

sygn. akt: **KIO 3535/23**

WYROK

z dnia 14 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne „Kared” sp. z o.o., ul. Kwiatowa 3 lok. 1;

80-180 Kowale, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PGE Górnictwo**

i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5; 97-400 Bełchatów,

przy udziale wykonawcy **MIKRONIKA sp. z o.o., ul. Wykopy 2/4; 60-001 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne „Kared” sp. z o.o., ul. Kwiatowa 3 lok. 1; 80-180 Kowale** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne „Kared” sp. z o.o., ul. Kwiatowa 3 lok. 1; 80-180 Kowale**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwa Usługowo Produkcyjnego „Kared” sp. z o.o., ul. Kwiatowa 3 lok. 1; 80-180 Kowale** na rzecz **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5; 97-400 Bełchatów** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

sygn. akt: **KIO 3535/23**

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Odtworzenie systemu nadzoru nad układami prądu stałego dla bloków 5-12 w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. z dnia 3 lipca 2023 r., pod nr 2023/S 125-398325.

Dnia 17 listopada 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 27 listopada 2023 roku, wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne „Kared” sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp – poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego na skutek błędnego przyjęcia, iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta jak i późniejsze wyjaśnienia odwołującego wskazywały odmiennie;

2.art. 223 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – poprzez wadliwe zastosowanie przepisu, przejawiające się uznaniem, że sytuacja opisana przez odwołującego się powinna być potraktowana jako omyłka i że jako taka nie może zostać poprawiona;

3.art. 253 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wymaganego uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty odwołującego, obejmującego również pogłębioną analizę prawną, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego

(w tym przedstawionych wyjaśnień i dowodów).

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych (w tym kosztów zastępstwa procesowego, jeśli wystąpią).

W zakresie wykazania interesu we wniesieniu odwołania, odwołujący wskazał, że złożył ofertę, która po otwarciu ofert przez zamawiającego okazała się być najkorzystniejszą. Dodatkowo oferta odwołującego się mieści się w budżecie przewidzianym przez zamawiającego na realizację zamówienia. Unieważnienie czynności zamawiającego w postaci odrzucenia oferty odwołującego i dokonanie oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego może sprawić, że odwołujący będzie uprawniony do zysku z tytułu udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołania, odwołujący wskazał, co następuje.

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp – poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego na skutek błędnego przyjęcia, iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta jak i późniejsze wyjaśnienia odwołującego wskazywały odmiennie.

Zamawiający jako jedyną podstawę dla odrzucenia oferty odwołującego wskazał niezgodność oferty z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5). W informacji o odrzuceniu oferty zamawiający wymienił szereg (jego zdaniem) sprzeczności pomiędzy ofertą odwołującego a warunkami zamówienia.

Co istotne, zamawiający tzw. „sprzeczności” wziął nie z oferty odwołującego, a z dokumentu o nazwie pliku „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf”. Dokument ten nie stanowił oferty odwołującego, a jedynie załącznik do formularza oferty. Ponadto dokument ten nie stanowił załącznika wymaganego przez zamawiającego. Sama oferta odwołującego – formularz oferty – nie zawiera takich sprzeczności i została przygotowana w sposób, który nie budzi wątpliwości co do jej treści i charakteru przyjętego przez odwołującego zobowiązania. Sam zamawiający zwrócił na to uwagę w piśmie z 23.10.2023 r. – wskazał, że w treści formularza oferty odwołujący zaznaczył, że zgadza się z treścią SWZ. Należy zatem stwierdzić, że odwołujący złożył ofertę w sposób prawidłowy. Dodatkowo zamawiający wykorzystując instytucję wyjaśnień, zobowiązał odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień i wskazania czy faktycznie istnieją różnice w złożonej ofercie a warunkami zamówienia. Odwołujący oświadczył, że nie a przedmiotowy dokument (o nazwie pliku „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf”) został załączony do oferty omyłkowo. Zamawiający otrzymał zatem wyjaśnienia i potwierdzenie, że oferta odwołującego zawiera warunki tożsame z warunkami zamówienia. W tym miejscu odwołujący przytoczył kilka orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z 24 lutego 2023 r. KIO 361/23, wyrok KIO z 4.04.2023 r., KIO 758/23, wyrok KIO z 19 maja 2023 r., KIO 1204/23, wyrok KIO z 11 maja 2023 r. KIO 1177/23, wyrok KIO z 4 maja 2023 r. KIO 1100/23).

Zdaniem odwołującego, z powyższego wynika więc, że zastosowanie instytucji odrzucenia oferty winna być stosowana przez zamawiającego rozważnie i po ustaleniu (z pełną świadomością i pewnością), iż oferta nie spełnia warunków zamówienia. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie spełnił tego warunku. Odwołujący sporządził prawidłową ofertę

i omyłkowo załączył dokument, który oferty tej nie stanowił. Na tej podstawie zamawiający wysnuł wniosek, iż oferta nie spełnia warunków zamówienia i uczynił tak pomimo wyjaśnień złożonych przez odwołującego.

2. art. 223 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – poprzez wadliwe zastosowanie przepisu, przejawiające się uznaniem, że sytuacja opisana przez odwołującego powinna być potraktowana jako omyłka i że jako taka nie może zostać poprawiona.

W informacji o odrzuceniu oferty zamawiający w sposób niezrozumiały i wadliwy odwołał się do art. 223 ustawy Pzp, jako podstawy do dokonywania korekt oferty. Zamawiający wskazał, że nie można dokonać korekty czy poprawy oferty w sposób sprzeczny z art. 223,

a przedmiotowa sytuacja odwołującego wymaga dokonania takiej właśnie korekty (niezgodnej z przepisami). Zamawiający w tym wypadku ponownie naruszył przepisy ustawy Pzp. Mianowicie przedmiotowa sytuacja odwołującego nie wymaga jakiegokolwiek sprostowania, korekty czy poprawki. Odwołujący omyłkowo załączył dokument o nazwie pliku „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf” do prawidłowo sporządzonej oferty. W toku czynności wyjaśniających sama oferta nie budziła wątpliwości zamawiającego, mało tego zamawiający przyznał (w ramach prowadzonej korespondencji), że zawiera prawidłowe oświadczenie (zaznaczenie „TAK” przy akceptacji warunków i treści SWZ). Dlatego też zamawiający nie może powoływać się na niemożność zastosowania art. 223 ustawy Pzp, ponieważ ten artykuł w ogóle nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie. Oferta odwołującego nie podlega sprostowaniu, korekcie i nie zawiera omyłek. Tylko dokument, który został do niej doręczony zawierał takowe (później wyjaśnione przez odwołującego), ale dokument ten nie stanowił i nie stanowi oferty odwołującego.

3. art. 253 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wymaganego uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty odwołującego, obejmującego również pogłębioną analizę prawną, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut ten jest związany z poprzednim zarzutem dotyczącym wadliwego sformułowania uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego. Mianowicie zamawiający winien dokładnie

i kompleksowo uzasadnić zastosowanie instytucji odrzucenia oferty. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający

ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że oferta odwołującego (która jak to zostało wykazane ofertą nie była) zawiera warunki sprzeczne z warunkami zamówienia. Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego uznał dokument o nazwie pliku „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf” za wiążącą ofertę odwołującego – pomimo wyjaśnień tego ostatniego – oraz dlaczego to właśnie ten dokument został uznany za ofertę

z pominięciem formularza oferty. Faktycznie, jak wskazuje zamawiający, postępowanie

o udzielenie zamówienia jest postępowaniem sformalizowanym. Sformalizowanie to służy przejrzystości postępowania i poszanowaniu zasad konkurencyjności i równego traktowania. Dodatkowo sformalizowanie postępowania dotyczy zarówno oferentów jak i zamawiających. Przykładowo zamawiający nie może przyjąć, iż ofertą jest dokument nie złożony na formularzu oferty (a stanowiący jedynie omyłkowy załącznik do tego formularza) i to pomimo złożonego wyjaśnienia przez składającego. Oznacza to, że w przedmiotowej sprawie zamawiający poprzez zastosowanie (w sposób nieuprawniony) odrzucenia oferty odwołującego dokonał naruszenia zasady na jaką sam się powołuje. Oferta odwołującego nie wymagała korekty, sprostowania czy poprawki, a mimo to zamawiający tak uznał i uznał, że jest to niedopuszczalne. Przy dogłębnej analizie prawnej tego zagadnienia i próbie uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający musiałby dojść do wniosku

o wadliwości swojego stanowiska. Niestety taka analiza jak i uzasadnienie nie zostały dokonane, co niniejszym zarzuca zamawiającemu odwołujący.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

Odwołujący w ramach oferty złożonej w postępowaniu załączył dokument oznaczony „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf”. Zarówno nagłówek (OFERTA 0-166/2023) jak i preambuła oraz dalsza treść pisma jednoznacznie wskazują, że stanowi ono ofertę. Zdanie „Odpowiadając na Państwa zaproszenie do złożenia oferty na dostawę systemu nadzoru nad układami prądu stałego dla zadania pt. Odtworzenie systemu nadzoru nad układami prądu stałego dla bloków 5-12 w PGE GIEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów wg postępowanie przetargowego POST/GEK/CSS/IZE-ELB/01821/2023 przedstawiam poniższą ofertę” nie pozostawia pola do odmiennej interpretacji.

Jak przyznał sam odwołujący (trzecia strona odwołania) dokument ten stanowił załącznik do formularza oferty. Ponadto został złożony mimo braku takiego wymagania ze strony zamawiającego. W ocenie zamawiającego dokument ten stanowił drugą ofertę złożoną równolegle z tą złożoną na formularzu ofertowym lub modyfikację warunków wykonania zamówienia określonych w dokumentach postępowania i potwierdzonych przez odwołującego w formularzu ofertowym. W pierwszym przypadku doszłoby do naruszenia przepisu art. 218 ust 1, zgodnie z którym wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Złożenie dwóch lub więcej ofert wiąże się z obowiązkiem odrzucenia wszystkich z nich na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, jako niezgodnych z ustawą. W drugim przypadku (modyfikacja warunków oferty złożonej na formularzu ofertowym) oferta podlegałaby odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Pomimo powtarzanej w odwołaniu tezy, że dokument „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf” nie stanowi oferty, nie ulega wątpliwości,

że składał się na treść oferty złożonej przez odwołującego i nie mógł zostać zignorowany przez zamawiającego („W rozumieniu PZP oferta to nie tylko sam formularz ofertowy, ale również wszelkie dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, opisujące zakres czy sposób wykonania przedmiotu zamówienia, odnoszące się do postanowień umowy, zwłaszcza do ceny, terminu płatności, opisu przedmiotu zamówienia i warunków jego wykonania. (...) oferta to w skrócie oświadczenie woli wykonawcy o chęci przystąpienia do realizacji zamówienia oraz jego deklaracja co do warunków tej realizacji;” (Agata Smerd - Wyjaśnianie ofert i oświadczeń; Miesięcznik Przetargi Publiczne czerwiec 2019), („Na gruncie PZP oferta to nie tylko „formularz ofertowy”, ale również załączone do niej dokumenty wymagane przez zamawiającego jak i inne załączone przez samego wykonawcę o różnym charakterze prawnym (oferta sensu largo). Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegółowujące jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są - w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym - częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli, wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. M.J., D. G.-S., J. J., A. M.).

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Jak zostało wskazane powyżej możliwe było zastosowanie jednej z dwu interpretacji dokumentu (...) - druga oferta złożona w postępowaniu lub modyfikacja warunków zadeklarowanych w formularzu ofertowym. Każda z nich stanowiła odrębną podstawę odrzucenia oferty. Wobec powyższego zamawiający zdecydował wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający zdecydował się na wezwanie mając na uwadze wyrażony w orzecznictwie pogląd, że z przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wynika uprawnienie

i jednocześnie obowiązek zamawiającego w przypadku powstania wątpliwości co do treści złożonej oferty. Ze względu na zakres niezgodności warunków realizacji zamówienia przedstawionych w ofercie odwołującego z dokumentami postępowania było mało prawdopodobne, że złożone wyjaśnienia pozwolą na utrzymanie oferty w postępowaniu. Przepis art. 223 ust 1 stanowi jednoznacznie, że 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. Wykonawca zdecydował się skorzystać z wyjątku przewidzianego w tym przepisie i powołać się na błąd jednak również przewidziane w art. 223 ust 2 pkt 3 Pzp, poprawienie omyłek innych niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe nie może prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. „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, składane wraz z formularzem ofertowym (J. E. N. www.blogprzetargi.pl).

W ocenie zamawiającego nie ulega wątpliwości, że dokument „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf” mieści się w tak rozumianym pojęciu „treść oferty”. Wobec wyjaśnienia odwołującego, złożonego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w którym stwierdził: „rozbieżności między Państwem wymaganiami a załączonym omyłkowo dokumentem: „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf”, szczególnie opisanych w punkcie 2 Państwa wezwania, w tabeli w pozycjach od 1 do 5, należy pominąć jako nie istniejące”, zamawiający przyjął, że kwestionowany dokument stanowił modyfikację warunków oferty złożonej na formularzu ofertowym i w związku z tym oferta odwołującego podlega odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp, jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący oparł powyższy zarzut na błędnym założeniu, że złożona przez niego oferta była poprawna i nie wymaga „jakiegokolwiek sprostowania, korekty czy poprawki”.

W uzasadnieniu zarzutu odwołujący powtarza nieprawdziwy pogląd jakoby dokument „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf” nie stanowił części oferty. Nie wyjaśnia przy tym na jakiej podstawie zamawiający miałby usunąć (pominąć) ten dokument ze złożonej oferty. Argumentacja odwołującego zawiera wewnętrzną sprzeczność. Z jednej strony odwołujący wyraźnie stwierdza, że dokument złożył omyłkowo, z drugiej kwestionuje zastosowanie art. 223 Pzp, który stanowi jedyną podstawę prawną poprawienia ofert po upływie terminu do ich złożenia. Nie ulega wątpliwości, że zakwestionowany dokument stanowił część oferty odwołującego. Zawierał niezgodności z dokumentami zamówienia, które zostały wymienione zarówno w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień jak i w informacji

o odrzuceniu oferty. W ocenie zamawiającego modyfikacje warunków zamówienia zawarte

w dokumencie „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf” miały charakter istotny zatem usunięcie (pominięcie) tego dokumentu byłoby niedopuszczalne w świetle przepisu art. 223 ust 2 pkt 3 Pzp. Przede wszystkim jednak rozważenie czy „omyłka” może być poprawiona

w oparciu o przesłanki art. 223 ust 2 pkt 3 Pzp, byłoby dopuszczalne dopiero w przypadku uznania, że złożenie dokumentu „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf” miało rzeczywiście charakter przypadkowego niezamierzonego błędu a nie świadomego i celowego działania odwołującego. Nie można mieć wątpliwości, że dokument został przygotowany

z myślą o prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu zakupowym. Świadczą o tym przywołana nazwa i numer postępowania oraz szczegółowe odniesienie do warunków postępowania określonych w SWZ, a także dołączenia załączników wymaganych przez zamawiającego. Przygotowanie dokumentu wymagało określonego czasu i wysiłku, co świadczy o świadomym i celowym działaniu odwołującego. Skoro odwołujący nie miał zamiaru dołączać dokumentu „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf” do złożonej oferty to

w jakim celu go przygotował? Wykonawca w żaden sposób nie próbował wyjaśnić w tej kwestii ani nie w jaki sposób doszło do „omyłki”. Można zatem domniemywać, że była to próba forsowania przez odwołującego własnych warunków realizacji zamówienia. Warto przy tym zaznaczyć, że odwołujący nie skorzystał z możliwości wpłynięcia na treść SWZ przez zadawanie pytań dotyczących wskazanych przez zamawiającego rozbieżności ani nie wniósł odwołania wobec dokumentów zamówienia. Istotna dla oceny czy złożenie dokumentu (...) miało charakter omyłki czy celowego działania odwołującego jest powtarzalność działań odwołującego. Odwołujący brał udział w poprzednim postępowaniu wszczętym przez zamawiającego. Było to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego

w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odtworzenie systemu nadzoru nad układami prądu stałego dla bloków 5-12 w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów”, nr POST/GEK/CSS/1ZE-ELB/00824/2022, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.05.2022 r. pod numerem 2022/S 098-272416. Odwołujący analogicznie jak w postępowaniu będącym przedmiotem rozpatrywanego obecnie odwołania złożył dokument: (w nagłówku dokumentu OFERTA 0-151/2022) i został wezwany do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi odwołujący przyznał, że oferta ta zawiera wskazane przez zamawiającego niezgodności, wobec czego dokonuje niezbędnych zmian w treści oferty

w celu ich usunięcia i przesłanie nowej oferty - dokument (...) (w nagłówku dokumentu OFERTA 0-151/2/2022). Po odrzuceniu oferty spółki Kared pozostała jedna oferta, której cena przekraczała środki jakie zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia co skutkowało unieważnieniem postępowania. Przytoczone okoliczności świadczą o tym, że odwołujący konsekwentnie, w sposób świadomy i celowy próbuje forsować własne warunki realizacji zamówienia. Próba uzasadnienia tej praktyki omyłką w ocenie zamawiającego nie zasługuje na ochronę.

Zarzut naruszenia art. 253 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Powyższy zarzut jest niezrozumiały dla zamawiającego. W przesłanej informacji o odrzuceniu oferty zamawiający wskazał podstawę prawną, przedstawił okoliczności faktyczne stojące za podjęciem decyzji. W ocenie zamawiającego uzasadnienie tego zarzutu w odwołaniu to powtórzenie błędnych założeń dotyczących charakteru złożonego dokumentu i dalsza polemika z utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie poglądem na ten temat.

Przystępujący, w swoim piśmie procesowym wskazał, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Zarzut jest całkowicie bezpodstawny. Pomocnym przy określeniu charakteru załączonego do oferty odwołującego załącznika: "Oferta_166_2023_iKar_SCANNER_BOT(1).pdf" będzie odnieść się do ustaleń dokonanych w wyroku Krajowe Izby Odwoławczej (KIO) z 2 września 2022 r. KIO 2144/22: *Zamawiający może żądać różnych dokumentów, lecz nie znaczy to,*

że zawsze stanowią one treść oferty. Na treść oferty nie wpływa bowiem sama okoliczność, czy do oferty załączono określony dokument wymagany w SWZ, lecz zbadanie, jaki wpływ ma ten brakujący dokument na treść oferty rozumianą jako zakres przyszłego świadczenia wykonawcy". W przedmiotowej sprawie załączony dokument stanowi *de facto essentialia negotii* treści oferty odwołującego ponownie definiując oraz modyfikując wprost przyszłe świadczenie odwołującego określone przez zamawiającego w SWZ. Wskazany załącznik stanowi bezpośrednio rozwinięcie i zmianę warunków określonych w pozostałej części oferty odnosząc się jednoznacznie do przyszłej realizacji umowy o zamówienie publiczne. Przystępujący w całości przytacza i powtarza w tym miejscu tabelę zamawiającego z jego pisma „Informacja o odrzuceniu oferty” z 17.11.2023 r. wskazującą odrębności, z którymi to zastrzeżeniami i wyłączeniami modyfikującymi wprost w szczególności treść wzoru Umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SWZ odwołujący nie podejmuje jakiegokolwiek polemiki. Z tego względu twierdzenie odwołującego jakoby: *„Dokument ten nie stanowi oferty Odwołującego się, a jedynie załącznik do formularza oferty”*, jako logicznie wewnętrznie sprzeczne uznać należy wyłącznie za stanowisko procesowe odwołującego przyjęte w celu podjęcia nieudolnej próby sanowania oferty złożonej sprzecznie z przepisami Pzp. Oceniając czy spełnione zostały przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy wskazane w przepisie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przywołać można stanowisko KIO zawarte w wyroku z 19 maja 2023 r. KIO 1204/23.

W przedmiotowej sprawie oferta odwołującego w sposób oczywisty jest niezgodna z warunkami zamówienia, w szczególności z SWZ oraz projektowanymi postanowieniami umowy w sprawie zamówienia publicznego, z tego względu, iż zwłaszcza w pkt II dokumentu OFERTA 0-166/2023 z 30.08.2023 pn. *Zastrzeżenia i wyłączenia*” dokonana zostaje zmiana złożonego w Formularzu Ofertowym oświadczenia: *„Zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz przyjmujemy warunki w niej zawarte. Akceptujemy wzór Umowy stanowiący Załącznik nr 2 do SWZ oraz zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do wykonania zamówienia na warunkach w nim określonych”*. Na potwierdzenie powyższego wystarczającym jest rozważenie hipotetycznego stanu faktycznego, w którym zamawiający nie dostrzegłby uchybienia przepisom Pzp będącego przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego. Wówczas załącznik do oferty odwołującego pn. "Oferta_166_2023_iKar_SCANNER_BOT(1).pdf" zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali* wprowadziłby istotne zmiany w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, zmieniając jego zakres merytoryczny w postaci zmiany wykonania samego przedmiotu zamówienia, czy warunków handlowych jak cena czy kwestie praw własności. Doprowadziłoby to wprost do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców określonej w przepisie art. 16 pkt 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zaskakująco prawidłowo w treści swojego odwołania wskazuje, że *„Mianowicie przedmiotowa sytuacja Odwołującego się nie wymaga jakiegokolwiek sprostowania, korekty czy poprawki”* bowiem plik "Oferta_166_2023_iKar_SCANNER_BOT(1).pdf" został przez niego faktycznie świadomie prawidłowo dołączony do oferty, również prawidłowo podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną do reprezentowania odwołującego oraz równocześnie zawiera istotne postanowienia w przedmiocie treści przyszłej umowy (między innymi określa odmiennie zakres realizacji, wprowadza odmiennie zasady ustalenia ceny) z tego względu w oparciu o przepis art. 66 § 1 ustawy Kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610) nie sposób traktować go inaczej niż właściwą treść oferty odwołującego, a zwłaszcza traktować złożenie oświadczenia woli w przedmiocie woli realizacji zamówienia publicznego na określonych warunkach jako jakąkolwiek omyłkę odwołującego.

Powyższe potwierdza sam odwołujący, który raz stwierdza wprost: *„Oferta Odwołującego się nie podlega*

sprostowaniu, korekcie i nie zawiera omyłek”, by jednak w innym miejscu wskazać: „*Mianowicie przedmiotowa sytuacja Odwołującego się nie wymaga jakiegokolwiek sprostowania, korekty czy poprawki. Odwołujący się omyłkowo załączył dokument o nazwie pliku „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf” do prawidłowo sporządzonej oferty. Brak wewnętrznej spójności w treści odwołania sugeruje po raz kolejny albo czysto formalny charakter twierdzeń odwołującego mające na celu odwrócenie uwagi i uniknięcie podjęcia merytorycznego rozważenia zarzutu niezgodności treści złożonej przez niego oferty*

z warunkami zamówienia (co wykazał zamawiający oraz co stanowi podstawę odrzucenia oferty odwołującego) albo zwykłej nieznamości przez niego elementarnych zasad postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego (zasada niezmienności treści ofert, definicji omyłki) co jest wymagane od profesjonalnych podmiotów - uczestników tego postępowania. Adekwatnie jest w tym miejscu odniesienie się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 8 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1866/22.

W przedmiotowej sprawie odwołujący złożył ważną ofertę, której załącznik „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf” stanowi immanentną część.

Z ostrożności procesowej przystępujący wskazuje, że nawet przy założeniu, że przedmiotowy załącznik został do oferty załączony w sposób niezamierzony, co jednak nie zostało wykazane ani wyjaśnione przez odwołującego na żadnym etapie przedmiotowej sprawy to zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 5 września 2022 r. sygn. akt KIO 2202/22: „*Stosownie do treści art. 223 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Tym samym w sytuacji wystąpienia jednej z ww. omyłek w ofercie wykonawcy, obowiązkiem zamawiającego jest jej poprawienie oraz zawiadomienie wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Celem przepisu jest niedopuszczenie do eliminowania z postępowania ofert co do zasady merytorycznie poprawnych, z powodu błahych, niezamierzonych błędów, niewpływających na możliwość poprawnego wykonania zamówienia*” oraz wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 6 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 797/23: „*Zamawiający przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ma obowiązek poprawić omyłkę w treści oferty powodującą jej niezgodność z dokumentami zamówienia w sytuacji, gdy zachodzi przypadek określony w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy wskazanej ustawy, a więc gdy jej poprawa nie może spowodować istotnej zmiany treści oferty. Z przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych wynika obowiązek zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Dla wystąpienia podstaw do dokonania przez zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem omawianej regulacji konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada dokumentom zamówienia; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie - że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie)”, w związku z niezgodnością oferty z dokumentami zamówienia oraz rzekomą omyłką odwołującego poprawa wskazanej omyłki poprzez wyłączenie z treści oferty odwołującego załącznika „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf” powoduje w sposób oczywisty istotną zmianę w treści złożonej oferty przez co w świetle obowiązujących przepisów Pzp jest niedopuszczalna. Zmianie ulegnie bowiem wówczas sam zakres zobowiązania odwołującego (przedmiot przyszłej umowy) jak i jego warunki handlowe.*

Przeciwnie jak twierdzi odwołujący: „*Dodatkowo Zamawiający wykorzystując instytucję wyjaśnień, zobowiązał Odwołującego się do złożenia stosownych wyjaśnień i wskazania czy faktycznie istnieją różnice w złożonej ofercie a warunkami zamówienia. Odwołujący się oświadczył, że nie a przedmiotowy dokument (o nazwie pliku „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf”) został załączony do oferty omyłkowo samo złożenie ogólnego oświadczenia wykonawcy o zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami specyfikacji, nie prowadzi do sanowania ustalonych przez zamawiającego braków czy też popełnionych błędów w zakresie treści oferty. Inne podejście do tej kwestii stanowiłaby niedopuszczalną zmianę treści oferty dokonanej w ramach składanych wyjaśnień. Zgodnie z utrwalonym w tym przedmiocie orzecznictwem KIO wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta.*

Zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem przystępującego, zarzut jest bezpodstawny w stopniu oczywistym. Zamawiający dokonał bowiem pełnego uzasadnienia prawnego wskazując podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego oraz wskazując konkretne okoliczności faktyczne uzasadniające podjętą decyzję. Dowodem prawidłowego wykonania przez zamawiającego

wskazanych czynności jest możliwość skutecznego złożenia przez odwołującego rozpatrywanego środka odwoławczego oraz sformułowania przez niego konkretnych zarzutów.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego 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.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz przystępującego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego i przystępującego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

Oferta odwołującego się została złożona na formularzu oferty (udostępnionym przez zamawiającego) wraz z wymaganymi załącznikami. Dodatkowo, do oferty, odwołujący załączył dokument o nazwie pliku - "Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf".

Jako podstawę prawną odrzucenia zamawiający wskazał art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp – tj. niezgodność oferty odwołującego z warunkami zamówienia. Zamawiający wskazał, że odwołujący w swojej ofercie – tj. w dokumencie stanowiącym załącznik do oferty o nazwie pliku "Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf" wskazał na warunki sprzeczne z warunkami zamówienia.

W trakcie badania ofert zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie jak należy traktować załącznik o nazwie pliku „Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf” oraz o wyjaśnienie rozbieżności związanych z akceptacją warunków SWZ.

Odwołujący złożył wyjaśnienie wskazując, iż dokument ten został załączony do oferty omyłkowo i jednocześnie potwierdził, że akceptuje treść i warunki SWZ. Dodatkowo wyjaśnił wątpliwości zamawiającego w stosunku do pkt 5 tabeli znajdującej się w piśmie z 23.10.2023 r.

Pomimo złożonych wyjaśnień zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego jako niespełniającej warunków zamówienia.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej czynność zamawiającego uznać należało za prawidłową.

Izba wskazuje, że zamawiający, na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma prawo do weryfikowania swoich czynności, w związku z czym możliwe i dopuszczalne jest, aby zamawiający po powzięciu uzasadnionych wątpliwości, co do wcześniej podejmowanych czynności unieważnił je, informując o tym wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu z taką sytuacją mamy do czynienia, albowiem zamawiający powtórnie weryfikując czynność oceny oferty odwołującego zmienił swoją decyzję ustalając ostatecznie, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu. Takie działanie zamawiającego mieści się w granicach obowiązującego prawa.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, stwierdzając jej niezgodność z warunkami zamówienia.

Zamawiający, w ramach czynności badania i oceny ofert, w szczególności w zakresie ustalenia, czy oferta wykonawcy, jej treść, zgodna jest z warunkami zamówienia, zobowiązany jest zbadać i ocenić całą treść oferty wraz z dokumentami załączonymi do niej, albowiem całościowa wiedza zamawiającego, co do zgodności z warunkami zamówienia może stanowić podstawę do jej prawidłowej oceny. Powyższe czynności są bowiem wynikiem sankcyjnego charakteru przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który ma decydujące znaczenie dla bytu prawnego wykonawcy w postępowaniu. Wszzechstronna ocena wszystkich okoliczności mających wpływ na prawidłową ocenę oferty wykonawcy wymusza na zamawiającym wzmożoną czujność, co do charakteru przekazywanych mu przez wykonawcę informacji (treści oferty, załączników do niej, składanych wyjaśnień, itp.).

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący do oferty załączył dokument w formie pliku o nazwie "Oferta_166_2023_iKar_SCANER_BOT(1).pdf". Podkreślić należy, że dokument ten został załączony przez

odwołującego samodzielnie i został przez tego odwołującego podpisany, a co najważniejsze, w swojej treści wprost odnosi się do przedmiotowego postępowania (została podana nazwa oraz numer postępowania). Z dokumentu tego wynika, że odwołujący nie zgadza się z niektórymi, wybranymi warunkami zamówienia ustalonymi przez zamawiającego.

Zamawiający dochowując należytej staranności, zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie charakteru tego dokumentu otrzymując odpowiedź, że jego złożenie nie było celowe, złożony został omyłkowo.

Z argumentacją odwołującego nie sposób się zgodzić, albowiem odwołujący w treści oferty rozumianej *sensu largo* (oferta wraz z załącznikami) oświadczył, złożył oświadczenie woli,

że nie akceptuje pewnych elementów zamówienia opisanych przez zamawiającego

w dokumentacji postępowania (SWZ wraz załącznikami). Zatem oświadczenie takie jako złożone przez uprawnionego przedstawiciela wykonawcy, prawidłowo podpisane i ujawnione do wiedzy zamawiającego, skutkować musiało jego przyjęciem i uwzględnieniem przy ocenie zgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

Niezasadne jest również twierdzenie odwołującego, że wadę oferty należało ocenić pod kątem omyłki dającej się sanować w trybie art. 223 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż oferta może podlegać poprawieniu tylko w sytuacjach enumeratywnie wymienionych we wskazanych przepisach. Niedopuszczalna jest bowiem zmiana oferty bądź prowadzenie negocjacji z wykonawcą, w ramach których to czynności zostaje ustalona nowa, wcześniej nieznaną jej treść. W omawianej sytuacji, w przypadku czynności zamawiającego wykonanej zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania, wytworzona zostałaby nowa treść oferty, która byłaby zgodna z warunkami zamówienia. Podkreślić należy, że takie działanie zamawiającego sprzeczne byłoby z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem poprzez sanowanie błędów w ofercie odwołującego, w sposób niedopuszczalny przepisami, czynność dokonana przez zamawiającego prowadziła do pokrzywdzenia statusu pozostałych wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu. Nie jest bowiem możliwe poprawienie omyłek, których skutek doprowadziłby do zgodności treści oferty z warunkami zamówienia. W przeciwnym razie wyłączony ze stosowania byłby przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby zakres oferty, nie podlegał poprawieniu, albowiem stanowił *essentialia negotii* przyszłej umowy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający dokonał pełnego uzasadnienia prawnego wskazując podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego oraz wskazując konkretne okoliczności faktyczne uzasadniające podjętą decyzję, tj. w pełni wypełnił dyspozycję przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dlatego też zarzut odwołującego uznać należało za niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....