

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2024 r. przez wykonawcę ENITEC Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez TAURON Ciepło Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ENREM – POŁANIEC Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – ENITEC Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ENITEC Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania, kwotę

1 407 zł 60 gr (słownie: tysiąc czterysta siedem złotych sześćdziesiąt groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictw, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – TAURON Ciepło Sp. z o.o.

z siedzibą w Katowicach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 673 zł 90 gr (słownie: sześćset siedemdziesiąt trzy złote dziewięćdziesiąt groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

2.2. zasądza od odwołującego – wykonawcy ENITEC Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na rzecz zamawiającego – TAURON Ciepło Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach kwotę

4 273 zł 90 gr (słownie: cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt trzy złote dziewięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem 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: .....

Sygn. akt: KIO 1031/24

**Uzasadnienie**

Zamawiający – TAURON Ciepło Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *komponent – Remont kapitalny kotła i urządzeń pomocniczych bloku BC50 w ZWB EC1 w roku 2024* (znak postępowania: PZP/TC/05691/2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 grudnia 2023 r. pod numerem 00762144-2023.

W dniu 27 marca 2024 r. wykonawca ENITEC Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, w zw. z art. 16 Pzp, w zw.

z art. 17 ust. 2 Pzp, ewentualnie w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 362 Pzp, poprzez nieprawidłowe uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako oferta niezgodna

z warunkami zamówienia, podczas gdy omyłka w Formularzu Cenowym Odwołującego, polegająca na wskazaniu dodatkowej pozycji 1.1.20 w Arkuszu II, winna zostać poprawiona przez Zamawiającego poprzez jej wykreślenie i zmniejszenie kwoty oferty, podanej

w Formularzu ofertowym Odwołującego o wartość tej pozycji (tj. o kwotę 18.000,00 zł netto); ewentualnie poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści Formularza Cenowego poprzez zawarcie w nim dodatkowej pozycji;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 126 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 253 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 16 Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 362 Pzp, poprzez nieprawidłowe uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, z uwagi na rzekome nieprzedłożenie przez Odwołującego w terminie oświadczenia JEDZ, podczas gdy prawidłowa ocena oferty Odwołującego winna prowadzić do ustalenia przez Zamawiającego, że Odwołujący przedłożył oświadczenie JEDZ, w którym wstępnie oświadczył, że spełnia wszystkie warunki udziału w Postępowaniu, co jednoznacznie potwierdził przekazanymi Zamawiającemu podmiotowymi środkami dowodowymi; ponadto Zamawiający zaniechał wskazania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego w Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 20 marca 2024 r., z którego jednoznacznie wynikałoby dlaczego Zamawiający uznał, że Odwołujący nie przedłożył oświadczenia JEDZ.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

- a) uwzględnienie odwołania w całości;
- b) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- c) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty ENREM-POŁANIEC Sp. z o.o.;
- d) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, a w jej następstwie uznania, iż oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu oraz dokonania wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz tłumaczenia referencji, a po ich ocenie – wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- e) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wyszczególnionych w odwołaniu lub dołączonych do odwołania lub przedłożonych na posiedzeniu lub rozprawie przed KIO, na okoliczności wskazane w odwołaniu lub na posiedzeniu lub rozprawie przed KIO;
- f) zasądzenie w całości od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu lub noclegu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Odnosnie zarzutu zawartego w punkcie 1. *petitum* odwołania Odwołujący potwierdził, że złożony wraz z ofertą Formularz Cenowy w Arkuszu nr II pn.: „Zakres prac remontu urządzeń pomocniczych bloku BC50 w ZWB EC1”, omyłkowo zawierał dodatkową pozycję (niewskazaną przez Zamawiającego w załączniku nr 1a do SWZ), tj. pozycję nr 1.1.20 „Materiały do remontu, rusztowania, dźwig itd.”, która została wyceniona na kwotę 18.000,00 zł netto. Wskazał, że wycenił cały zakres zamówienia, w tym wszystkie pozycje wyszczególnione przez Zamawiającego w Załączniku nr 1a do SWZ, tj. wzorze Formularza Cenowego. Odwołujący w sposób niezamierzony i omyłkowy dodał w Arkuszu II Formularza Cenowego pozycję 1.1.20. Omyłka ta była spowodowana informacjami wskazanymi poniżej w Załączniku nr 1a w miejscu „UWAGI”, które wskazywały na konieczność zapewnienia materiałów do remontu, budowy rusztowań lub wynajem dźwigów przez Wykonawcę. Omyłką w rozumieniu art. 223 ust. 2 Pzp jest bowiem błąd wykonawcy przy sporządzaniu oferty, nienoszący znamion celowego działania polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej, niezgodnej z żądaniami zamawiającego treści. Zamiarem Odwołującego było złożenie oferty zgodnej z SWZ, w tym wycena wszystkich pozycji wskazanych w Załączniku nr 1a do SWZ. Odwołujący w sposób niezamierzony i omyłkowy dodał do Formularza Cenowego w Arkuszu II sporną pozycję, niezależnie jednak od powyższego, wycenił wszystkie pozostałe pozycje w Formularzu Cenowym. Powyższe, tj. chęć złożenia przez Odwołującego oferty zgodnej z SWZ wynika wprost z oświadczenia Odwołującego, złożonego na załączniku nr 1 do SWZ, z którego w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że Odwołujący oświadczył, iż: a) zapoznaliśmy się z treścią SWZ, nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz uzyskaliśmy wszystkie informacje niezbędne do właściwego przygotowania oferty (pkt. 1.1 ww. oświadczenia), b) przedmiot oferty jest zgodny z opisem Przedmiotu Zamówienia (pkt. 1.6 ww. oświadczenia), c) oferujemy zrealizowanie zamówienia w terminie oraz na warunkach płatności i gwarancji wskazanych przez Zamawiającego w SWZ (pkt. 1.9 ww. oświadczenia).

Mając na uwadze powyższe, w opinii Odwołującego, Zamawiający winien

w przedmiotowym Postępowaniu, w stosunku do oferty Odwołującego, zastosować art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp i dokonać poprawy Formularza Cenowego, poprzez wykreślenie omyłkowo dodanej przez Odwołującego pozycji 1.1.20 w Arkuszu II Formularza Cenowego oraz

w konsekwencji dokonać zmniejszenia ceny ofertowej Odwołującego o wartość wykreślonej pozycji, tj. o wartość 18.000,00 zł netto. Poprawa wskazana powyżej była możliwa, bowiem nie spowodowałaby istotnych zmian w treści oferty Odwołującego. Istotne jest bowiem wskazanie, że wynagrodzenie ofertowe Odwołującego wyniosło kwotę

11.772.577,63 zł netto, zatem dodana pozycja stanowiła zaledwie 0,15% całej ceny oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania Odwołującego, polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści, a po drugie poprawienie niezgodności nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. Obie powyższe przesłanki zostały spełnione w niniejszym Postępowaniu. Odwołujący przywołał poglądy przedstawicieli doktryny dotyczącej tzw. innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią specyfikacji oraz orzecznictwo KIO, w tym wyrok KIO 2422/19 i KIO 983/17.

Wskazał, że istotny jest również fakt, że wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter kosztorysowy. Tym samym, stosownie do postanowień § 4 ust. 3 Projektowanych Postanowień Umowy, wynagrodzenie jest rozliczane przy pomocy kosztorysów powykonawczych, przygotowanych w oparciu o wykonane prace i ceny podane przez wykonawcę w formularzu cenowym do umowy. Tym samym, jeśli Odwołujący nie wykonałby pewnego zakresu prac, wskazanego omyłkowo w Formularzu Cenowym, to nie otrzymałby za ten zakres wynagrodzenia. Nie sposób przy tym uznać, że w okresie realizacji zamówienia, za wykonany zakres prac Zamawiający uznałby omyłkowo wskazane materiały do remontu, rusztowania czy dźwig, których koszty zostały wkalkulowane w pozostałych pozycjach kosztorysowych w Formularzu Cenowym. Odwołujący nigdy nie wykonałby zatem prac polegających na zakupie materiałów do remontu, wynajmu rusztowań czy dźwigu,

a prace te nigdy nie stanowiłyby osobnej pozycji kosztorysu powykonawczego, który stanowiłby podstawę do dokonania rozliczeń za realizację zamówienia. Tym samym, poprawa omyłki przez Zamawiającego w żadnej mierze nie spowodowałaby istotnych zmian w treści oferty Odwołującego, nie wpłynęłaby na zakres wykonanych robót i koszty, po których zostałyby rozliczone, zgodnie z powyżej przytoczonym postanowieniem umownym.

Zauważył, że Odwołujący sporządził i przedstawił w ofercie kalkulację Ceny według wymogów określonych w Formularzu Cenowym, którego wzór stanowił załącznik nr 1a do SWZ (pkt 4.2.3.4 SWZ). Wszystkie pozycje wyszczególnione w załączniku nr 1a do SWZ zostały bowiem przez Odwołującego należycie skalkulowane.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, iż *„Przy wynagrodzeniu kosztorysowym, którego istotą jest rozliczenie prac wg faktycznie zrealizowanych robót w oparciu o stawki ujęte w kosztorysie ofertowym Wykonawcy, rzetelna wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych ma doniosłe znaczenie”*. Odwołujący

w pełni zgadza się z Zamawiającym, niemniej Odwołujący wskazuje, że rzetelnie i należycie wycenił każdą obowiązkową i wskazaną przez Zamawiającego pozycję kosztorysową – czego zresztą Zamawiający w żadnej mierze nie kwestionował. Tym samym, notyfikować należy, że po wykreśleniu omyłkowo dodanej pozycji z Formularza Cenowego oraz dokonanej w konsekwencji zmianie ceny oferty (pomniejszonej o 18.000,00 zł netto), możliwe będzie zarówno wykonanie przez Odwołującego przedmiotu zamówienia, jak i jego należyte rozliczenie, zgodnie z postanowieniami wskazanymi w Projektowanych Postanowieniach Umowy.

Prawdą jest również stwierdzenie Zamawiającego, wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że *„Formularz Cenowy winien by sporządzony zgodnie*

*z wymaganiami wynikającymi z SWZ, a Wykonawcy nie powinni samodzielnie dokonywać jego zmian i modyfikacji”*. Niemniej, pomimo formalizmu postępowania prowadzonego

w trybie ustawy Pzp, ustawodawca dopuścił sytuację, w których oferta wykonawcy nie jest doskonała i nakazał Zamawiającemu, w określonych sytuacjach, poprawę jej treści. Taka sytuacja została wskazana w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp i winna mieć zastosowanie

w przedmiotowym przypadku. Odwołujący jednocześnie nie rozumie uzasadnienia Zamawiającego, w jaki sposób poprawa omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp mogłaby wpłynąć na rzekome niezapewnienie bezstronności i obiektywizmu w Postępowaniu. To właśnie brak zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, którego zastosowanie przez Zamawiającego jest obligatoryjne, spowodował naruszenie kluczowych zasad udzielania zamówień, określonych w ustawie Pzp.

Odwołujący wskazał, iż zupełnie niezrozumiałe jest powołanie się przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2021 roku, o sygn. akt KIO 967/21. Zamawiający zacytował bowiem stanowisko sformułowane w ww. postępowaniu przez zamawiającego Szpital Dziecięcy Polanki im. Macieja Płażyńskiego w Gdańsku sp. z o.o. (dalej: Szpital), które zostało jedynie przytoczone przez Krajową Izbę Odwoławczą w stanie faktycznym prowadzonej sprawy (sic!). Krajowa Izba Odwoławcza nigdy nie odniosła się merytorycznie do ww. stanowiska, bowiem Szpital unieważnił podjęte przez siebie czynności, które zostały zaskarżone w odwołaniu (sic!). Izba w przedmiotowym wyroku wskazała, iż: *„(...) wobec unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia czynności unieważnienia postępowania - nie można zarzucić naruszenia przepisów ustawy pzp.*

*W konsekwencji nie ma w postępowaniu zaskarżonych czynności z dnia 16 marca 2021 r. (brak substratu zaskarżenia)*

wobec anulowania ich przez Zamawiającego". Tym samym, powoływanie się przez Zamawiającego w Postępowaniu na ww. wyrok KIO jest daleko posuniętą nieprawidłowością, z uwagi na zupełnie odmienny stan faktyczny. Zamawiający oparł się de facto na uzasadnieniu jednej ze stron sporu, tj. stanowisku Szpitala, a nie na rozstrzygnięciu tego sporu przez Krajową Izbę Odwoławczą – bowiem takiego rozstrzygnięcia nie było. Takie działania wykraczają dalece poza należytą staranność przeprowadzenia Postępowania przez Zamawiającego i mogą wprowadzać w błąd, Zamawiający niesłusznie bowiem wskazał, iż zacytowany przez niego fragment wyroku, jest stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wskazał, iż do niniejszego Postępowania nie może mieć również zastosowania wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2019 roku o sygn. akt KIO/KD 73/19, również powołany przez Zamawiającego w treści zawiadomienia

o odrzuceniu oferty Odwołującego. Przedmiotem postępowania przed KIO była bowiem oferta wykonawcy, który zaferował zamawiającemu laptop niezgodny z wymaganiami OPZ, a zamawiający uznał wyjaśnienia tegoż wykonawcy za wystarczające. KIO słusznie zatem stwierdziła, że zaferowanie laptopa niezgodnego z wymogami OPZ, a kolejno dokonanie wyjaśnień zmieniających w sposób istotny treść złożonej oferty, winno być kwalifikowane jako merytoryczna i niesuwalna niezgodność z dokumentami zamówienia. Przedmiotowy wyrok (pomimo jego zasadności), z uwagi na zupełnie odmienny stan faktyczny, nie może mieć jednak zastosowania w przedmiotowym Postępowaniu.

Zauważył, że Zamawiający nie podjął nawet trudu ustalenia, czy dodana przez Odwołującego pozycja w Formularzu Cenowym może zostać uznana za omyłkę. Zamawiający nie wezwał bowiem Odwołującego do wyjaśnienia treści Formularza Cenowego, stosownie do treści art. 223 ust. 1 Pzp. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 1537/21.

Mając na względzie powyższe, KIO winna uznać zarzut nr (1) za w pełni zasadny, dokonać jego uwzględnienia oraz nakazać Zamawiającemu dokonanie czynności, zgodnie

z wnioskami wskazanymi w odwołaniu.

Odnosnie zarzutu wskazanego w punkcie 2. *petitum* odwołania Odwołujący potwierdził, że w Części IV JEDZ (zarówno w dokumencie pierwotnie złożonym wraz

z ofertą, jak i w dokumencie przedłożonym na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 lutego 2024 roku, złożył w punkcie α ogólne oświadczenie o spełnieniu wszystkich warunków udziału w Postępowaniu. Zamawiający jednak w całości pominął po pierwsze literalną treść przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, po drugie charakter oświadczenia JEDZ, po trzecie charakter błędu w oświadczeniu JEDZ, a po czwarte dołączenie przez Odwołującego wraz

z oświadczeniem JEDZ, złożonym na wezwanie z dnia 8 lutego 2024 r., podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp

w sposób jednoznaczny wskazuje, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, wyłącznie

w sytuacji nie złożenia w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. Odwołujący w przedmiotowym Postępowaniu dwukrotnie przedłożył oświadczenie JEDZ, pierwsze w terminie składania ofert, a drugie w terminie wskazanym w wezwaniu Zamawiającego z dnia 8 lutego 2024 roku. Już zatem chociażby z tego powodu, brak było możliwości odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp. Zauważył, że przepisy o charakterze sankcyjnym, które przewidują daleko idący skutek

w postaci odrzucenia oferty Odwołującego, nie mogą być wykładane w sposób rozszerzający. Decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo przedłożenia przez Odwołującego oświadczenia JEDZ, w którym potwierdził spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, uznać należy za całkowicie arbitralną, stanowiącą nadużycie powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Potwierdzeniem powyższego jest nadal aktualny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2012 roku sygn. akt KIO 2318/12. Podobne stanowiska KIO są formułowane w oparciu o inne przesłanki odrzucenia oferty, wskazane w art. 226 Pzp. Jako przykład powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2023 roku sygn. akt KIO 380/23. Powyższą interpretację, dotyczącą ścisłej i literalnej wykładni art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, potwierdza jednoznacznie wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 811/23.

Następnie Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zapomniał jaki charakter nadaje ustawodawca oświadczeniu JEDZ. W tym miejscu warto zatem wskazać, że zgodnie

z art. 125 ust. 3 Pzp Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Oświadczenie JEDZ stanowi zatem tymczasowy dowód, który potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Zatem, mając na uwadze fakt, że Odwołujący wraz z drugim przedłożonym oświadczeniem JEDZ, złożył Zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające spełnianie warunków

udziału w Postępowaniu, określonych w SWZ, Zamawiający winien po pierwsze dokonać analizy tych dokumentów, a jeśli miał do nich jakiegokolwiek wątpliwości

(w zakresie braku przedłożenia Wykazu usług oraz tłumaczenia referencji), to winien wezwać o przedłożenie tych dokumentów Odwołującego, stosując jako podstawę art. 128 ust. 1 Pzp. Zastosowanie przedmiotowego przepisu do podmiotowych środków dowodowych nie stanowiłoby bowiem naruszenia zasady jednokrotności wezwania z art. 128 ust. 1 Pzp, bo dotyczyłoby dokumentów podmiotowych, a nie oświadczenia JEDZ, a zatem dwóch różnych dokumentów. W orzecznictwie KIO wykształcił się jednolita linia orzecznicza dotycząca jednokrotności wezwania, niemniej w zakresie tego samego dokumentu. Tym samym, jeśli mamy do czynienia z różnymi dokumentami (a takimi jest oświadczenie JEDZ oraz każdy

z podmiotowych środków dowodowych), to Zamawiający winien, w razie konieczności, wystosować do Odwołującego wezwanie z art. 128 ust. 1 Pzp, dotyczące podmiotowych środków dowodowych, czego jednak nie uczynił.

Odwołujący wskazał, iż zdaje sobie przy tym sprawę, że przedłożył podmiotowe środki dowodowe bez wezwania Zamawiającego, zatem dokonał tej czynności samodzielnie. W przedmiotowym stanie faktycznym zastosowanie winien mieć jednak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2022 roku sygn. akt KIO 1581/22. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający winien był wziąć pod uwagę dokumenty podmiotowe przekazane przez Odwołującego, celem potwierdzenia nie wstępnego, jak w oświadczeniu JEDZ, ale finalnego, spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Uzasadniał, iż wykonawca przedłożył Zamawiającemu następujące dokumenty podmiotowe: a) Zaświadczenie Banku, celem potwierdzenia spełniania warunku udziału

w Postępowaniu, wskazanego w pkt. 3.1.1.3 SWZ; b) Referencje dla projektu PTEP Zofiówka, celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu, wskazanego

w pkt. 3.1.1.4 SWZ; c) Referencje wystawione przez Standardkessel Baumgarte Service GmbH w języku niemieckim oraz faktury wystawiane w ramach realizacji inwestycji objętej referencjami, celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu, wskazanego w pkt. 3.1.1.4 SWZ; d) Dokument o nazwie „Część opisowa do referencji”, która de facto stanowiła uproszczone tłumaczenie referencji złożonych w języku niemieckim, wskazanych w lit. c) powyżej.

Mając na względzie postanowienia pkt. 3.4 SWZ Odwołujący nie przedłożył wyłącznie wykazu usług wykonanych (stanowiącego podmiotowy środek dowodowy) oraz tłumaczenia referencji i faktur na język polski. Niemniej, notyfikować należy, że Odwołujący nigdy nie był wzywany przez Zamawiającego ani do przedłożenia dokumentów podmiotowych, ani też do ich uzupełnienia, poprawienia lub przedłożenia w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, zatem Zamawiający naruszył przedmiotowy przepis poprzez zaniechanie jego zastosowania

w przedmiotowym przypadku. Podejście Zamawiającego cechowało się nadmiernym formalizmem, bowiem pomimo nieprawidłowości w oświadczeniu JEDZ, z oświadczenia tego w żadnej mierze nie wynikało, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu. Wręcz przeciwnie, Odwołujący jednoznacznie w Części IV α oświadczenia JEDZ potwierdził spełnianie wszystkich warunków udziału w Postępowaniu.

Pomimo braku tłumaczenia referencji wskazanych powyżej, z przedłożonych dokumentów w sposób jednoznaczny wynika spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, bowiem kluczowe informacje, dotyczące daty realizacji (rok 2023), wydajności pary (200 t/h) oraz wartości zamówienia (która po zsumowaniu przedłożonych faktur wynosi 793.920,00 EUR, tj. 3.422.033,38 zł netto – przeliczanych wg średniego kursu walut NBP obowiązującego w dniu publikacji Ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z pkt. 5.1.9 Ogłoszenia o zamówieniu), w sposób jednoznaczny potwierdzają spełnianie warunku udziału

w Postępowaniu, wskazanego w pkt. 3.1.1.4 SWZ. Warto jedynie doprecyzować, że

w zakresie łącznej wartości zamówień, potwierdzającej spełnienie warunku wskazanego

w pkt. 3.1.1.4 SWZ, to po zsumowaniu wartości realizowanych zamówień, wskazanych

w referencjach w powyżej, wartość ta wynosi ponad 3.500.000,00 zł netto, tym samym warunek udziału w Postępowaniu w sposób jednoznaczny został spełniony przez Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, tj. wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, w zakresie błędów popełnionych w oświadczeniu JEDZ, tj. zaznaczeniu ogólnego oświadczenia w Części IV α, wskazać należy, że charakter przedmiotowego uchybienia nie był na tyle istotny, by mógł skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego. Działanie Zamawiającego cechował zatem zbyt daleko posunięty formalizm, który doprowadził do tego, że Odwołujący, który spełniał wszystkie warunki określone

w SWZ i dawał rękojmię należytego wykonania zamówienia, a jednocześnie zaoferował najniższą cenę ofertową, został bezprawnie pozbawiony możliwości realizacji zamówienia. Potwierdzeniem powyższego jest również stanowisko wskazane przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 21 października 2021 roku (sygn. akt KIO 2934/21).

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, w przekazanym uzasadnieniu faktycznym, w żadnej mierze nie wskazał dlaczego uznał, że Odwołujący nie złożył oświadczenia JEDZ, a tylko taka przesłanka umożliwia zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp. Mając na uwadze powyższe, w opinii

Odwołującego, nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, tym samym zarzut wskazany w pkt. 2 niniejszego odwołania zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w dniu 9 kwietnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 11 kwietnia 2024 r. Odwołujący wniósł replikę na odpowiedź na odwołanie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń**

**i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,

o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ENREM – POŁANIEC Sp. z o.o. z siedzibą w Połancu [dalej „Przystępujący”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę Odwołującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 20 marca 2024 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 kwietnia 2024 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy złożony przez Odwołującego wykaz wykonanych zamówień oraz poświadczony tłumaczenie z języka niemieckiego listów referencyjnych.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 20 marca 2024 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. czynności Zamawiający podał, iż: „Zgodnie z zapisami punktu 4.2.1.3 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ) oferta musi zawierać Formularz Cenowy stanowiący Załącznik nr 1a do SWZ. Ofertę przygotowuje się i składa zgodnie z postanowieniami SWZ (4.2.2.1 SWZ). Oferta musi ponadto zawierać prawidłowo wypełnione wszystkie obowiązkowe pola formularzy elektronicznych oraz załączone wymagane w Specyfikacji dokumenty (4.2.2.4 SWZ). Wykonawca sporządza i przedstawia w ofercie kalkulację Ceny wg wymogów określonych w Formularzu Cenowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 1a do SWZ (4.2.3.4 SWZ).

W Oświadczeniu nr 1 do SWZ w części B - Parametry oferty stanowiące kryteria oceny ofert złożonym wraz z ofertą widnieje zapis: „sposób wyliczenia Ceny netto przedstawia Formularz Cenowy, przygotowany wg Załącznika nr 1a do SWZ.

W załączonym przez firmę ENITEC sp. z o.o. Formularzu Cenowym w Arkuszu II Urządzenia Pomocnicze w pozycji I Wentylatory i dmuchawy, została dopisana w sposób nieuprawniony jedna dodatkowa pozycja: 1.1.20 „Materiały do remontu, rusztowania, dźwig itd.”

i wyceniona na kwotę 18 000,00 zł.

W Oświadczeniu nr 1 do SWZ złożonym przez firmę ENITEC sp. z o.o. w punkcie 1.6. Wykonawca oświadczył, że przedmiot oferty jest zgodny z opisem Przedmiotu Zamówienia, zaś w punkcie 1.10. Wykonawca oświadczył, że akceptuje treść załączonych do SWZ Projektowanych Postanowień Umowy wraz ze wszystkimi załącznikami.

Mimo powyższego Wykonawca dodał i wycenił dodatkową pozycję, która nie była objęta przedmiotem zamówienia określonym przez Zamawiającego w Formularzu Cenowym stanowiącym Załącznik 1 a do SWZ wraz ze wszystkimi zmianami wprowadzonymi podczas prowadzonego postępowania.

Przy wynagrodzeniu kosztorysowym, którego istotą jest rozliczanie prac wg faktycznie zrealizowanych robót w oparciu o stawki ujęte w kosztorysie ofertowym Wykonawcy, rzetelna wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych ma doniosłe znaczenie.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej KIO 967/21 z dnia 28 kwietnia 2021 r.: „Wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień skutkowało w istocie negocjowaniem złożonej przez niego oferty oraz niedopuszczalną zmianą jej treści. (...) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2020 r. KIO 1974/20. Każde wyjaśnienie Wykonawcy w przedmiocie tego, co zaferował w swoim formularzu stanowiłoby ustalenie treści oferty,

a tym samym jego zmianę, co jest niedopuszczalne. (...) wyrok Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2019 r. KIO/KD 73/19. Cytowanej wyżej orzeczenia zostały wydane na tle poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz nadal zachowują swoją aktualność. Zgodnie z art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp „niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z

uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. oraz (...) Nie można uznać, iż zachowanie Wykonawcy polegające na dodaniu do formularza dodatkowej pozycji jest omyłką. Jest to świadome, zamierzone działanie. W orzecznictwie ukształtował się pogląd zgodnie, z którym nie jest możliwe poprawienie błędu Wykonawcy, który nie ma charakteru omyłki”.

Mając na uwadze, iż Formularz Cenowy winien być sporządzony zgodnie z wymaganiami wynikającymi z SWZ, a Wykonawcy nie powinni samodzielnie dokonywać jego zmian

i modyfikacji jak również zapewnienie bezstronności i obiektywizmu w trakcie przeprowadzania postępowania, oferta firmy ENITEC sp. z o.o. została odrzucona, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”

Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp wskazując w uzasadnieniu faktycznym następujące okoliczności: „Zgodnie z punktem 3.3.1 SWZ: „Wykonawca w celu wstępnego potwierdzenia, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu, składa JEDZ. (...) Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia właściwych punktów w Części IV JEDZ. Wykonawca jest zobowiązany do podania informacji niezbędnych do weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

W związku z tym, że w złożonym przez Wykonawcę Jednolitym Europejskim Dokumentcie Zamówienia (dalej JEDZ) nie została wypełniona Część IV zgodnie z wymogami SWZ, pismem z dnia 08.02.2024 r. Wykonawca został wezwany do złożenia uzupełnienia treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP (JEDZ) w zakresie dotyczącym Części IV (Kryteria kwalifikacji).

Wykonawca w wyznaczonym terminie udzielił odpowiedzi, złożył dokument JEDZ, jednakże nieuzupełniony o wymaganą przez Zamawiającego Część IV zgodnie z wymogami SWZ. Załączył natomiast dokumenty, na podstawie których Zamawiający nie mógł zweryfikować czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu – m.in. „opis do referencji” bez wyszczególnionych kwot za wykonane zadania oraz dokumenty rozliczeniowe w języku obcym bez tłumaczenia: „referencje\_signed”, „faktury do referencji SBS\_signed”.

Zgodnie z komentarzem wyd. II Prawo zamówień publicznych pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych: „(...) Przepis

art. 128 ust. 1 Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa

w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa (jednokrotnie) wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (...)”

Niezastosowanie się Wykonawcy do treści wezwania do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 128 ust. 1 PZP - wobec jednokrotności takiego wezwania – skutkuje odrzuceniem oferty Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP. Wobec powyższego oferta Wykonawcy została odrzucona.”

#### 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 zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c), w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, w zw.

z art. 16 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 362 ustawy Pzp przez nieprawidłowe uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, z uwagi na rzekome nieprzedłożenie przez Odwołującego w terminie oświadczenia JEDZ oraz zaniechania wskazania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 20 marca 2024 r., z którego jednoznacznie wynikałoby dlaczego Zamawiający uznał, że Odwołujący nie przedłożył oświadczenia JEDZ.

Przywołując kluczowe podstawy prawne rozstrzygnięcia Izba wskazuje, że zgodnie

z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa

w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

Stosownie do art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty;

3) proporcjonalny. Jednocześnie po myśli art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Przedmiotem niniejszego sporu była ocena legalności czynności odrzucenia oferty ENITEC na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp z uwagi na złożenie przez Odwołującego, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, dokumentu JEDZ, które nie zawierał wypełnionej części IV (Kryteria kwalifikacji) wymaganej przez Zamawiającego zgodnie z punktem 3.3.1 SWZ.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, uznając tym samym, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp była prawidłowa.

Izba wskazuje, iż okolicznością bezsporną w niniejszej sprawie było, że Odwołujący wraz z ofertą złożył JEDZ, który nie został wypełniony zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w punkcie 3.3.1 SWZ, bowiem nie została wypełniona część IV niezbędna do weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z uwagi na powyższe, pismem

z dnia 8 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ) w zakresie dotyczącym części IV. Izba stwierdziła, iż w piśmie z dnia 8 lutego 2024 r. Zamawiający jednoznacznie wskazał uchybienia zawarte w dokumencie JEDZ złożonym przez Odwołującego, toteż ww. wezwanie nie powinno budzić wątpliwości interpretacyjnych odwołującego się Wykonawcy. Takich wątpliwości nie zgłaszał zresztą Odwołujący. Okolicznością bezsporną między Stronami postępowania odwoławczego był także fakt, iż Wykonawca w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego nie dołożył należytej staranności i złożył jednolity dokument zamówienia zawierający tożsame błędy jak załączony wraz z ofertą. Niezastosowanie się Wykonawcy do treści wezwania do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – wobec jednokrotności takiego wezwania – skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Z powyższą czynnością Zamawiającego nie zgadzał się Odwołujący, który po pierwsze wskazał, iż Zamawiający pominął literalną treść art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, po drugie charakter oświadczenia JEDZ, po trzecie charakter błędu w oświadczeniu JEDZ, a po czwarte dołączenie przez Odwołującego wraz z oświadczeniem JEDZ, złożonym na wezwanie z dnia 8 lutego 2024 r., podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się kolejno do uchybień podnoszonych przez Odwołującego Izba wskazuje, iż nie podzieliła wykładni art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp prezentowanej przez ENITEC, jakoby odrzucenie oferty wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe było wyłącznie w sytuacji biernej postawy wykonawcy polegającej na niezłożeniu w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp stanowi o przypadku niezłożenia przez wykonawcę w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym w ocenie Izby dyspozycją tego przepisu objęte są również sytuacje niekompletnego czy też wadliwego (nieprawidłowego) uzupełnienia lub poprawienia oświadczenia JEDZ lub dokumentów podmiotowych składanych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy, a zatem oświadczeń czy dokumentów niewystarczających do uznania, że wykonawca potwierdził brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Powyższy pogląd prezentowany jest również przez przedstawicieli doktryny. W komentarzu pod redakcją M. Jaworskiej z 2021, wyd. 2/M. wskazano, iż: „Dostrzeżenia wymaga również, że art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP stanowi o przypadku niezłożenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w PZP, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zatem jego dyspozycją objęte są również przypadki niekompletnego złożenia tych oświadczeń lub dokumentów, a także złożenia nieprawidłowych, a więc niewystarczających do uznania, że wykonawca potwierdził brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu.” Ponadto autorka ww. komentarza odnośnie relacji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazuje, że „Dostrzeżenia przy tym wymaga, że o ile w odniesieniu do złożenia oświadczenia, o którym mowa w PZP oraz podmiotowego środka dowodowego, komentowany przepis wiąże skutek odrzucenia oferty

z niepotwierdzeniem tym oświadczeniem lub podmiotowym środkiem dowodowym braku podstaw wykluczenia lub spełniania warunków udziału w postępowaniu, pozwalając tym samym objąć pojęciem ich niezłożenia również przypadki nieprawidłowego ich uzupełnienia lub poprawienia, o których mowa w PZP, o tyle w odniesieniu do przedmiotowego środka dowodowego abstrahuje już od celu, dla jakiego przedmiotowe środki dowodowe wymagane są w postępowaniu. Zatem przepis ten znajdzie węższe zastosowanie w stosunku do art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, ograniczając obowiązek odrzucenia oferty na jego podstawie do przypadku niezłożenia dokumentu przedmiotowego wraz z ofertą lub na wezwanie zamawiającego kierowane do wykonawcy w trybie PZP.” Podkreślić należy, iż wykładania art.

226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp przedstawiona przez Odwołującego została wadliwie oparta li tylko na pierwszej części przepisu („zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego”), z pominięciem jego dalszej treści w brzmieniu „potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu”.

Podsumowując, skład orzekający stoi na stanowisku, iż sankcja przewidziana art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp materializuje się nie tylko w przypadku biernej postawy wykonawcy i zaniechania złożenia w terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp lub podmiotowych środków dowodowych, ale także wówczas gdy ww. dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia wykonawcy

z postępowania. Ta druga sytuacja zaistniała w okolicznościach rozpoznawanej sprawy. Odwołujący niewątpliwie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 lutego 2024 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie złożył oświadczenia JEDZ potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym przez Zamawiającego zgodnie z punktem 3.3.1 SWZ. Uchybienie Odwołującego w powyższym zakresie obciążało Wykonawcę i implikowało po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty zgodnie

z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, o czym zawiadomiono Wykonawcę pismem z dnia 20 marca 2024 r. Nie sposób przy tym zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż

w decyzji z dnia 20 marca 2024 r. Zamawiający nie wskazał wyczerpującego uzasadnienia faktycznego, z którego jednoznacznie wynikałoby dlaczego Zamawiający uznał, że Odwołujący nie przedłożył jednolitego dokumentu. Tym samym dalsze uchybienia podnoszone przez Odwołującego dotyczące charakteru oświadczenia JEDZ, charakteru błędu w tymże oświadczeniu oraz złożenia przez Wykonawcę podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków pozostają irrelevantne dla istoty sporu, bowiem czynność odrzucenia oferty Wykonawcy była zgodna z przepisami ustawy.

Niemniej jednak Izba wskazuje, iż charakter JEDZ, który tymczasowo zastępuje wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, nie zwalnia wykonawcy

z obowiązku jego prawidłowego wypełnienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w dokumentach zamówienia. W niniejszej sprawie, bezsporne było, że Zamawiający wymagał od wszystkich wykonawców złożenia wraz z ofertą dokumentu JEDZ wypełnionego w zakresie właściwych punktów części IV w zakresie niezbędnym do weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu, czemu Odwołujący dwukrotnie nie sprostął. Błędy Odwołującego obciążają Wykonawcę i „tymczasowy” charakter oświadczenia JEDZ nie uzasadnia - w świetle naczelných zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji - względniejszego traktowania Odwołującego.

Następnie wskazać należy, iż przepisy ustawy Pzp nie dają zamawiającemu uprawnienia do pominięcia wadliwego (niekompletnego) oświadczenia JEDZ i oceny - w jego miejsce – podmiotowych środków dowodowych, jak oczekiwałby tego Odwołujący

w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co więcej, sam Odwołujący dostrzegł, iż złożone przez Wykonawcę samodzielnie, podmiotowe środki dowodowe, również były wadliwe z uwagi na brak wykazu usług oraz tłumaczenia referencji na język polski. Tym samym wbrew twierdzeniom Odwołującego nie potwierdzały one spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zważywszy jednak, iż oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp z przyczyn omówionych powyżej, brak było podstaw do wezwania ENITEC do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych

w ww. zakresie zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Przypomnieć nadto należy, iż gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia jest zamawiający. Tym samym to zamawiający wzywa wykonawców do złożenia, uzupełnienia czy poprawienia określonych oświadczeń lub dokumentów, a zadaniem wykonawcy jest uczynienie zadość żądaniom zamawiającego znajdującym umocowanie w treści wiążących postanowień dokumentów zamówienia. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zostało Izbie wyjaśnione, dlaczego Wykonawca nie skoncentrował się na prawidłowym uzupełnieniu oświadczenia JEDZ zgodnie z treścią jednoznacznego wezwania Zamawiającego z dnia 8 lutego 2024 r., lecz podjął niedoskonałą próbę samodzielnego złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Na koniec Izba wskazuje, iż złożone przez Odwołującego wnioski dowodowe

w postaci wykazu wykonanych zamówień oraz tłumaczenia referencji nie miały znaczenia dla rozpoznania istoty sporu, wobec zgodnej z przepisami czynności odrzucenia oferty ENITEC.

Konkludując, Izba stwierdziła, że charakter uchybienia Odwołującego polegającego na uzupełnieniu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 lutego 2024 r. niekompletnego dokumentu JEDZ w kluczowym dla Zamawiającego aspekcie dotyczącym kryteriów kwalifikacji, w okolicznościach niniejszej sprawy, winien skutkować odrzuceniem oferty ENITEC na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. Tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c), w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 16

ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 362 ustawy Pzp podlegał oddaleniu.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw.

z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 16 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 362 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, przez nieprawidłowe uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia i zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści Formularza Cenowego poprzez zawarcie w nim dodatkowej pozycji.

Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna

z warunkami zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym na tle poprzedniego stanu prawnego orzecznictwem Izby, zachowującym obecnie aktualność, niezgodność treści oferty

z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu

w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny

z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisanie, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16). Z kolei termin oferta należy odczytywać w świetle art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Dodać należy, że zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Stosownie do art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Jednocześnie zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia

w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Skład orzekający wskazuje, iż stan faktyczny nie był sporny między Stronami i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale postępowania, przedstawiony przez Odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych sprowadzając spór do weryfikacji przez Izbę, czy nie doszło w postępowaniu do niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagą na wskazanie przez ENITEC w Formularzu Cenowym dodatkowej pozycji 1.1.20

w Arkuszu II. Odwołujący stał na stanowisku, iż owa dodatkowa pozycja Formularza Cenowego stanowiła inną omyłkę, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i winna zostać przez Zamawiającego wykreślona, co z kolei skutkowałoby zmniejszeniem kwoty oferty podanej w Formularzu ofertowym o wartość tej pozycji (18 000 zł netto). Ewentualnie Odwołujący wskazywał na zasadność wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie dodatkowej pozycji ujętej w Formularzu Cenowym.

Izba w okolicznościach przedmiotowej sprawy stwierdziła, iż stanowisko Odwołującego było prawidłowe w zakresie twierdzenia, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego uchybiała przepisom ustawy, bowiem Zamawiający nie skorzystał z instytucji,

o której mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i nie wyjaśnił kwestii wskazania przez Odwołującego w Formularzu Cenowym dodatkowej pozycji (1.1.20. „Materiały do remontu, rusztowania, dźwig itd.”). Skład orzekający stoi na stanowisku, iż wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w tym przypadku, nie stanowiłoby negocjacji treści oferty między zamawiającym a wykonawcą, lecz umożliwiłoby Zamawiającemu poznanie motywów, zamiaru Odwołującego w zakresie dodanej pozycji Formularza Cenowego i w zależności od wyniku analizy złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień, podjęcie decyzji co do możliwości poprawienia oferty Odwołującego w trybie

art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bądź też jej odrzucenia. Podnieść należy, iż zamawiający zobowiązany jest do prowadzenia postępowania z należytą starannością, dlatego też nie może pozostawić niewyjaśnionych elementów treści oferty, czy też odstąpić od obowiązków wynikających z dyspozycji art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż art. 223 ust. 1 ustawy Pzp jest przepisem, z którego wynika uprawnienie i jednocześnie obowiązek zamawiającego. Przepis ten znajduje zastosowanie w wielu różnych stanach faktycznych

i materializuje się w przypadku powstania wątpliwości co do treści złożonej oferty i dokonania wykładni oświadczenia woli wykonawcy niejasnego dla zamawiającego. Niewątpliwie

w okolicznościach sprawy Zamawiający nie dopełnił obowiązków w powyższym zakresie i nie wyjaśnił przyczyn ujęcia przez Odwołującego w Formularzu Cenowym dodatkowej pozycji. Co więcej, lektura zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 20 marca 2024 r. prowadzi do konstatacji, iż Zamawiający nie poddał analizie ustaleń faktycznych pod kątem możliwości poprawienia w ofercie ENITEC ewentualnej omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty

w omawianym zakresie nie pozwala Izbie na obecnym etapie postępowania jednoznacznie przesądzić charakteru ewentualnego uchybienia Odwołującego oraz jego wpływu na treść oferty. Argumenty prezentowane przez Odwołującego na etapie postępowania odwoławczego jakoby w rozpoznawanej sprawie Odwołujący w sposób niezamierzony

i omyłkowy dodał w Arkuszu II Formularza Cenowego pozycję 1.1.20, jak również twierdzenia, że koszty materiałów do remontu, rusztowania czy dźwigu zostały wkalkulowane w pozostałych pozycjach kosztorysowych Formularza Cenowego, winny zostać w pierwszym rzędzie poddane analizie Zamawiającego w wyniku złożonych w toku postępowania

o udzielenie zamówienia wyjaśnień treści oferty, a następnie poddane ewentualnej kontroli Izby w ramach przysługujących wykonawcom środków ochrony prawnej. Nie jest rolą Izby zastępowanie Zamawiającego w czynnościach dokonywanych w toku postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Zamawiający naruszył

art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem odrzucenie oferty Odwołującego nie zostało poprzedzone wezwaniem Wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień treści oferty dotyczących ujęcia w Formularzu Cenowym dodatkowej pozycji. Powyższe uchybienie Zamawiającego pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania,

o którym mowa w art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż oferta Odwołującego została prawidłowo odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, co omówiono powyżej.

Odwołanie należało zatem oddalić, czemu Izba dała wyraz w punkcie 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit.

a) i b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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), zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 273,90 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Przewodnicząca: .....