

WYROK

Warszawa, dnia 23 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik
Aleksandra Patyk
Michał Pawłowski
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2024 r. przez wykonawcę OMC ENVAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy Analytics LTD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego OMC ENVAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 674 zł 52 gr (sześćset siedemdziesiąt cztery złote pięćdziesiąt dwa grosze) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na rozprawę oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od odwołującego OMC ENVAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:.....
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn. „Prace serwisowe i kontrola metrologiczna analizatorów monitoringu emisji spalin w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże w Gdańsku” (wewnętrzny identyfikator: POST/PEC/PEC/UZS/00584/2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 czerwca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 120/2024 z pod numerem 368140-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 2 grudnia 2024 r. wykonawca OMC ENVAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec zaniechań i czynności dokonanych przez Zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp, podczas gdy w rzeczywistości treść oferty Odwołującego nie jest niezgodna ani z warunkami zamówienia udzielanego w postępowaniu ani z ustawą Pzp;
2. wyborze oferty wykonawcy Analytics LTD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej jako

„Przystępujący”), jako najkorzystniejszej w postępowaniu, dokonanego w następstwie wadliwego przeprowadzenia procedury badania i oceny tej oferty, a także nieprawidłowej kwalifikacji podmiotowej ww. wykonawcy, przeprowadzonej w sposób naruszający normy ustawy Pzp;

- 3.zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, mimo iż wykonawca ten, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane do niego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4.zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia udzielanego w postępowaniu,
- 5.zaniechaniu wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, złożonych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 15.6.4 SWZ, pomimo iż podmiotowe środki dowodowe złożone przez tego wykonawcę okazały się niekompletne.

Odwołujący zarzucił czynnościom Zamawiającego naruszenie:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp w zw. art. 66 §1 KC w zw. z art. 61 §2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonej przez Odwołującego oferty i uznanie, że jest ona niezgodna z ustawą Pzp oraz z warunkami zamówienia udzielanego w postępowaniu, z uwagi li tylko na zaniechanie złożenia formularza oferty zawierającego ogólne oświadczenia wykonawcy, podczas gdy brak taki nie podlega pozytywnej kwalifikacji normatywnej jako niezgodność oferty z Pzp, a nadto treść zobowiązania, jakie złożył Zamawiającemu Odwołujący wynikająca z innych dokumentów, złożonych przez Odwołującego w terminie składania ofert – w tym w szczególności z Formularza cenowego oraz oświadczenia JEDZ, nie jest sprzeczna z treścią warunków zamówienia udzielanego w postępowaniu;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co najmniej w sytuacji, gdy Przystępujący nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru dowodowego wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, albowiem złożone przez Przystępującego wyjaśnienia ceny są lakoniczne, nie odnoszą się do wszystkich istotnych elementów kalkulacji ceny oferty, bazują na szeregu twierdzeń Przystępującego, popartych w znacznym zakresie jedynie niewiarygodną kalkulacją własną, prezentującą oderwane od realiów rynkowych ceny jednostkowe i założenia kosztowe, a nie dowodami, które mogłyby być uznane za wiarygodne i adekwatne do twierdzeń Przystępującego w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny;
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia udzielanego w postępowaniu, albowiem Przystępujący:
 - a)nie posiada dostępu do oryginalnych części zamiennych, czego Zamawiający wyraźnie wymagał w pkt 2.2.5.2. OPZ, a jednocześnie nie wskazał na etapie złożenia oferty na zamiar korzystania w tym zakresie z podwykonawstwa, co oznacza zaoferowanie przez Przystępującego wykonania zamówienia z użyciem innych części zamiennych, aniżeli wymaganych przez Zamawiającego,
 - b)nie posiada aparatury zastępczej, niezbędnej do należytego wykonania zamówienia udzielanego w postępowaniu i zachowania krótkiego czasu przystąpienia do usuwania Wad Limitujących, określonego przez Zamawiającego w pkt 2.2.3.2. lit. b) OPZ oraz w § 7 ust. 7.6.1 Załącznika do SWZ – Projekt Umowy (dalej jako „Projekt Umowy”), cc oznacza zaoferowanie przez Przystępującego wykonania zamówienia bez zachowania wymaganego przez Zamawiającego czasu przystąpienia do usuwania Wad Limitujących i bez możliwości wykonania określonego w pkt 2.2.3.2 lit. b) OPZ obowiązku dostarczenia i zainstalowania aparatury zastępczej do czasu zakończenia naprawy,
 - c)nie dysponuje osobami zdolnymi do należytego wykonywania czynności serwisowych, stanowiących przedmiot zamówienia udzielanego w postępowaniu, albowiem nie pozostaje w jakimkolwiek stosunku prawnym z osobami posiadającymi przeszkolenie z wykonywania czynności serwisowych na urządzeniach Gasmet CX4000 oraz Gasmet CMM, jak również nie wskazał na korzystanie w tym zakresie z podwykonawców, co oznacza zaoferowanie przez Przystępującego wykonania zamówienia bez udziału osób dających rękojmię jego należytego wykonania, czego Zamawiający wyraźnie wymagał w § 5 pkt 5.1.4. Projektu Umowy;
- 4)art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie dotyczącym wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 15.6.4 SWZ, w sytuacji, gdy złożone przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe są niekompletne, albowiem dokumenty dołączone do Wykazu usług albo w ogóle nie potwierdzają fakt należytego wykonania danej usługi, albo nie spełniają wymagań formalnych, wynikających z Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie

podmiotowych środków dowodowych oraz innych oświadczeń lub dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415, dalej jako „Rozporządzenie”), w konsekwencji czego nie mogły skutkować uznaniem przez Zamawiającego, że Przystępujący wykazał spełnianie warunku;

5)art. 239 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art.226 ust. 1 pkt 5) i art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, złożonej ponadto przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, ewentualnie – w przypadku nieuwzględnienia zarzutów sformułowanych w pkt 2) lub 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności, nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, złożonych w celu wykazania spełniania warunku.

Zamawiający w dniu 17 grudnia 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący w dniu 17 grudnia 2024 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący, jako podmiot, którego oferta została odrzucona i który w drodze wniesionego środka ochrony prawnej dąży do unieważnienia tej czynności, a także do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego oraz stanowiska Stron i Uczestnika przedstawione w pismach i na rozprawie. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów:

1)złożonych przez Odwołującego:

- dokument MCT Pricelist 2024 compact EN-1 wraz z jego tłumaczeniem na język polski,
- formularz cenowy 584_2024 CE 2 TECH oraz wiadomość e-mail z dnia 11.07.2024 r.,
- formularz cenowy Pentol-Enviro Polska Sp. z o.o. z dnia 11.07.2024 r. oraz wiadomość z dnia 11.07.2024 r.,
- protokoły odbioru prac w ramach zadania pn. „Przegląd i konserwacja aparatury pomiarowej emisji zgodnie z normą ISO14181 na bl. 1-6 w PGE GiEK Oddział Elektrowni Opole,
- wykaz sprzętu zamiennego Odwołującego wraz z kosztami jego nabycia,
- oświadczenie Pentol-Enviro Polska Sp. z o.o. z dnia 16.12.2024 r.,
- oświadczenie OMC ENVAG z dnia 16.12.2024 r.,
- oświadczenie Gasemet Technologies Oy z siedzibą Finlandii z dnia 18.12.2024 r.,
- korespondencja e-mail z firmą Sick Sp. z o.o. z dnia 5.07.2024 r. wraz z wyceną prac;

2)złożonych przez Przystępującego:

- oferty firm wykonujących pomiary QAL2 i AST (załączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny) oraz certyfikaty PCA dla tych firm,
 - certyfikat ISO 9001 (załączony do wyjaśnień rażąco niskiej ceny),
- na okoliczności wskazane odpowiednio przez Odwołującego i Przystępującego w pismach i do protokołu rozprawy.

Izba nie dopuściła dowodu z dokumentów załączonych do pisma Przystępującego w postaci certyfikatów szkoleń pracowników w Envea Global oraz certyfikatu QAL1 analizatora MIR FT z uwagi na ich złożenie wyłącznie w wersji anglojęzycznej. Zgodnie z art. 506 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim, a w myśl ust. 2 tego przepisu wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach Izba może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego. W związku z tym brak złożenia tłumaczenia przedmiotowych dokumentów na język polski skutkowało ich pominięciem.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem Zamówienia są prace serwisowe i kontrola metrologiczna analizatorów monitoringu emisji spalin w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże w GdańskuSzczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia stanowi Załącznik nr 1 do SWZ – OPZ.

Zamawiający w pkt 15.6.4 SWZ określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wskazując, że Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej 2 zadania związane z serwisowaniem lub remontem, lub modernizacją analizatorów spalin na obiektach energetycznych. Zgodnie z pkt 17.6.2. SWZ w celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 15.6.4. SWZ Zamawiający wymagał złożenia przez Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, na wezwanie, wykazu usług wykonanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy. Wzór wykazu stanowi załącznik nr 10 do SWZ.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający na stronie tytułowej Specyfikacji Warunków Zamówienia zawarł adnotację (czcionka 18, kolor czerwony, podkreślenie, pogrubienie) o treści: „Uwaga! Wykonawco, zmienił się sposób składania i podpisywania Oferty. Ofertę należy złożyć na Formularzu stanowiącym Załącznik nr 4 do SWZ, w postaci elektronicznej, opatrzony kwalifikowanym Podpisem elektronicznym. Zapoznaj się z punktem 20. SWZ!”

W punkcie 20 SWZ zawarto opis sposobu przygotowania ofert. Zgodnie z pkt. 20.2. SWZ ofertę należy złożyć w oryginale, w języku polskim, sporządzoną pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatrzoną kwalifikowanym Podpisem elektronicznym, z zastrzeżeniem zapisów pkt 2.8. oraz 2.9. SWZ, za pośrednictwem Systemu Zakupowego GK PGE. Wymaga się, aby Oferta i oświadczenia Wykonawcy były podpisane przez osobę lub osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy. Każdy dokument składający się na Ofertę powinien być czytelny. Z kolei zgodnie z pkt 20.3 SWZ Oferta powinna zawierać: 20.3.1. Formularz Oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 4 do SWZ w postaci elektronicznej, opatrzony kwalifikowanym Podpisem elektronicznym.; 20.3.2 Formularz cenowy, którego wzór stanowi Załącznik nr 11 do SWZ, w postaci elektronicznej, opatrzony kwalifikowanym Podpisem elektronicznym. W punkcie 20.4 wymieniono pozostałe dokumenty, jakie należy złożyć wraz z ofertą. Formularz Oferty, stanowiący załącznik nr 4 do SWZ, miał następującą treść:

„OFERTA

I. OFERTĘ składa: (Nazwa i adres Wykonawcy/ów, KRS, NIP, REGON)

II. OSOBA UPRAWNIONA DO KONTAKTÓW ZAMAWIAJĄCYM (w sprawie niniejszej Oferty) (Imię i nazwisko, telefon, e-mail)

III. PARAMETRY OFERTY STANOWIĄCE KRYTERIA OCENY OFERT

My, niżej podpisani, nawiązując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Prace serwisowe i kontrola metrologiczna analizatorów monitoringu emisji spalin w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże w Gdańsku, nr POST/PEC/PEC/UZS/00584/2024 niniejszy oświadczamy, że:

1. Zrealizujemy Przedmiot Zamówienia za następującą Cenę:

netto [.....] PLN (słownie: [.....]),

kwota podatku VAT w wysokości [.....] PLN wyliczona zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa,

według obowiązującej stawki [.....] %,

brutto [.....] PLN (słownie: [.....])

Szczegółowe zestawienie pozycji cenowych składających się na ostateczną wartość Oferty stanowi Załącznik nr 11 do SWZ – Formularz Cenowy.

IV. OŚWIADCZENIA WYKONAWCY

1. Oświadczamy, że akceptujemy treść SWZ, w tym wszelkie warunki i wymogi w niej zawarte, nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz uzyskaliśmy wszystkie informacje niezbędne do właściwego przygotowania oferty.

2. Oświadczamy, że jesteśmy:

- a) mikroprzedsiębiorstwem - TAK/NIE
- b) małym przedsiębiorstwem - TAK/NIE
- c) średnim przedsiębiorstwem - TAK/NIE

3. Oświadczamy, że wybór oferty nie będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego/ Oświadczamy, że wybór oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego i przedstawiamy w poniższej tabeli informacje dotyczące nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego oraz wskazujemy ich wartość bez kwoty podatku i stawkę podatku od towarów i usług, która zgodnie z naszą wiedzą, będzie miała zastosowanie: (...)

4. Oświadczamy, że jesteśmy/nie jesteśmy czynnym podatnikiem VAT.

5. Oświadczamy, że posiadamy/nie posiadamy rachunek rozliczeniowy w rozumieniu przepisów Prawa bankowego, który jest zgłoszony naczelnikowi urzędu skarbowego zgodnie z art. 5 i 9 ustawy z dnia 13 października 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników, dla którego jest prowadzony rachunek VAT.

6. Oświadczamy, że następujące informacje zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: (...)

7. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z zasadami określonymi w Kodeksie Postępowania dla Partnerów Biznesowych Spółek GK PGE oraz w Dobrych praktykach zakupowych. W przypadku wyboru naszej Oferty zapewniamy, że w swojej działalności będziemy przestrzegać wszystkich obowiązujących przepisów prawa oraz postanowień wyżej wymienionych dokumentów. Oświadczamy, że dołożymy należytej staranności, aby nasi pracownicy, współpracownicy, podwykonawcy lub osoby, przy pomocy, których będziemy świadczyć usługi/dostawy/roboty budowlane przestrzegali postanowień wyżej wymienionych dokumentów.

8. Zapewniamy wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, aby przetwarzanie danych osobowych spełniało wymogi wynikające z obowiązujących przepisów o ochronie danych osobowych oraz przepisów Rozporządzenia (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) – dalej: „RODO”, mających zastosowanie i chroniło prawa osób, których dane dotyczą. Znane są nam wszelkie obowiązki wynikające z obowiązujących przepisów o ochronie danych osobowych i przepisów RODO mających zastosowanie, które zobowiązany jest wykonywać podmiot przetwarzający dane osobowe na zlecenie administratora danych. Dopelniliśmy wszelkich obowiązków w stosunku do osób, których dane przekazujemy oraz w stosunku do Zamawiającego wynikających z przepisów o ochronie danych osobowych i przepisów RODO. Przekazywane przez nas dane osobowe mogą być wykorzystane wyłącznie w celach związanych z niniejszym postępowaniem publicznym.

9. Oświadczamy, że nie zachodzą wobec nas podstawy wykluczenia, o których mowa w:

–art. 5k Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz.U. L 229 z 31.7.2014), w brzmieniu nadanym Rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz.U. L 111 z 8.4.2022);

–art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1497 z późn. zm.).

oraz oświadczamy, że nie ubiegamy się o udzielenie zamówienia z udziałem podwykonawców, dostawców lub podmiotów, na zdolności których będziemy polegać przy realizacji zamówienia, na których przypada ponad 10 % wartości zamówienia, będących równocześnie obywatelami, osobami, podmiotami lub organami wymienionymi w ww. regulacjach sankcyjnych.

10. Do niniejszej oferty są dołączone następujące załączniki: (...)

Dokument należy podpisać kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę lub osoby umocowane do złożenia podpisu w imieniu Wykonawcy.”

W punkcie 2.2.3.2 OPZ Dokonywanie napraw interwencyjnych urządzeń na wezwanie Zamawiającego lit. b. Czas reakcji serwisowej wskazano m.in., że w przypadku, gdy naprawa będzie wymagała dłuższego czasu w uzasadnionych

przypadkach wymagane będzie dostarczenie i zainstalowanie przez Wykonawcę aparatury zastępczej do czasu zakończenia naprawy.

W punkcie 2.2.5.2. OPZ wskazano, że [...]

„W przypadku dostarczenia przez Wykonawcę materiałów (głównych i pomocniczych) i części zamiennych niezbędnych do realizacji zadania, wymagane jest, aby części zamienne były oryginalne, z certyfikatem pochodzenia. Zamawiający dopuszcza użycie części równoważnych (zamienników) pod warunkiem posiadania przez nie certyfikatów pochodzenia. Dostarczone zamienniki nie mogą naruszać praw własności intelektualnej Producenta. Zamawiający uzna, że dostarczone zamienniki są równoważne, jeśli będą spełniały następujące warunki:

- zapewnią pełną kompatybilność z urządzeniami, do których będą wbudowane oraz istniejącą instalacją,
- ich montaż nie będzie wymagał wprowadzenia jakichkolwiek zmian konstrukcyjnych w eksploatowanych urządzeniach, ich parametrów,
- w żaden sposób nie pogorszą warunków eksploatacyjnych urządzeń, w których będą zabudowane.”

Zgodnie z § 5 Prawa i obowiązki Stron oraz zasady współpracy. Obowiązki wykonawcy związane z realizacją prac, pkt 5.1.5 Projektu Umowy „Wykonawca zobowiązuje się do zatrudniania przy realizacji Umowy osób z odpowiednimi kwalifikacjami i uprawnieniami do prowadzenia Prac i nadzorów wynikających z charakteru wykonywanych przez te osoby czynności i obowiązujących przepisów prawa.”

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: Odwołującego z ceną 7 190 197,03 zł oraz Przystępującego z ceną 3 372 168,00 zł. Odwołujący nie złożył Formularza Oferty, którego wzór stanowił Załącznik nr 4 do SWZ.

Zamawiający pismem z 4 września 2024 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wskazując:

„Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej Ustawą PZP, wzywa Wykonawcę, do złożenia wyjaśnień dotyczących zaferowanej ceny realizacji zamówienia. Podane przez Wykonawcę ceny realizacji zamówienia, mogą wydawać się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić wątpliwości, co do możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Dodatkowo w złożonym przez Wykonawcę wraz z Ofertą Załączniku nr 11 do SWZ – Formularz cenowy, wycenione pozycje/czynności serwisowe wskazane w Załączniku nr 1 do niniejszego pisma wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

W związku z powyższym, zgodnie z art. 224 ust. 1 i nast. Ustawy PZP, Wykonawca jest zobowiązany do złożenia wyjaśnień i dowodów, dotyczących wyliczenia ceny realizacji Zamówienia w tym w szczególności w zakresie: 1) zarządzania procesem produkcji lub świadczonych usług; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw lub usług; 3) oryginalności dostaw lub usług; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 6) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska opisanymi w pkt.2.2.2.3 OPZ; 7) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia, w tym dotyczącego wykonywania pomiarów QAL2 oraz AST przez laboratorium badawcze z akredytacją PCA jako podwykonawcy. Jeżeli Wykonawca dysponuje ofertą podwykonawcy w zakresie wykonywania pomiarów QAL2 oraz AST, Zamawiający prosi o jej dołączenie do wyjaśnień.

Zamawiający w szczególności prosi o złożenie szczegółowych wyjaśnień w zakresie wysokości kosztów przewidzianych przy realizacji wyspecyfikowanych w Załączniku nr 1 pozycji i potwierdzenie możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanych w dokumentacji SWZ w szczególności z uwzględnieniem zapisów pkt. 2.2.3.8 oraz pkt 2.2.3.9 Opisu Przedmiotu Zamówienia dot. akredytacji. Zamawiający zwraca również uwagę, że zgodnie z pkt 2.2.3.1 oraz 2.2.3.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest do utrzymywania gotowości do prowadzenia działalności serwisowej na rzecz Zamawiającego oraz dokonywanie napraw interwencyjnych z odpowiednim czasem reakcji oraz dostarczanie części zamiennych.

Zamawiający informuje, iż zgodnie z art. 224 ust. 5 Ustawy PZP, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru

ogólnego, a w ramach składanych wyjaśnień Wykonawca powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem przekonanie Zamawiającego i przedstawienie dokumentów, informacji prowadzących do stwierdzenia, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty jest nieuzasadnione. Z wyjaśnień przedstawionych przez Wykonawcę jednoznacznie powinno wynikać, iż za cenę ofertową określoną dla zamówienia jest on w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami i warunkami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, a także potwierdzić racjonalność i rynkowość wyceny swojej oferty. Wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, w których podane są jedynie ogólne stwierdzenia, niepoparte konkretnymi kwotami i wyliczeniami żądanymi przez Zamawiającego, mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Złożenie wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 Ustawy PZP, nie powinno sprowadzać się jedynie do przedstawienia Zamawiającemu pisma zatytułowanego „Wyjaśnienia”, ale do przedstawienia merytorycznych informacji w przedmiotowym zakresie, które pozwolą na dokonanie przez Zamawiającego oceny poziomu i realności zaoferowanej ceny globalnej, w tym poprzez weryfikację cen jednostkowych i kosztów wykonania zamówienia występujących po stronie Wykonawcy.

Zamawiający przypomina, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 grudnia 2019 r., sygn. akt: KIO 2454/19 – wydanym w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez PGE Energia Ciepła S.A.: „Podkreślenia wymaga, że na wykonawcy spoczywa nie tylko obowiązek przedstawienia szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień ale również w miarę możliwości również przedstawienia odpowiednich dowodów na ich poparcie, co w oczywisty sposób wiąże się z tym, że to właśnie na ich podstawie Zamawiający dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień.” Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.”

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał:

„Niniejszym, udzielamy informacji odnośnie przedstawionej w ofercie ceny zamówienia wskazując, że nie ma ona znamion rażąco niskiej i nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że oferent jest w stanie wykonać należycie zamówienie zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów.

Cena zaoferowana w przedstawionej ofercie jest wynikiem dokładnej analizy kosztów, optymalizacji procesów oraz zastosowania najnowszych dostępnych systemów zarządzania. Dzięki blisko 20-letniemu doświadczeniu w pomiarów gazów, które możemy poprzeć dziesiątkami referencji proponujemy konkurencyjną cenę bez kompromisów w zakresie jakości usług.

Jesteśmy pewni, iż nasza oferta spełnia wszelkie wymogi techniczne oraz prawne zawarte w postępowaniu. Jako firma Analytics Ltd Sp. z o.o. jesteśmy bardzo poważnym partnerem na rynku pomiarów gazów w procesach przemysłowych, produkcji energii i ciepła oraz emisji zanieczyszczeń. Dzięki osiągniętej pozycji nasi dostawcy — zarówno producenci sprzętu jak i firmy świadczące usługi wykonywania pomiarów QAL2 oraz AST oferują nam bardzo konkurencyjne ceny urządzeń, części i usług, a to z kolei przekłada się finalnie na korzystną dla Państwa cenę końcową.

W odniesieniu do otrzymanego od Państwa pisma z dnia 04.09.2024 do ww. postępowania przesyłamy wyjaśnienia stosownie do przywołanych przez Państwa punktów.

Ad 1 Przedstawiamy certyfikat świadczący o tym, że w wykonywanych przez nas usługach stosujemy system zapewnienia jakości ISO9001 i zaznaczmy, że posiadamy go już od wielu lat (Załącznik nr 1).

Ad 2 Mamy za sobą 18 lat działalności i dzięki temu wynegocjowane bardzo dobre ceny z czołowymi dostawcami aparatury kontrolno-pomiarowej oraz ceny wykonywania pomiarów AST i QAL3 (Załączniki nr 6, 7 i 8).

Ad 3 Z dostawami zawsze przedstawiamy certyfikaty i protokoły świadczące o oryginalności produktów oraz ich dacie produkcji i (jeśli dotyczy) wykonania kalibracji fabrycznej.

Ad 4 Oświadczenie o zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Dodatkowo zaświadczenie z ZUS i US o niezaleganiu (Załącznik nr 2)

Ad 5 Oświadczenie o zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (Załącznik 3)

Ad 6 Oświadczenie o zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska opisanymi w pkt.2.2.2.3 OPZ (Załącznik nr 4)

Ad 7 Dla pomiarów QAL2 i AST przewidujemy firmę - laboratorium badawcze, które posiada odpowiednią akredytację PCA. Wśród rozpatrywanych przez nas firm, z którym współpracowaliśmy wielokrotnie w przeszłości rozważamy firmy: A) CE2 Tech, B) Sileco, C) Energotherm. W załączeniu przedstawiamy oferty otrzymane od ww. firm (załączniki nr 6, 7, 8). Ceny podane przez naszych potencjalnych podwykonawców będą podlegały jeszcze ostatecznym negocjaczom.

Prosimy o potraktowanie przedstawionych danych jako informacji poufnych. Z przedstawionych ofert obecnie najniższą wartość zaproponowała firma Sileco na kwotę łączną 929.850 zł. Różnica w kwocie oferty firmy Sileco, a oferowanej kwocie za kontrolę metrologiczną wynosi 113.750 zł i jest przewidziana na wykonanie badań funkcjonalności przed pomiarami QAL2 i AST.

Dodatkowo, w odpowiedzi na wezwanie przedstawiamy kalkulację kosztów dla przeglądów aparatury pomiarowej dla wybranych pozycji. Z uwagi na podobieństwo aparatury pomiarowej kosztorysy dla pozostałych przeglądów są bardzo zbliżone. Przedstawiona stawka roboczogodziny zawiera wszystkie koszty pracy (załącznik nr 5). Do kalkulacji przyjęto, iż każdy przegląd będzie związany z osobnym przyjazdem. W praktyce, jest bardzo prawdopodobne, że niektóre przeglądy okresowe będzie można wykonać razem podczas jednego przyjazdu ekipy serwisowej, co dodatkowo obniży koszty. Do kalkulacji przyjęto części zamienne konieczne do wymiany wg OPZ załącznik nr 2 „wykaz czynności”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty.”

Do wyjaśnień załączono certyfikat ISO 9001, oświadczenia o zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, o zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego, o działalności zgodnie z przepisami ochrony środowiska, kosztorys przeglądów oraz oferty firm CE2 Tech, Sileco, Energotherm.

Przystępujący w toku badania i oceny ofert złożył także na wezwanie podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz usług oraz dowody mające potwierdzać, że zostały wykonane lub są wykonywane należycie:

1. Umowa serwisowa – obsługa 4 systemów CEMs, przeglądy techniczne, naprawy bieżące, pomiary AST, QAL2, realizowana od 05.2021 do 06.2025, ArcelorMittal Dąbrowa Górnicza Zakład Wielkie Piece; dowody: raporty serwisowe z 17.09.2024 r.;
2. Umowa serwisowa – serwis AMS na kotłach węglowych WP-70 nr 1 i 2, WP120 nr 3 i 4 oraz bloku parowo gazowym BGP, realizowana od 10.2019 do 12.2023, PGE EC Lublin, dowody: raport serwisowy z 6.12.2022 oraz 28.03.2023 r.;
3. Umowa serwisowa – serwis AMS na kotłach realizowana od 12.2021 do 07.2024, PGNiG Termika Ciepłownia Wola, dowody: raport serwisowy z 13.09.2023 r.;
4. Umowa serwisowa – serwis AMS kotła biomasowego K-71, realizowana od 10.2023 do 10.2026, PGE EC Szczecin, dowody: protokół odbioru prac z 24.06.2024 r.;
5. Przeglądy techniczne i obsługa bieżąca ASM na liniach nr 1 i 2 oraz AMS redundantnego, pomiary AST, realizowane od 05.2024 do 08.2024, KHK ZTPO Kraków, dowody: protokół serwisowy z 22.08.2024 r., raport serwisowy z 6.05.2024 r. i 17.05.2024 r.;
6. Umowa serwisowa – przeglądy techniczne i serwis bieżący systemów AMS w EC1, EC2, realizowana od 12.2023 do 12.2025, Tauron Ciepło ZW, dowody: protokół odbioru wykonanych usług z 11.04.2024 r., raport serwisowy z 5.04.2024 r.;
7. Przeglądy techniczne AMS i analizatorów procesowych, realizowane od 07.2024 do 12.2024, PGE EC Bydgoszcz, dowody: zamówienie nr 4001196306, protokół odbioru prac z 23.05.2024 r. (data podpisania 27.05.2024 r.).

Zamawiający w piśmie z 20 listopada 2024 r. powiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Jednocześnie zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp, ponieważ treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał:

„Dnia 25 lipca 2024 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca złożył 32 pliki składające się na ofertę. Wśród tych plików nie znalazł się formularz ofertowy.

Art. 218 ust. 2 ustawy PZP stanowi, że: „Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia”. Warunki zamówienia opisywane są w dokumentach zamówienia, w szczególności w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ). Obejmują one nie tylko wymagania odnoszące się do przedmiotu zamówienia oraz jego realizacji, ale także wymagania formalne związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

W ust. 20 SWZ Zamawiający opisał sposób przygotowania ofert.

20.1 Wykonawca może złożyć tylko jedną Ofertę. Dotyczy to zarówno Ofert składanych indywidualnie, jak i Ofert Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Złożenie większej liczby Ofert spowoduje ich odrzucenie.

20.2 Ofertę należy złożyć w oryginale, w języku polskim, sporządzoną pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatrzoną kwalifikowanym Podpisem elektronicznym, z zastrzeżeniem zapisów pkt 2.8. oraz 2.9. SWZ, za pośrednictwem Systemu Zakupowego GK PGE. Wymaga się, aby Oferta i oświadczenia Wykonawcy były podpisane przez osobę lub osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy. Każdy dokument składający się na Ofertę powinien być czytelny.

Ponadto, w ust. 20.3. SWZ Zamawiający wskazał dokumenty składające się na Ofertę. Zgodnie z pkt 20.3.1 SWZ oferta powinna zawierać, cyt. Formularz oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 4 do SWZ, w postaci elektronicznej,

opatrzone kwalifikowanym Podpisem elektronicznym. Wymóg podpisania Formularza cenowego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę lub osoby umocowane do złożenia podpisu w imieniu Wykonawcy postawiony został w treści SWZ.

Dodatkowo na pierwszej stronie SWZ Zamawiający zamieścił następującą informację: „*Uwaga! Wykonawco, zmień się sposób składania i podpisywania Oferty. Ofertę należy złożyć na Formularzu stanowiącym Załącznik nr 4 do SWZ, w postaci elektronicznej, opatrzone kwalifikowanym Podpisem elektronicznym. Zapoznaj się z punktem 20. SWZ!*”. Informacja ta jest podkreślona, w kolorze czerwonym i w rozmiarze czcionki 18, dzięki czemu ma być łatwo zauważalna przez Wykonawców.

Ustawa PZP nie zawiera definicji legalnej oferty. W związku z tym należy odnieść się do przepisów Kodeksu cywilnego, na gruncie którego oferta to zdefiniowany w Kodeksie sposób zawarcia umowy, polegający na złożeniu oświadczenia woli zawarcia umowy przez oferenta. Niesie ze sobą skutki prawne i jest zobowiązaniem oferenta do zawarcia umowy z odbiorcą oferty. Jeżeli dokumenty złożone przez wykonawcę zawierają jego oświadczenie woli zawarcia umowy w czasie i miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, wskazują cenę, a także zawierają deklaracji oświadczenia wymagane w kryteriach oceny ofert, zamawiający może wnioskować o uzupełnienie pozostałych oświadczeń. W innym przypadku taka oferta powinna podlegać odrzuceniu. Formularz oferty zawiera istotne oświadczenia i dane wykonawcy, które są wymagane przez SWZ. Formularz cenowy jest niewystarczający do wypełnienia określonych wymagań. Uwzględniając całokształt okoliczności, tj. brak złożenia przez Wykonawcę Formularza ofertowego, który to brak nie podlega uzupełnieniu, oferta Wykonawcy zostaje odrzucona w wyniku niezgodności jej treści z przepisami ustawy PZP oraz z warunkami zamówienia.

Powyższe stanowisko Komisji Przetargowej znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 kwietnia 2015 r., sygn. KIO 748/15, cyt. *„Nie można podzielić poglądu odwołującego, że woli wykonawcy co do złożenia oświadczeń zawartych w formularzu oferty należy dorozumiewać z faktu złożenia pozostałych oświadczeń i dokumentów wraz z ofertą, które stanowią integralną, jedną całość. Oświadczenia woli, dla którego wymagane jest zachowanie formy pisemnej pod rygorem nieważności, nie można w tym przypadku dorozumiewać. Dla zachowania formy pisemnej oświadczenia woli, niezbędnym jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść tego oświadczenia, a nie na innych dokumentach, oświadczeniach, załączonych do oferty”*.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 grudnia 2016 r., sygn. KIO 2351/16, cyt. *„W konsekwencji brak wraz ze złożoną ofertą formularza ofertowego wyczerpuje przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp zobowiązującej zamawiającego do odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą z uwagi na brak oświadczenia wykonawcy wybranego o zamiarze realizacji umowy objętej niniejszym postępowaniem przetargowym. Sam fakt złożenia pozostałych dokumentów i oświadczeń wymaganych SIWZ nie zastępuje oświadczenia o zamiarze realizacji zamówienia czyli nie zastępuje oferty”*.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 stycznia 2022 r., sygn. KIO 84/22, cyt. *„Ustawa - Prawo zamówień publicznych nie przewiduje bowiem dorozumianej formy treści oferty, a wszelkiego rodzaju zobowiązania, których wymaga zamawiający obowiązują w równym stopniu wszystkich wykonawców. Przeciwnie twierdzenie prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Nie ma również racji odwołujący, że skoro treść tych oświadczeń nie wynika z ustawy Pzp, to są one bez znaczenia. Izba podkreśla, że to zamawiający, jako gospodarz postępowania podejmuje określone decyzje, jakie oświadczenia, mające wpływ na essentialia negotii przyszłego stosunku prawnego, łączącego strony umowy, zobowiązani są mu złożyć wykonawcy, w ramach - co istotne - treści oferty. Niezłożenie ich w ramach treści oferty powoduje jej niezgodność z warunkami zamówienia oraz niezgodność z treścią SWZ i konsekwentnie powoduje jej odrzucenie”*.

Cytowane powyżej wyroki Krajowej Izby Odwoławczej dotyczą także odwołań wniesionych w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jednak nadal pozostają aktualne na gruncie obecnej ustawy. Zważywszy na wskazane powyżej okoliczności oferta Wykonawcy jest niezgodna z przepisami ustawy PZP oraz z warunkami zamówienia, w związku z czym podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz 5 ustawy PZP.”

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono w odwołaniu należy wskazać, że zgodnie z:

–art. 8 ust. 1 ustawy Pzp Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy

ustawy nie stanowią inaczej;

- art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;
- art. 128 ust. 1 ustawy 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;
- art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy;
- art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
- art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy;
- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
- art. 239 ust. 2 ustawy Pzp najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem;
- art. 61 § 2 KC oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią;
- art. 66 § 1 KC oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.

Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp w zw. art. 66 §1 KC w zw. z art. 61 §2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonej przez Odwołującego oferty i uznanie, że jest ona niezgodna z ustawą Pzp oraz z warunkami zamówienia (zarzut nr 1).

Okolicznością bezsporną w sprawie było to, że Odwołujący w terminie składania ofert nie złożył Formularza Oferty, którego wzór stanowił Załącznik nr 4 do SWZ. Odwołujący podnosił jednak, że powyższe nie powinno prowadzić do odrzucenia jego oferty, ponieważ istotne oświadczenia wykonawcy można było wywieść z treści innych przekazanych Zamawiającemu dokumentów. Ze stanowiskiem takim nie sposób się zgodzić.

Przede wszystkim Izba wskazuje, że zgodnie z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej. Zamawiający zdefiniował w SWZ pojęcie oferty jako „ofertę składaną przez Wykonawcę, podlegającą ocenie i porównaniu według kryteriów oceny wskazanych w SWZ” (pkt 3.4.2 SWZ). W dalszej części, w pkt 20.3 SWZ w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości wskazano, że ofertę wykonawcy konstyтуują dwa dokumenty: Formularz Oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 4 do SWZ oraz Formularz cenowy, którego wzór stanowi Załącznik nr 11 do SWZ. Oba te dokumenty należało złożyć oraz w świetle art. 63 ust. 1 ustawy Pzp opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym, na co wskazano wprost w pkt 20.3 SWZ. Inne dokumenty, jak np. JEDZ, czy zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, należało złożyć „wraz z Ofertą”, stanowiły one zatem jedynie załączniki do oferty (pkt 20.4 SWZ). Zamawiający wskazał także, że „Ofertę należy złożyć w oryginale, sporządzoną pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym”, jak i wymagał, aby „Oferta i oświadczenia Wykonawcy były podpisane przez osobę lub osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy” (pkt. 20.2 SWZ). Argumentacja Odwołującego została przedstawiona w oderwaniu od wynikających wprost z SWZ wymagań, w szczególności z pominięciem okoliczności, że Zamawiający w sposób jednoznaczny zdefiniował w SWZ pojęcie oferty i dokumenty ją tworzące, które należało złożyć pod rygorem nieważności w formie elektronicznej (z podpisem kwalifikowanym). Odwołujący nie złożył jednego z dwóch bezwzględnie wymaganych dokumentów, co już samo w sobie wskazuje na niezgodność oferty z przepisami ustawy Pzp i warunkami zamówienia.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący niesłusznie w odwołaniu zdeprecjonował istotność Formularza Oferty, sprowadzając jego rolę do czysto technicznej. Wbrew stanowisku Odwołującego dokument ten miał znaczenie kluczowe dla określenia przedmiotowej strony zamówienia. W formularzu tym należało zawrzeć elementy istotne przedmiotowo, jak chociażby oświadczenie o zrealizowaniu przedmiotu zamówienia za wskazaną cenę oraz oświadczenie o akceptacji warunków i wymagań wynikających z SWZ, a także szereg innych oświadczeń, np. o zapoznaniu się z zasadami określonymi w Kodeksie Postępowania dla Partnerów Biznesowych Spółek GK PGE oraz w Dobrych praktykach zakupowych, czy o wdrożeniu odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych w zakresie przetwarzania danych osobowych. Oferta Odwołującego niezawierająca ww. oświadczeń była zatem niekompletna w aspekcie merytorycznym, a nie jedynie technicznym.

Za nieuzasadnione Izba uznała twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający powinien był wolę zawarcia przez Odwołującego umowy w sprawie zamówienia publicznego i akceptację warunków zamówienia wywieść w sposób dorozumiany, z samego faktu, że za pośrednictwem platformy zakupowej złożono inne wymagane dokumenty. Zarówno przepisy ustawy Pzp, jak i treść SWZ, wskazują na wymaganą dla oferty pod rygorem nieważności formę, wobec czego nie jest zasadne wywodzenie treści oferty w sposób dorozumiany. Ponadto charakter i cel pozostałych dokumentów składanych przez wykonawców wraz z ofertą był odmienny niż Formularza Oferty. Wśród załączników do oferty wymienionych w pkt 20.4. SWZ znajdowały się wyłącznie dokumenty wykazujące umocowanie osób podpisujących ofertę, dokumenty o charakterze podmiotowym (JEDZ, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, oświadczenie o podziale zadań między członków konsorcjum) czy uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (jeśli zastrzegano tajemnicę). Żaden z tych dokumentów nie kształtował treści zobowiązania Odwołującego. Formularz cenowy zawierał zaś jedynie zestawienie pozycji cenowych składających się na ostateczną wartość oferty. Poza potwierdzeniem ceny, nie zastępował i nie mógł zastępować pozostałych wymaganych do złożenia oświadczeń o przedmiotowym charakterze.

W okolicznościach stanu faktycznego sprawy podkreślić również należy, że Zamawiający nie mógł poinstruować wykonawców o konieczności złożenia Formularza Oferty, którego wzór stanowił załącznik nr 4, w sposób bardziej dobitny niż miało to miejsce w przedmiotowym postępowaniu – Zamawiający zawarł na stronie tytułowej SWZ adnotację o treści „Uwaga! Wykonawco, zmienił się sposób składania i podpisywania Oferty. Ofertę należy złożyć na Formularzu stanowiącym Załącznik nr 4 do SWZ, w postaci elektronicznej, opatrzony kwalifikowanym Podpisem elektronicznym. Zapoznaj się z punktem 20. SWZ!” Uwaga ta została napisana pogrubioną i podkreśloną czcionką w rozmiarze 18, w kolorze czerwonym. Pomimo tego, Odwołujący wymaganego formularza nie złożył, co tylko dodatkowo potwierdza, że konwalidacja takiego błędu byłaby nie do pogodzenia z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wobec niedochowania przez Odwołującego należytej staranności podczas składania oferty.

Izba wskazuje, że zasada równego traktowania wykonawców wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza więc jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji (por. wyrok KIO z 7 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1582/22). Jedną z gwarancji zachowania zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców jest istniejący po stronie zamawiającego obowiązek jasnego określenia wszelkich warunków zamówienia, którymi następnie zarówno sam zamawiający, jak i wykonawcy pozostają związani. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający w sposób jednoznaczny określił obowiązki wykonawców związane ze złożeniem oferty, w tym wskazał co należy rozumieć poprzez ofertę i jakie konkretnie dokumenty składają się na ofertę. Treść SWZ wiązała tak wykonawców, jak i samego Zamawiającego. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, jako podmiot profesjonalny, ma obowiązek zapoznania się z treścią SWZ dochowując należytej staranności, której poziom należy określać z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności (art. 355 § 1 i 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący nie dochował wymaganej od niego staranności w procesie ofertowania - jak sam przyznał podczas rozprawy popełnił błąd, a ofertę przygotowywała niedoświadczona osoba. Błąd Odwołującego, skutkujący niekompletnością merytoryczną oferty, nie może zostać konwalidowany na etapie badania i oceny ofert. Nie jest również zasadne wezwanie Odwołującego w tym zakresie do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia takie prowadziłyby bowiem do uzupełnienia treści oferty po upływie terminu składania ofert, co jest niedopuszczalne.

Mając na uwadze powyższe nie sposób stwierdzić, aby decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp naruszała wskazane w odwołaniu przepisy.

Nie zostało również w ocenie Izby dowiedzione naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co najmniej w sytuacji, gdy Przystępujący nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru dowodowego wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (zarzut nr 2).

Argumentacja Odwołującego została oparta w zasadniczej mierze na stwierdzeniu, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia ceny są lakoniczne, nie odnoszą się do wszystkich istotnych elementów kalkulacji ceny oferty oraz bazują na gołosłownych twierdzeniach niepopartych dowodami. Izba nie podzieliła powyższego stanowiska stwierdzając, że w okolicznościach stanu faktycznego sprawy pismo Przystępującego zawierające wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny wraz z załącznikami, w tym kosztorysem przeglądów oraz ofertami potencjalnych podwykonawców, należało uznać za dostateczne i adekwatne do stopnia szczegółowości wezwania, jakie do wykonawcy skierowano. Wykonawca odniósł się do wszystkich elementów wymienionych w treści wezwania, a okoliczność, że argumentacja w tym zakresie nie była tak obszerna, jak oczekiwałby tego Odwołujący, nie przesądza jeszcze o tym, że wyjaśnienia należy uznać za niewykazujące realności ceny. Izba podkreśla przy tym, że zasadniczym celem procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest rozwianie wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, dlatego interpretacja art. 224 ust. 6 ustawy Pzp referującego do nieudzielenia wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień nieuzasadniających zaoferowanej ceny nie powinna być dokonywana w oderwaniu od celu, jakiemu służy procedura wyjaśnienia ceny oferty.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu argumentu o niepoparciu przez Przystępującego wyjaśnień dowodami Izba stwierdziła, że Odwołujący niezasadnie umniejszał wartość dowodową załączonych do wyjaśnień dokumentów – w szczególności kosztorysu oraz ofert potencjalnych podwykonawców. W orzecnictwie podnosi się, że w sytuacji kiedy informacje podane w wyjaśnieniach pozwalają przyjąć, że cena oferty jest realna i umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a dodatkowo dane przyjęte w kalkulacji są prawidłowe i rzeczywiste, to brak jest podstaw, aby wymagać od wykonawcy wykazywania tego typu okoliczności dodatkowymi dowodami (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 23 maja 2024 r., sygn. akt XXIII Zs 25/24 podobnie również ww. Sąd w wyroku z dnia 28 września 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 150/22). Odwołujący nie podważył rzetelności przedstawionych wyjaśnień, wobec czego samo powoływanie się na okoliczność, że wykonawca mógł załączyć – oprócz już złożonych dowodów – jeszcze inne dodatkowe dowody, jak np. faktury zakupowe czy oferty sprzedaży materiałów, żeby wykazać okoliczność posiadania konkurencyjnych cen, nie może być uznany za wystraszająco uzasadniający postawiony zarzut. Odwołujący pominął także fakt, że w treści wezwania, jakie skierowano do Przystępującego, zaakcentowano przede wszystkim konieczność dołączenia do wyjaśnień oferty podwykonawcy (jeśli wykonawca taką dysponuje) w zakresie wykonywania pomiarów QAL2 oraz AST przez laboratorium badawcze. Przystępujący do wyjaśnień załączył w tym zakresie aż trzy oferty potencjalnych podwykonawców.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego o nierealistycznym ukształtowaniu cen jednostkowych poszczególnych świadczeń z uwagi na dysproporcje cenowe w zakresie elementów: filtr sondy S-2K z uszczelkami, wężyk pompy perystaltycznej, filtr pyłowy FP-2T, należy wskazać, że Odwołujący w ramach porównania referował do cen producenta oryginalnych części zamiennych, które jednak w żaden sposób nie korelują z cenami tych samych części dostarczanych obecnie przez Odwołującego, na co wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i czemu Odwołujący nie przeczył. Ceny filtrów dostarczonych przez Odwołującego w październiku 2024 r. były niższe niż ceny zaoferowane przez Przystępującego, co czyni argumentację zawartą w odwołaniu niewiarygodną. Niewiarygodność tej argumentacji potwierdza też fakt, że Odwołujący wskazał w odwołaniu cenę całego układu filtracyjnego (filtr pyłowy), a nie samego wkładu filtra, na co zwrócił uwagę Przystępujący i czemu Odwołujący również nie przeczył. Ponadto Odwołujący pominął okoliczność, że Zamawiający dopuścił możliwość użycia części równoważnych (zamienników), pod warunkiem posiadania przez nie certyfikatów pochodzenia, a Przystępujący w postępowaniu odwoławczym wskazał, że nabywa te elementy od konkretnych producentów aparatury pomiarowej z obszaru UE (str. 4 pisma procesowego). W konsekwencji złożony przez Odwołującego dowód z dokumentu MCT Pricelist 2024 compact EN-1 wraz z jego tłumaczeniem na język polski nie stanowił dowodu przekonującego o nierynkowym poziomie cen ww. materiałów.

W zakresie dotyczącym wyceny kontroli metrologicznej stanowisko zawarte w odwołaniu sprowadzało się do dwóch aspektów. Po pierwsze Odwołujący wskazał na okoliczność, że załączona do wyjaśnień oferta podwykonawcy CE2 Tech Consulting zawierała wycenę 1 045 000 zł, a Przystępujący wycenił ten zakres zamówienia na 1 043 600 zł, co powoduje, że jego wyjaśnienia nie są przekonujące. Stanowisko Odwołującego Izba uznała za całkowicie

bezzasadne, Przystępujący do wyjaśnień załączył bowiem trzy oferty potencjalnych podwykonawców, jednocześnie wskazując, że najniższą wartość zaproponowała firma Sileco (928 850 zł), a Przystępujący zamierza wykorzystać różnicę pomiędzy tą wyceną a wyceną dokonaną podczas kalkulacji oferty (113 750 zł) na wykonanie badań funkcjonalnych przed pomiarami QAL2 i AST. Fakt, że jedna z ofert potencjalnych podwykonawców była nieznacznie wyższa od kwoty wskazanej w kalkulacji ceny oferty w żaden sposób nie przesądza o wadliwości wyjaśnień. Drugą okolicznością, na którą powołał się Odwołujący było to, że wszystkie trzy oferty załączone do wyjaśnień datowane są na wrzesień 2024 r., czyli po upływie terminu składania ofert, co wskazuje na ich pozorność. Z takim stwierdzeniem również nie sposób się zgodzić. Dowody załączane do wyjaśnień rażąco niskiej ceny mają co do zasady potwierdzać rynkowość przyjętego poziomu cen – nie tyle ich data jest zatem istotna, co okoliczności których dowodzą. Trudno z samego faktu pozyskania ofert na wykonanie kontroli metrologicznej po upływie terminu składania ofert wywodzić okoliczność, że Przystępujący kalkulując cenę oferty nie miał świadomości stawek rynkowych i przyjął niewłaściwe założenia. Odwołujący mógłby wykazać pozorność przedstawionych wraz z wyjaśnieniami ofert na wykonanie kontroli metrologicznej, jeśli podważyłby rynkowy charakter wskazanych tam cen. W ofertach załączonych do wyjaśnień Przystępującego przedstawiono konkretne założenia oraz koszty jednostkowe poszczególnych pozycji cenotwórczych, do których Odwołujący w ogóle się nie odniósł i których nie kwestionował. W odwołaniu – poza wyłącznie hasłowym wyrażeniem opinii że „cena oferty kształtowana była w oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych” nie przedstawiono żadnych twierdzeń, które referowałyby do tego, jaki jest w ocenie Odwołującego rynkowy poziom cen za świadczenie tego rodzaju usług. Nawet przyjmując, że Odwołujący uznawał za rynkową cenę oferty firmy CE2 Tech Consulting, gdyż była ona najdroższa spośród ofert załączonych do wyjaśnień i sam Odwołujący uzyskał taką samą ofertę (co jednak wywieść można dopiero w oparciu o złożony w sprawie wniosek dowodowy z wiadomości e-mail z dnia 11.07.2024 r. zawierającej formularz cenowy 584_2024 CE2 Tech Consulting), to Odwołujący nie uzasadnił dlaczego okoliczność, że ww. podmiot tak wycenił usługi, miałyby przesądzać o tym, że dwa inne podmioty, których oferty załączono do wyjaśnień Przystępującego (obie na kwotę niższą niż wskazana przez Przystępującego w wyjaśnieniach) nie dokonały wyceny w sposób rynkowy. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że wycena kontroli metrologicznej dokonana przez Przystępującego (1 043 600 zł) była niższa od wyceny dokonanej przez wiarygodny w opinii Odwołującego podmiot (1 045 000 zł) jedynie o 1400 zł, co stanowi tak niewielką różnicę, że trudno w ogóle byłoby tu mówić o zaniżeniu ceny w sposób rażący, a przynajmniej Odwołujący takiej okoliczności nie wykazał.

Za bezzasadne Izba uznała stanowisko Odwołującego, że Przystępujący nie wyjaśnił, w jaki sposób dokonał kalkulacji ceny w ramach „pozostałych kosztów”, które zdaniem odwołującego stanowią istotną część składową ceny (akapit 42). Odwołujący poza ww. hasłowym stwierdzeniem nie wskazał co uznaje za te „pozostałe koszty”, co należało w nich ująć, jaką wartość przyjąć i dlaczego należałoby je uznać za istotną część składową ceny. Wobec braku zawarcia w odwołaniu konkretnej argumentacji, porzestanie na takim stwierdzeniu nic do sprawy nie wnosi. Ponadto Izba raz jeszcze podkreśla, że fakt, iż złożone wyjaśnienia nie odpowiadają standardom, jakie zdaje się narzucać Odwołujący, nie może stanowić sam w sobie podstawy do stwierdzenia, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie uzasadniają ceny.

Ostatnim argumentem wskazanym w odwołaniu, który odnosił się do konkretnych kategorii kosztów był brak ujęcia w kalkulacji przez Przystępującego kosztów zapewnienia sprzętu zastępczego, którego nabycie jest szacowane na ok. 300 000 zł, podczas gdy Przystępujący zdaniem Odwołującego nie posiada sprzętu zastępczego. Również w tym zakresie stanowisko Odwołującego pozostało wyłącznie hasłowe i gołosłowne. Odwołujący przyjął założenie, że Przystępujący nie posiada sprzętu zastępczego, przy czym w żaden sposób nie wyjaśnił z czego fakt ten wywodzi, Przystępujący zaś w piśmie procesowym zaprzeczył tej okoliczności, wskazując na sprzęt, którym dysponuje. Odwołujący ponadto nie uwiarygodnił zakładanych kosztów zapewnienia sprzętu zastępczego, nie wyjaśnił nawet jaki konkretnie sprzęt ma na myśli, podczas gdy zgodnie z pkt 2.2.3.2 OPZ zapewnienie aparatury zastępczej może mieć miejsce jedynie gdy naprawa będzie wymagała dłuższego czasu, w uzasadnionych przypadkach. Wobec braku przedstawienia w treści odwołania konkretnej argumentacji w tym zakresie trudno jest w jakikolwiek sposób skonfrontować tezę Odwołującego z wyjaśnieniami, jakie złożył Przystępujący w zakresie wyliczenia ceny. Odwołujący dopiero w toku postępowania odwoławczego wyspecyfikował sprzęt zastępczy, powyższe można jednak wywieść wyłącznie w oparciu o złożony dowód w postaci wykazu sprzętu zamiennego posiadanego przez Odwołującego wraz z kosztami jego nabycia. Tymczasem Odwołujący zobowiązany był stosownie okoliczności faktyczne zawrzeć w odwołaniu, a dopiero w dalszej kolejności składać ewentualne dowody na ich poparcie.

Powyższe należy odnieść także do pozostałych dowodów złożonych przez Odwołującego w zakresie dotyczącym zarzutu nr 2, tj. formularza cenowego Pentol-Enviro Polska Sp. z o.o. z dnia 11.07.2024 r., protokołów odbioru prac w ramach zadania pn. „Przegląd i konserwacja aparatury pomiarowej emisji zgodnie z normą ISO 14181 na bl. 1-6 w PGE GiEK Oddział Elektrowni Opole” oraz korespondencji z firmą Sick Sp. z o.o. z dnia 5.07.2024 r. wraz z wyceną prac. Izba

wskazuje, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Art. 535 ustawy Pzp stanowi zaś, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. W świetle ww. przepisów oczywistym jest, że dowody przedstawia się w celu wykazania określonych faktów. Najpierw zatem należy przedstawić stosowne okoliczności faktyczne, co Odwołujący zobowiązany jest uczynić już w odwołaniu, ponieważ to podstawy faktyczne konstytuują zarzuty odwołania, które wyznaczają zakres rozpoznania sprawy przez Izbę (zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu), a dopiero następnie przedstawiać stosowne dowody. Tymczasem ww. dowody zostały złożone na okoliczność przyjęcia przez Przystępującego nieadekwatnego do warunków rynkowych kosztu wykonywania świadczeń związanych z czynnościami serwisowymi, tj. przeglądów poszczególnych urządzeń, podczas gdy w odwołaniu nie przedstawiono konkretnych okoliczności faktycznych, które te dowody miałyby potwierdzać. Zdecydowanie za niewystarczające w tym zakresie należy uznać poprzestanie na hasłowym stwierdzeniu, że „cena oferty Przystępującego jest oderwana od realiów rynkowych”. Odwołujący poza wskazaniem w odwołaniu na pewne braki w treści wyjaśnień oraz próbą podważenia kilku wybranych elementów cenotwórczych, nie zawarł konkretnej, merytorycznej argumentacji, która faktycznie podałaby w wątpliwość cenę oferty Przystępującego jako całość, w tym w szczególności przyjęte w kosztorysie przeglądnów aparatury pomiarowej założenia (np. co do czasochłonności określonych prac) i podane tam wartości (poza cenami filtrów i wężyka, które to argumenty okazały się bezzasadne). Argumentacja zawarta w odwołaniu nie podważa także przyjętych kosztów kontroli metrologicznej. W konsekwencji przedstawienie dowodów mających wykazać sposób wyceny przedmiotu zamówienia przez inne podmioty (Pentol-Enviro, Sick) czy poziom cen świadczenia usług serwisowych w 2022 r. w innym oddziale Zamawiającego, pozostaje bez wpływu na ocenę Izby.

Reasumując, w ocenie Izby stanowisko Odwołującego miało zasadniczo charakter ogólny i hasłowy, a sporadyczne argumenty odnoszące się do określonych elementów kosztotwórczych wskazanych w wyjaśnieniach Przystępującego były nietrafione. Dlatego zdaniem Izby Odwołujący nie podważył ani rzetelności wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, ani rynkowości zaoferowanej przez Przystępującego ceny. Tym samym zarzut nr 2 nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia udzielanego w postępowaniu (zarzut nr 3), nie został przez Odwołującego wykazany.

Zarzut ten został oparty na trzech aspektach, po pierwsze na okoliczności, że Przystępujący nie posiada dostępu do oryginalnych części zamiennych, czego Zamawiający wymagał w pkt 2.2.5.2. OPZ, a jednocześnie nie wskazał na etapie złożenia oferty na zamiar korzystania w tym zakresie z podwykonawstwa, co oznacza zaoferowanie przez Przystępującego wykonania zamówienia z użyciem innych części zamiennych, aniżeli wymaganych przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że stanowisko Odwołującego w powyższym zakresie zostało oparte na nieprawidłowym założeniu, że wykonawca w przypadku dostarczenia materiałów i części zamiennych niezbędnych do realizacji zadania, zobowiązany jest dostarczyć części zamiennie oryginalne. Odwołujący - mimo, że przytoczył w odwołaniu pełne brzmienie pkt 2.5.2.2 OPZ - pominął w swojej argumentacji, że Zamawiający dopuścił w tym punkcie użycie części równoważnych (zamienników) pod warunkiem posiadania przez nie certyfikatów pochodzenia. Zamawiający wskazał, że dostarczone zamienniki nie mogą naruszać praw własności intelektualnej producenta, a także wskazał, że uzna, że dostarczone zamienniki są równoważne, jeśli będą spełniały następujące warunki: zapewnią pełną kompatybilność z urządzeniami, do których będą wbudowane oraz istniejącą instalacją, ich montaż nie będzie wymagał wprowadzenia jakichkolwiek zmian konstrukcyjnych w eksploatowanych urządzeniach, ich parametrów, w żaden sposób nie pogorszą warunków eksploatacyjnych urządzeń, w których będą zabudowane. Tym samym, w oparciu o treść opisu przedmiotu zamówienia, wykonawca może użyć części równoważnych pod warunkiem spełnienia opisanych w pkt 2.5.2.2 OPZ wymogów.

W ocenie Izby Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił postawionej w odwołaniu tezy, że wykonawcy na etapie kalkulacji ceny oferty musieli przyjąć zastosowanie oryginalnych części producenta, w szczególności nie powołał się na żadne postanowienie dokumentów zamówienia, które by na obowiązek taki wskazywało. Jeżeli Odwołujący twierdził, że odmienna interpretacja prowadziłaby do nieporównywalności ofert, to powinien wnieść odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia we właściwym terminie bądź przynajmniej zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. W świetle ukształtowanych w postępowaniu postanowień dokumentów zamówienia, skoro na etapie realizacji zamówienia dopuszczone zostało (przy spełnieniu odpowiednich wymagań) zastosowanie części równoważnych (zamienników), to wobec braku przeciwnych postanowień SWZ można było skalkulować cenę oferty z

uwzględnieniem takich części. Odwołujący nie podnosił w odwołaniu, że zastosowanie części równoważnych nie zapewni kompatybilności z urządzeniami, będzie wymagało wprowadzenia zmian konstrukcyjnych w eksploatowanych urządzeniach czy pogorszy warunki eksploatacyjne urządzeń.

W konsekwencji powyższego nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia złożone przez Odwołującego dowody w postaci oświadczenia Pentol-Enviro Polska Sp. z o.o. z dnia 16.12.2024 r. (w celu wykazania faktu, że Przystępujący nie ma dostępu do oryginalnych części zamiennych do analizatorów Codel Ltd., które zostały zabudowane przez Pentol-Enviro Polska i są częścią infrastruktury elektroenergetycznej Zamawiającego), oświadczenia OMC ENVAG z dnia 16.12.2024 r. (w celu wykazania faktu, że Przystępujący nie ma dostępu do oryginalnych części zamiennych analizatorów CX-4000, CMM, CMM AutoQAL, systemów CEMS II, które są częścią infrastruktury elektroenergetycznej Zamawiającego), oświadczenia Gasetmet Technologies Oy z dnia 18.12.2024 r. (w celu wykazania faktu braku dysponowania przez Przystępującego dostępem do oryginalnych części zamiennych ww. producenta). Dowody te zostały złożone na okoliczność, że Przystępujący nie ma dostępu do oryginalnych części zamiennych, podczas gdy po pierwsze na etapie składania ofert Przystępujący w ogóle nie musiał takiego dostępu mieć, a po drugie na etapie realizacji zamówienia dopuszczono możliwość zastosowania części równoważnych (zamienników).

Drugim aspektem mającym uzasadniać niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia podniesionym w odwołaniu był brak objęcia zakresem oferty konieczności zapewnienia urządzeń zastępczych na czas naprawy. Podobnie jak w przypadku zarzutu nr 2, stanowisko Odwołującego dotyczące tego aspektu było hasłowe i bardzo ogólne. Odwołujący poprzestał jedynie na stwierdzeniu, że Przystępujący nie posiada urządzeń zastępczych, a z wyjaśnień nie wynika, że planuje ich nabycie. Powyższe stanowi nic innego jak subiektywne przypuszczenie Odwołującego, przy czym Odwołujący nawet nie wyjaśnił z czego fakt ten wywodzi. Odwołujący nie wskazał w odwołaniu również sprzętu, jakim jego zdaniem wykonawca powinien dysponować, lub którego konieczność zapewnienia powinien wycenić. Dopiero w postępowaniu odwoławczym złożone zostały oświadczenia firm Pentol-Enviro Polska, Odwołującego oraz Gasetmet Technologies, z których można wywieść, o jaki sprzęt chodzi i że Przystępujący nie zakupił takich urządzeń od ww. podmiotów. Tymczasem, jak wskazano już powyżej, dowody nie służą uzupełnianiu okoliczności faktycznych niepodniesionych w odwołaniu, lecz potwierdzeniu okoliczności faktycznych tam wskazanych. Ponadto Odwołujący w żaden sposób nie dowiódł, że dysponowanie tym właśnie sprzętem jest niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy. W odwołaniu próżno szukać jakichkolwiek twierdzeń, które by do tego referowały, podczas gdy to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia. Izba podkreśla, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia, wobec sankcyjnego charakteru art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, musi mieć charakter jednoznaczny i niewątpliwy. Jej stwierdzenie nie może zostać oparte wyłącznie na przypuszczeniach czy hasłowych tezach, a do tego sprowadzały się podstawy faktyczne zarzutu wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Analogiczne wnioski należy wywieść w odniesieniu do trzeciego z aspektów podniesionych w odwołaniu w zakresie niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia - również w tym przypadku Odwołujący ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że Przystępujący nie dysponuje osobami posiadającymi doświadczenie i kwalifikacje do wykonywania czynności serwisowych na urządzeniach Gasetmet CX40000 oraz Gasetmet CMM, wobec czego nie będzie w stanie wypełnić zobowiązania z § 5 pkt 5.1.5 Projektu Umowy. Pomijając okoliczność, że Odwołujący po raz kolejny nie wyjaśnił z czego wywiódł wniosek, że Przystępujący nie dysponuje odpowiednio wykwalifikowanym i przeszkolonym personelem, to należy podkreślić, że zgodnie z ww. postanowieniem umownym „Wykonawca zobowiązuje się do zatrudniania przy realizacji Umowy osób z odpowiednimi kwalifikacjami i uprawnieniami do prowadzenia Prac i nadzorów wynikających z charakteru wykonywanych przez te osoby czynności i obowiązujących przepisów prawa.” Wykonawca ma zatem obowiązek zatrudnić do realizacji umowy wykwalifikowany personel i nie musi nim dysponować na etapie składania ofert. Tym samym teza Odwołującego, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ nie dysponuje on osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia, jest błędna, skoro obowiązek taki aktualizuje się dopiero na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający w postępowaniu nie badał czy wykonawca składając ofertę posiada stosowny potencjał kadrowy (nie sformułował warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, który odnosiłby się do doświadczenia, kwalifikacji czy uprawnień osób skierowanych do realizacji zamówienia). W tym stanie rzeczy dowody złożone przez Odwołującego w celu wykazania, że Przystępujący nie dysponuje obecnie przeszkolonymi serwisantami (oświadczenia Pentol-Enviro, Odwołującego i Gasetmet Technologies) są bezprzedmiotowe, przy czym dodatkowo należy zauważyć, że w odwołaniu wskazano wyłącznie na brak dysponowania przez Przystępującego osobami posiadającymi doświadczenie i kwalifikacje do

wykonywania czynności serwisowych na urządzeniach Gasmet CX4000 i Gasmet CMM, a nie na urządzeniach Codel, których dotyczy oświadczenie Pentol-Enviro.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że Odwołujący nie dowiódł niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, wobec czego zarzut nr 3 został oddalony.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut nr 4, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie dotyczącym wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 15.6.4 SWZ.

Izba wskazuje, że nie było w sprawie sporne to, że podane w wykazie usług usługi referencyjne odpowiadały wymaganiom wynikającym z ww. warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący kwestionował wyłącznie fakt, że załączone do wykazu dokumenty nie potwierdzają należytego wykonania danej usługi albo nie spełniają wymagań formalnych, wynikających z Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych oświadczeń lub dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. W tym zakresie Odwołujący wskazywał po pierwsze, że przedstawione dla usług z poz. 1, 2, 3 i 5 wykazu raporty serwisowe nie zawierają potwierdzenia należytego wykonania usługi, a po drugie, że dokumenty złożone w celu potwierdzenia należytego wykonania usług podanych w poz. 4, 6 i 7 wykazu (usługi wykonywane) zostały sporządzone wcześniej niż w okresie ostatnich trzech miesięcy. Argumentację Odwołującego Izba uznała za chybioną.

Odnosząc się do pierwszego z ww. aspektów Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał dlaczego w przedmiotowym przypadku raporty serwisowe nie powinny zostać uznane za potwierdzające należyte wykonanie usług. Raporty te każdorazowo podpisywane były przez odbiorcę usług, jak i wskazywały na poprawność działania infrastruktury po przeprowadzonych pracach serwisowych czy przeglądach technicznych. W żadnym z przedstawionych dokumentów nie stwierdzono jakichkolwiek nieprawidłowości. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przywołał konkretne fragmenty tych raportów wskazujące na należyte wykonanie prac serwisowych, Odwołujący zaś w żaden sposób twierdzeń tych nie odparł. W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do uznania, że usługi nie zostały wykonane należycie. Odwołujący okoliczności takiej nie wykazał.

Odnosząc się zaś do daty dokumentów potwierdzających należyte wykonywanie usług Izba wskazuje, że prawidłowo podniósł Odwołujący, że z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy wynika, że w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Odwołujący jednak poprzestał na postawieniu w treści odwołania gołosłownej tezy, że dokumenty dotyczące usług wskazanych w poz. 4, 6 i 7 zostały sporządzone wcześniej niż w okresie ostatnich trzech miesięcy, której to tezy w żaden sposób nie uzasadnił. W szczególności Odwołujący pominął, że zgodnie z § 9 ust. 2 pkt 1) ww. Rozporządzenia okresy wyrażone w latach lub miesiącach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 2 i 9, liczy się wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Liczenie ww. okresu wstecz od daty złożenia podmiotowego środka dowodowego - zgodnie z § 9 ust. 2 pkt 3) ww. Rozporządzenia – może mieć miejsce wyłącznie w przypadkach, o których mowa w art. 217 ust. 2 ustawy Pzp (zamówienie z wolnej ręki), art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp (zmiana umowy z uwagi na konieczność zastąpienia wykonawcy w wyniku sukcesji) oraz art. 462 ust. 7 ustawy Pzp (zmiana podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się). W przedmiotowym postępowaniu termin składania ofert upływał 25 lipca 2024 r., a zatem dokumenty dotyczące usług wskazanych w poz. 4 (protokół odbioru z 24 czerwca 2024 r.) oraz w poz. 7 (protokół odbioru z 23 maja 2024 r., data podpisania 27 maja 2024 r.) złożone przez Przystępującego zostały wystawione „w okresie ostatnich 3 miesięcy”. Wątpliwości mógł budzić jedynie dokument dotyczący usługi z poz. 6 (protokół odbioru z 11 kwietnia 2024 r.), okoliczność ta pozostaje jednak bez znaczenia, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 15.6.4 SWZ wystarczające było wykazanie się tylko dwiema usługami referencyjnymi, a Przystępujący przedstawił ich siedem.

Biorąc powyższe pod uwagę, za bezzasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 239 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu (zarzut nr 5), który to zarzut stanowił zarzut wynikowy, oparty na tożsamych podstawach faktycznych co zarzuty nr 2, 3 i 4.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie w całości, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 2 sentencji wyroku, stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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, dalej jako „Rozporządzenie w sprawie kosztów”).

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W myśl § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie kosztów w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego. Zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b) Rozporządzenia w sprawie kosztów do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika udokumentowane fakturą złożoną przez Zamawiającego do akt sprawy w kwocie 3 600 zł. Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, ponieważ przepisy Rozporządzenia w sprawie kosztów przewidują możliwość zasądzenia kosztów na rzecz Uczestnika postępowania wyłącznie w sytuacji, gdy wniesie on sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego całości bądź części zarzutów odwołania (por. § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 Rozporządzenia w sprawie kosztów). Taki przypadek nie miał miejsca w rozpoznawanej sprawie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....