

WYROK

Warszawa, dnia 3 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2024 r. przez wykonawcę **Ericsson Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Delta Electronics (Poland) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Delta Electronics (Poland) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz zwrot kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

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

PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem pn. *Zakup i wdrożenie Systemów Zasilania podstawowego i awaryjnego na potrzeby budowy sieci LTE450*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „p.z.p”, z zastosowaniem przepisów wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 listopada 2022 r. pod numerem 2022/S 211-608961.

W dniu 6 maja 2024 r. wykonawca Ericsson Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Delta jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo iż wykonawca ten w Postępowaniu w ogóle nie złożył Formularza Oferty, którego wzór określono w Załączniku nr 3 do SWZ dla Postępowania (dalej: „SWZ”), co powoduje, że oferta Delta jest niezgodna z pkt. 19.3. SWZ, zgodnie z którym: „Wykonawca składa Ofertę na Formularzu Oferty zgodnym z wzorem określonym w Załączniku Nr 3 do SWZ – Formularz nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 128 Ustawy PZP”, która to niezgodność ma charakter nieusuwalny i skutkuje niedopuszczalnym brakiem szeregu oświadczeń i zapewnień, które winny zostać złożone w treści oferty (w ramach Formularza Oferty);

2. art. 16 pkt 1) p.z.p. poprzez uznanie, że zarówno oferta wykonawcy Ericsson jak i oferta wykonawcy Delta są ofertami

prawidłowymi, porównywalnymi i niepodlegającymi odrzuceniu, mimo iż wykonawca Ericsson złożył w Postępowaniu należycie wypełniony i podpisany Formularz Oferty, a zatem zawarł w swej ofercie wymagane oświadczenia i zapewnienia, a wykonawca Delta, na skutek swoich zaniedbań, nie złożył Formularza Oferty, a zatem nie zawarł w swej ofercie wymaganych oświadczeń i zapewnienia, co w konsekwencji spowodowało, że obie oferty zawierały różny zakres oświadczeń i zapewnienia, a tym samym różniły się co do zakresu zaciągniętych nimi zobowiązań, co powoduje, że zaistniał stan nierównego traktowania wykonawców i zaburzenia uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu; odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Delta; wyboru oferty wykonawcy Ericsson.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Delta Electronics (Poland) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Przystępujący”.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, wnosząc o oddalenie odwołania. Pismo procesowe złożył również Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, ofertę Przystępującego, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 28 maja 2024 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest zakup i wdrożenie Systemów Zasilania podstawowego i awaryjnego na potrzeby budowy sieci LTE450.

Zgodnie z pkt 19.3 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, Wykonawca składa Ofertę na Formularzu Oferty zgodnym z wzorem określonym w Załączniku Nr 3 do SWZ – Formularz nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 128 Ustawy PZP.

Stosownie do pkt 19.4 SWZ Wraz z Ofertą Wykonawca zobowiązany jest złożyć:

19.4.1. Wypełniony za pośrednictwem Systemu Zakupowego formularz, w którym Wykonawca określi całkowitą wartość przedmiotu zamówienia w PLN (netto i brutto) zgodnie z Formularzem Oferty – UWAGA: wypełniony formularz w Systemie Zakupowym stanowi jedynie techniczne potwierdzenie Oferty złożonej na Formularzu Oferty – w przypadku rozbieżności pomiędzy Ofertą złożoną na Formularzu Oferty a formularzem w Systemie Zakupowym wiążącą i podlegającą ocenie jest Oferta złożona na Formularzu Oferty;

19.4.2. Formularz cenowy sporządzony na podstawie wzoru określonego w Załączniku nr 3A do SWZ. UWAGA: formularz cenowy, o którym mowa w niniejszym punkcie Wykonawca składa w 2 (słownie: dwóch) egzemplarzach w dwóch różnych formatach plików szczegółowo opisanych w pkt 19.7 SWZ poniżej;

19.4.3. potwierdzenie wniesienia wadium w formie pieniężnej lub elektroniczny dokument wadium;

19.4.4. Pełnomocnictwo osób podpisujących ofertę do reprezentowania Wykonawcy lub inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania Wykonawcy jeżeli umocowanie nie wynika wprost z dokumentów rejestrowych.

Formularz oferty wymagał, aby wykonawca podał nazwę i adres wykonawcy, osobę uprawnioną do kontaktów z

Zamawiającym, cenę oferty oraz oferowany okres udzielonej gwarancji. W pkt V Formularza oferty znajdowały się następujące oświadczenia:

1. Zapoznaliśmy się i w pełni akceptujemy treść SWZ wraz ze wszystkimi załącznikami oraz treść wyjaśnień i modyfikacji do SWZ i nie wnosimy do nich zastrzeżeń.

2. Otrzymaliśmy konieczne informacje do przygotowania Oferty i wykonania Zamówienia, oceny ryzyka, trudności i wszelkich innych okoliczności jakie mogą wystąpić w trakcie realizacji Zamówienia oraz uzyskaliśmy wszystkie informacje niezbędne do właściwego przygotowania Oferty.

3. Oświadczamy, iż zachowamy poufność danych dotyczących Zamawiającego uzyskanych w procesie toczącego się niniejszego Postępowania.

4. Podane w Ofercie elementy ceny obejmują przedmiot i zakres Zamówienia zgodnie z zasadami i warunkami określonymi w SWZ, a także uwzględniają wszystkie składniki związane z realizacją przedmiotu Zamówienia wpływające na wysokość ceny.

5. Oświadczamy, że niedoszacowanie, pominięcie lub brak należytego rozpoznania przez nas zakresu przedmiotu Zamówienia nie jest podstawą do żądania zmiany ceny.

6. Wybór naszej Oferty :

nie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego.

będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego. Wskazujemy nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, ich wartość bez kwoty podatku oraz stawkę podatku, która zgodnie z wiedzą wykonawcy, będzie miała zastosowanie:

7. Oświadczamy, że jesteśmy zdolni do wykonania przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami podanymi w SWZ.

8. Oświadczamy, że :

Przedmiot zamówienia wykonamy siłami własnymi;

Powierzmy następującym podwykonawcom realizację następujących części

Lp. Nazwa i adres podwykonawcy (jeżeli są znani) Zakres zamówienia, który zostanie powierzony podwykonawcy

Oświadczamy, że przed przystąpieniem do wykonania Zamówienia podamy nazwy lub imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi dla wskazanych wyżej zakresów Zamówienia, jeżeli podwykonawcy będą wtedy już znani

9. Oświadczamy, że przedmiot Oferty jest zgodny z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego.

10. Oświadczamy, iż akceptujemy termin realizacji Zamówienia wskazany przez Zamawiającego w SWZ, wraz z terminami częściowymi (pośrednimi). Termin wykonania przez nas Zamówienia obejmuje okres określony w SWZ.

11. Akceptujemy treść Projektowanych postanowień Umowy stanowiących Załącznik nr 2 do SWZ i w przypadku wyboru naszej Oferty podpiszemy Umowę w terminie na warunkach określonych przez Zamawiającego.

12. Uważamy się za związanych niniejszą Ofertą do dnia wskazanego w pkt 18.1. SWZ.

13. Informujemy, że :

niniejsza Oferta oraz wszelkie załączniki są jawne i nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - które jako takie nie mogą być udostępniane innym uczestnikom postępowania – zostały złożone w katalogu „Dokument niejawny (tajemnica przedsiębiorstwa). Do Oferty załączamy uzasadnienie zastrzeżenia informacji.

14. Oświadczamy, że Wykonawca: (informacja do celów statystycznych) :

jest mikroprzedsiębiorcą (przedsiębiorstwo, które zatrudnia mniej niż 10 osób i którego roczny obrót lub roczna suma bilansowa nie przekracza 2 milionów EUR);

jest małym przedsiębiorcą (przedsiębiorstwo, które zatrudnia mniej niż 50 osób i którego roczny obrót lub roczna suma bilansowa nie przekracza 10 milionów EUR);

jest średnim przedsiębiorcą (przedsiębiorstwa, które nie są mikroprzedsiębiorstwami ani małymi przedsiębiorstwami i które zatrudniają mniej niż 250 osób i których roczny obrót nie przekracza 50 milionów EUR lub roczna suma bilansowa nie przekracza 43 milionów EUR);

nie jest mikroprzedsiębiorcą lub małym lub średnim przedsiębiorcą

15. Wadium w kwocie zł zostało wniesione w dniu w formie

16. Pod groźbą odpowiedzialności karnej oświadczamy, że przedstawione w Ofercie informacje oraz załączone do Oferty dokumenty oraz oświadczenia opisują stan faktyczny i prawny, aktualny na dzień składania Ofert (art. 297. k.k.).

17. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z zasadami określonymi w Kodeksie Postępowania dla Partnerów Biznesowych PGE Dystrybucja S.A. oraz w Dobrych praktykach zakupowych PGE Dystrybucja S.A. 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.

18. Oświadczamy, że zapewniamy wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, aby przetwarzanie danych osobowych spełniało wymogi wynikające z obowiązujących przepisów o ochronie danych osobowych, w tym przepisów Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) – dalej: „RODO”, mających zastosowanie i chronią prawa osób, których dane dotyczą. Jednocześnie oświadczamy, że:

19.1. znane są nam wszelkie obowiązki wynikające z obowiązujących przepisów o ochronie danych osobowych, w tym przepisów RODO, które zobowiązujemy się wykonywać jako podmiot przetwarzający dane osobowe na zlecenie administratora danych lub jako administrator danych osobowych;

19.2. zapoznaliśmy się z klauzulą informacyjną dotyczącą przetwarzania danych osobowych osób fizycznych zamieszczoną na stronie internetowej <https://pgedystrybucja.pl/przetargi-zakupowe> (dotyczy osób fizycznych);

19.3. wypełniliśmy obowiązki wynikające z przepisów o ochronie danych osobowych (w szczególności RODO), w tym obowiązki informacyjne, w stosunku do osób, od których dane osobowe bezpośrednio lub pośrednio pozyskaliśmy w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszym Postępowaniu. Spełniliśmy w imieniu Zamawiającego wobec tych osób obowiązek informacyjny Zamawiającego z art. 14 RODO, zgodnie z klauzulą informacyjną Zamawiającego zamieszczoną na stronie internetowej <https://pgedystrybucja.pl/przetargi-zakupowe>;

19.4. w przypadku zawarcia umowy w wyniku niniejszego postępowania, jako podmiot przetwarzający będziemy przetwarzać dane osobowe na pisemne zlecenie administratora danych (Zamawiającego), zobowiązujemy się zawrzeć z Zamawiającym umowę powierzenia przetwarzania danych osobowych, według wzoru obowiązującego u Zamawiającego.

19. Przekazywane przez nas dane osobowe mogą być wykorzystane wyłącznie w celach związanych z prowadzonym Postępowaniem publicznym nr POST/DYS/OB/LZA/17845/2022.

20. Do niniejszej Oferty są dołączone następujące załączniki:

Załącznik Nr 1 -

Załącznik Nr 2 -

Załącznik Nr 3 -

Termin składania ofert w postępowaniu upływał w dniu 19 stycznia 2024 r. We wskazanym terminie oferty w postępowaniu złożyli Odwołujący oraz Przystępujący, który w ramach swojej oferty w ogóle nie złożył Formularza Oferty.

W dniu 23 kwietnia 2024 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej z wynikiem 82,00 pkt., jednocześnie klasyfikując ofertę Odwołującego na drugim miejscu, z wynikiem 81,88 pkt.

Odwołujący podnosił, że Przystępujący na skutek własnych zaniedbań złożył w postępowaniu ofertę niezawierającą najbardziej podstawowego, kluczowego dla niej dokumentu, tj. samego Formularza Oferty. W ocenie Odwołującego brak ten przesądza o niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia (pkt. 19.3 SWZ) i w konsekwencji o zaistnieniu obowiązku jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba uznała, że zasadny jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający na podstawie ww. przepisu jest zobowiązany odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia – zgodnie z 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.

Treść warunków zamówienia, to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia katalog potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa.

Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność

ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

Ponadto, uwzględniając art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dodatkowo, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poza wyjaśnieniem treści oferty na wezwanie zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty. Jediną możliwością korekty oferty wykonawcy jest art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, jednak pod pewnymi warunkami. Jak podkreśla orzecznictwo Izby i Trybunału Sprawiedliwości UE zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacji między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego ani oferenta (wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16).

Należy również podkreślić, że specyfikacja warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jej postanowienia są wiążące w równym stopniu, zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego, zarówno na etapie składania ofert, jak i na etapie ich oceny. Zamawiający nie jest więc uprawniony w toku badania ofert dokonywać swobodnej oceny, które z wymogów zawartych przez niego uprzednio w specyfikacji warunków zamówienia są mu potrzebne, a które nie. W efekcie zamawiający ma obowiązek weryfikować zgodność ofert z warunkami zamówienia pod kątem każdego wymagania, bez względu na to, czy po złożeniu ofert nadal uważa je za potrzebne, czy nie. Przeciwnie działanie, tj. rezygnacja przez zamawiającego z określonych wymagań na etapie badania ofert, stanowi naruszenie zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania zarówno wykonawców uczestniczących w postępowaniu, jak i tych, którzy mogliby zdecydować o wzięciu w nim udziału, gdyby wiedzieli, że spełnienie określonych wymogów nie będzie jednak weryfikowane (vide wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1293/21).

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy stan faktyczny należy wskazać, co następuje.

W postanowieniach SWZ (pkt 19.3 i 19.4) przesądzono wprost, że Formularz Oferty nie będzie podlegał uzupełnieniu, a także będzie miał decydujące znaczenie w razie ewentualnej sprzeczności z formularzem wypełnionym w Systemie Zakupowym, który stanowi jedynie techniczne potwierdzenie oferty złożonej na Formularzu Oferty (wypełniając go w Systemie Zakupowym wykonawcy nie musieli go podpisywać, w związku z czym – inaczej niż Formularz Oferty – nie stanowił on wiążącego oświadczenia woli).

W orzecznictwie KIO ugruntowany jest pogląd, iż do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, co wynika z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak wskazał Sąd Najwyższy, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności.

Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności. W tym zakresie należy dodać, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu - jak stanowi art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania.

W ocenie składu orzekającego, w okolicznościach niniejszej sprawy można było od Przystępującego obiektywnie oczekiwać zachowania zgodnego z powszechnie znanym wśród profesjonalnych podmiotów wzorcem postępowania, tj. złożeniem wszystkich wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, w tym Formularza Oferty.

Izba w wyroku z dnia 26 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 84/22, wskazała, że *każdy profesjonalny wykonawca, winien dołożyć należytej staranności, aby treść oferty złożonej zamawiającemu nie budziła jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych. Nie jest bowiem możliwa sytuacja (tak jak w przedmiotowym postępowaniu), że zamawiający zmuszony jest do domyslenia się treści oferty wykonawcy. Zamawiający nie ma bowiem żadnych narzędzi prawnych i faktycznych, aby uzupełnić za wykonawcę treść oświadczeń, jakie miał złożyć wykonawca. Nieznane są bowiem intencje wykonawcy. 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.*

Tak też w wyroku Izby z dnia 27 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2351/16, gdzie wskazano, że *Z przedstawionego powyżej stanu faktycznego i prawnego wynika, że wykonawca wybrany nie składając formularza ofertowego nie złożył także szeregu wymaganych przez SIWZ oświadczeń towarzyszących oświadczeniu woli zawarcia umowy zarówno natury*

formalnej jak i merytorycznej. Niemniej zarówno jedno jak i drugie oświadczenia są niezbędne dla poprawności i ważności złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający ma prawo jak i obowiązek uzyskania oświadczenia od oferentów, że akceptują warunki postępowania przetargowego i temu celowi służą tzw. oświadczenia formalne to jest w szczególności o akceptacji SIWZ, o deklaracji zawarcia umowy na warunkach Zamawiającego, o związaniu ofertą czy też o uzyskaniu niezbędnych informacji do złożenia oferty. Kolejnymi oświadczeniami niezbędnymi dla złożenia oferty są tzw. oświadczenia merytoryczne to jest co do informacji tajnych wraz z ich uzasadnieniem w ofercie, czy też o braku udziału lub udziale podwykonawców wraz z podaniem ich firm. Tych oświadczeń to jest zarówno formalnych jak i merytorycznych wykonawca wybrany w pakiecie nr 23 nie złożył na etapie składania oferty. W związku z tym, że są one wymagane według SIWZ, brak ich kwalifikuje treść oferty jako sprzeczną z treścią SIWZ co wyczerpuje przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp. W konsekwencji uzasadniony jest również zarzut odwołania co do naruszenia art.7 ust.1 ustawy pzp o zachowaniu uczciwej konkurencji i równym traktowaniu stron.

Izba wskazuje, że Formularz Oferty, stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ, zawiera szereg oświadczeń, które winni byli złożyć wykonawcy, w tym m.in. oświadczeń co do okoliczności związanych z kalkulacją oferty, a także oświadczeń woli dotyczących związania ofertą, czy akceptacji postanowień SWZ, w tym także treści projektowanych postanowień umowy.

Przystępujący nie zastosował się do wymogów Zamawiającego i złożył ofertę, której treść nie tylko nie zawiera stanowczych zobowiązań co do realizacji zamówienia na określonych warunkach, ale też nie zawiera oświadczenia, że wykonawca uważa się za związanego ofertą do dnia wskazanego w pkt 18.1 SWZ.

Postanowienia SWZ wyraźnie wskazują z jakich dokumentów składa się oferta, na pierwszym miejscu wskazując na Formularz Oferty, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ. Skoro Zamawiający oczekiwał przedłożenia Formularza Oferty to zarówno wykonawcy, jak i Zamawiający są związani tymi postanowieniami. Oznacza to, że wykonawcy byli zobowiązani zastosować się do tego wymogu i złożyć ofertę zgodnie z treścią Formularza Oferty, którego wzór stanowił załącznik nr 3 do SWZ, a Zamawiający był zobowiązany egzekwować wypełnienie tego wymogu na równych zasadach od wszystkich wykonawców. Rezygnacja z tego wymogu w odniesieniu do jednego z wykonawców oznacza ich nierówne traktowanie.

Reasumując, rację należy przyznać Odwołującemu, że brak polegający na niezłożeniu Formularza Oferty nie ogranicza się do aspektu formalnego dotyczącego postaci (formy), w jakiej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wykonawca powinien był złożyć ofertę w postępowaniu, lecz ma charakter istotny, materialny. Powoduje bowiem, że w świetle dokumentów złożonych przez Przystępującego nie można przyjąć, że wykonawca ten bierze udział w postępowaniu na warunkach wymaganych przez Zamawiającego (określonych w SWZ), a zarazem na tych samych zasadach co drugi wykonawca, w tym z uwzględnieniem tych samych zasad będzie zobowiązany zawrzeć i realizować umowę w sprawie przedmiotowego zamówienia. Równocześnie próżno szukać w ofercie Przystępującego oświadczenia, że uważa się za związanego ofertą do dnia wskazanego w pkt 18.1 SWZ.

Tym samym należy uznać, aby Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Dlatego też Izba uwzględniła odwołanie nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Delta Electronics (Poland) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodnicząca:.....