Sygn. akt: KIO 2091/24

WYROK

Warszawa, dnia 10 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aleksandra Kot

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu17 czerwca 2024 r. przez wykonawcę CERTA Trzemeszno sp. z o.o. z siedzibą w Trzemesznie (dalej: „Odwołujący") w postępowaniu prowadzonym przez Miejską Bibliotekę Publiczną im. C.N. w Złotowie z siedzibą w Złotowie (dalej: „Zamawiający"),
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy Alexandra Alva prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Handlowe „KanVex" A.A. z siedzibą w Chodzieży

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 10 czerwca 2024 r., unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 10 czerwca 2024 r. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 852,50 zł (słownie: osiemset pięćdziesiąt dwa złote 50/100) poniesioną przez Odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

2.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 14 452,50 zł (słownie: czternaście tysięcy czterysta pięćdziesiąt dwa złote 50/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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:…….

KIO 2091/24

Uzasadnienie

Miejska Biblioteka Publiczna im. C.N. w Złotowie z siedzibą w Złotowie (dalej: „Zamawiający" lub „Biblioteka") prowadzi na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pod nazwą: „ Rozbudowa, przebudowa budynku Miejskiej Biblioteki Publicznej im. C.N. w Złotowie w ramach inwestycji: „Rozbudowa i modernizacja Miejskiej Biblioteki Publicznej im. C.N. w Złotowie"" (Nr referencyjny: MBP.271.1.2024, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 22 kwietnia 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00295760/01.

17 czerwca 2024 r. wykonawca CERTA Trzemeszno sp. z o.o. z siedzibą w Trzemesznie (dalej: „Odwołujący" lub „CERTA") wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu polegających na:

1)zaniechaniu zawarcia umowy z Odwołującym pomimo wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej;

2)bezzasadnym unieważnieniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

3)odrzuceniu oferty Odwołującego z Postępowania pomimo, iż nie zachodzą przesłanki do jej odrzucenia;

4)zaniechaniu należytego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego;

5)zaniechaniu przez Zamawiającego uwzględnienia wyjaśnień Odwołującego oraz złożonych przez niego dokumentów dotyczących zakresu złożonej przez niego oferty;

6)zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej przez Odwołującego oferty;

7)próbie dokonania zmiany Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") już po terminie składania ofert poprzez uznanie, że wykonawcy zobowiązani są do wykonania, a tym samym do złożenia oferty na remont pomieszczeń biblioteki, które w dokumentacji projektowej zostały wprost określone jako CZĘŚĆ NIE OBJĘTA OPRACOWANIEM i co do których nie istnieje żadna dokumentacja ani Opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ"), który nakazywałby wykonanie tych prac;

8)dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy A.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Handlowe „KanVex" A.A. z siedzibą w Chodzieży (dalej: „KanVex").

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 16 i 17 ustawy Pzp w związku z art. 254 ustawy Pzp poprzez:

a)zaniechanie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z Odwołującym pomimo wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i bezzasadne oraz nieuzasadnione unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy złożona przez Odwołującego oferta obejmuje swoim zakresem cały zakres świadczenia wymagany w SWZ, OPZ oraz dokumentacji projektowej, a w szczególności wykonanie prac remontowych;

b)wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy KanVex w sytuacji, gdy złożona przez niego oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert;

2)(ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1)

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 253 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy treść jego oferty jest zgodna z warunkami zamówienia i obejmuje swoim zakresem cały zakres świadczenia wymagany w SWZ, OPZ oraz dokumentacji projektowej, a w szczególności wykonanie prac remontowych, a także poprzez brak przedstawienia rzetelnego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla decyzji o odrzuceniu oferty CERTA, gdyż w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający nie wskazuje jakie dokładnie prace według niego nie zostały wycenione i objęte ofertą CERTA i posługując się jedynie lakonicznym sformułowaniem dotyczącym prac remontowych, co uniemożliwia zweryfikowanie poprawności decyzji Zamawiającego;

3)(ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-2)

art. 286 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez próbę dokonania zmiany SWZ już po terminie składania ofert poprzez twierdzenie, że wykonawcy byli zobowiązani do złożenia oferty na remont pomieszczeń biblioteki, które w dokumentacji projektowej zostały wprost określone jako CZĘŚĆ NIE OBJĘTA OPRACOWANIEM, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i powoduje, że złożone oferty są ofertami nieporównywalnymi, a tym samym powinno skutkować unieważnieniem postępowania;

4)(ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-3)

art. 223 ustawy PZP poprzez zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty KanVex;

2)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3)unieważnienie czynności unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty CERTA;

4)wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

(ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia, któregokolwiek z wniosków wskazanych w pkt 1-4)

5)powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

6)precyzyjne wezwanie Odwołującego do wyjaśnień złożonej oferty;

(ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia, któregokolwiek z wniosków wskazanych w pkt 1-6)

7)precyzyjne uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty CERTA.

W uzasadnieniu odwołania CERTA podniósł, że sporządził ofertę zgodnie z dokumentacją techniczną i przedmiarami tj. dokumentami, które stanowią Załącznik nr 7 do SWZ. Odwołujący wskazał, że w pkt 4.1.2. SWZ remont opisany jest jako:

„ZAKRES REMONTOWY ISTNIEJĄCEGO OBIEKTU BIBLIOTEKI:

- roboty rozbiórkowe, rozebranie istniejącego tarasu, wywóz utylizacja materiałów rozbiórkowych,
- remontowe roboty: murarskie, tynkarskie, malarskie, okładzinowe, posadzkarskie, komplet instalacji wewnętrznych elektrycznych".

CERTA podkreślił, że wszystkie opisane powyżej rodzaje robót znajdują się również w przedmiarze prac budowlanych, elektrycznych i sanitarnych, które to Odwołujący wypełnił jako prace opisane dokumentacją. Ponadto Odwołujący zaznaczył, że prace – „roboty rozbiórkowe, rozebranie istniejącego tarasu, wywóz utylizacja materiałów rozbiórkowych" nie znajdują się w przedmiarach remontowych, a tylko i wyłącznie w przedmiarach dotyczących rozbudowy – a tym samym są przez CERTA wycenione.

Kolejno Odwołujący wskazał, że Zamawiający w jednoznaczny sposób wskazał co jest przedmiotem zamówienia, a co nim nie jest. Pomimo tego bezpośrednio przed podpisaniem umowy stwierdził, że zakres przedmiotu

zamówienia powinien być szerszy. CERTA podniósł, że konsekwencjami swojego niedopatrzenia lub celowego działania (nie jest przecież wykluczone dzielenie realizacji robót budowlanych na etapy) Biblioteka stara się obecnie obciążyć Odwołującego, co jest jednak niedopuszczalne. CERTA nadmienił, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wszelkie nieścisłości i niejednoznaczności zawarte w SWZ oraz OPZ powinny być tłumaczone na korzyść wykonawcy biorącego udział w Postępowaniu (zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2023 r. o sygn. akt KIO 3439/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2022 r. o sygn. akt KIO 1419/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2023 r. o sygn. akt KIO 182/23 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r. o sygn. akt KIO 133/22). Odwołujący podkreślił, że Zamawiający jasno określił w dokumentach zamówienia czego wykonawcy mają nie wyceniać i nie obejmować swoją ofertą, dlatego też – zdaniem CERTA – obecne próby podejmowania takich czynności przez Bibliotekę i próba obarczania nimi Odwołującego stanowi próbę zmiany SWZ po terminie składania ofert, co jest działaniem niedopuszczalnym.

Nadto Odwołujący podniósł, że naruszeniem ze strony Zamawiającego jest niedochowanie obowiązków ustawowych nałożonych na niego przez art. 253 ustawy Pzp, gdzie w ust. 1 wskazano, iż Zamawiający musi poinformować wszystkich wykonawców, których oferty zostały odrzucone wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego oraz prawnego takiej decyzji. CERTA wskazał, że analiza informacji o odrzuceniu jego oferty, którą przedstawiła Biblioteka w dniu 10 czerwca 2024 r. prowadzi natomiast do jednoznacznego wniosku, iż powinności tych Zamawiający nie dopełnił, bowiem nie tylko nie zawarł uzasadnienia faktycznego swojej decyzji, ale również nie powołał się na jakiekolwiek powody, dla których dowody przedstawione w wyczerpujący sposób przez Odwołującego uznał za niewystarczające. CERTA zaznaczył, że w uzasadnieniu decyzji z dnia 10 czerwca 2024 r. Zamawiający jedynie lakonicznie wskazał, że oferta Odwołującego nie obejmuje wszystkich robót wymaganych dla realizacji przedmiotu zamówienia. Biblioteka przy tym nie wskazała dokładnie jakie to roboty według niej nie zostały wycenione i ujęte w ofercie Odwołującego. Jest to o tyle istotne, że o włączeniach istniejących w dokumentacji projektowej Zamawiający miał dowiedzieć się dopiero w dniu 29 maja 2024 r. i to od wykonawcy CERTA. W ocenie Odwołującego taki stan rzecz po raz kolejny wskazuje na naruszenie przez Bibliotekę zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. CERTA nadmienił, że powyższe stanowisko znajduje poparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, gdzie podkreśla się, że nie stanowi spełnienia wymogu art. 253 ustawy Pzp podanie przez Zamawiającego na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą uzasadnienia faktycznego podjętej wobec oferty decyzji. Niedopuszczalne jest zatem, aby odwołujący się wykonawca samodzielnie identyfikował przyczyny odrzucenia jego oferty i w oparciu o te założenia przedstawiał argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji Zamawiającego (zob.: wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 31 października 2019 r. o sygn. X Ga 757/19 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 września 2017 r. o sygn. akt 1857/17).

Reasumując, Odwołujący uznał, że Zamawiający w bezpodstawny sposób unieważnił wybór jego oferty jako najkorzystniejszej oraz bezpodstawnie stara się ją odrzucić z Postępowania.

W złożonej pismem z dnia 26 czerwca 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

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

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca A.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Handlowe „KanVex" A.A. z siedzibą w Chodzieży (dalej: „Przystępujący").

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem 4 pkt 4.1. SWZ (pisownia oryginalna):

„Przedmiotem zamówienia jest Zakres zamówienia obejmuje realizację jednego zadania budżetowego składającego się z dwóch zakresów realizacyjnych zadań :

1. ZAKRES ROZBUDOWY
2. ZAKRES REMONTOWY ISTNIEJĄCEGO OBIEKTU BIBLIOTEKI.

(…)".

W myśl postanowień Rozdziału 4 pkt 4.1.2. SWZ (pisownia oryginalna):

„Przedmiotem realizacji jest rozbudowa istniejącego obiektu biblioteki wraz z dostosowaniem dostępności obiektu dla osób z niepełnosprawnościami (budowa i montaż windy wewnętrznej) oraz wykonanie dużego zakresu robót remontowych w istniejącym obiekcie.

Zakres realizacji obejmuje:

1. ZAKRES ROZBUDOWY

- rozebranie istniejącego tarasu, wywóz utylizacja materiałów rozbiórkowych,
- rozbudowa biblioteki – w miejscu tarasu – nowy dwukondygnacyjny obiekt murowany, stropy prefabrykowane – płyty kanałowe, stropodach żelbetowy, płaski, komplet instalacji: wad-kan, cwu, ogrzewania centralnego, instalacje elektryczne gniazd i oświetlenia, instalacje niskoprądowe, ściany ocieplane w technologii lekkiej-mokrej, pełen zakres robót wykończeniowych (realizacja „pod klucz"),
- Elementy zewnętrzne: schody, podjazd, utwardzenia terenowe, zieleń.

2. ZAKRES REMONTOWY ISTNIEJĄCEGO OBIEKTU BIBLIOTEKI.

- roboty rozbiórkowe, rozebranie istniejącego tarasu, wywóz utylizacja materiałów rozbiórkowych,
- remontowe roboty: murarskie, tynkarskie, malarskie, okładzinowe, posadzkarskie, komplet instalacji wewnętrznych elektrycznych,

(…)".

Dokumentacja techniczna oraz przedmiary robót w zakresie „Rozbudowy, przebudowy budynku Miejskiej Biblioteki Publicznej im. Cypriana Kamila Norwida w Złotowie" oraz „Remontu pomieszczeń Miejskiej Biblioteki Publicznej im. Cypriana Kamila Norwida w Złotowie" stanowią Załącznik nr 7 do SWZ. Zamawiający w wyżej wymienionym załączniku udostępnił przedmiary robót m.in. w zakresie remontu pomieszczeń Biblioteki w branży budowlanej oraz w branży elektrycznej.

22 maja 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy CERTA.

5 czerwca 2024 r. Biblioteka skierowała do Odwołującego pismo z prośbą o potwierdzenie, że „nie został przez Państwa firmę w ramach złożonej w dniu 13 maja 2024 r. oferty wyceniony zakres robót remontowych w istniejącym obiekcie ujętych w załączonym do przetargu Przedmiarze robót – ZAŁĄCZNIK NR 7 i zaoferowana kwota nie obejmuje całośc zakresu przedmiotu zamówienia opisanego w Specyfikacji Warunków Zamówienia".

W piśmie z dnia 6 czerwca 2024 r. CERTA wskazał, co następuje: „(…) nasza oferta obejmuje wszystkie elementy, których obowiązek wykonania wynika z załączonej do SWZ dokumentacji projektowej. Nie jest zatem prawdą Państwa stwierdzenie, że w ramach złożonej poprzez nas oferty nie został wyceniony zakres robót remontowych ujętych w dokumentacji przetargu. Zakres wycenionych przez nas prac został przez nas zweryfikowany względem dołączonej dokumentacji przetargowej, tzn. został on przez nas wyceniony w zakresie w jakim obowiązek ich wykonania wynika z dołączonej dokumentacji projektowej, która to jednoznacznie wskazuje jakie zakresy prac są do wykonania (…)".

Pismem z dnia 10 czerwca 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu dokonanej w dniu 22 maja 2024 r. oraz poinformował o powtórzeniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.

10 czerwca 2024 r. Biblioteka poinformowała wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy KanxVex oraz o odrzuceniu oferty CERTA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W piśmie z dnia 10 czerwca 2024 r. zawierającym uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał m.in. (pisownia oryginalna):

„Uzasadnienie faktyczne:

(…) Zamawiający mając na względzie stanowcze zapisy w Opisie przedmiotu zamówienia ujętym w SWZ, tj. zapis w brzmieniu (pkt 4.1.2 SWZ): (…) oraz ujęcie zakresu prac remontowych w przedmiarze robót, stanowiącym część SWZ, wystosował do Wykonawcy w dniu 05 czerwca 2024 r. pismo o zajęcie jednoznacznego stanowiska w sprawie. W piśmie tym Zamawiający zwrócił się do wyłonionego Wykonawcy o potwierdzenie informacji (…), że nie został przez niego, w ramach złożonej w dniu 13 maja 2024 r. oferty, ujęty i wyceniony zakres robót remontowych w istniejącym

obiekcie opisany w OPZ i przedmiarze robót – ZAŁĄCZNIK NR 7, a zatem zaoferowana przez Wykonawcę kwota nie obejmuje całości zakresu przedmiotu zamówienia opisanego w Specyfikacji Warunków Zamówienia. W odpowiedzi Wykonawca poinformował Zamawiającego, iż w jego ocenie zakres robót, które należało uwzględnić w ofercie składanej w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie obejmuje prac remontowych, gdyż nie zostały one ujęte przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej. Tym samym Wykonawca potwierdził, iż złożona przez niego oferta nie obejmuje wykonania prac remontowych, a jedynie wykonanie robót budowlanych związanych z rozbudową Biblioteki. W ocenie Zamawiającego nie powinno podlegać wątpliwości to, że zakres robót do wykonania których winien zobowiązać się oferent w niniejszym postępowaniu musi obejmować zarówno roboty budowlane związane z rozbudową Biblioteki, jak i prace remontowe w istniejącym budynku Biblioteki. Analizując całość dokumentacji przetargowej nie sposób poczynić innych ustaleń, gdyż zapisy w tym względzie są jednoznaczne. (…) Zgodnie z treścią art. 281 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp specyfikacja warunków zamówienia obligatoryjnie zawiera sposób obliczenia ceny. Są to pewne wytyczne dla wykonawców, co do tego jak obliczyć cenę oferty. Do wytycznych tych wykonawcy muszą się zastosować. Jeśli zamawiający w dokumentach zamówienia wyraził jasne oczekiwanie, że obliczając cenę łączną oferty wykonawcy muszą dokonać wyceny kilku elementów, istotnych z punktu widzenia przyszłych rozliczeń, a wykonawca nie dokonał wyceny niektórych elementów, to jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W tym stanie rzeczy brak ujęcia wyceny w ofercie wszystkich robót wymaganych dla realizacji przedmiotu zamówienia stanowi w istocie o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. (…)

Uzasadnienie prawne:

Oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi: „Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia". Pojęcie warunków zamówienia zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp. Poprzez warunki zamówienia należy 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. Do określenia lub opisania warunków zamówienia służą dokumenty zamówienia, w tym SWZ. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom Zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia. W orzecznictwie przez pojęcie treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań Zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. „Treść oferty" to treść zobowiązania Wykonawcy do zgodnego z żądaniami Zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie Wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym. Powyższa niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega zatem na niezgodności zobowiązania, które Wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje (…)".

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do brzmienia art. 17 ustawy Pzp:

„1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

3. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm".

Z kolei w myśl art. 7 pkt 18, pkt 25 i pkt 29 ustawy Pzp:

„Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o:

(…);

18) postępowaniu o udzielenie zamówienia – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia

publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu;
(…)'
25) udzieleniu zamówienia – należy przez to rozumieć zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego;
(…);
29) warunkach zamówienia – należy przez to 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;
(…)".
Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
(…); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (..)".
Zgodnie z brzmieniem art. 253 ustawy Pzp:
„1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:
1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,
2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.
2. Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.
3. Zamawiający może nie ujawniać informacji, o których mowa w ust. 1, jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym".
W świetle art. 254 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego lub unieważnieniem postępowania.
Stosownie do brzmienia art. 554 ust. 6 ustawy Pzp „Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści".

Tytułem wstępu należy zwrócić uwagę, że CERTA skonstruował zarzuty odwołania w taki sposób, iż w pkt 1 petitum odwołania postawił zarzut podstawowy, a w kolejnych punktach tzw. zarzuty ewentualne. I tak oto: zarzut z pkt 2 petitum odwołania został postawiony na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1, zarzut z pkt 3 petitum odwołania został postawiony na wypadek nieuwzględnienia zarzutów z pkt 1-2, natomiast zarzut z pkt 4 petitum odwołania – na wypadek nieuwzględnienia zarzutów z pkt 1-3.

W przekonaniu Izby zarzut ewentualny na gruncie postępowania odwoławczego należy postrzegać analogicznie do powszechnie przyjętego i uznanego cywilistycznie roszczenia ewentualnego. Co prawda ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1550 ze zm., dalej: „k.p.c.") nie precyzuje pojęcia zarzutu ewentualnego, jednakże w doktrynie i w judykaturze uznaje się, że nie stoi to na przeszkodzie możliwości posłużenia się taką konstrukcją w postępowaniu cywilnym. Skoro uznaje się za dopuszczalne podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie k.p.c., również w postępowaniu odwoławczym, które ma zbliżony charakter, nie ma przeszkód dla funkcjonowania analogicznej konstrukcji zarzutu ewentualnego. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż żądanie ewentualne, zgłaszane dodatkowo na wypadek niemożności uwzględnienia przez sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego sąd w ogóle nie orzeka o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak jest podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (zob. wyroki z dnia: 31 stycznia 1996 r. o sygn. akt III CRN 58/95, 12 stycznia 2012 r. o sygn. akt IV CSK 219/11, 4 października 2012 r. o sygn. akt I CSK 100/12). Podobnie Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 18 października 2013 r. wydanej w sprawie oznaczonej sygn. akt III CZP 58/13 (OSNC 2014 nr 6, poz. 62) stwierdził, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego. Tożsame stanowisko wyrażono w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r. o sygn. akt IV CR 403/78 (OSNC 1979 nr 10, poz. 193), gdzie wskazano, że zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie – mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu.

Mając na względzie powyższe rozważania prawne w pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zarzut nr 1 petitum odwołania tj. naruszenia art. 16 i 17 ustawy Pzp w związku z art. 254 ustawy Pzp podlegał oddaleniu przede wszystkim jako nieuzasadniony. Wymaga bowiem przypomnienia, że określone w art. 516 ust. 1 pkt 7-10 ustawy Pzp wymogi

formalne dotyczące treści odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w sformułowanej przez odwołującego się wykonawcę argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do wszystkich elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 czerwca 2020 r. o sygn. akt: KIO 401/20, KIO 403/20). Innymi słowy na zarzut składają się nie tylko przywołanie podstawy prawnej, ale również wszystkich okoliczności faktycznych, z których odwołujący wywodzi skutki prawne, dlatego też powoływanie na późniejszym etapie postępowania odwoławczego nowych okoliczności faktycznych nie może być przez Izbę brane pod uwagę przy rozpatrywaniu zarzutów odwołania. Izba jest bowiem związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia (zob. m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 955/23 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2020 r. o sygn. akt KIO 431/20). To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która zgodnie z dyspozycją przepisu art. 555 ustawy Pzp może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu (zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2022 r. o sygn. akt: KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22).

Wobec powyższego należy zauważyć, że CERTA w odniesieniu do zarzutu nr 1 petitum odwołania nie przedstawił odpowiadającej mu argumentacji popartej okolicznościami faktycznymi i oceną prawną. Odwołujący jako podstawę prawną omawianego zarzutu wskazał przepis art. 254 ustawy Pzp w związku z podstawowymi zasadami udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 i art. 17 ustawy Pzp, nie precyzując przy tym w szczególności które konkretnie zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zostały w jego ocenie naruszone przez Zamawiającego. Dodatkowo wymaga podkreślenia, że CERTA we wstępnej części odwołania (petitum) zarzucił Bibliotece naruszenie art. 16 i 17 ustawy Pzp w związku z art. 254 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z Odwołującym oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy KanVex. W tym miejscu zasadne jest wskazanie, że art. 254 ustawy Pzp stanowi, iż postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania. Należy zaznaczyć, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest na gruncie ustawy Pzp warunkiem rozwiązującym stosunek przetargowy, będący swoistą umową przedwstępną lub umową do niej zbliżoną, do zawiązania którego dochodzi w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty. Zawarcie umowy wyznacza zatem moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, ale nie stanowi już czynności w postępowaniu, co wynika z definicji postępowania o udzielenie zamówienia zawartej w art. 7 pkt 18 ustawy Pzp. Wybór najkorzystniejszej oferty nie oznacza więc zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, a postępowanie kończy się dopiero zawarciem ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy jest z kolei jednoznaczne z udzieleniem zamówienia, zgodnie z definicją określoną w art. 7 pkt 25 ustawy Pzp (zob. m.in.: M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023, art. 254 ustawy Pzp oraz „Prawo zamówień publicznych" – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 775, art. 254 ustawy Pzp). Mając na uwadze powyższe zauważenia zatem wymaga, że z konstrukcji zarzutu nr 1 przedstawionego wyłącznie we wstępnej części odwołania (petitum) wynika, iż CERTA zarzucając Zamawiającemu zaniechanie czynności zawarcia umowy z Odwołującym, która jak stanowi art. 7 pkt 18 ustawy Pzp nie jest już elementem postępowania o udzielenie zamówienia, w rezultacie domaga się udzielenia mu zamówienia, pomimo że Biblioteka odrzuciła ofertę CERTA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a następnie dokonała wyboru jako najkorzystniejszej oferty KanVex. Skonstruowanie omawianego zarzutu w taki sposób nie mogło znaleźć aprobaty składu orzekającego, tym bardziej, że jak wynika z art. 554 ust. 6 ustawy Pzp Izba nie posiada kompetencji do nakazania zamawiającemu zawarcia umowy. Zważywszy na wszystko powyższe zarzut naruszenia art. 16 i art. 17 ustawy Pzp w związku z art. 254 ustawy Pzp (zarzut podstawowy) nie zasługiwał na uwzględnienie.

Przechodząc zatem do rozpoznawania zarzutu nr 2 petitum tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 253 ustawy Pzp (zarzut ewentualny) w pierwszej kolejności należy wskazać, że „(…) Przedmiotem rozważań KIO, a w konsekwencji także sądu mogą być jedynie te decyzje zamawiającego (i ich uzasadnienie), które

zamawiający podjął i przekazał uczestnikom postępowania przetargowego. To treść i forma tych ówczesnych decyzji zamawiającego wyznaczają granice rozpoznania odwołania przez KIO, a skargi przez sąd. Słuszne jest więc dokonanie rozstrzygnięcia w oparciu o to co (i jak) zamawiający zakomunikował wykonawcom w trakcie postępowania przetargowego. Ocena prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego musi być dokonana wyłącznie w zakresie uzasadnienia faktycznego tej czynności. Dlatego nie może być akceptowane dążenie przez zamawiającego do rozszerzenia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o odrzuceniu oferty. Jest to kwestia fundamentalna, bo to na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Dlatego też uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować (…); (…) Prawidłowe działania zamawiającego powinny zawsze polegać na powoływaniu w decyzjach o odrzuceniu danej oferty konkretnych przyczyn, z powodu których zamawiający się na to decyduje. Jeśli zamawiający uważa, iż wykonawca popełnił konkretne błędy, to te konkretne uchybienia powinny były zostać wyraźnie wskazane w treści decyzji o odrzuceniu oferty (…)" (tak: Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 16 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 108/21; por.: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 9 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1629/21, KIO 1638/21, z dnia 16 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 593/23, z dnia 27 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1672/21, z dnia 17 października 2014 r. o sygn. akt KIO 2028/14, z dnia 13 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1848/21, z dnia 2 sierpnia 2016 r. o sygn. akt KIO 1346/16, z dnia 11 lipca 2017 r. o sygn. akt KIO 1290/17 oraz z dnia 15 kwietnia 2024 r. o sygn. akt KIO 1073/24). Zasadne wydaje się w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „(…) W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Universale-Bau i in., pkt 78) (…)".

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba wskazuje, że skoro Biblioteka podjęła decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy CERTA w piśmie z dnia 10 czerwca 2024 r., to również tam powinna była przedstawić pełne oraz precyzyjne uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności. Należy zauważyć, że przepis art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania, równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji czy przejrzystość postępowania, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Uzasadnienie zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno zatem wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że Biblioteka poinformowała Odwołującego, że odrzuca jego ofertę na podstawie art. 226 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy 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". Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. W ramach powyższego katalogu mieścić się będzie zatem m.in. sytuacja, kiedy wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób inny niż wymagany w świetle dokumentów zamówienia. W komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy Pzp czytamy: „Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub

innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Analiza niniejszej podstawy odrzucenia oferty pozwala na stwierdzenie, że oczywistym warunkiem dokonania takiej czynności z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Z przykładów zachowujących swoją aktualność na tle Pzp wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, dotyczyć mogą: (…), 2) zakresu świadczenia wykonawcy lub sposobu spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia (np. nieuwzględnienie w wycenie wszystkich wymogów i elementów, jakie postawił zamawiający (…)" (zob. „Prawo zamówień publicznych" – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 729, art. 226 ustawy Pzp). Dla stwierdzenia istnienia podstaw do odrzucenia, o których mowa w wyżej wymienionym przepisie, niezbędne jest więc stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi w dokumentach zamówienia wymaganiami, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 stycznia 2024 r. o sygn. akt 3801/23 „Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia (…); Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania zamawiającego (…)" (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 543/22). Innymi słowy zastosowanie wobec wykonawcy podstawy odrzucenia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wymaga wskazania przez zamawiającego z jakimi ustalonymi postanowieniami dokumentów zamówienia treść oferty jest niezgodna. Odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi bowiem szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty i brzmieniem dokumentacji postępowania. Jeżeli natomiast zamawiający nie jest w stanie wprost wskazać treści dokumentów zamówienia, z którą oferta jest sprzeczna, takie odrzucenie jest wadliwe.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego z uzasadnieniem w brzmieniu przedstawionym w piśmie z dnia 10 czerwca 2024 r. nie odpowiada przepisom ustawy Pzp. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający podał uzasadnienie odrzucenia oferty CERTA, które nie spełnia standardów wynikających z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego Biblioteka nie zrealizowała bowiem obowiązku przekazania informacji zawierających precyzyjne uzasadnienie faktyczne i prawne w zakresie podjętej czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający, uzasadniając tę czynność, ograniczył się do podania podstawy prawnej odrzucenia tj. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i powiązanego z nią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz lakonicznego wskazania, że oferta wykonawcy CERTA „nie obejmuje wykonania prac remontowych, a jedynie wykonanie robót budowlanych związanych z rozbudową Biblioteki". Zamawiający referował przy tym do zakresu robót remontowych w istniejącym obiekcie ujętego w „przedmiarze robót – ZAŁĄCZNIK NR 7". Zdaniem Biblioteki w konsekwencji „zaoferowana przez Wykonawcę kwota nie obejmuje całości zakresu przedmiotu zamówienia opisanego w Specyfikacji Warunków Zamówienia". Jak wynika z powyższego, Zamawiający nie podał i nie opisał, z którymi konkretnie elementami dokumentów zamówienia oraz ich poszczególnymi pozycjami oferta Odwołującego jest niezgodna oraz na czym ta niezgodność polega. Biblioteka nie wskazała, których szczegółowych zakresów prac remontowych w treści oferty zabrakło lub z jakich powodów roboty ujęte uznała za niewystarczające lub niezgodne z warunkami zamówienia. Przy czym zaznaczyć należy, że samo generalne wskazanie niezgodności treści oferty z przedmiarem robót – Załącznikiem nr 7 nie jest zrozumiałe samo przez się. Zamawiający w przywołanym Załączniku nr 7 do SWZ zawarł bowiem folder z przedmiarami robót w szczególności w zakresie „Remontu pomieszczeń Miejskiej Biblioteki Publicznej im. Cypriana Kamila Norwida w Złotowie". Zamawiający udostępnił potencjalnym wykonawcom zamówienia m.in. przedmiary robót w zakresie remontu pomieszczeń Biblioteki w branży budowlanej oraz w branży elektrycznej, które zawierały szereg pozycji odnoszących się do poszczególnych robót remontowych. Zważywszy na powyższe, rozpatrując i oceniając uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty CERTA podane przez Zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 10 czerwca 2024 r., Izba stwierdziła, że Biblioteka nie wskazała w związku z jakimi okolicznościami faktycznymi uznała treść oferty zaoferowanej przez Odwołującego za niezgodną z warunkami zamówienia w rozumieniu definicji legalnej zawartej w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp. Innymi słowy z treści przekazanego wykonawcy CERTA uzasadnienia decyzji o odrzuceniu jego oferty przede wszystkim nie wynika w sposób jednoznaczny i precyzyjny, których konkretnie robót wymaganych do realizacji przedmiotu zamówienia – w ocenie Zamawiającego – Odwołujący nie ujął w wycenie swojej oferty. Co znamienne, Biblioteka nie odniosła się w jakikolwiek sposób do zarzutu nr 2 petitum odwołania. Zamawiający nie był w stanie wskazać żadnych robót, których oferta Odwołującego miałaby nie obejmować ani w złożonej pisemnej odpowiedzi na odwołanie ani w stanowisku zaprezentowanym podczas rozprawy. Ponadto Izba zwróciła uwagę, że Biblioteka dokonała nieuprawnionej interpretacji stanowiska przedstawionego przez wykonawcę CERTA w piśmie z dnia 6 czerwca 2024 r. stwierdzając, że złożona przez Odwołującego oferta „nie obejmuje prac remontowych, a jedynie

wykonanie robót budowlanych związanych z rozbudową Biblioteki". Analiza treści rzeczonego pisma niewątpliwie nie pozwala na przyjęcie, że Odwołujący potwierdził w nim, iż zakres jego oferty obejmuje wyłącznie wykonanie robót budowlanych związanych w rozbudową Biblioteki. Biorąc pod uwagę wszystko powyższe, w okolicznościach niniejszej sprawy, czynność odrzucenia oferty CERTA z takim uzasadnieniem jak podano w piśmie z dnia 10 czerwca 2024 r. nie mogła się ostać.

Ponieważ potwierdzenie się zarzutu nr 2 petitum odwołania tj. pierwszego z trzech postawionych zarzutów ewentualnych jest wystarczające dla uwzględnienia żądania nakazania Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy KanVex, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, Izba nie rozpoznawała dalszych zarzutów ewentualnych (zarzuty nr 3-4 petitum odwołania), które zostały podniesione na wypadek nieuwzględnienia odpowiednio zarzutów wskazanych w pkt 1-2 (w przypadku zarzutu nr 3 petitum odwołania) oraz zarzutów z pkt 1-3 (w odniesieniu do zarzutu nr 4 petitum odwołania).

Reasumując – w ocenie Izby – rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie bowiem z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, może mieć istotny wpływ na wynik niniejszego Postępowania. Należy bowiem zauważyć, że podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i akuratne ich opisanie warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej względem takiej czynności. Natomiast sposób i możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej ma bezpośredni wpływ na wynik postępowań o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....