

Sygn. akt KIO 2896/23

WYROK
z dnia 17 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2023 r. przez wykonawcę **BAKAMAX Sp. z o.o. z siedzibą w Iwanowicach Małych, ul. Długa 67,**

42-152 Iwanowice Małe w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław)**

przy udziale wykonawcy **ATP Eko Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,**

ul. Jana Czocharskiego 3, 61-248 Poznań zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2896/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **BAKAMAX Sp. z o.o. z siedzibą w Iwanowicach Małych, ul. Długa 67, 42-152 Iwanowice Małe** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BAKAMAX Sp. z o.o. z siedzibą w Iwanowicach Małych, ul. Długa 67, 42-152 Iwanowice Małe** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy **BAKAMAX Sp. z o.o. z siedzibą w Iwanowicach Małych, ul. Długa 67, 42-152 Iwanowice Małe** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzącego postępowanie: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław)** 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 (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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 2896/23

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad – jednostka prowadząca postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Rozbiórka stacji paliw zlokalizowanej przy autostradzie A18 w km 74+000 po stronie prawej”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 6 lipca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00293575/01.

W dniu 2 października 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca BAKAMAX Sp. z o.o. z siedzibą w Iwanowicach Małych, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie w zakresie dotyczącym czynności Zamawiającego polegających na:

1) wyborze oferty wykonawcy ATP Eko Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „wykonawcą ATP”, jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

- 2)nieprawidłowym badaniu i nieprawidłowej ocenie oferty Odwołującego, który otrzymał 0 pkt w ramach Kryterium nr 2 „Termin realizacji robót”, choć powinien był otrzymać 40 pkt;
- 3)zaniechaniu poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;
- 4)zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (tj.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 ze zm.), zwanego dalej „k.c.”, poprzez nieprawidłowe badanie i ocenę oferty Odwołującego, który otrzymał 0 pkt w ramach Kryterium oceny ofert nr 2 z pkt 21.1.2 SWZ „Termin realizacji robót”, choć powinien był otrzymać 40 pkt, ponieważ w Formularzu „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2.) złożonym wraz z ofertą jednoznacznie oświadczył, że jest gotowy zrealizować zamówienie w krótszym terminie (premiowanym dodatkowymi punktami) a nie w terminie czteromiesięcznym. Odwołujący zadeklarował bowiem, że zrealizuje przedmiot zamówienia w terminie: „do 3 miesięcy od daty podpisania umowy”, (oświadczenie złożone na Formularzu sprzed zmiany Zamawiającego), a więc zadeklarowany przez Odwołującego termin jest nie tylko bardziej korzystny dla Zamawiającego, ale też swoim zakresem mieści się w terminie „do 3 miesięcy od dnia przekazania Wykonawcy Placu Budowy” (brzmienie Formularza po zmianie Zamawiającego), a zatem Odwołujący zaoferował zrealizowanie przedmiotu zamówienia w terminie punktowanym przez Zamawiającego;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu:

- 2)art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, poprzez zastąpienie w Formularzu „Kryteria pozacenowe” Odwołującego sformułowania „(...) od daty podpisania umowy” sformułowaniem „(...) od daty przekazania Wykonawcy Placu Budowy”;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów:

- 3)art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń w odniesieniu do oświadczenia złożonego w zakresie Kryterium nr 2 „Termin realizacji robót”, wobec wątpliwości Zamawiającego co do oświadczenia Odwołującego w Formularzu „Kryteria pozacenowe” złożonym wraz z ofertą na potrzeby oceny oferty w ramach Kryterium oceny ofert nr 2 z pkt 21.1.2 SWZ „Termin realizacji robót”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1)unieważnienia wyboru oferty wykonawcy ATP jako najkorzystniejszej w postępowaniu, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu:
- 2)przyznania Odwołującemu 40 pkt w ramach Kryterium oceny ofert nr 2 z pkt 21.1.2 SWZ „Termin realizacji robót” ze względu na fakt, że Odwołujący zaoferował zrealizowanie przedmiotu zamówienia w terminie punktowanym przez Zamawiającego, tj. w czasie krótszym niż 3 miesiące od dnia przekazania Wykonawcy Placu Budowy, a konsekwencji dokonanie oceny ofert ze skorygowaną punktacją;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższego żądania:

- 3)poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższych żądań:

- 4)wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń w odniesieniu do oświadczenia złożonego w zakresie Kryterium nr 2 „Termin realizacji robót”, wobec wątpliwości Zamawiającego co do oświadczenia Odwołującego w Formularzu „Kryteria pozacenowe” złożonym wraz z ofertą na potrzeby oceny oferty w ramach Kryterium oceny ofert nr 2 z pkt 21.1.2 SWZ „Termin realizacji robót”.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający w SWZ pierwotnie w pkt 21.1.2 pn.

Kryterium „Termin realizacji robót” wskazał:

„Kryterium „Termin realizacji robót” będzie rozpatrywane na podstawie zadeklarowanego terminu realizacji zamówienia, podanego przez Wykonawcę w Formularzu „Kryteria pozacenowe”.

Najdłuższy możliwy termin realizacji robót: 4 miesiące od daty podpisania umowy

Najkrótszy możliwy termin realizacji robót: 3 miesiące od daty podpisania umowy

Wykonawca może zaproponować następujące terminy realizacji zamówienia:

4 miesiąc lub 3 miesiące.

Liczba punktów w tym kryterium zostanie przyznana w następujący sposób:

Termin realizacji robót 3 miesiące od daty podpisania umowy 40 pkt.

Termin realizacji robót 4 miesiące od daty podpisania umowy 0 pkt.

Nieżłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w kryterium „Termin realizacji robót”, a Zamawiający uzna, iż Wykonawca zrealizuje zamówienie w ciągu 4 miesięcy od daty podpisania umowy.

UWAGI DO KRYTERIÓW POZACENOWYCH:

1. Jeżeli Wykonawca nie złoży wraz z ofertą Formularza „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2.), to otrzyma 0 (zero) punktów w kryterium pozacenowym, a Zamawiający uzna, iż Wykonawca zrealizuje zamówienie w ciągu 4 miesięcy od daty podpisania umowy.

2. Przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert. W następstwie czynności złożenia wyjaśnień Wykonawca nie może uzupełniać Formularza „Kryteria pozacenowe”.

Zamawiający w dniu 7 sierpnia 2023 r. opublikował zmiany i wyjaśnienia do SWZ, w części drugiej pkt 4 pisma (str. 4) Zamawiający wprowadził zmianę z ramach Kryterium „Termin realizacji robót” tak, że otrzymał brzmienie:

„(...) Najdłuższy możliwy termin realizacji robót: 4 miesiące od daty przekazania Wykonawcy Placu Budowy.

Najkrótszy możliwy termin realizacji robót: 3 miesiące od daty przekazania Wykonawcy Placu Budowy.

Wykonawca może zaproponować następujące terminy realizacji zamówienia:

4 miesiąc lub 3 miesiące.

Liczba punktów w tym kryterium zostanie przyznana w następujący sposób:

Termin realizacji robót 3 miesiące od daty przekazania Wykonawcy Placu Budowy 40 pkt.

Termin realizacji robót 4 miesiące od daty przekazania Wykonawcy Placu Budowy 0 pkt”.

Zamawiający w pkt 5 ww. pisma wprowadził konsekwentnie zmiany w Formularzu „Kryteria pozacenowe” złożonym wraz z ofertą na potrzeby oceny oferty w ramach Kryterium oceny ofert nr 2 z pkt 21.1.2 SWZ „Termin realizacji robót” – również zmieniając punkt odniesienia z „od daty podpisania umowy” na „od daty przekazania Wykonawcy Placu Budowy”, czyli wprowadził zapis bardziej korzystny dla wykonawców. Podkreślił przy tym, że „maksymalny termin wykonania przedmiotu Umowy: 4 miesiące od dnia przekazania Wykonawcy Placu Budowy”, czym dał wyraz temu, aby zamówienie zostało zrealizowane najpóźniej w terminie 4 miesięcy od przekazania Wykonawcy Placu Budowy, tj. do 15 listopada 2023 r. (vide: str. 3 pisma Zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2023 r.). Ponadto, wprowadzono dalsze zmiany w konsekwencji powyższych zmian SWZ. Niewątpliwie, dla Zamawiającego ma znaczenie jak najszybsze zrealizowanie zamówienia, skoro ustalił kryterium oceny ofert w powyższym kształcie.

Odwołujący złożył ofertę wraz z Formularzem „Kryteria pozacenowe” 2.2., czyli spełnił wymóg postawiony przez Zamawiającego. Formularz ten został wypełniony przez Odwołującego, w którym złożył on jednoznaczne oświadczenie, że deklaruje on gotowość wykonania zamówienia w terminie premiowanym przez Zamawiającego, krótszym niż maksymalny termin na wykonanie zamówienia. Oświadczenie, choć jednoznaczne co do brzmienia i intencji Odwoławczego, zostało złożone zgodne z pierwotną wersją SWZ, tj. najdłuższy możliwy termin realizacji robót przez Odwołującego to: „do 3 miesięcy od daty podpisania umowy”.

Zamawiający w dniu 27 września 2023 r. poinformował o wyborze oferty ATP oraz o fakcie, że przyznał Odwołującemu 0 pkt w ramach kryterium „Termin realizacji robót”, ponieważ: Wykonawca złożył niepoprawny formularz „kryteria pozacenowe”.

Powyższa czynność Zamawiającego nie może się ostać. Zamawiający powinien był przyznać Odwołującemu 40 pkt, a tymczasem poprzestał wyłącznie na ocenie „formularza”, a nie treści oświadczenia Odwołującego zawartego w tym Formularzu „Kryteria Pozacenowe” 2.2., które jednoznacznie potwierdza, że Odwołujący wykona zamówienie w krótszym terminie – premiowanym przez Zamawiającego. W żadnym wypadku nie sposób uznać, że intencją Odwołującego było zadeklarowanie chęci wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 4 miesięcy od Przekazania Wykonawcy Placu Budowy – pozycja ta została skreślona przez Odwołującego (zgodnie z instrukcją Zamawiającego).

Skoro Odwołujący zadeklarował gotowość do wykonania zamówienia w terminie do 3 miesięcy od podpisania umowy, to zadeklarował tym samym że wykonana go na pewno w terminie 3 miesięcy od przekazania mu Placu Budowy. Zgodnie z § 8 ust. 1 Tomu II SWZ „Projektowane Postanowienia Umowy” (dalej: Projekt Umowy): *Do obowiązków Zamawiającego należy:*

1) przekazanie Placu Budowy, dziennika budowy;

2) zapewnienie nadzoru inwestorskiego;

3) dokonanie odbioru i zapłata należnego Wykonawcy wynagrodzenia”.

Z powyższego wynika, że przekazanie Wykonawcy Placu Budowy będzie miało miejsce po zawarciu Umowy

przez Zamawiającego z wybranym przez niego wykonawcą – okoliczność bezsporna. Zatem, skoro Odwołujący oświadczył, że wykona roboty budowlane w okresie 3 miesięcy od dnia podpisania umowy, to tym bardziej oznacza to, że wykona te roboty budowlane w terminie 3 miesięcy od dnia przekazania Wykonawcy Placu Budowy (jeśli przekazanie placu budowy odbędzie się w dniu podpisania umowy) lub w terminie krótszym, tj. z korzyścią dla Zamawiającego.

Omawiane wnioski potwierdza też prosty przykład: gdyby Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego i zawarł z nim umowę np. w dniu wniesienia odwołania, tj. 2 października 2023 r., to Odwołujący zaoferował, że wykona roboty budowlane w terminie 3 miesięcy, a więc do dnia 2 stycznia 2024 r. – nawet, jeśli Zamawiający przekaze mu Plac Budowy np. po miesiącu, czyli 2 listopada 2023 r.

Sam Zamawiający zresztą potwierdził, że oferta Odwołującego jest zgodna z SWZ – nie odrzucił tej oferty, a jedynie przyznał jej 0 pkt zamiast 40 pkt w Kryterium nr 2. Zamawiający nie ma podstaw by przyjąć, że Odwołujący zaoferował jakiś inny Termin realizacji, niż 3 miesiące od Podpisania Umowy.

Co więcej, zgodnie z jednoznacznymi postanowieniami SWZ, dotkliwa dla wykonawcy sankcja w postaci przyznania „0” punktów w ramach kryterium „Termin realizacji robót” miała nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca nie złoży Formularza „Kryterium pozacenowe” – jest to zrozumiałe, bowiem w takiej sytuacji Zamawiający nie jest w stanie poznać intencji wykonawcy, więc musi przyjąć, że jego rzeczywistą wolą jest realizacja zamówienia w maksymalnych terminach wynikających z SWZ. Ale w żadnym wypadku nie sposób uznać, że jest to przypadek Odwołującego – Odwołujący złożył Formularz 2.2. i zawarł w nim jednoznaczne oświadczenie, w którym zadeklarował gotowość zrealizowania zamówienia w skróconych terminach (a nie w Podpisanie Umowy Przekazanie Wykonawcy Placu Budowy Wykonanie robót (3 miesiące od podpisania Umowy, a nawet krócej od Przekazania Wykonawcy Placu Budowy terminach maksymalnych). Fakt, że złożył oświadczenie na pierwotnym druku formularza pozostaje bez znaczenia – intencje Odwołującego nie budzą wątpliwości.

Zgodnie z art. 65 §1 k.c., do którego odsyła art. 8 ust. 1 ustawy Pzp: Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zamawiający skupił się na „dosłownym brzmieniu” Formularza załączonego do oferty Odwołującego, w której rzeczywiście wykonawca nie skorygował zmiany dokonanej przez Zamawiającego, ale nie miało to znaczenia dla oceny oświadczenia co do terminu realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem, zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli interpretowanych w kontekście ich złożenia – Zamawiający miał obowiązek zinterpretować oświadczenie Odwołującego dot. Terminu realizacji i merytorycznie je ocenić.

Przyznanie Odwołującemu 0 pkt w ramach Kryterium nr 2 to wyłącznie przejaw nadmiernego formalizmu Zamawiającego – reakcja nieproporcjonalna wobec najkorzystniejszej cenowo oferty, w dodatku godząca w zasadę równego traktowania wykonawców w Postępowaniu. Jak słusznie określa orzecznictwo m. in. w wyroku w Sądzie Okręgowym w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r., sygn. akt X Ga 23/07: „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad PZP”. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy.

Ponadto, Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 6 października 2015 r. XXIII Ga 1341/15 potwierdza: „należy sformułować postulat, aby przy interpretowaniu postanowień dokumentów przetargowych sporządzanych przez zamawiającego, przyjmować wykładnię względniejszą dla wykonawców usiłujących wypełnić tego typu postanowienia i wynikające z nich wymagania. Ponadto ze względu na zasady ogólne ustawy wyrażone w art. 7 ustawy Pzp interpretacja taka nie powinna prowadzić do ograniczania konkurencji w postępowaniu, między innymi właśnie poprzez eliminację wykonawców na podstawie niejasnych postanowień SWZ”.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Zatem, skoro Zamawiający sformułował Kryteria oceny ofert – musi przyznać punkty wykonawcom, którzy spełniają określone w SWZ przesłanki, tak jak Odwołujący. Natomiast proces oceny ofert czy przyznawania punktów nie może charakteryzować się „nieograniczoną swobodą” – jak jest w niniejszym wypadku, gdzie ocena oferty Odwołującego została przeprowadzona nieprawidłowo - Odwołujący przedstawił ofertę korzystniejszą niż inni wykonawcy (z krótszym terminem realizacji), a został za to pozbawiony punktów.

Zamawiający, który w informacji o wyborze oferty ATP wskazuje tylko, że „Wykonawca złożył niepoprawny formularz” – nie bada, nie ocenia jakiej treści jest złożone w formularzu, a tylko skupia się na technicznej niedoskonałości oferty, która nie ma znaczenia merytorycznego, ale która staje się pretekstem do jej negatywnej oceny. Jest to czynność stanowiąca przejaw nadmiernego formalizmu, dokonana z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców oraz proporcjonalności.

Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/97, wskazał, że tzw. test proporcjonalności polega na zbadaniu, czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Celem w niniejszym postępowaniu jest wybór oferty wykonawcy, który gwarantuje wykonanie zamówienia w sposób zgodny z SWZ, a w szczególności zapewnia jak najkrótszy Termin realizacji – tj. w wymiarze nie większym niż 3 miesiące od przekazania Placu Budowy. Tymczasem Odwołujący gwarantuje jego osiągnięcie przy wykonaniu zamówienia, a jedynie nie powielił tej informacji w Formularzu wprost – jednakże nie ma wątpliwości, że Odwołujący odzwierciedlił w ofercie wymogi Zamawiającego co do uzyskania 40 pkt w ramach Kryterium nr 2. Zatem, działanie Zamawiającego należy ocenić jako działanie nieadekwatne, niekonieczne, a więc i nieproporcjonalne, a ponadto dyskryminujące Odwołującego, który przedstawił ofertę korzystniejszą niż inni wykonawcy, a został za to pozbawiony punktów – co rażąco narusza zasadę równego traktowania.

Odwołujący przywołuje w tym miejscu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2019 r., sygn. akt KIO 1961/19, który również dotyczy oświadczenia wykonawcy w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert – terminu realizacji. I choć w tamtym postępowaniu zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy z uwagi na jej rzekomą niezgodność z SWZ (działanie dalej idące niż działanie Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu), to jednak Izba wyraźnie podkreślała, że zdarzenie nie tylko nie pozwalało na to, aby odrzucić ofertę wykonawcy, ale też nie stanowiło przeszkody, aby wykonawca otrzymał maksymalną liczbę punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert. Izba zwracała uwagę na konieczność odtworzenia przez zamawiającego faktycznej woli wykonawcy.

Mając na uwadze fakt, że najdłuższy możliwy termin realizacji robót przez Odwołującego to mniej niż 3 miesiące od dnia „przekazania Wykonawcy Placu Budowy”, a zatem Odwołujący zaoferował zrealizowanie przedmiotu zamówienia w terminie punktowym przez Zamawiającego, Zamawiający powinien był przyznać ofercie Odwołującego 40 punktów w ramach Kryterium nr 2. Powyższe oznacza, że dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Odwołującego była nieprawidłowa. Wobec powyższego, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp w zw. 266 ustawy Pzp w z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 k.c. potwierdził się.

Z ostrożności, nawet gdyby przyjąć, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z niezgodnością oferty z dokumentami zamówienia, to w ocenie Odwołującego Zamawiający powinien był dokonać korekty omyłki. Z tego też względu, z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Poprawienie w Formularzu „Kryteria pozacenowe” złożonym wraz z ofertą Odwołującego na potrzeby oceny oferty w ramach Kryterium oceny ofert nr 2 z pkt 21.1.2 SWZ „Termin realizacji robót” spełnia przesłanki z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający powinien więc poprawić powyższą omyłkę w ofercie Odwołującego analogicznie do zmian, które wprowadził w Formularzu „Kryteria pozacenowe” w dniu 7 sierpnia 2023 r., tj. zastąpić sformułowanie „od daty podpisania umowy” sformułowaniem „od daty przekazania Wykonawcy Placu Budowy”, Zamawiający zamieścił w treści wzoru formularza tylko dwie możliwości, dwa terminy realizacji zamówienia: 3 i 4 miesiące oraz polecenie: „*niewłaściwe skreślić”. Niewątpliwie, Odwołujący „skreślił” wersję 4-miesięczną jako „niewłaściwą”, co oznacza, że od początku oferuje realizację zamówienia w krótszym, punktowym dodatkowo okresie. Nie budzi więc wątpliwości, jaka była rzeczywista intencja Odwołującego. Wobec tego, że w ofercie Odwołującego są spełnione powyższe przesłanki, a przede wszystkim poprawienie omyłki nie wymaga ingerencji merytorycznej w ofertę Odwołującego, a Zamawiający ma właściwie jeden, oczywisty sposób poprawienia omyłki, a sposób ten wynika z oferty Odwołującego. W sprawie nie budzi wątpliwości, że oczywistą intencją Odwołującego było zadeklarowanie krótszego terminu realizacji zamówienia. W tym przypadku nie doszłoby więc do zmiany oświadczenia woli Odwołującego a jedynie do jego odtworzenia, zgodnie z jego pierwotnymi, oczywistymi intencjami. Zatem, niniejszy zarzut ewentualny zasługuje na uwzględnienie.

Na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzutu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wezwania go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń w odniesieniu do oświadczenia złożonego w zakresie Kryterium nr 2 „Termin realizacji robót”, wobec ewentualnych wątpliwości Zamawiającego co do oświadczenia Odwołującego w Formularzu „Kryteria pozacenowe” złożonym wraz z ofertą na potrzeby oceny oferty w ramach Kryterium oceny ofert nr 2 z pkt 21.1.2 SWZ „Termin realizacji robót”. Wszystkie informacje niezbędne do oceny oferty Odwołującego znajdują się w tej ofercie. Podkreślenia wymaga, że uzyskane ewentualne dodatkowe wyjaśnienia od Odwołującego nie będą zmieniać treści oferty. Wyjaśnienia ograniczą się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści już zawartych w złożonej ofercie, która nie wymaga modyfikacji czy uzupełnienia – które jest niedozwolone na gruncie ustawy Pzp.

Zamawiający kopię odwołania wraz z informacją o wniesieniu odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 5 października 2023r. przy użyciu środków komunikacji

elektronicznej za pośrednictwem Platformy zakupowej Zamawiającego.

W dniu 9 października 2023 r. (pismem z dnia 5 października 2023 r.) wykonawca ATP zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 13 października 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy ATP Eko Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowany i złożony przez Odwołującego w załączeniu do odwołania dowód, tj.: Zmianę SWZ.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Odwołującego na rozprawie dowody, tj.:

1.Referencje z dnia 3 stycznia 2023 r.

2.Kopię oferty Odwołującego z dnia 09.09.2022 r. złożonej w innym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny – tożsamy dla wszystkich z podniesionych zarzutów:

Zamawiający w Rozdziale 16 Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SWZ”, „OPIS SPOSOB PRZYGOTOWANIA OFERT”, pkt 16.5. podał *Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione dokumenty:*

1) Formularz Cenowy (Tom IV SWZ);

2) Formularz „Kryteria pozacenowe”.

Zamawiający w Rozdziale 21 SWZ „KRYTERIA OCENY OFERT”, pkt 21.1.2. „Kryterium „Termin realizacji robót”

podał: „Kryterium „Termin realizacji robót” będzie rozpatrywane na podstawie zadeklarowanego terminu realizacji zamówienia, podanego przez Wykonawcę w Formularzu „Kryteria pozacenowe”.

Najdłuższy możliwy termin realizacji robót: 4 miesiące od daty podpisania umowy

Najkrótszy możliwy termin realizacji robót: 3 miesiące od daty podpisania umowy

Wykonawca może zaproponować następujące terminy realizacji zamówienia:

4 miesiąc lub 3 miesiące.

Liczba punktów w tym kryterium zostanie przyznana w następujący sposób:

Termin realizacji robót 3 miesiące od daty podpisania umowy 40 pkt.

Termin realizacji robót 4 miesiące od daty podpisania umowy 0 pkt.

Niełożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w kryterium „Termin realizacji robót”, a Zamawiający uzna, iż Wykonawca zrealizuje zamówienie w ciągu 4 miesięcy od daty podpisania umowy.

UWAGI DO KRYTERIÓW POZACENOWYCH:

1. Jeżeli Wykonawca nie złoży wraz z ofertą Formularza „kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2.), to otrzyma 0 (zero) punktów w kryterium pozacenowym, a Zamawiający uzna, iż Wykonawca zrealizuje zamówienie w ciągu 4 miesięcy od daty podpisania umowy.

2. Przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert. W następstwie czynności złożenia wyjaśnień Wykonawca nie może uzupełniać Formularza „Kryteria pozacenowe”.

W Formularzu 2.2. „Formularz „kryteria pozacenowe” zamieścił m.in. treść:

„OŚWIADCZAM, że:

Przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany do:

4 miesięcy od daty podpisania umowy*

3 miesięcy od daty podpisania umowy*

*niewłaściwe skreślić”

Zamawiający w dniu 7 sierpnia 2023 r. dokonał „zmiany SWZ Tom I Instrukcja dla Wykonawców, Rozdział 2 Formularze dotyczące Oferty, Formularz 2.2. „Kryteria pozacenowe”, wprowadzając w formularzu następującą zmianę, tj. w miejsce:

„OŚWIADCZAM, że:

Przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany do:

4 miesięcy od daty podpisania umowy*

3 miesięcy od daty podpisania umowy*

*niewłaściwe skreślić”

wpisując treść:

„OŚWIADCZAM, że:

Przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany do:

4 miesięcy od dnia przekazania Wykonawcy Placu Budowy*

3 miesięcy od dnia przekazania Wykonawcy Placu Budowy*

*niewłaściwe skreślić”.

Odwołujący wraz z ofertą złożył Formularz 2.2. „Formularz „Kryteria pozacenowe”, w którym zamieszczona była następująca treść:

„OŚWIADCZAM, że:

Przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany do:

4 miesięcy od daty podpisania umowy*

3 miesięcy od daty podpisania umowy*

*niewłaściwe skreślić”

Zamawiający, pismem z dnia 27 września 2023 r., przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, w treści którego wskazał, że Odwołujący w ramach kryterium pozacenowego „Termin realizacji robót” otrzymał „0” punktów.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego, wnosząc odwołanie i żądając przyznania 40 pkt w ramach tego kryterium.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 k.c. (zarzutu 1 odwołania)

Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia”. Z kolei art. 240 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że „Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiając weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawionych w ofertach”.

Powyższe oznacza, że Zamawiający, oceniając oferty, opiera się na zasadach oceny ofert opisanych w dokumentach zamówienia i nie może na tym etapie oceny ofert uszczegóławiać zasad oceny opisanych wcześniej ani też odstępować od wcześniej opisanych zasad. Nie może więc dokonywać ich modyfikacji po upływie terminu składania ofert. Zamawiający zobowiązany jest więc ocenić oferty według ustalonych wcześniej i wyartykułowanych kryteriów, gdyż wykonawca ma prawo oczekiwać od Zamawiającego, aby ten oceniał oferty w oparciu o określone w SWZ kryteria oceny ofert oraz zgodnie z opisem odnoszącym się do sposobu ich oceny.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający w dniu 7 sierpnia 2023 r., dokonał modyfikacji SWZ w zakresie dotyczącym Formularza 2.2. „Kryteria pozacenowe”, w miejsce „od daty podpisania umowy”, wpisując „od dnia przekazania wykonawcy Placu Budowy”. I to ten zmodyfikowany formularz powinni złożyć wykonawcy, deklarując termin realizacji zamówienia, który stanowił jednocześnie pozacenowe kryterium oceny ofert. Tak więc w sytuacji gdy Odwołujący nie złożył wymaganego Formularza 2.2., zawierającego deklarowany przez tego wykonawcę termin zrealizowania zamówienia poprzez wskazanie oferowanego czasu jego realizacji od dnia przekazania wykonawcy placu

budowy uznać należy, że takiego formularza nie złożył a tym samym nie zadeklarował terminu w jakim wykona przedmiot zamówienia, licząc od dnia przekazania wykonawcy placu budowy. Zamawiający prawidłowo więc uczynił, nie przyznając Odwołującemu punktów w tym kryterium. Odwołujący zadeklarował bowiem, że zrealizuje przedmiot zamówienia w terminie „do 3 miesięcy od daty podpisania umowy”, a więc złożył oświadczenie na formularzu sprzed zmiany Zamawiającego dokonanej w dniu 7 sierpnia 2023 r. Nie złożył więc wymaganego i zmodyfikowanego przez Zamawiającego Formularza 2.2. „Kryteria pozacenowe”, w którym powinien zadeklarować zrealizowanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie terminu „od dnia przekazania wykonawcy Placu Budowy”. A tym samym nie uwzględnił faktu zmiany treści Formularza 2.2. „Kryteria pozacenowe”. Wobec powyższego – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie można uznać, iż złożył on jednoznaczne oświadczenie, że deklaruje gotowość wykonania zamówienia w terminie premiowanym przez Zamawiającego. Terminem premiowanym było bowiem zrealizowanie przedmiotu zamówienia w terminie do 4 lub 3 miesięcy „od dnia przekazania wykonawcy Placu Budowy”. Nie można się zgodzić z Odwołującym, że mimo braku złożenia zmodyfikowanego Formularza 2.2. i złożeniem w jego miejsce pierwotnej wersji tego formularza zadeklarował on w istocie chęć wykonania przedmiotu zamówienia właśnie w terminie premiowanym przez Zamawiającego. Nie wynika to bowiem z oświadczenia złożonego przez tego wykonawcę. Tym bardziej, że przekazanie placu budowy wykonawcy – jak wskazał Zamawiający – będzie możliwe dopiero po 15 listopada 2023 r. i dopiero od tego dnia możliwe będzie rozpoczęcie robót budowlanych, które mogą trwać w zależności od deklaracji wykonawcy od 3 do 4 miesięcy. Co więcej pojęć tych („od daty podpisania umowy” i „od dnia przekazania wykonawcy Placu Budowy”) nie można utożsamiać. Odwołujący, jak słusznie podniósł Zamawiający, opiera swe stanowisko na błędnym założeniu, że dzień zawarcia umowy to dzień przekazania placu budowy, a to będzie miało miejsce dopiero po 15 listopada 2023 r. Nie jest więc możliwe przy takim oświadczeniu, jak złożył Odwołujący, wykonanie robót w terminie krótszym niż 3 lub 4 miesiące. Złożone przez Odwołującego dowody nie są miarodajne dla potrzeb tego postępowania, gdyż tamte prace dotyczyły innych sytuacji i innych realizacji, a w tym postępowaniu istotny jest moment rozpoczęcia robót. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Odnośnie **zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp (zarzut 2 odwołania)** Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że „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”. Oznacza to, że istnieje możliwość poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy o ile nie spowoduje ona istotnych zmian w treści oferty. Omyłka taka nie musi mieć charakteru oczywistego. Niemniej jednak o możliwości poprawienia takiej omyłki (innej omyłki) decyduje to czy jej poprawienie w sposób istotny zmieni treść oferty, czy też nie. Dla oceny istotności zmiany oferty w stosunku do jej pierwotnego brzmienia znaczenie ma jaki jest zakres zmiany w stosunku do treści oferty. W sytuacji gdy zmiana, a w tym przypadku tak jest, stanowi wytworzenie nowego oświadczenia i to odmiennego od złożonego wcześniej (złożonego na pierwotnym Formularzu 2.2.), ma charakter istotny. Nie wiadomo bowiem – jak słusznie podniósł Zamawiający - jaka była rzeczywista treść oświadczenia wykonawcy. Odwołujący deklaruje bowiem, że zamierza wykonać zamówienie w terminie 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy, mimo że zgodnie z § 22 Projektu umowy planowany termin rozpoczęcia robót a więc przekazania wykonawcy placu budowy to 15 listopada 2023 r. Jego intencją – jak wskazał w odwołaniu – było zadeklarowanie krótszego terminu realizacji zamówienia, co w kontekście treści SWZ, w tym projektu umowy – jak z kolei wykazał Zamawiający – odnosząc się do terminów wynikających z prowadzonego postępowania, jak również treści SWZ i projektu umowy jest obiektywnie niemożliwe. Zmiana treści Formularza 2.2. w sposób oczekiwany przez Odwołującego stanowiłaby więc istotną zmianę treści oferty, co czyni ją niedopuszczalną. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Odnośnie **zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp (zarzut 3 odwołania)** Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „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 art. 187 dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”. Tak więc Zamawiający gdy powźmie wątpliwości co do treści złożonej oferty może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. W tym stanie faktycznym treść oferty Odwołującego – Formularza 2.2. jest jednoznaczna. Odwołujący zadeklarował bowiem, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany do „3 miesięcy od daty podpisania umowy*”. Nie ma więc i nie może być wątpliwości co treści złożonego oświadczenia. Wątpliwości takich nie miał także Zamawiający

W jego ocenie oświadczenie zawarte w treści Formularza 2.2. „Kryteria pozacenowe” złożonego wraz z ofertą na potrzeby oceny oferty w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert jest jednoznaczne. A tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw do korygowania i wyjaśniania błędnego formularza celem doprowadzenia go do treści zgodnej z treścią SWZ (Formularza 2.2.). Wszelkie korekty i wyjaśnienia prowadziłyby w istocie do istotnych zmian treści oferty tego wykonawcy. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy

§ 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: