tym bardziej, że podana przez Zamawiającego w ramach poprawienia oferty cena byłaby dowolną ceną przyjętą przez Zamawiającego, co z zasady budzi wątpliwości lub ceną przyjętą po uzgodnieniach z Wykonawcą, co z kolei jest sprzeczne z zakazem prowadzenia negocjacji.

„Ustawodawca nie przewidział możliwości poprawienia formularza cenowego poprzez wpisanie wszystkich wymaganych treścią SWZ cen jednostkowych, które mają opisane na gruncie SWZ znaczenie w zakresie tego co zawierają jako elementy kosztowe, a także w jaki sposób będzie następowało rozliczenie sukcesywnej dostawy pomiędzy stronami.” - KIO 973/20.

Izba uznała dopisanie cen jednostkowych netto za istotną zmianę treści oferty, która pierwotnie nie zawierała elementów istotnych przedmiotowo, tzw. „essentialia negotii”. Dopisanie cen jednostkowych netto prowadziłoby zdaniem Izby do powstania nowej treści oferty, mimo że ceny brutto i stawka VAT były znane.

KIO 797/23: „W tym miejscu podnieść należy, że kosztorys ofertowy (Tabela ceny - przyp. Zamawiającego) nie stanowi przedmiotowego lub podmiotowego środka dowodowego, który może podlegać złożeniu, poprawieniu lub uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 lub złożeniu lub uzupełnieniu w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Kosztorys ofertowy stanowi bowiem element oferty w rozumieniu art. 66 k.c., jako podstawa kalkulacji ceny oferty, co oznacza, że jest jednym z istotnych elementów przyszłej umowy.”

Taki sam pogląd wynika z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 2753/21 z 19 października 2021 r.), cyt.: Obowiązkiem wykonawców było dopilnowanie, aby opis pozycji kosztorysu ofertowego był dostosowany do opisu przedstawionego w przedmiarze sporządzonym przez Zamawiającego i taki wycenić, bowiem miało to służyć na etapie oceny ofert do weryfikacji złożonych kosztorysów i ich porównania z warunkami postawionymi w SWZ, zaś na etapie realizacji umowy przez wybranego wykonawcę do jej rozliczenia”.

W tym miejscu trzeba wyjaśnić, iż roboty budowlane objęte przedmiotowym postępowaniem, wykonywane będą w ramach realizacji projektu z dofinansowaniem ze środków UE. W tym projekcie część kosztów może stanowić wydatki niekwalifikowalne - to znaczy, że będzie finansowana w całości przez Zamawiającego.

Zamawiający, przygotowując SWZ i wszczynając postępowanie przetargowe, jeszcze przed podpisaniem Umowy o Dofinansowanie projektu przewidzianego do dofinansowania z Funduszu Spójności i obejmującego przedmiotowe zamówienie, podzielił wybrane elementy przedmiotu zamówienia na elementy częściowe, tak aby umożliwić ewentualny podział poszczególnych pozycji na koszty/wydatki kwalifikowane i niekwalifikowane. Tym samym prawidłowe wypełnienie Tabeli ceny jest niezbędne do wypełniania: Elementów Skończonych i Kwalifikowalności Wydatków, których wzory stanowią Załączniki nr 6 i 7 do II części SWZ: Projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Sformułowanie „ewentualny” oznacza, iż przed podpisaniem umowy z Instytucją współfinansującą, Zamawiający nie wiedział, jakie ostatecznie koszty zostaną uznane za kwalifikowalne, a jakie za takie nie zostaną uznane, bowiem decyzja w tym zakresie podejmowana jest przez instytucję organizującą nabór w trakcie oceny złożonego wniosku oraz na etapie realizacji projektu (uznanie bowiem środków za kwalifikowalne lub częściowo kwalifikowalne na etapie oceny nie oznacza, iż w trakcie realizacji projektu nie zostaną one zakwestionowane, a tym samym przeniesione do niekwalifikowalnych). Z tego powodu użyto sformułowania „ewentualne”. Instytucją współfinansującą projekt jest Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej.

Wskutek niewskazania wartości częściowych przez Odwołującego Zamawiający nie ma możliwości prawidłowego wypełnienia ww. załączników do Umowy, na etapie jej wypełniania - co wykonuje Zamawiający przed podpisaniem Umowy przez Strony - jak wskazano w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego - zgodnie z wyjaśnieniem treści SWZ: pismo JRP-20.2.2.1-1/23-4 z dnia 28.03.2023 r., Wniosek o wyjaśnienie treści SWZ z dnia 18.01.2023 r., Odpowiedź na pytanie nr 30 (obowiązujące w niniejszym postępowaniu przetargowym zgodnie z IDW, Rozdział 5.3. Informacje o wcześniejszych postępowaniach dotyczących przedmiotu zamówienia, pkt 3).

5.3. Informacje o wcześniejszych postępowaniach dotyczących przedmiotu zamówienia.

- 1) Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia nie przeprowadził wstępnych konsultacji rynkowych w celu przygotowania postępowania i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia.
- 2) Niniejsze postępowanie jest drugim z kolei postępowaniem przetargowym dotyczącym przedmiotu zamówienia (poprzednie, o nr sprawy JRP/3/2022, unieważniono). Dokumenty dotyczące unieważnionego postępowania zostały opublikowane na stronach internetowych:

p/przetarg/?id=2199. .

- 3) Wyjaśnienia treści SIWZ, opublikowane w ramach ww. postępowania, są obowiązujące w bieżącym postępowaniu przetargowym, w zakresie w jakim nie są sprzeczne z zapisami przedmiotowego postępowania.

Odwołujący nie zrozumiał powyższej treści uzasadnienia odrzucenia Jego oferty, bowiem w pkt 42 odwołania wykazuje, iż powyższa odpowiedź nie stanowi instrukcji wypełniania Tabeli ceny.

Zamawiający powołał się na powyższe wyjaśnienie treści SWZ, wskazując, iż to Zamawiający będzie wypełniał załączniki nr 6 i 7 do umowy z wybranym wykonawcą, a będzie je wypełniał na podstawie Tabeli ceny, która miała być wypełniona przez Wykonawcę, a instrukcja wypełnienia znajdowała się w załączniku nr 8 do IDW, która stanowiła część I SWZ.

Wobec braku wskazania cen częściowych w Tabeli ceny, nie jest możliwe skuteczne zawarcie umowy, bowiem Zamawiający nie zna cen za poszczególne elementy robót.

Działanie Wykonawcy utrudni także zmianę kwalifikowalności wydatków na etapie realizacji Umowy (przewidzianą w § 20 ust. 4 pkt 16 Projektowanych postanowień umowy) oraz wprowadzenie robót zamiennych i dodatkowych (wskazane wartości częściowe mogą być podstawą ustalenia wartości robót zamienianych i zamiennych / dodatkowych).

Odwołujący w pkt 46 Odwołania wskazuje jednocześnie „Nadto, postanowienia projektowanej umowy dotyczące robót zamiennych i dodatkowych (§ 7, 6, 20) w żaden sposób nie odsyłają ani nie odnoszą się do załącznika „Tabela ceny”. Wskazują na rozliczenie wykonania takich robót na podstawie kosztorysu.” Odwołujący wskazuje tym samym, że rozliczenia robót zamiennych i dodatkowych nie można wykonać na podstawie Tabeli ceny, bo nie jest ona kosztorysem. Stoi to jednak w sprzeczności z pkt 55 Odwołania, w którym wprost wskazano „W ocenie Odwołującego, załączona do Formularza oferty Tabela ceny to nic innego niż swego rodzaju kosztorys” - do rozliczenia robót zamiennych i dodatkowych będą mogły być wykonywane na podstawie Tabeli Ceny. Tym samym Odwołujący zaprzecza sam sobie.

Odnosząc się do kwestii braku wskazania, w jaki sposób Zamawiający zamierza dokonać przyporządkowania poszczególnych kosztów do kosztów kwalifikowalnych i niekwalifikowalnych - nie jest ono przedmiotem leżącym w zakresie Wykonawcy, bowiem czynność ta leży po stronie Zamawiającego. Aby możliwa była jednak do wykonania, konieczne jest złożenie przez Wykonawcę prawidłowo wypełnionej Tabeli ceny, stanowiącej treść oferty Wykonawcy, jak wskazano w SWZ.

Skończonymi elementami przedmiotu zamówienia, które podlegają płatnościom częściowym, zgodnie z § 6 ust. 3 Projektowanych postanowień umowy są elementy wskazane w Załącznikach nr 6 i 7. Na podstawie cen częściowych zawartych w prawidłowo wypełnionej tabeli ceny, Zamawiający może wypełnić ww. załączniki do umowy, wskazując

odpowiednie wartości do pozycji kosztów / wydatków kwalifikowanych / niekwalifikowanych.

Zamawiający przygotował arkusz kalkulacyjny (na podstawie oferty Instal Kraków, jako jedynej prawidłowo wypełnionej), który pokazuje przykładowy sposób obliczeń i wypełnienia Załączników 6 i 7. W arkuszu tym należy wskazać czy dana wartość jest kwalifikowana czy niekwalifikowana (wybrać TAK/NIE) i ewentualnie wprowadzić groszowe poprawki wynikające z zaokrągleń - reszta, na podstawie wprowadzonych formuł, zostanie wyliczona i wypełniona automatycznie.

Zamawiający przekazuje arkusz kalkulacyjny w załączeniu, na dowód, że wymóg wskazania cen częściowych nie był zwykłym „wymysłem” Zamawiającego, lecz związany jest z koniecznością rozliczania kosztów kwalifikowanych i niekwalifikowanych w projekcie, w ramach którego realizowane mają być roboty budowlane. Jest istotnym elementem zawieranej umowy.

Odwolujący w pkt (46) twierdzi, jakoby cyt.: „Zamawiający nie poinformował wykonawców o celach sporządzenia Tabeli ceny a zatem jego niewysłowione intencje nie mają najmniejszego znaczenia.” Twierdzenie to jest niezgodne ze stanem faktycznym, bowiem Zamawiający poinformował o celach sporządzenia Tabeli ceny w § 6 ust. 3 Projektowanych postanowień umowy, stanowiących część II SWZ.

W tej sytuacji wysłowione intencje Zamawiającego mają jednak znaczenie, odwrotnie, niż wskazuje Odwołujący.

W pkt (47) Odwołujący znowu wskazuje informacje, które nie są zgodne ze stanem faktycznym cyt.: „Wobec powyższego, dla odrzucenia oferty Odwołującego nie wystarczy stwierdzić niezgodności treści dokumentu załączonego do oferty Odwołującego z niewyartykułowanymi w SWZ intencjami lub oczekiwaniami Zamawiającego.” Jak wyjaśniono powyżej, co potwierdza dokumentacja postępowania, intencje Zamawiającego zostały sformułowane w załączniku nr 8 do IDW, stanowiącym część I SWZ. Dodatkowe informacje znajdują się też w § 6 ust. 3 Projektowanych postanowień umowy, stanowiących część II SWZ.

W zakresie ewentualnego wyjaśniania treści oferty:

Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia

badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający, korzystając z tego uprawnienia, wyjaśnia treść złożonej oferty. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Uzyskane dodatkowe informacje (wyjaśnienia) nie mogą jedynie zmienić treści oferty. Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać.

W przedmiotowej sytuacji, brakuje części treści oferty, bowiem Tabela ceny, jak ustalił Zamawiający w SWZ, jest treścią oferty Wykonawcy.

Zamawiający wskazuje tutaj dodatkowo, iż brak zawarcia cen częściowych za poszczególne elementy robót uniemożliwi lub znacząco utrudni rozliczenie się z Wykonawcą za zrealizowane roboty budowlane w przypadku rozwiązania umowy z Wykonawcą.

Ponadto brak wskazania cen częściowych uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie czynności polegających na zweryfikowaniu wartości poszczególnych elementów cenotwórczych w celu wykonania obowiązku wynikającego z art. 224 - jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zamawiający nie zna elementów cenotwórczych, bowiem Wykonawca ich nie przedstawił, wobec czego nie może w stosunku do oferty Odwołującego przeprowadzić procedury badania rażąco niskiej ceny, do czego oblige go ustawa Pzp - w zakresie istotnych części składowych ceny.

- 2) Zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady przejrzystości i proporcjonalności, skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego - nie jest zgodny ze stanem faktycznym i prawnym, co potwierdza dokumentacja postępowania.

W ocenie Odwołującego, swoim postępowaniem, skutkującym odrzuceniem oferty Odwołującego, Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 16 pkt 2 i 3 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady przejrzystości i proporcjonalności.

Odwolujący argumentuje, iż Zamawiający naruszył zasadę przejrzystości (art. 16 pkt 2 Pzp) poprzez przygotowanie wzoru dokumentu składanego wraz z ofertą w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny i jednoznacznie wprowadzający wykonawców w błąd.

Nie sposób w tym miejscu nie wskazać, iż:

- a) na etapie prowadzonego postępowania Wykonawcy - w tym Odwołujący- mają możliwość skorzystania z art. 135 - procedury wyjaśniania treści SWZ, gdzie Wykonawcy mogą zwracać się do Zamawiającego z wnioskiem o

wyjaśnienie treści SWZ.

Należy ponownie podkreślić, że w postępowaniu przetargowym biorą udział podmioty profesjonalne, posiadające doświadczenie i wiedzę w zakresie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Zamawiający ma prawo domniemywać, iż wykonawcy, decydujący się wziąć udział w przetargu, będą analizować dokumentację przetargową, posiadając odpowiednią wiedzę i doświadczenie, jakie przypisać można profesjonalistom działającym w danej branży.

Profesjonalne zachowanie wykonawcy oznacza również przyjęcie odpowiedzialności i konsekwencji za podejmowane przez siebie czynności i prezentowane stanowiska w trakcie postępowania przetargowego. Wykonawca winien zawsze wykazywać profesjonalizm, wiedzę i rzetelność, zaś chęć uzyskania zamówienia publicznego nie może prowadzić do wypaczenia i nadinterpretacji zapisów dokumentacji przetargowej.

Przyjęta w orzecznictwie zasada interpretacji niejasnych postanowień SWZ na korzyść wykonawcy nie oznacza i nie może oznaczać otwarcia drogi wykonawcom do nadinterpretacji postanowień SWZ i dążenia do uzyskania zamówienia „za wszelką cenę”.

Zamawiający przygotowując SWZ, posługuje się niejednokrotnie niezdefiniowanymi fachowymi określeniami, jakie funkcjonują w danej branży, przyjmując iż profesjonalista działający na rynku zna ich znaczenie. Wykonawca jednak, mając wątpliwości interpretacyjne, ma możliwość złożenia do Zamawiającego wniosku o wyjaśnienie ich znaczenia. Odwołujący takiego wniosku nie złożył.

b) Zarzut w zakresie rzekomo przygotowania wzoru dokumentu składanego wraz z ofertą w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny - na tym etapie nie powinien być przez Wysoką Izbę rozpatrywany, bowiem zarzut ten powinien być podniesiony w odwołaniu wniesionym w terminie 10 dni od daty opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, zgodnie z treścią art. 515 ust. 2 pkt 1). Publikacja nastąpiła w dniu 05.07.2024 r., a termin na wniesienie odwołania w zakresie treści załącznika nr 8 do IDW, stanowiącego cz. I SWZ upłynął w dniu 15.07.2024 r.

Zamawiający wskazuje, że Odwołujący ani nie wniósł odwołania w tym zakresie, ani też nie skorzystał z art. 135 Pzp. Zarzut w tym zakresie jest więc spóźniony.

Nie jest też prawdą, że, jak twierdzi Odwołujący, że przygotowanie wzoru dokumentu składanego wraz z ofertą jednoznacznie wprowadziło wykonawców w błąd, bowiem jeden Wykonawca złożył Tabelę ceny wypełnioną zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, wyartykułowanymi w instrukcji nad Tabelą ceny, stanowiącą załącznik nr 8 do IDW, będącej I cz. SWZ - dowód: oferta Przystępującego.

Odwołujący wskazuje, że rzekome naruszenie Zamawiającego doprowadziło do zastosowania wobec wykonawców, w tym Odwołującego, najdogliwszej sankcji w Postępowaniu.

Po pierwsze Odwołujący nie precyzuje jakiego rodzaju jest to naruszenie. Jeżeli jest to naruszenie zasady przejrzystości poprzez, jak uważa Odwołujący, przygotowanie wzoru dokumentu składanego wraz z ofertą w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny i jednoznacznie wprowadzający wykonawców w błąd, to należy wskazać, iż powinno być przedmiotem odwołania w terminie 10 dni od daty opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, zgodnie z treścią art. 515 ust. 2 pkt 1). Zarzut ten nie powinien być ani zgłaszany ani też rozpatrywany na tym etapie postępowania.

Ponadto, jak już wyjaśniono, Zamawiający, w świetle przepisów ustawy Pzp, nie miał innej możliwości, niż odrzucenie oferty Odwołującego. Była to jedyna dopuszczona przepisami ustawy Pzp czynność.

Zamawiający nie mógł zastosować przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający, korzystając z tego uprawnienia, wyjaśnia treść złożonej oferty. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Uzyskane dodatkowe informacje (wyjaśnienia) nie mogą jedynie zmienić treści oferty. Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać.

W przedmiotowej sytuacji, brakuje części treści oferty, bowiem Tabela ceny, jak ustalił Zamawiający w SWZ, jest treścią oferty Wykonawcy.

Zamawiający nie mógł także zastosować ust. 2 wskazanego artykułu, bowiem poprawieniu podlegają omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja poprzez odniesienie do "istotności zmian" wyraża zasadę, że skoro to Zamawiający ma dokonać weryfikacji oferty, to poprawki muszą mieścić się w ramach korekty możliwej dla Zamawiającego. (...) Niezgodności te nie stanowią omyłek niepowodujących istotnych zmian

w treści oferty. Chcąc poprawić błędy Zamawiający zmuszony byłby samodzielnie wskazać poszczególne ceny częściowe. Takie działanie Zamawiającego byłoby niedopuszczalne - jedynym podmiotem, który może wskazać w ofercie ceny częściowe za realizację przedmiotu zamówienia lub jego części jest wyłącznie Wykonawca - Odwołujący. Zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnej wyceny tym bardziej, że podana przez Zamawiającego w ramach poprawienia oferty cena byłaby dowolną ceną przyjętą przez Zamawiającego, co z zasady budzi wątpliwości lub ceną przyjętą po uzgodnieniach z Wykonawcą, co z kolei jest sprzeczne z zakazem prowadzenia negocjacji.

„Ustawodawca nie przewidział możliwości poprawienia formularza cenowego poprzez wpisanie wszystkich wymaganych treścią SWZ cen jednostkowych, które mają opisane na gruncie SWZ znaczenie w zakresie tego co zawierają jako elementy kosztowe, a także w jaki sposób będzie następowało rozliczenie sukcesywnej dostawy pomiędzy stronami.” - KIO 973/20.

Zamawiający nie mógł wezwać Odwołującego w trybie art. 128, bowiem artykuł ten dotyczy wyłącznie podmiotowych środków dowodowych. Tabela ceny stanowiąca treść oferty nie jest dokumentem podmiotowym.

W wyroku KIO z 18.02.2022 r., KIO 282/22, LEX nr 3333234, podkreślono, że „celem zastosowania wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 p.z.p., jest umożliwienie wykonawcy, który nie złożył podmiotowych środków dowodowych, lub przedłożone przez niego środki dowodowe nie potwierdzają swoją treścią spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia. Przez uzupełnienie czy poprawienie podmiotowych środków dowodowych, należy rozumieć uzupełnienie/ poprawienie oświadczenia wykonawcy jakim jest np. wykaz robót. Wykonawca może to uczynić składając odrębne oświadczenie zawierające uzupełnione lub poprawione informacje. Nie jest przy tym konieczne ponowienie treści wykazu w zakresie, którego nie dotyczyło wezwanie. Sam wykaz robót jest bowiem oświadczeniem własnym wykonawcy, składanym w określonej, najczęściej tabelaryzowanej formie, którego celem jest potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Natomiast zamawiający ma w takim wypadku obowiązek łącznej oceny przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, tj. wykazu i uzupełniającego go oświadczenia”.

Przepis art. 128 ust. 1 Pzp nie dotyczy uzupełniania czy poprawiania treści oferty złożonej przez wykonawcę w zakresie jej przedmiotu, stanowiącego element przedmiotowo istotny oferty. Potwierdza to m.in. stanowisko wyrażone w wyroku KIO z 28.09.2021 r., KIO 2377/21. Izba nie podzieliła w nim argumentacji odwołującego, jakoby analiza dokumentów zamówienia, w szczególności SWZ oraz wzoru umowy, uzasadniała twierdzenie, że zamawiający nie nadał

kosztorysowi uproszczonemu treści oferty. Kosztorysy ofertowe, których złożenia wraz z ofertą wymagał zamawiający miały także znaczenie dla prawidłowego rozliczenia wykonanych prac w przypadku ewentualnego odstąpienia przez wykonawcę od umowy. W konsekwencji za nietrafione uznano stanowisko odwołującego dotyczące naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy do przedłożenia spornego kosztorysu ofertowego. Zdaniem KIO nie jest bowiem dopuszczalne uzupełnianie treści oferty po upływie terminu składania ofert.

Ponadto w orzecznictwie KIO wskazuje się, że uzupełnienie w ramach art. 128 ust. 1 Pzp nie obejmuje treści oferty w zakresie podlegającym punktacji w ramach kryterium oceny ofert. Tym samym informacje zawarte w ofertach i oceniane w ramach kryteriów oceny ofert nie podlegają uzupełnieniom lub modyfikacjom po upływie terminu składania ofert.

Pojęcie innych dokumentów lub oświadczeń - jak wskazuje UZP - obejmuje wszelkie dokumenty lub oświadczenia, jakich może żądać zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie, poza wskazanymi literalnie (oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp., podmiotowe środki dowodowe). W tej kategorii mieści się zatem pełnomocnictwo. W związku z tym „jeżeli wykonawca nie złożył pełnomocnictwa lub złożył pełnomocnictwo wadliwe, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do jego złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek do dopuszczenia do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania”. Stanowisko dotyczące możliwości naprawienia omyłek w złożonym pełnomocnictwie w drodze uzupełnienia prezentowane jest także w orzecznictwie KIO. Za prawidłowe uznaje się nie tylko pełnomocnictwo z datą adekwatną dla daty dokonania czynności, ale również z datą późniejszą, jeżeli potwierdza istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania, tj. z jego treści wynika, że pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności.

Na mocy art. 128 ust. 6 Pzp minister właściwy do spraw gospodarki określa, w drodze rozporządzenia, rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą.

Zgodnie z treścią ww. rozporządzenia, do innych dokumentów nie można zaliczyć Tabeli ceny, ponieważ w rozporządzeniu tym nie wskazano na taki dokument.

Rozporządzenie określa rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane.

Są to:

- podmiotowe środki dowodowe: informacji z KRK, oświadczenia wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych,

opisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, oświadczenia wykonawcy o braku podstaw wykluczenia w zakresie podstaw wykluczenia wymienionych w ust. 1 pkt 7,

- oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1

ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego - dla postępowań o wartości poniżej progów unijnych,

- dokumenty składane w przypadku wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza RP,
- podmiotowe środki dowodowe w przypadku korzystania przez wykonawcę ze zdolności technicznych lub zawodowych albo sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby,
- dokumenty potwierdzające zdolność do występowania w obrocie gospodarczym,
- dokumenty potwierdzające uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej,
- podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków udziału

w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej: sprawozdanie finansowe, oświadczenia wykonawcy o rocznym przychodzie wykonawcy, informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności,

- podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków

udziału

w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej: wykaz robót budowlanych wraz z dowodami, wykazu dostaw lub usług wykonanych wraz z dowodami, wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, opisu urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych stosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy, wykazu systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw, oświadczenia o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie kontroli zdolności produkcyjnych lub zdolności technicznych wykonawcy, oświadczenia na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy; wykazu środków zarządzania środowiskowego,

- oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy oraz

liczebności kadry kierowniczej, wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, próbek, opisów lub fotografii dostarczanych produktów,

- zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości

potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym, zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zarządzania jakością, zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego,

- oświadczenia zamiast środków dowodowych,
- zaświadczenie o wpisie do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców lub

certykat; dokument potwierdzający brak naruszeń w zakresie obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek,

- potwierdzenie umocowania do działania w imieniu wykonawcy,
- tłumaczenia pobranych samodzielnie przez zamawiającego podmiotowych środków

dowodowych lub dokumentów.

Zamawiający nie mógł więc wykonać innej czynności, niż czynność odrzucenia oferty Odwołującego, bo ustawa Pzp nie przewiduje żadnej innej czynności.

W związku z tym nie miało miejsce także naruszenie zasady proporcjonalności, o której pisze Odwołujący.

Odwołujący wskazuje ponadto, iż Zamawiający obciążył Wykonawców konsekwencjami rzekomo „niejednoznacznych i budzących wątpliwości zapisów IDW oraz wadliwego sporządzenia Tabeli ceny”.

W odpowiedzi na ten zarzut ponownie Zamawiający wskazuje:

- a) na etapie prowadzonego postępowania Wykonawcy - w tym Odwołujący - mają możliwość skorzystania z art. 135 - procedury wyjaśniania treści SWZ, gdzie Wykonawcy mogą zwracać się do Zamawiającego z wnioskiem o

wyjaśnienie treści SWZ

Należy ponownie podkreślić, że w postępowaniu przetargowym biorą udział podmioty profesjonalne, posiadające doświadczenie i wiedzę w zakresie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Zamawiający ma prawo domniemywać, iż wykonawcy, decydujący się wziąć udział w przetargu, będą analizować dokumentację przetargową, posiadając odpowiednią wiedzę i doświadczenie, jakie przypisać można profesjonalście działającemu w danej branży.

Profesjonalne zachowanie wykonawcy oznacza również przyjęcie odpowiedzialności i konsekwencji za podejmowane przez siebie czynności i prezentowane stanowiska w trakcie postępowania przetargowego. Wykonawca winien zawsze wykazywać profesjonalizm, wiedzę i rzetelność, zaś chęć uzyskania zamówienia publicznego nie może prowadzić do wypaczenia i nadinterpretacji zapisów dokumentacji przetargowej.

Przyjęta w orzecznictwie zasada interpretacji niejasnych postanowień SWZ na korzyść wykonawcy nie oznacza i nie może oznaczać otwarcia drogi wykonawcom do nadinterpretacji postanowień SWZ i dążenia do uzyskania zamówienia „za wszelką cenę”.

Zamawiający przygotowując SWZ, posługuje się niejednokrotnie niezdefiniowanymi fachowymi określeniami, jakie funkcjonują w danej branży, przyjmując iż profesjonalista działający na rynku zna ich znaczenie. Wykonawca jednak, mając wątpliwości interpretacyjne, ma możliwość złożenia do Zamawiającego wniosku o wyjaśnienie ich znaczenia. Odwołujący takiego wniosku nie złożył.

- b) zarzut w zakresie rzekomo przygotowania wzoru dokumentu składanego wraz z ofertą w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny - na tym etapie nie powinien być przez Wysoką Izbę rozpatrywany, bowiem zarzut ten powinien być podniesiony w odwołaniu wniesionym w terminie 10 dni od daty opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej,

w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, zgodnie z treścią art. 515 ust. 2 pkt 1). Publikacja nastąpiła w dniu 05.07.2024 r., a termin na wniesienie odwołania w zakresie treści załącznika nr 8 do IDW, stanowiącego cz. 1 SWZ upłynął w dniu 15.07.2024 r.

Zamawiający wskazuje, że Odwołujący ani nie wniósł odwołania w tym zakresie, ani też nie skorzystał z art. 135 Pzp. Zarzut w tym zakresie jest więc spóźniony.

Zamawiający pragnie podkreślić, iż właśnie ewentualne zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego, który nie złożył prawidłowo wypełnionej Tabeli ceny, co nie podlega uzupełnieniu ani poprawie, stanowiłoby naruszenie zasad prowadzenia postępowania, w szczególności zasady równego traktowania Wykonawców oraz przejrzystości i proporcjonalności.

- 3) Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia Tabeli ceny poprzez wskazanie „wartości częściowych” przypisanych do określonych pozycji w ramach kolumny zatytułowanej „Elementy przedmiotu zamówienia - jest niezgodny ze stanem prawnym i jako taki nie może się ostać. Zamawiający nie mógł na tej podstawie wezwać Odwołującego do uzupełnienia Tabeli ceny, ponieważ przepis ten nie daje Zamawiającemu takiego uprawnienia.

Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie dokument Tabela ceny stanowił jedynie część oferty sensu largo, zgodnie z wyjaśnieniem zawartym w pkt (19) i pkt (39) odwołania, a zatem w razie stwierdzenia przez Izbę jego ewentualnej wadliwości (zawinionej przez Odwołującego), dokument ten może zostać uzupełniony w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

Należy tutaj wskazać co następuje:

- w świetle zapisów SWZ subiektywna ocena Odwołującego, co do rodzaju dokumentu, jaki stanowi Tabela ceny, nie ma żadnego znaczenia dla przedmiotowej sprawy. Należy wskazać, że na stronie 55 IDW w ust 17 Opis sposobu przygotowania oferty Zamawiający wyraźnie określił, iż „Do formularza Oferty należy dołączyć w szczególności: a) Tabelę ceny -będącą treścią Oferty”. Zarówno Zamawiający, jak i Wykonawcy, są związani treścią SWZ.
- ust. 128 nie daje Zamawiającemu podstawy do wzywania Wykonawców do uzupełnienia dokumentów innych, niż wymienionych w Rozporządzeniu w sprawie rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności

podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą.

Zgodnie z treścią ww. rozporządzenia, do innych dokumentów nie można zaliczyć Tabeli ceny, ponieważ w rozporządzeniu tym nie wskazano na taki dokument.

Rozporządzenie określa rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane.

Są to:

- podmiotowe środki dowodowe: informacji z KRK, oświadczenia wykonawcy, w zakresie

art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, oświadczenia wykonawcy o braku podstaw wykluczenia w zakresie podstaw wykluczenia wymienionych w ust. 1 pkt 7,

- oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym

mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego - dla postępowań o wartości poniżej progów unijnych,

- dokumenty składane w przypadku wykonawców mających siedzibę lub miejsce

zamieszkania poza RP,

- podmiotowe środki dowodowe w przypadku korzystania przez wykonawcę ze zdolności

technicznych lub zawodowych albo sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby,

- dokumenty potwierdzające zdolność do występowania w obrocie gospodarczym,
- dokumenty potwierdzające uprawnienia uprawnienia do prowadzenia określonej

działalności gospodarczej lub zawodowej,

- podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków

udziału

w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej: sprawozdanie finansowe, oświadczenia wykonawcy o rocznym przychodzie wykonawcy, informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej

wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności,

- podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków udziału

w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej: wykaz robót budowlanych wraz z dowodami, wykazu dostaw lub usług wykonanych wraz z dowodami, wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, opisu urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych stosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy, wykazu systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw, oświadczenia o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie kontroli zdolności produkcyjnych lub zdolności technicznych wykonawcy, oświadczenia na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy; wykazu środków zarządzania środowiskowego,

- oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy oraz liczebności kadry kierowniczej, wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, próbek, opisów lub fotografii dostarczanych produktów,
- zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym,
- zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zarządzania jakością, zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego;
- oświadczenia zamiast środków dowodowych,
- zaświadczenia o wpisie do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców lub certyfikat; dokument potwierdzający brak naruszeń w zakresie obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek,
- potwierdzenie umocowania do działania w imieniu wykonawcy,
- tłumaczenia pobranych samodzielnie przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych lub dokumentów.

Jest to katalog zamknięty i nie można go interpretować rozszerzająco.

Jak wskazano w komentarzu do Pzp, opublikowanym przez UZP, obowiązek dodatkowego wezwania dotyczy wyłącznie dokumentów lub oświadczeń wymaganych przez zamawiającego, do których złożenia wykonawca był wzywany w trybie - odpowiednio - art. 126 ust. 1 Pzp albo art. 274 ust. 1 Pzp. Inaczej nie może być mowy o niezłożeniu, niekompletności lub innej wadliwości dokumentów lub oświadczeń.

Zauważyć należy iż postępowanie prowadzone było w procedurze odrwróconej, a Odwołujący nie był wzywany do dostarczenia dokumentów podmiotowych, nie miała miejsca więc sytuacja, że Odwołujący był wzywany do złożenia takich dokumentów, złożył dokumenty podmiotowe zawierające błędy lub braki, a Zamawiający był zobowiązany do wezwania go w trybie art. 128 ust. 1.

Oprócz wyraźnie wskazanego przez ustawodawcę JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych będą to m.in. pełnomocnictwa oraz inne dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania - wymienione powyżej szczegółowo.

Nie jest więc prawdą, że uzupełnieniu w trybie art. 128 podlegają wszelkie dokumenty składane wraz z ofertą, jak usiłuje dowieść Odwołujący, bowiem wynika to wprost z treści wskazanego przepisu.

Odwołujący przytacza dalej różne wyroki KIO, ale należy tutaj wskazać, iż sytuacja dla każdego z orzeczenia nie jest analogiczna jak w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego brak jest przeszkód do ewentualnego zaprezentowania Zamawiającemu bardziej szczegółowego rozbicia ceny ofertowej na potrzeby ustalenia wartości kosztów kwalifikowanych i niekwalifikowanych na etapie realizacji Umowy. Nie jest to ani przewidziane w ustawie Pzp, ani nie pozwoli na ewentualne zawarcie umowy z Odwołującym w świetle treści Tabeli ceny złożonej przez Odwołującego - co wykazano na początku niniejszego pisma. Zatem nie będzie możliwa realizacja umowy, skoro umowy nie da się zawrzeć. Znaczenie Tabeli ceny, co wykazano wcześniej w niniejszym piśmie, jest niezmiernie ważne, bo na jej podstawie można określić wartość kosztów kwalifikowanych i niekwalifikowanych (jeżeli takie się pojawiają), od których zależy wysokość dofinansowania do zaplanowanych robót budowlanych.

W świetle powyższej argumentacji oraz stanu prawnego i faktycznego, zarzuty Odwołującego wyrażone w Odwołaniu nie znajdują potwierdzenia.

Wobec powyższego, wnoszę o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie wniesiono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa Oczyszczalni Ścieków w Dzierżoniowie” wchodzącego w zakres projektu: „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie gmin powiatu dzierżoniowskiego - etap III” Numer ogłoszenia o zamówieniu Dz. Urz. UE: 403555-2024; Numer referencyjny: JRP/3/2024

Odwołujący wniósł odwołanie od następujących czynności zamawiającego:

odrzućenia oferty odwołującego, zaniechania oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty INSTAL KRAKÓW S. A. z siedzibą w Krakowie dalej Instal/ przystępujący/wykonawca wybrany.

Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał na ewentualne naruszenie zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia „wartości częściowych” w Tabeli Cen, jako załącznika składanego wraz z Ofertą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- a. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że treść oferty odwołującego nie jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- b. naruszenie art. 16 pkt 2 i 3 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady przejrzystości i proporcjonalności, skutkujące odrzuceniem oferty odwołującego;

a ewentualnie - z ostrożności procesowej - także:

- c. naruszenie art. 128 ust. 1 PZP przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia Tabeli ceny poprzez wskazanie „wartości częściowych” przypisanych do określonych pozycji w ramach kolumny zatytułowanej „Elementy przedmiotu zamówienia”.

Mając na uwadze postawione zarzuty, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a. unieważnienie czynności oceny ofert oraz unieważnienie wyboru oferty Instal jako oferty najkorzystniejszej,
- b. unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
- c. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

- d. wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, a ewentualnie - z ostrożności procesowej - także o:
- e. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego do uzupełnienia Tabeli ceny przez wskazanie „wartości częściowych” przypisanych do określonych pozycji w ramach kolumny zatytułowanej „Elementy przedmiotu zamówienia”.

Co do zachowania terminu na wniesienie odwołania

W dniu 16 sierpnia 2024 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu oferty odwołującego oraz dokonanej ocenie ofert, w tym wyborze jako najkorzystniejszej oferty Instal. Z uwagi na wartość zamówienia przekraczającą progi unijne, termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni i upływał w dniu 26 sierpnia 2024 r. - niniejsze odwołanie zostało złożone zatem w przepisany w PZP terminie.

Co do interesu w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów PZP. Oferta odwołującego jest bowiem najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu. Wskutek nieprawidłowego odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego, odwołujący został jednak pozbawiony możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i wypracowania z jego realizacji określonego zysku, co w sposób oczywisty naraża go na szkodę.

Izba badając wniesione odwołanie nie stwierdza podstaw do odrzucenia odwołania. Izba oceniając interes w uzyskaniu zamówienia stwierdza prawo odwołującego do wniesienia odwołania.

Izba również dopuszcza po stronie zamawiającego przystępującego to jest wykonawcę wybranego.

Przedmiotem zamówienia dla zadania pn. „Rozbudowa Oczyszczalni Ścieków w Dzierżoniowie” jest wykonanie robót budowlanych pozwalających na zwiększenie wydajności OŚ w Dzierżoniowie z poziomu 37 500 RLM na 47 600 RLM.

W zakres zadania wchodzi wykonanie prac podzielonych na następujące części opisane w rozdziale 3 części I SWZ - Instrukcji dla Wykonawców (IDW):

- a. Część ściekowa,
- b. Część osadowa,
- c. Rozbudowa / modernizacja / wymiana rurociągów międzyobiektowych,
- d. Opracowanie projektu budowlanego i dokonanie zgłoszenia budowy kanalizacji

kablowej;

- e. Opracowanie projektu wykonawczego branży elektrycznej i AKPiA,
- f. Uzyskanie nowego pozwolenia wodnoprawnego z uwzględnieniem korzystania z

przelewu burzowego / obejścia komór osadu czynnego,

- g. Zasilenie w energię elektryczną oraz systemy kontrolno-pomiarowe i automatyka

nowych i przebudowanych obiektów i instalacji,

- h. Rozruch instalacji, szkolenia wraz z opracowaniem nowych i aktualizacją istniejących

instrukcji,

- i. Przygotowanie kompletu dokumentów stanowiących załącznik do wniosku o wydanie

pozwolenia na użytkowanie.

Postępowanie to jest drugim z kolei postępowaniem przetargowym dotyczącym przedmiotu zamówienia (poprzednie, o nr sprawy JRP/3/2022, unieważniono).

Zgodnie z rozdziałem 19 IDW, kryteriami oceny ofert w Postępowaniu są zryczałtowana cena łączna brutto należna za wykonanie zamówienia oraz termin jego wykonania. Obie te wartości należało wskazać w Formularzu Oferty, której wzór stanowił załącznik nr 1 do IDW.

Termin składania ofert upłynął 5 sierpnia 2024 r. Po otwarciu ofert zamawiający poinformował wykonawców, że kwota przeznaczona na realizację zamówienia to 12 825 000,00 PLN oraz, że w postępowaniu złożone zostały oferty przez następujących wykonawców:

- a. Envirotech sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Envirotech”) - cena: 16 469

700,00 PLN,

b. Odwołujący - cena: 13 886 700,00 PLN,

c. INSTAL - cena: 14 278 922,40 PLN.

Dnia 16 sierpnia 2024 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego informację, zawierającą informację o wyborze oferty INSTAL jako oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Envirotech i o odrzuceniu oferty Odwołującego - w obu przypadkach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP z uwagi na niezgodność ich treści z warunkami zamówienia. W obu przypadkach, uzasadnienie odrzucenia ofert jest tożsame - niezgodność polegać ma na niewskazaniu określonych wartości częściowych w Tabeli ceny stanowiącej załącznik do oferty każdego z wykonawców, których oferty zostały odrzucone (odwołujący i Envirotech).

Odrzucenie oferty odwołującego, zamawiający uzasadnił tym, że w Tabeli ceny, załączonej do jego oferty, w pozycjach 5-7, 9-12, 14 i 15, 17 i 18, 25-31 odwołujący nie wskazał wartości częściowych, pozostawiając puste komórki, a wskazał jedynie wartość sumaryczną poszczególnych pozycji, z takim uzasadnieniem odrzucenia oferty, odwołujący się nie zgadza.

Wbrew oczekiwaniom odwołującego, zamawiający wyjaśnił, że ww. braki w Tabeli ceny nie mogą zostać uzupełnione, gdyż „prowadziłoby to do wytworzenia nowej treści oferty, której pierwotnie nie zawierała” i takie uzupełnienie oferty pozostaje poza możliwościami, które daje art. 223 ust. 1 i 2 PZP.

Odwołujący również nie zgadza się z wywodem zamawiającego, że odwołujący nie wypełnił obowiązku prawidłowego i pełnego wypełnienia oferty, wskazanego przez zamawiającego w warunkach zamówienia, a zatem treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka podlega odrzuceniu.

W ocenie odwołującego, argumentacja zamawiającego, jest nietrafna - zważając na art. 226 ust. 1 pkt 6 PZP w zw. z art. 16 PZP i art. 7 pkt 29 PZP oraz art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, nie może uznać, by treść oferty odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia ustanowionymi w postępowaniu, a zatem że powinna zostać odrzucona. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia - w pierwszej kolejności należy jednak odpowiednio zdefiniować pojęcia oferty i warunków zamówienia oraz zważyć na jednolitą linię orzeczniczą KIO dotyczącą przedmiotowej przesłanki odrzucenia oferty. W odniesieniu do „oferty” w doktrynie zamówień publicznych podnosi się, że można ją rozumieć dwojako - jako ofertę sensu largo (tj. wszystkie dokumenty składane wraz z ofertą) oraz jako ofertę sensu stricto - tj. oświadczenie woli (zobowiązanie) Wykonawcy odnoszące się do wykonania zamówienia na określonych w ofercie warunkach, co do których stosuje się rygor, o jakim mowa w art. 223 ust. 1 PZP (zakaz negocjacji lub zmiany treści oferty). Pojęcie oferty sensu stricto należy przy tym odczytywać w świetle art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Chodzi zatem o ścisłe oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do wykonania zamówienia na określonych warunkach, w tym cenie i terminie. Co do warunków zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 PZP, należy przez nie rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W odniesieniu do przesłanki odrzucenia oferty o jakiej mowa w art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP, w doktrynie i orzecnictwie wskazuje się, że wymagania, które podlegają kontroli z uwagi na ich

niezgodność z warunkami zamówienia powinny dotyczyć merytorycznych aspektów zamówienia.

Podsumowując stanowisko Odwołujący stwierdza, „Jedynie z najdalej posuniętej ostrożności, Odwołujący wskazuje również, że wszelkie ewentualne uchybienia Tabeli ceny mogą ulec poprawie (uzupełnieniu), zgodnie z przepisami PZP, a Zamawiający nie wzywając Odwołującego do uzupełnienia „wartości częściowych” w Tabeli ceny, naruszył art. 128 ust. 1 PZP.

W ocenie Izby stanowisko odwołującego jest nieuprawnione zarówno w kontekście postanowień SWZ jak i przepisów PZP, w tym przywoływanych przez odwołującego. Izba podziela stanowisko zamawiającego, uznając je za uprawnione i w szczególności podkreśla jak poniżej. Izba stwierdza brak przesłanek do zastosowania art.128 ust.1 PZP i uzupełnienia kwot częściowych poszczególnych pozycji w Tabeli Cen, a ich brak stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art.226 ust.1 pkt 5 PZP, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co też zamawiający uczynił.

W załączniku nr 8 w instrukcji nad Tabelą ceny Zamawiający określił, że należy wskazać wartość elementu przedmiotu zamówienia dla poszczególnych pozycji oraz dodatkowo wartości częściowe dla wybranych pozycji Tabeli ceny.

„WYKONAWCA

L.p. Nazwa Wykonawcy(ów) Adres(y) Wykonawcy(ów)

1. Miko-Tech Sp. z o.o. ul. Św. Jana Pawła II i IB. 43-170 Łaziska Górne

W Tabeli Ceny należy wskazać wartość elementu przedmiotu zamówienia dla poszczególnych pozycji oraz dodatkowo wartości częściowe dla wybranych pozycji Tabeli Ceny”(cytat z oferty odwołującego)

W każdej z pozycji należy ująć:

- 1) prace instalacyjne w zakresie zasilenia w energię elektryczną oraz systemów kontrolno-pomiarowych i automatyki nowych i przebudowywanych obiektów i instalacji;
- 2) odtworzenie nawierzchni drogowych;
- 3) niezbędne roboty tymczasowe;
- 4) koszty rozruchów, szkolenia i operatu kolaudacyjnego;
- 5) niezbędne próby i badania.

Nie jest więc zgodne ze stanem faktycznym twierdzenie Odwołującego, zawarte na stronie 7 odwołania w pkt 22), gdzie Odwołujący wskazuje, jakoby:

„W niniejszej sprawie zarzucana niezgodność treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia ma dotyczyć niewskazania w Tabeli ceny dodatkowych „wartości częściowych” dla określonych pozycji w ramach kolumny zatytułowanej „Elementy przedmiotu zamówienia”. Jak wynika bowiem (dopiero!) z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający oczekiwał od wykonawców wskazania w Tabeli ceny również takich dodatkowych częściowych (a nie jedynie sumarycznych) wartości. W ocenie Odwołującego, takie oczekiwanie nie zostało jednak wyrażone w postanowieniach SWZ poprzez jasne i niebudzące wątpliwości instrukcje co do wypełnienia ww. Tabeli, a zatem nie mogło dojść w tym wypadku do spełnienia warunku zastosowania przedmiotowej przesłanki odrzucenia oferty.”

Jak wynika z przedstawionych, cytowanych dokumentów, instrukcja jest określona nad Tabelą ceny. Odwołujący zaś podnosi w odwołaniu, że dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazuje, że należało wypełnić ceny częściowe, co jest niezgodne ze stanem faktycznym i wprowadza w błąd.

Odwołujący na stronie 5 odwołania w pkt (14) nazywa wymagania Zamawiającego „rzekomymi” i podnosi, że odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający uzasadnił tym, że w Tabeli ceny, załączonej do jego oferty, pomimo rzekomych wymagań wskazanych w IDW, w pozycjach 5-7, 9-12, 14 i 15, 17 i 18, 25-31 Odwołujący nie wskazał wartości częściowych, pozostawiając puste komórki, a wskazał jedynie wartość sumaryczną poszczególnych pozycji.

Wymagania w zakresie obowiązku wpisania wartości częściowych w Tabeli ceny, jak już udowodniono powyżej, Zamawiający określił nad Tabelą ceny (wzór Tabeli ceny stanowiący załącznik do IDW tj. części I SWZ). Nie są to więc wymagania rzekome, jak twierdzi Odwołujący, lecz faktyczne. Tym samym niezgodność, polegająca na niewskazaniu określonych wartości częściowych w Tabeli ceny stanowiącej element oferty też nie jest rzekoma, jak uważa Odwołujący, lecz faktyczna.

Należy podkreślić, że w postępowaniu przetargowym biorą udział podmioty profesjonalne, posiadające doświadczenie i wiedzę w zakresie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Zamawiający ma prawo wymagać, że wykonawcy biorący udział w przetargu, będą analizować dokumentację przetargową, posiadając odpowiednią wiedzę i doświadczenie, jakie przypisać można profesjonalistom działającym w branży.

Profesjonalne zachowanie wykonawcy oznacza również przyjęcie odpowiedzialności i konsekwencji za podejmowane przez siebie czynności i prezentowane stanowiska w trakcie postępowania przetargowego. Wykonawca ma obowiązek wykazania profesjonalizmu, wiedzy

i rzetelności, zaś chęć uzyskania zamówienia publicznego nie może prowadzić do wypaczenia i nadinterpretacji zapisów dokumentacji przetargowej.

Ponadto, odnosząc się do dywagacji Odwołującego w kwestii co stanowi treść oferty, a co jej nie stanowi, należy wskazać, że na stronie 55 IDW w ust 17 Opis sposobu przygotowania oferty Zamawiający wyraźnie określił, iż „Do formularza Oferty należy dołączyć w szczególności: a) Tabelę ceny - będącą treścią Oferty”.

Odwołujący Tabelę ceny dołączył wraz z ofertą, jednak zawiera ona braki, których sam Zamawiający nie może uzupełnić, bowiem nie wynikają one z żadnego dokumentu składającego się na treść oferty, z którego mógłby wywieść, jakie ceny częściowe Wykonawca skalkulował na łączną cenę za dany element (pozycję).

Jeżeli Odwołujący nie wskazał cen częściowych, których wskazania Zamawiający wymagał w Tabeli ceny, stanowiącej treść oferty, a których samodzielnie Zamawiający uzupełnić nie może, bo to nie wynika z żadnego dokumentu składającego się na treść oferty, to złożona oferta nie jest zgodna z treścią SWZ oraz nie może zostać uzupełniona.

W tej sytuacji ofertę należało odrzucić w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Niezgodność ta jest niewątpliwie nieusuwalna, bowiem sam Zamawiający nie może poprawić braków oferty w postaci wpisania cen częściowych za poszczególne elementy robót, nie ma także żadnej podstawy prawnej do wezwania Wykonawcy do dokonania tych poprawek (uzupełnień) bowiem jak wskazał w SWZ Zamawiający - Tabela ceny stanowi treść oferty Wykonawcy.

Zgodnie z treścią uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego braki w Tabeli ceny nie mogą zostać uzupełnione, gdyż prowadziłoby to do wytworzenia nowej treści oferty, której pierwotnie nie zawierała, co pozostaje poza możliwościami, jakie daje Zamawiającemu art. 223 ust. 1 i 2 Pzp, który z obiektywnych względów nie jest w stanie uzupełnić pozycji

Tabeli cen kwotami częściowymi.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał na uzasadnienie, w którym w Tabeli ceny, załączonej do oferty Odwołującego, pomimo rzeczywistych wymagań Zamawiającego, wskazanych w IDW - w instrukcji w załączniku 8, w pozycjach 5-7, 9-12, 14 i 15, 17 i 18, 25-31 Odwołujący nie wskazał wartości częściowych, pozostawiając puste komórki, a wskazał jedynie wartość sumaryczną poszczególnych pozycji.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego - wymagania te nie były rzekome, co potwierdza dokumentacja postępowania. Odwołujący nie wypełnił obowiązku prawidłowego i pełnego wypełnienia oferty, obowiązku wskazanego przez Zamawiającego w warunkach zamówienia,

a zatem treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka podlega odrzuceniu.

Dodatkowo z ostrożności procesowej, odnosząc się do argumentacji Odwołującego w pkt (19) cyt.: „Pojęcie oferty sensu stricto należy przy tym odczytywać w świetle art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie drugiej strony woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.” należy wyjaśnić, że brakujące ceny częściowe są niezbędne do prawidłowego wypełnienia umowy przez Zamawiającego.

Odwołujący podnosi, iż konstrukcja Tabeli ujętej w załączniku nr 8 do IDW w żaden sposób nie oddaje takiego oczekiwania Zamawiającego (co do konieczności wskazania cen częściowych). Należy jednoznacznie zaprzeczyć wymaganie, a nie oczekiwanie, Zamawiającego, zostało sprecyzowane jednoznacznie w Instrukcji nad Tabelą ceny (cytowane postanowienie już powyżej).

Nie jest też zgodne ze stanem faktycznym twierdzenie Odwołującego, jakoby „postanowienia SWZ nie zawierają instrukcji dla wykonawców co do wypełnienia Tabeli ceny w sposób opisany w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, a konstrukcja tabeli jasno i jednoznacznie pokazuje gdzie należy wpisać dane dotyczące ceny w PLN (co Odwołujący uczynił)”. Wymagania w zakresie obowiązku wpisania wartości częściowych w Tabeli ceny, jak już udowodniono na początku niniejszego pisma, Zamawiający określił nad Tabelą ceny (wzór Tabeli ceny stanowiący załącznik do IDW tj. części I SWZ).

Jak wskazano w uzasadnieniu odrzucenia oferty w Tabeli Ceny, załączonej do Oferty Odwołujący dla żadnej z pozycji tabeli 5-7, 9-12, 14 i 15, 17 i 18, 21, 25-31 (na 31 wszystkich pozycji), nie wskazał wartości częściowych, pozostawiając puste komórki (wskazano jedynie wartość sumaryczną poszczególnych pozycji).

Wyżej wymienionych braków w Tabeli Ceny, a więc w Ofercie Wykonawcy, nie można uzupełnić po upływie terminu składania ofert, gdyż prowadziłoby to do wytworzenia nowej treści oferty, której pierwotnie nie zawierała. Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp można jedynie wyjaśniać treść złożonych ofert - nie można dokonywać jakichkolwiek zmian w ofercie, z zastrzeżeniem możliwości poprawienia omyłek przez Zamawiającego w trybie przewidzianym art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, czego jednak Zamawiający nie może zrobić – chociażby z tego powodu, że Zamawiający nie zna wartości częściowych przyjętych przez Wykonawcę/Odwołującego, a stawki np. udziału procentowego nie są ustalone w dokumentach zamówienia.

Należy wskazać, iż Odwołujący w odwołaniu dokonuje własnej, swobodnej interpretacji postanowień SWZ w oderwaniu od jej treści. Zmiany SWZ na etapie oceny ofert są

niedopuszczalne. W przypadku gdyby Zamawiający postąpił wg stanowiska Odwołującego, nie można potraktować tego inaczej, niż jako zmianę dokonana po otwarciu ofert, a więc sprzeczna także z art. 223 ust. 1 Pzp, „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”. Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie odmawia zamawiającym prawa takich zmian na etapie oceny ofert. Zamawiający jest związany warunkami udziału w postępowaniu, które ustanowił i na etapie oceny ofert nie może od nich odstępować, ani stwarzać żadnych wyjątków, gdyż naruszałoby to zasady równego traktowania wykonawców i czyniło postępowanie i jego wynik nieprzewidywalnym.

Nie sposób nie wskazać w tym miejscu na przepis art. 218 ust. 2, stanowiący, iż: „Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.”. Jak wykazano powyżej, treść oferty Odwołującego nie jest zgodna z wymaganiami zamawiającego, określonymi w dokumentach zamówienia.

Tabela ceny nie stanowi przedmiotowego lub podmiotowego środka dowodowego, który może podlegać złożeniu, poprawieniu lub uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 lub złożeniu lub uzupełnieniu w trybie art. 107 ust. 2 Pzp. Tabela ceny stanowi bowiem element oferty w rozumieniu art. 66 k.c., jako podstawa kalkulacji ceny oferty, co oznacza, że jest jednym z istotnych elementów przyszłej umowy.

Przedmiotowe niezgodności nie stanowią omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Chcąc poprawić błędy Zamawiający zmuszony byłby samodzielnie wskazać poszczególne ceny częściowe. Takie działanie Zamawiającego byłoby niedopuszczalne - jedynym podmiotem, który może wskazać w ofercie ceny częściowe za realizację przedmiotu zamówienia lub jego części jest wyłącznie Wykonawca - Odwołujący. Zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnej wyceny tym bardziej, że podana przez Zamawiającego w ramach poprawienia oferty cena byłaby dowolną ceną przyjętą przez Zamawiającego, co z zasady budzi wątpliwości lub ceną przyjętą po uzgodnieniach z Wykonawcą, co z kolei jest sprzeczne z zakazem prowadzenia negocjacji.

Ponadto brak wskazania cen częściowych uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie czynności polegających na zweryfikowaniu wartości poszczególnych elementów cenotwórczych w celu wykonania obowiązku wynikającego z art.

224 - jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub

wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zamawiający nie zna elementów cenotwórczych, bowiem Wykonawca ich nie przedstawił, wobec czego nie może w stosunku do oferty Odwołującego przeprowadzić procedury badania rażąco niskiej ceny, do czego obliuguje go ustawa Pzp - w zakresie istotnych części składowych ceny.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady przejrzystości i proporcjonalności, skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego - nie jest zgodny ze stanem faktycznym i prawnym, co potwierdza dokumentacja postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdzając istotnych naruszeń Pzp wskazanych w odwołaniu, które miałyby wpływ na wynik postępowania, oddaliła odwołanie na mocy art. 554 ust.1 pkt 1) ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000,00 złotych i zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego zwrot kwoty 3.600,00zł. na rzecz zamawiającego stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego. .

Przewodniczący:.....