

**WYROK**  
**z dnia 27 września 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2023 r. przez wykonawcę **MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstw Budownictwa Przemysłowego S.A**

**z siedzibą w Gliwicach, Plac Piastów 10, 44-101 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg w Zabrze, ul. Jana Kasprzowicza 8, 41-803 Zabrze**

przy udziale wykonawcy **DROGOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Siemianowicka 52d, 40-301 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstw Budownictwa Przemysłowego S.A z siedzibą w Gliwicach, Plac Piastów 10, 44-101 Gliwice** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstw Budownictwa Przemysłowego S.A z siedzibą w Gliwicach, Plac Piastów 10, 44-101 Gliwice** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 2678/23

**Uzasadnienie**

Miejski Zarząd Dróg w Zabrze, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Przebudowa ulicy Chłopskiej w Zabrze”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 czerwca 2023 r., 2023/BZP, poz. 00273719.

W dniu 11 września 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych i zaniechanych w postępowaniu, tj.:

- 1) odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania,
- 2) wybór oferty wykonawcy DROGOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zwanego dalej wykonawcą DROGOPOL”, jako najkorzystniejszej,
- 3) zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę DROGOPOL z uwagi na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania,
- 4) zaniechanie wezwania do wyjaśnienia oferty wykonawcy DROGOPOL w zakresie oświadczenia złożonego w pkt 11 Formularza Oferty oraz w punkcie X Formularza ofertowego wygenerowanego systemowo przez platformę e-zamówienia (które nie są ze sobą zgodne), z uwagi na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania,
- 5) zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w tym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania – poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu w szczególności w związku z wadliwą oceną złożonych przez Odwołującego wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości,

ewentualnie, z ostrożności procesowej:

2)art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy została ona złożona przez wykonawcę, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu, w szczególności w związku z wadliwą oceną złożonych przez Odwołującego wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a także w związku z informacyjnym charakterem danych w ofercie dotyczących ustalenia zakresu prac przewidzianych do wykonania przez podwykonawców, co do których nie ma zastosowania sankcja z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji z art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, a przez to także zarzut nierównego traktowania wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości,

3)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy DROGOPOL w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp mimo, że oferta wykonawcy DROGOPOL nie jest najkorzystniejsza oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równej pozycji wykonawców w postępowaniu, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości poprzez:

- a) naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę DROGOPOL w zakresie kwalifikacji zawodowych i uprawnień osoby skierowanej na stanowisko kierownika robót teletechnicznych – P. M. i/lub naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę DROGOPOL w zakresie kwalifikacji zawodowych i uprawnień osoby skierowanej na stanowisko kierownika robót teletechnicznych – P. M.,
- b) naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia oferty wykonawcy DROGOPOL w zakresie oświadczenia złożonego w pkt 11 Formularza Oferty oraz w punkcie X Formularza ofertowego wygenerowanego systemowo przez platformę e-zamówienia, które nie są ze sobą zgodne.

Odwołujący wniosł o:

- 1)uwzględnienie niniejszego odwołania,
- 2)unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy DROGOPOL,
- 3)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 4)nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz zaniechanych czynności oraz dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu zgodnie z warunkami zamówienia,
- 5)obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający nie przeprowadził rzetelnego badania i oceny ofert. Gdyby bowiem to uczynił musiałby uznać, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, a nie oferta wykonawcy DROGOPOL, której treść aktualnie nie potwierdza zgodności z warunkami postępowania. Zamawiający nie dość, że odrzucił ofertę Odwołującego to jeszcze uznał ofertę wykonawcy DROGOPOL za najkorzystniejszą w tym postępowaniu i dokonał jej wyboru, mimo że zaniechał dokonania czynności badania tej oferty.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2023 r. (znak pisma: 7284w/2023) stosownie do art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty Odwołującego. W uzasadnieniu wyboru Zamawiający podał, że „W wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert, oferta ww. Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu otrzymała najwyższą ilość punktów (100 punktów) w ocenie dokonanej przez Komisję Przetargową jest ofertą spełniającą wymogi określone w SWZ i nie podlegającą odrzuceniu.” Zacytowana treść uzasadnienia jest identyczna w przypadku obu wyborów, dotyczy tylko różnych wykonawców.

W 5 dniu po wyborze oferty Odwołującego Zamawiający, pismem z dnia 30.08.2023 r. (znak sprawy: 7396w/2023), powiadomił wykonawców, że unieważnia czynność oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego

i zawiadomił o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. Jako uzasadnienie podjęcia tej czynności Zamawiający wskazał, że w dniu 29 sierpnia 2023 r. otrzymał pismo od wykonawcy DROGOPOL o nazwie „Sygnalizacja możliwości podjęcia przez Zamawiającego czynności niezgodnej z prawem”, z którego powziął informację o nieprawidłowościach popełnionych w trakcie badania i oceny oferty złożonej przez Wykonawcę Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w zakresie oświadczenia zawartego w pkt 11 Formularza Oferty (złożonego na wzorze załącznika nr 2 do SWZ) dotyczącego wykonania przedmiotu zamówienia przy pomocy podwykonawców oraz w punkcie X Formularza ofertowego wygenerowanego systemowo przez platformę e-zamówienia.

Następnie pismem z dnia 31 sierpnia 2023 r. (znak sprawy: 7426w/2023), w oparciu o art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty. Niestety treść tego wezwania nie zawierała żadnego pytania. Zawierała jedynie żądanie Zamawiającego skierowane do Odwołującego do potwierdzenia postawionej tam tezy – „wnosi o wyjaśnienie treści oferty poprzez jednoznaczne potwierdzenie, że Wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia poprzez zlecenie Podwykonawcom wykonania pełnego zakresu robót budowlanych we wszystkich branżach, zgodnie z oświadczeniem złożonym w pkt 11 Formularza Oferty oraz w punkcie X Formularza ofertowego wygenerowanego systemowo przez platformę e-zamówienia.” Zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień na dzień następnny, tj. 1 września 2023 r.

Zamawiający nie zastosował się do treści art. 8 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie reguł obowiązujących przy wyznaczaniu terminów (termin nie obejmował bowiem minimum 2 dni, w tym 2 dni roboczych).

Mając na uwadze treść ww. wezwania z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący pismem z dnia 1 września 2023 r. przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego były bezpośrednio związane z treścią wezwania. Skoro nie zawierało ono żadnego pytania, a jedynie tezę i to tezę, z którą Odwołujący się nie zgadzał oraz była ona niezgodna z zamiarem Odwołującego oraz z treścią oferty w zakresie dotyczącym zakresów to Odwołujący złożył jednoznaczne oświadczenie, że „Wykonawca MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach nie zamierza zlecić podwykonawcom pełnego zakresu robót budowlanych we wszystkich branżach, ani też nie zamierza tym bardziej zlecać podwykonawcom wykonania całego przedmiotu zamówienia.” Jako logiczną konsekwencję takiego oświadczenia Odwołujący wskazał, które zakresy robót, z których branż wykona siłami własnymi. Nie jest rolą wykonawcy domyślać się jaka kwestia budzi wątpliwości Zamawiającego. Dlatego też Odwołujący przedstawił wyjaśnienia, adekwatnie do tego jak brzmiało wezwanie Zamawiającego. Nie można czynić zarzutów Odwołującemu, jak to robi Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty, że Odwołujący odpowiedział/wyjaśniał na pytania, których Zamawiający nie zadał.

Po pierwsze podkreślił, że Zamawiający nie zadał żadnego pytania, w żaden sposób nie sformułował swoich wątpliwości, ani też nie wskazał, która część oferty jest niejasna lub niejednoznaczna. Stawianie pytania Odwołującemu w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty - jak Zamawiający miał to zrobić, jest całkowicie chybione. To rolą Zamawiającego jest precyzyjne sformułowanie wezwania o wyjaśnienie oferty, i to w tym wezwaniu, a nie dopiero podejmowanie takich prób w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Po drugie, nawet w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający nie napisał wprost o co mu chodziło w wezwaniu do wyjaśnienia oferty. Zamawiający nadal sugeruje, że nie chodziło mu o to, że miał wątpliwości czy cały przedmiot zamówienia zostanie powierzony do wykonania podwykonawcom, a nie tylko jego część.

Odwołujący dalej podniósł i podkreślił, że wyjaśnianie (zwane również tłumaczeniem) jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia dla podanej przez wykonawcę treści formularza ofertowego. Wyjaśnianie treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp polega zatem na udzieleniu odpowiedzi na pytanie „dlaczego tak jest jak wykonawca postanowił w treści oferty?”. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia muszą wskazywać sposób rozumienia treści złożonej oferty i nie mogą zmieniać treści oferty. Dlatego też tak ważne jest postawienie pytania w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, czego Zamawiający w tym postępowaniu nie uczynił. Zamawiający postawił tezę do potwierdzenia.

Zamiarem więc Zamawiającego nie było więc odebranie wyjaśnienia/tłumaczenia podanej przez wykonawcę treści Formularza Ofertowego. Zamawiający sam sobie odpowiedział na swoje niewyartykułowane pytanie i oczekiwał tylko potwierdzenia – jednego zdania. Wykonawca nie mógł tego potwierdzić, bo stan faktyczny sprawy i treść Formularza ofertowego przeczyły tej tezie.

Odwołujący odpowiedział zatem, tak jak mógł na takie wezwanie Zamawiającego, ponieważ skutkiem niezastosowania się do wezwania zamawiającego z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp jest przyjęcie przez wykonawcę na siebie ryzyka, że Zamawiający posłuży się dostępnymi mu informacjami na temat treści oferty wykonawcy i wyciągnie z nich określone skutki prawne. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pz służy usunięciu wątpliwości co do treści oferty, jeśli wykonawca tej wątpliwości nie usuwa, naraża się na to, że Zamawiający uzna treść oferty za niejednoznaczna, niepewną lub zrozumie ją inaczej niż wynika to z rzeczywistej woli wykonawcy (zob. wyrok z dnia 18 stycznia 2020 r., KIO 2581/20).

Dopiero po otrzymaniu od Zamawiającego w dniu 8 września 2023 r. (piątek po godzinie 15.20) dokumentów postępowania, Odwołujący zapoznał się z treścią pisma wykonawcy DROGOPOL z dnia 29.08.2023 r. o nazwie „Sygnalizacja możliwości podjęcia przez Zamawiającego czynności niezgodnej z prawem”. W piśmie tym wykonawca DROGOPOL jednoznacznie formułuje wnioski swojej autonomicznej analizy treści Formularza Ofertowego (na załączniku nr 2 do SWZ, jak i na Platformie e-zamówienia). Tymczasem wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia formularza ofertowego służy wyłącznie ustalaniu treści zobowiązania będącej zgodną z rzeczywistym zamiarem wykonawcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 1 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 122/22).

Udzielenie wyjaśnień przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego należy postrzegać jako element korzystny dla obu stron prowadzonego postępowania o zamówienie. Skoro Zamawiający żądał potwierdzenia, że wykonawca wykona wszystkie zakresy robót budowlanych we wszystkich branżach, to Odwołujący zrozumiał, że składając oświadczenie przeczące do twierdzenia postawionego przez Zamawiającego (a zgodne z zamiarem i rzeczywistą wolą Odwołującego), logiczną konsekwencją jest podanie części przedmiotu zamówienia, które wykona siłami własnymi. Nie jest to zatem zmiana treści oferty, ani też prowadzenie negocjacji z Zamawiającym, co ten sugeruje w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Odwołujący nie miał takiego zamiaru, ani celu. Po prostu odniósł się do treści wezwania i wyjaśnił pojęcia użyte w Formularzu oferty odnosząc się bezpośrednio do literalnego brzmienia wezwania Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2023 r. oraz pojęć użytych przez Zamawiającego w dokumentach postępowania, w tym w SWZ oraz przedmiarach.

Zaskakujący jest to, że Zamawiający pokusił się o dokonanie zmiany treści Formularza ofertowego Odwołującego w zakresie pkt 11. Ustawa Pzp nie zna procedury dokonywania zmian w treści Formularza Ofertowego, którą tu zastosował Zamawiający. Dodatkowo Zamawiający dokonał takiej zmiany poprzez wskazanie dwóch nowych treści pkt 11 Formularza Ofertowego Odwołującego. Jak należy rozumieć takie postępowanie Odwołujący nie wie, ponieważ ustawa Pzp nie przewiduje takich czynności Zamawiającego.

Zarzut prowadzenia negocjacji i dokonania zmiany treści pkt 11 Formularza Oferty przez Odwołującego w treści wyjaśnień z dnia 01.09.2023 r. jest niezasadny i bezpodstawny. To Zamawiający dokonał takiej zmiany, która jednak musi okazać się bezskuteczna bowiem nie znajduje oparcia w obowiązującym prawie, w szczególności w ustawie Pzp. Brak jest zatem podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.)

Odrzucenie oferty na podstawie jej niezgodności z ustawą (art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp) następuje w przypadku niezgodności oferty z wymaganiami określonymi w przepisach ustawy Pzp, a nie jakichkolwiek innych ustaw (arg. ex art. 1 ustawy Pzp). Przepisy odrębnych ustaw mogą stanowić o nieważności oferty, co jest wypełnieniem przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Niezgodność oferty z ustawą dotyczy również jej niezgodności z przepisami aktów wykonawczych wydanych na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Działanie Zamawiającego powoduje naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz 223 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania – poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu, wyjaśnił treść Formularza ofertowego w zakresie pkt 11 (podwykonawstwo), a nie negocjował treść oferty, co jest oczywiście niedozwolone, a jego oferta nie podlega odrzuceniu w szczególności w związku z wadliwą oceną złożonych przez Odwołującego wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wskazał, że nie negocjował treści Formularza ofertowego, a jedynie wyjaśniał swoją rzeczywistą wolę w oparciu o zapisy pkt 11 Formularza ofertowego. Z ostrożności procesowej jednak Odwołujący zgłosił zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art.462 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy została ona złożona przez wykonawcę, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu w szczególności w związku z wadliwą oceną złożonych ustawy Pzp, a także w związku z informacyjnym charakterem danych w ofercie dotyczących ustalenia zakresu prac przewidzianych do wykonania przez podwykonawców, co do których nie ma zastosowania sankcja z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji z art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, a przez to także zarzut nierównego traktowania wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zastrzegł żadnego zakresu prac do osobistego wykonania, a Odwołujący nie oświadczył, że korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, zatem informacje dotyczące zakresów prac (części przedmiotu zamówienia) przewidzianych do wykonania przez podwykonawców ma wyłącznie charakter informacyjny i nie stanowi merytorycznej treści oferty, której dotyczy sankcja z art.223 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie braku możliwości zmiany. Zatem fakt, że informacja dotycząca zakresów części przedmiotu zamówienia ma charakter informacyjny i nie stanowi merytorycznej części oferty, która nie może ulec zmianie pod dniem składania ofert jest oczywisty. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy Zamawiający określa kluczowe część przedmiotu umowy do osobistego

wykonania przez wykonawcę – wtedy taka informacja stanowi merytoryczną część oferty. W tym postępowaniu SWZ nie zawiera takich uregulowań.

Odwolujący oświadczył, że potwierdza, że nie negocjował i nie zmieniał treści Formularza Ofertowego w zakresie pkt 11. Gdyby jednak Krajowa Izba Odwoławcza inaczej oceniła wyjaśnienia Odwołującego z dnia 01.09.2023 r., to Odwołujący wskazuje na charakter prawny takich informacji, co prowadzi do jednoznacznego wniosku, że brak jest podstaw prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego, w tym w szczególności na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jak to uczynił Zamawiający. Treść art. 462 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp jednoznacznie opisują prawa i obowiązki stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a interpretacja ich treści przedstawiona w orzecznictwie i w komentarzach, w tym przez Urząd Zamówień Publicznych przesądza jak należy traktować tę część Formularza Ofertowego. Zatem zasadne jest postawienie w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy została ona złożona przez wykonawcę, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu, w szczególności w związku z wadliwą oceną złożonych przez Odwołującego wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a także w związku z informacyjnym charakterem danych w ofercie dotyczących ustalenia zakresu prac przewidzianych do wykonania przez podwykonawców, co do których nie ma zastosowania sankcja z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji z art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, a przez to także zarzut nierównego traktowania wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu także naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy DROGOPOL w sposób naruszający przepisy PZP mimo że oferta wykonawcy DROGOPOL nie jest najkorzystniejsza oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równej pozycji wykonawców w postępowaniu, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości poprzez:

- a) naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę DROGOPOL w zakresie kwalifikacji zawodowych i uprawnień osoby skierowanej na stanowisko kierownika robót teletechnicznych – P.M. i/lub w postępowaniu przez naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób w zakresie spełnienia warunków udziału wykonawcy DROGOPOL w zakresie kwalifikacji zawodowych i uprawnień osoby skierowanej na stanowisko kierownika robót teletechnicznych – P. M.,
- b) naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia oferty wykonawcy DROGOPOL w zakresie oświadczenia złożonego w pkt 11 Formularza Oferty oraz w punkcie X Formularza ofertowego wygenerowanego systemowo przez platformę e-zamówienia, które nie są ze sobą zgodne.

W dniu 01.09.2023 r. Odwołujący złożył pismo z wyjaśnieniami (ok. godz. 14.00), Zamawiający niemal natychmiast dokonał poprawy omyłki w swoim piśmie z dnia 31.08.2023 r. (znak sprawy: 7487w/2023) – pismem z dnia 01.09.2023 r. (znak sprawy 7487w/2023) i przesłał Odwołującemu za pośrednictwem e-mail o godz. 15.17. Z uzyskanych od Zamawiającego dokumentów postępowania wynika, że Zamawiający wezwał wykonawcę DROGOPOL do złożenia podmiotowych środków dowodowych pismem z dnia 01.09.2023 r. (znak sprawy: 7460w/2023). Numery obu pism Zamawiającego wskazują kolejność ich wytwarzania, a znacznie wcześniejszy numer wezwania wykonawcy DROGOPOL do złożenia podmiotowych środków dowodowych sugeruje, że Zamawiający właściwie nie oczekiwał wyjaśnień od Odwołującego oraz nie analizował ich przed podjęciem decyzji o wzywaniu kolejnego wykonawcy do rozpoczęcia procedury wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 5 września 2023 r. wykonawca DROGOPOL złożył Zamawiającemu dokumenty w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Już w dniu 6 września 2023 r. Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę DROGOPOL.

Co do czynności wyboru oferty wykonawcy DROGOPOL Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie zachował należytej staranności w zakresie badania i oceny tej oferty, czym naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp.

W złożonym przez wykonawcę DROGOPOL wykazie osób w zakresie kwalifikacji zawodowych i uprawnień osoby skierowanej na stanowisko kierownika robót teletechnicznych – P. M., została podana informacja dot. uprawnień budowlanych: „Uprawnienia budowlane numer ewidencyjny SLK/5794/WTB/15 do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń”.

Natomiast zgodnie z treścią pkt XIV ppkt 2. lit. B ppkt 3 Kierownik robót teletechnicznych warunków brzmii: „Kwalifikacje zawodowe: uprawnienia teletechniczne bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 roku, poz. 2351 z

późn. zm.) do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.”

Wymagane w SWZ uprawnienia mają inne brzmienie niż oświadczenie złożone przez wykonawcę DROGOPOL w wykazie osób. Zamawiający nie zbadał zakresu uprawnień zgłoszonego kierownika robót teletechnicznych – P. M., mimo to ocenił, że oferta jest zgodna z warunkami SWZ.

Na marginesie Odwołujący podniósł, że dokonując badania i oceny jego oferty, w podobnej sytuacji dotyczącej kierownika robót teletechnicznych, Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób.

W analogicznej sytuacji Zamawiający zaniechał czynności. Nie wezwał, art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób w zakresie spełnienia warunków udziału wykonawcy DROGOPOL w zakresie kwalifikacji zawodowych i uprawnień osoby skierowanej na stanowisko kierownika robót teletechnicznych – P. M., czym naruszył art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wezwał także wykonawcy DROGOPOL do wyjaśnienia treści podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę DROGOPOL w zakresie kwalifikacji zawodowych i uprawnień osoby skierowanej na stanowisko kierownika robót teletechnicznych – P. M., czym naruszył art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Podobnie w zakresie badania treści Formularza Ofertowego w zakresie oświadczenia złożonego w pkt 11 Formularza Oferty oraz w punkcie X Formularza ofertowego wygenerowanego systemowo przez platformę e-zamówienia, które nie są ze sobą zgodne, Zamawiający nie dokonał żadnej czynności zmierzającej do wyjaśnienia treści tych Formularzy Ofertowych w tym zakresie, czym naruszył art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia oferty wykonawcy DROGOPOL.

W zakresie oświadczenia złożonego w pkt 11 Formularza Oferty – DROGOPOL złożył oświadczenie, że „przewidujemy wykonanie zamówienia przy pomocy podwykonawców” i wbrew treści Rozdziału XXVIII pkt 2 SWZ (Podwykonawstwo) „Wykonawca jest zobowiązany wskazać w formularzu oferty części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać nazwy ewentualnych podwykonawców, o ile są już znane” (zgodnie z art. 462 ust.2 Pzp) nie złożył oświadczenia, które części przedmiotu zamówienia zamierza wykonać przy pomocy podwykonawców.

Natomiast w punkcie X Formularza ofertowego wygenerowanego systemowo przez platformę e-zamówienia, wykonawca DROGOPOL wpisał: „Całość robót poza robotami asfaltobetonowymi”.

Zamawiający wskazał w treści pkt XXIII ppkt 3 SWZ: „Wykonawca na Platformie e-zamówienia przygotowuje ofertę przy pomocy interaktywnego „Formularza Ofertowego” udostępnionego przez Zamawiającego na Platformie e-Zamówienia i zamieszczonego w podglądzie postępowania w zakładce „Informacje podstawowe”. Natomiast obowiązującym przy składaniu oferty formularzem jest FORMULARZ OFERTOWY stanowiący załącznik nr 2 do SWZ który Wykonawca musi obligatoryjnie wypełnić!!!!”. Mimo tych zapisów SWZ Zamawiający nie zbadał oferty wykonawcy DROGOPOL w tym zakresie, a na domiar wszystkiego dokonał jeszcze jej wyboru jako najkorzystniejszej. Zdziwienie Odwołującego budzi fakt, że te same elementy oferty Odwołującego były badane przez Zamawiającego, a nawet stały się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

Zaniechanie Zamawiającego niewątpliwie narusza ww. przepisy Pzp, w tym elementarne zasady zamówień publicznych – zasada równego traktowania wykonawców, zasada uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

Dodatkowo Odwołujący dodał, że ani w treści Protokołu z postępowania, ani z Protokołów z prac Komisji (z dnia 01.09.2023 r., 06.09.2023 r.) nie ma żadnej informacji na temat jakichkolwiek działań Zamawiającego mających na celu weryfikację ww. braków, błędów, niejasności w ofercie wykonawcy DROGOPOL (w zakresie uprawnień kierownika robót teletechnicznych, treści Formularza ofertowego – podwykonawstwo).

Odwołujący podniósł także, że to z inicjatywy wykonawcy DROGOPOLU – pisma z dnia 29.08.2023r. „Sygnalizacja możliwości podjęcia przez Zamawiającego czynności niezgodnej z prawem”, Zamawiający unieważnił wybór oferty Odwołującego i ponownie badał i ocenił oferty. To sam wykonawca DROGOPOL pisał że zakresy podwykonawstwa winny być jednoznacznie wskazane w treści Formularza ofertowego (obowiązującym przy składaniu oferty formularzem jest FORMULARZ OFERTOWY stanowiący załącznik nr 2 do SWZ, który Wykonawca musi obligatoryjnie wypełnić!!!! - pkt XXIII ppkt 3 SWZ).

Sam zaś wbrew obowiązkowi wynikającemu z treści Rozdziału XXVIII pkt 2 SWZ (Podwykonawstwo) „Wykonawca jest zobowiązany wskazać w formularzu oferty części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać nazwy ewentualnych podwykonawców, o ile są już znane” (zgodnie z art. 462 ust.2 Pzp) nie złożył oświadczenia, które części przedmiotu zamówienia zamierza wykonać przy pomocy podwykonawców i to w treści

Formularza ofertowego zgodnego z załącznikiem nr 2 do SWZ.

Zamawiający zatem dokonując w dniu 6 września 2023 r. wyboru oferty wykonawcy DROGOPOL jako najkorzystniejszej naruszył art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy DROGOPOL w sposób naruszający przepisy PZP mimo, że oferta wykonawcy DROGOPOL nie jest najkorzystniejsza oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równej pozycji wykonawców w postępowaniu, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości poprzez:

- a) naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści podmiotowego środka dowodowego wykazu osób w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę DROGOPOL w zakresie kwalifikacji zawodowych i uprawnień osoby skierowanej na stanowisko kierownika robót teletechnicznych – P. M. lub naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę DROGOPOL w zakresie kwalifikacji zawodowych i uprawnień osoby skierowanej na stanowisko kierownika robót teletechnicznych – P. M.,
- b) naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia oferty wykonawcy DROGOPOL w zakresie oświadczenia złożonego w pkt 11 Formularza Oferty oraz w punkcie X Formularza ofertowego wygenerowanego systemowo przez platformę e-zamówienia, które nie są ze sobą zgodne.

Odwołujący wskazał, że w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp zawarta jest jedna z fundamentalnych zasad zamówień publicznych, która stanowi, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

Zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy DROGOPOL w sposób naruszający przepisy PZP i zaniechanie wskazanych powyżej czynności, mimo że oferta wykonawcy DROGOPOL nie może zostać uznana za najkorzystniejszą oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równej pozycji wykonawców w postępowaniu, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Wobec powyższego Zamawiający winien unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, ponownie przeprowadzić badanie i ocenę ofert i wybrać ofertę w sposób zgodny z regulacjami ustawy Pzp.

Zamawiający nie przeprowadził rzetelnego badania i oceny ofert. Gdyby bowiem to uczynił musiałby uznać, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, a nie oferta wykonawcy DROGOPOL, której treść aktualnie nie potwierdza zgodności z warunkami postępowania. Zamawiający nie dość, że odrzucił ofertę Odwołującego to jeszcze uznał ofertę wykonawcy DROGOPOL za najkorzystniejszą w tym postępowaniu i dokonał jej wyboru, mimo że zaniechał dokonania czynności badania tej oferty.

Zamawiający kopię odwołania wraz z informacją o wniesieniu odwołania przekazał wykonawcom pocztą elektroniczną w dniu 12 września 2023 r.

W dniu 14 września 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca DROGOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zwany dalej „Przystępującym DROGOPOL”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 25 września 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego oraz przeprowadzenie dowodów ze wskazanych przez Zamawiającego dokumentów.

**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 DROGOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,

zwanego dalej „Przystępującym DROGOPOL” lub „Przystępującym”, 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 zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w załączeniu do odwołania dowody, tj.:

- 1) pismo Zamawiającego z dnia 06.09.2023 r. – informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 2) pismo Zamawiającego z dnia 06.09.2023 r. – informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy DROGOPOL,
- 3) pismo Zamawiającego z dnia 25.08.2023 r. – informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
- 4) pismo Zamawiającego z dnia 30.08.2023 r. – informacja o unieważnieniu oceny i wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
- 5) pismo Zamawiającego z dnia 31.08.2023 r. – wezwanie do wyjaśnienia treści oferty,
- 6) pismo Odwołującego z dnia 01.09.2023 r. – wyjaśnienia Odwołującego,
- 7) pismo Zamawiającego z dnia 01.09.2023 r. – poprawa omyłki w treści pisma,
- 8) pismo Zamawiającego z dnia 01.09.2023 r. – wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych wykonawcy DROGOPOL,
- 9) Wykaz osób – załącznik nr 2 do SWZ – DROGOPOL,
- 10) SWZ,
- 11) Formularz Oferty wykonawcy DROGOPOL,
- 12) Formularz Ofertowy wygenerowany systemowo przez platformę e-zamówienia wykonawcy DROGOPOL,
- 13) pismo wykonawcy DROGOPOL z dnia 29.08.2023 r. „Sygnalizacja możliwości podjęcia przez Zamawiającego czynności niezgodnej z prawem”.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Zamawiającego w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie dowody, tj.:

- 1) wyciąg ze strony,
- 2) oferta przetargowa Odwołującego,
- 3) korespondencja Zamawiającego z wykonawcą DROGOPOL z dnia 5 lipca 2022 r.,
- 4) gwarancja należytego wykonania kontraktu,
- 5) decyzja z dnia 14 czerwca 2006 r. – uprawnienia budowlane numer ewidencyjny SLK/1352/OWOD/06,
- 6) zaświadczenie Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa nr SLK-TJR-CQY-P8K\*,
- 7) decyzja z dnia 12 czerwca 2018 r. – uprawnienia budowlane numer ewidencyjny SLK/7735WBS/18,
- 8) zaświadczenie Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa nr SLK-3J1-7PP-END\*,
- 9) decyzja z dnia 14 grudnia 2015 r. – uprawnienia budowlane numer ewidencyjny SLK/6165/WBS/15,
- 10) zaświadczenie Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa nr SLK-KFR-2W9-BWJ\*,
- 11) decyzja z dnia 25 marca 2021 r. – uprawnienia budowlane numer ewidencyjny SLK/9467/PWBE/21,
- 12) zaświadczenie Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa nr SLK-C16-HDU-WjQ\*,
- 13) decyzja z dnia 22 czerwca 2015 r. – uprawnienia budowlane numer ewidencyjny SLK/5794/WBT/15,
- 14) zaświadczenie Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa nr SLK-E8H-TPV-S1J\*,
- 15) pismo przewodnie wykonawcy DROGOPOL złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego,
- 16) wykaz osób,
- 17) protokół postępowania,
- 18) pismo z dnia 6 września 2023 r. informujące o odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 19) decyzja z dnia 22 czerwca 2015 r. – uprawnienia budowlane numer ewidencyjny SLK/5794/WBT/15.

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

#### **Zarzuty:**

- 1. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania – poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu w szczególności w związku z wadliwą oceną złożonych przez Odwołującego wyjaśnień na wezwanie**

Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości (zarzut 1 odwołania),

2.art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy została ona złożona przez wykonawcę, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu, w szczególności w związku z wadliwą oceną złożonych przez Odwołującego wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a także w związku z informacyjnym charakterem danych w ofercie dotyczących ustalenia zakresu prac przewidzianych do wykonania przez podwykonawców, co do których nie ma zastosowania sankcja z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji z art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, a przez to także zarzut nierównego traktowania wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości (zarzut 2 odwołania),

nie potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale XXIII, pkt 3, Opis sposobu przygotowania oferty” podał „Wykonawca na Platformie e-zamówienia przygotowuje ofertę przy pomocy interaktywnego „Formularza Ofertowego” udostępnionego przez Zamawiającego na Platformie e-Zamówienia i zamieszczonego w podglądzie postępowania w zakładce „Informacje podstawowe”. Natomiast obowiązującym przy składaniu oferty formularzem jest FORMULARZ OFERTOWY stanowiący załącznik nr 3 do SWZ, który Wykonawca musi obligatoryjnie wypełnić!!!!”.

Zamawiający w punkcie 19 podał także, że „Ofertę należy złożyć zgodnie z przygotowanym Formularzem Oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ, w oparciu o wypełnione przez Wykonawcę przedmiary robót oraz wymagania SWZ w zakresie dotyczącym tablicy informacyjnej”.

Nadto w „Formularzu Oferty”, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, pkt 11 wskazał:

„11) Oświadczam, że wykonam (-y) przedmiotowe zamówienie własnymi siłami/przewidujemy wykonanie zamówienia przy pomocy podwykonawców.

W sytuacji, gdy Wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia przy pomocy podwykonawców, wskazuje poniżej (o ile są znani na dzień sporządzenia oferty) nazwy i firmy podwykonawców: .....

Odwołujący w „Formularzu Oferty”, pkt 11 podał:

„11) Oświadczam, że ~~wykonam (-y) przedmiotowe zamówienie własnymi siłami~~ / przewidujemy wykonanie zamówienia przy pomocy podwykonawców.

W sytuacji, gdy Wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia przy pomocy podwykonawców, wskazuje poniżej (o ile są znani na dzień sporządzenia oferty) nazwy i firmy podwykonawców:

tymczasowa i docelowa organizacja ruchu podwykonawca nieznany na tym etapie

obsługa geodezyjna i geotechniczna podwykonawca nieznany na tym etapie

roboty drogowe podwykonawca nieznany na tym etapie

roboty kanalizacyjne podwykonawca nieznany na tym etapie

roboty bitumiczne podwykonawca nieznany na tym etapie

roboty teletechniczne podwykonawca nieznany na tym etapie

roboty elektryczne podwykonawca nieznany na tym etapie”.

Odwołujący, wypełniając interaktywny „Formularz Oferty” na Platformie e-zamówienia, Rozdział X „Sposób realizacji zamówienia” podał:

„Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy: TAK

Nazwa podwykonawcy, jeżeli jest znany: nie znani na tym etapie

Zakres zamówienia, który wykonawca zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcy: tymczasowa i docelowa organizacja ruchu, obsługa geodezyjna i geotechniczna, roboty drogowe, roboty kanalizacyjne, roboty bitumiczne, roboty teletechniczne, roboty elektryczne”.

Zamawiający, pismem z dnia 31 sierpnia 2023 r., wezwał Odwołującego do „wyjaśnienia treści oferty poprzez jednoznaczne potwierdzenie, że Wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia poprzez zlecenie Podwykonawcom wykonania pełnego zakresu robót budowlanych we wszystkich branżach, zgodnie z oświadczeniem złożonym w punkcie 11 Formularza Oferty oraz w punkcie X Formularza ofertowego wygenerowanego systemowo przez platformę e-zamówienia”.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący, pismem z dnia 1 września 2023 r., podał m.in., że „(...) nie zamierza zlecić podwykonawcom pełnego zakresu robót budowlanych we wszystkich branżach, ani też nie zamierza tym bardziej zlecać podwykonawcom wykonania całego przedmiotu zamówienia. (...) Wykonawca zastosował się do ww. reguł — wskazał

w ofercie - zakresie oświadczenia złożonego w pkt zakresie oświadczenia złożonego w pkt 11 Formularza Oferty oraz w punkcie X Formularza ofertowego wygenerowanego systemowo przez platformę e-zamówienia (które są ze sobą zgodne), części przedmiotu zamówienia, które zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom. Elementy wymienione w ofercie w żadnym razie nie składają się na pełny przedmiot zamówienia, inaczej mówiąc na 100% przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu Wykonawca wskazuje części zamówienia, pozostające poza zakresem wymienionym w pkt 11 Formularza Oferty oraz w punkcie X Formularza ofertowego wygenerowanego systemowo przez platformę e-zamówienia, które nie zostaną powierzone do wykonania podwykonawcom, a które to części zostaną wykonane przez Wykonawcę. (...)

A zatem, trzymając się podziału na branże narzuconego w tym postępowaniu przez Zamawiającego podajemy części przedmiotu zamówienia, które wykona Wykonawca bez udziału podwykonawców:

1. Branża drogowa:

- roboty przygotowawcze (wszystkie wymienione w kosztorysie oprócz obsługi geodezyjnej i geotechnicznej),
- wyposażenie w elementy małej architektury (kosze na śmieci),
- roboty inne (demontaż, montaż i regulacja ogrodzenia z siatki).

2. Branża sanitarna:

- zabezpieczenie i regulacja urządzeń obcych - zakres ten jest poza robotami kanalizacyjnymi - w istniejących sieciach (wodnych, gazowych, telekomunikacyjnych) sieciach (wodnych, gazowych, telekomunikacyjnych) - ten zakres został ujęty w branży drogowej, ale niewątpliwie dotyczy branży sanitarnej.

Natomiast mając na uwadze zakres całego przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu Wykonawca wskazuje, że wykona także inne elementy zamówienia (części) nie wymienione wprost w przedmiarach/kosztorysach, jak np. organizacja i kierowanie robotami oraz koordynacja prac wykonywanych siłami własnymi i prac wykonywanych przez podwykonawców. Bez wątpienia czynności te składają się na istotną i niezbędną część przedmiotu zamówienia A art. 462 ust. 1 Pzp mówi o części zamówienia, a nie o części robót budowlanych (a contrario - nie o pełnym zakresie robót budowlanych we wszystkich branżach, tylko - nie o całym przedmiocie zamówienia).”.

Zamawiający, pismem z dnia 6 września 2023 r., poinformował o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując m.in., że wykonawca udzielając odpowiedzi na wezwania Zamawiającego „jednocześnie dokonał zmiany treści oferty poprzez jej uzupełnienie (...). Powyżej przytoczone elementy z odpowiedzi wykonawcy (...) zostały ocenione przez Zamawiającego jako negocjacje treści oferty, w wyniku których w istocie zmieniona została treść oferty, a dokładanie pkt 11 Formularza Oferty (...) Podstawę odrzucenia oferty nie stanowi twierdzenie, iż Wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom pełny zakres robót budowlanych, lecz zmiana treści oferty dokonana przez Wykonawcę w odpowiedzi na pismo Zamawiającego (...) Wykonawca zanegował treść postawionego przez Zamawiającego pytania, ale jednocześnie przekazał dodatkowe informacje, które zdaniem Zamawiającego niewątpliwie zmieniają treść oferty. (...) Wyjaśnienia treści oferty stanowią rodzaj wykładni oświadczenia woli wykonawcy (jego oferty), dlatego przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień zmieniających treść złożonej oferty nie może być uznane za wyjaśnienie treści oferty, tylko za negocjacje jej treści, zakazane w art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 3) jest niezgodna z przepisami ustawy”.

Odrzucenie oferty na tej podstawie następuje w przypadku niezgodności oferty z wymaganiami określonymi w przepisach ustawy Pzp (zasadami udzielania zamówień, jak też poszczególnymi przepisami ustawy Pzp).

Z kolei 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”.

Przepis ten oznacza, że Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert a ich celem jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, jak również przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego. Istotnym jest przy tym aby w toku badania i oceny ofert nie doszło do negocjacji dotyczących złożonej oferty gdyż prowadzenie negocjacji jest niedopuszczalne. Art. 223 ust. 1 Pzp wyraża bowiem zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Odwołujący w „Formularzu Oferty”, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, pkt 11 podał, że „przewidujemy wykonanie zamówienia przy pomocy

podwykonawców”, dodając w miejscu, w którym należało wpisać nazwy i firmy podwykonawców, następującą treść:

„tymczasowa i docelowa organizacja ruchu podwykonawca nieznany na tym etapie  
obsługa geodezyjna i geotechniczna podwykonawca nieznany na tym etapie  
roboty drogowe podwykonawca nieznany na tym etapie  
roboty kanalizacyjne podwykonawca nieznany na tym etapie  
roboty bitumiczne podwykonawca nieznany na tym etapie  
roboty teletechniczne podwykonawca nieznany na tym etapie  
roboty elektryczne podwykonawca nieznany na tym etapie”.

I to właśnie ta dopisana we wskazanym punkcie treść wzbudziła wątpliwości innego wykonawcy a następnie i Zamawiającego. Istotnym jest przy tym, że to właśnie prawidłowo i obligatoryjnie wypełniony formularz („Formularz oferty”) był obowiązującym przy składaniu i ocenie ofert. Na konieczność złożenia oferty zgodnie z przygotowanym przez Zamawiającego „Formularzem oferty” wskazał bowiem Zamawiający w powoływanym przez Odwołującego Rozdziale XXIII SWZ, pkt 3 i 11. W punkcie 11 „Formularza oferty” należało więc wskazać tylko i wyłącznie czy wykonawca przewiduje wykonanie zamówienia przy pomocy podwykonawców i podać nazwy i firmy podwykonawców. Tymczasem Odwołujący w punkcie 11 „Formularza oferty” podał informacje, których w punkcie tym Zamawiający nie wymagał. To te właśnie informacje budzą wątpliwości, gdyż – jak podniósł Zamawiający – wynika z nich, że Odwołujący planował zlecić całość robót podwykonawcom.

W konsekwencji powyższego Zamawiający prawidłowo uczynił, korzystając z uprawnienia zawartego w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, i wzywając Odwołującego do „jednoznacznego potwierdzenia, że Wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia poprzez zlecenie Podwykonawcom wykonania pełnego zakresu robót budowlanych we wszystkich branżach, zgodnie z oświadczeniem złożonym w punkcie 11 Formularza Oferty oraz w punkcie X Formularza ofertowego wygenerowanego systemowo przez platformę e-zamówienia)”. Treść wezwania była jednoznaczna i miała na celu wyjaśnienie treści oferty złożonej przez Odwołującego (punktu 11 „Formularza oferty”) i uzyskanie dodatkowej informacji, która pozwoliłaby Zamawiającemu na dokonanie należytego badania i oceny jego oferty. Odwołujący poza oświadczeniem, że „nie zamierza zlecić podwykonawcom pełnego zakresu robót budowlanych we wszystkich branżach, ani też nie zamierza tym bardziej zlecać podwykonawcom wykonania całego przedmiotu zamówienia” szeroko odniósł się do treści złożonej oferty, opisując także części przedmiotu zamówienia, które wykona bez udziału podwykonawców, tj. „branża drogowa: roboty przygotowawcze (wszystkie wymienione w kosztorysie oprócz obsługi geodezyjnej i geotechnicznej), wyposażenie w elementy małej architektury (kosze na śmieci), roboty inne (demontaż, montaż i regulacja ogrodzenia z siatki); branża sanitarna: zabezpieczenie i regulacja urządzeń obcych - zakres ten jest poza robotami kanalizacyjnymi - w istniejących sieciach (wodnych, gazowych, telekomunikacyjnych) - ten zakres został ujęty w branży drogowej, ale niewątpliwie dotyczy branży sanitarnej”. Co więcej wskazał także, że „wykona także inne elementy zamówienia (części) nie wymienione wprost w przedmiarach/kosztorysach, jak np. organizacja i kierowanie robotami oraz koordynacja prac wykonywanych siłami własnymi i prac wykonywanych przez podwykonawców. Bez wątplenia czynności te składają się na istotną i niezbędną część przedmiotu zamówienia.”. Zasadą jest, że uzyskane tak (w wyniku wezwania do wyjaśnień) dodatkowe informacje (wyjaśnienia) nie mogą zmieniać treści oferty. Tak więc wyjaśnienia muszą się ograniczać wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani też ograniczać. Wyjaśnienia treści oferty stanowią bowiem rodzaj wykładni oświadczenia woli wykonawcy (złożonej oferty), dlatego też przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień zmieniających treść złożonej oferty nie może być uznane za wyjaśnienie treści oferty, tylko za negocjacje jej treści, które są zakazane w myśl art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Nie można więc uznać za wyjaśnienie treści oferty takiego wyjaśnienia, w którym wykonawca dokonuje zmiany treści oferty a w tym, konkretnym przypadku faktycznie tak było. Odwołujący poza zaprzeczeniem powierzenia podwykonawcom pełnego zakresu robót budowlanych we wszystkich branżach, jak i całego przedmiotu zamówienia szczegółowo opisał te części zamówienia, które wykonana samodzielnie, odnosząc się także i do innych kwestii m.in. branży budowlanej, kosztorysów, przedmiarów a nawet do ceny oferty. Doszło więc do istotnej zmiany treści oferty. Odwołujący szczegółowo bowiem podał jaki zakres zamówienia wykona osobiście. Złożył więc oświadczenie woli co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Nie można więc przypisać oświadczeniu – jak oczekuje tego Odwołujący - informacyjnego charakteru. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia mają bowiem wskazywać sposób rozumienia treści złożonej oferty, nie mogą natomiast zmieniać treści złożonej oferty. Tym samym Zamawiający prawidłowo uznał, że w wyniku złożonych przez Odwołującego wyjaśnień doszło do nieuprawnionej zmiany treści jego oferty i odrzucił ofertę tego wykonawcy. Dlatego też Izba uznała, że zarzuty 1 i 2 odwołania nie potwierdziły się.

**Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy DROGOPOL w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp mimo, że oferta wykonawcy DROGOPOL nie jest najkorzystniejsza oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równej pozycji wykonawców w postępowaniu, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości poprzez naruszenie**

**art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę DROGOPOL w zakresie kwalifikacji zawodowych i uprawnień osoby skierowanej na stanowisko kierownika robót teletechnicznych – P. M. i/lub naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę DROGOPOL w zakresie kwalifikacji zawodowych i uprawnień osoby skierowanej na stanowisko kierownika robót teletechnicznych – P. M. (zarzut 3 lit. a) odwołania) nie potwierdził się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale XIV SWZ „Informacja o kwalifikacji podmiotowej w postępowaniu (warunki udziału)”, pkt 2 lit. B podał, że „Zamawiający wymaga aby Wykonawca wykazał się dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia (osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia), posiadającymi odpowiednie doświadczenie oraz kwalifikacje zawodowe, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Wykonawca, zobowiązany jest wykazać co najmniej: (...) 3. Kierownik robót teletechnicznych - 1 osoba, spełniająca poniższe warunki:

Kwalifikacje zawodowe: uprawnienia teletechniczne bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 roku, poz. 2351 z późn. zm.) do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.”.

Zamawiający, pismem z dnia 1 września 2023 r. wezwał wykonawcę DROGOPOL do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób sporządzonego zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca DROGOPOL złożył m.in. „WYKAZ OSÓB, SKIEROWANYCH I REALIZACJI ZAMÓWIENIA DLA POSTĘPOWANIA W TRYBIE PODSTAWOWYM BEZ NEGOCJACJI NA WYK ROBÓT BUDOWLANYCH pn.: „Przebudowa ulicy Chłopskiej w Zabrze”, w pozycji 3 którego wskazał Pana P. M. c pełnienia funkcji „Kierownika robót teletechnicznych”, podając „kwalifikacje zawodowe uprawnienia”, tj.: „Wykształcenie wyższe, inż. elektroniki i telekomunikacji. Uprawnienia budowlane numer ewidencyjny SLK/5794/WBT/15 do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń. Decyzja Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa SLK/OKK/7132/5794/14 z dnia 22 czerwca 2015r Członek Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, nr ewidencyjny SLK/BT/7069/11”, jak również wskazując „8-letnie doświadczenie zawodowe” oraz podając informacje o sposobie dysponowania „Bezpośrednie – umowa cywilnoprawna”.

Do protokołu postępowania z dnia 6 września 2023 r. załączono Decyzję z dnia 22 czerwca 2015 r. stwierdzającą uprawnienia budowlane Pana P. M. inż. elektroniki i telekomunikacji numer ewidencyjny SLK/5794/WBT/15 do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń i, w której wskazano zakres uprawnień obejmujący „kierowanie robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, w zakresie telekomunikacji przewodowej, wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą; kierowanie wytwarzaniem konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz nadzór i kontrola techniczna wytwarzania tych elementów; wykonywanie nadzoru inwestorskiego oraz sprawowanie kontroli technicznej utrzymania obiektów budowlanych z zastrzeżeniem art. 62 ust. 5 ustawy”.

Odwolujący zakwestionował powyższe, podnosząc że wymagane w SWZ uprawnienia mają inne brzmienie niż oświadczenie złożone przez wykonawcę DROGOPOL w wykazie osób a Zamawiający nie zbadał zakresu uprawnień zgłoszonego kierownika robót teletechnicznych – P. M. i mimo to ocenił, że oferta tego wykonawcy jest zgodna z warunkami SWZ. Zamawiający, dokonując badania i oceny jego oferty, w podobnej sytuacji dotyczącej kierownika robót teletechnicznych, wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Powołany przez Odwołującego przepis, którego naruszenia miał dopuścić się Zamawiający, tj. 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”. Przepis ten oznacza, że Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących m.in. treści złożonych ofert a ich celem jest uzyskanie informacji dotyczących składanych ofert, dokumentów lub oświadczeń, które budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa

była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego.

Wykonawca DROGOPOL złożył wymagany przez Zamawiającego „Wykaz osób”, w którym określił uprawnienia i doświadczenie Pana P. M. Z treści wykazu wynika posiadanie uprawnień do „kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń”. Brak jest przy tym wskazania, że dotyczą one - jak podniósł Odwołujący – uprawnienia do kierowania robotami także „w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną”. Niemniej jednak zakres tych uprawnień – jak wyjaśnił Zamawiający - był mu znany, gdyż dokument je potwierdzający (decyzja nadająca uprawnienia i określająca ich zakres) znajdował się w jego posiadaniu. Różnica w opisie uprawnień – jak wskazał Przystępujący - wynika wyłącznie z faktu, że uprawnienia Pana P. M. są wydane na podstawie nowego brzmienia przepisów, natomiast Zamawiający w SWZ posługuje się starszą nomenklaturą. A ponadto Zamawiający dysponował decyzją, w której wskazano pełny zakres uprawnień Pana P. M. Wykonawca DROGOPOL realizuje bowiem na rzecz Zamawiającego inne zamówienie. Wobec powyższego nie było potrzeby wzywania tego wykonawcy do złożenia dokumentu, który nie był w SWZ a znajduje się w dyspozycji Zamawiającego.

A ponieważ Zamawiający nie dysponował analogiczną decyzją dotyczącą uprawnień osoby wskazanej w wykazie osób przez Odwołującego wezwanie do uzupełnienia wykazu w jego przypadku było prawidłowe.

Dlatego Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy DROGOPOL w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp mimo, że oferta wykonawcy DROGOPOL nie jest najkorzystniejsza oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równej pozycji wykonawców w postępowaniu, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości poprzez naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia oferty wykonawcy DROGOPOL w zakresie oświadczenia złożonego w pkt 11 Formularza Oferty oraz w punkcie X Formularza ofertowego wygenerowanego systemowo przez platformę e-zamówienia, które nie są ze sobą zgodne (zarzut 3 lit. b) odwołania) nie potwierdził się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale XXIII, pkt 3, Opis sposobu przygotowania oferty” podał „Wykonawca na Platformie e-zamówienia przygotowuje ofertę przy pomocy interaktywnego „Formularza Ofertowego” udostępnionego przez Zamawiającego na Platformie e-Zamówienia i zamieszczonego w podglądzie postępowania w zakładce „Informacje podstawowe”. Natomiast obowiązującym przy składaniu oferty formularzem jest FORMULARZ OFERTOWY stanowiący załącznik nr 3 do SWZ, który Wykonawca musi obligatoryjnie wypełnić!!!!”.

Zamawiający w punkcie 19 podał także, że „Ofertę należy złożyć zgodnie z przygotowanym Formularzem Oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ, w oparciu o wypełnione przez Wykonawcę przedmiary robót oraz wymagania SWZ w zakresie dotyczącym tablicy informacyjnej”.

Nadto w „Formularzu Oferty”, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, pkt 11 wskazał:

„11) Oświadczam, że wykonam (-y) przedmiotowe zamówienie własnymi siłami/przewidujemy wykonanie zamówienia przy pomocy podwykonawców.

W sytuacji, gdy Wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia przy pomocy podwykonawców, wskazuje poniżej (o ile są znani na dzień sporządzenia oferty) nazwy i firmy podwykonawców:  
.....”.

Wykonawca DROGOPOL w „Formularzu Oferty”, pkt 11 podał:

„11) Oświadczam, że ~~wykonam (-y) przedmiotowe zamówienie własnymi siłami~~ / przewidujemy wykonanie zamówienia przy pomocy podwykonawców.”

Natomiast, wypełniając interaktywny „Formularz Oferty” na Platformie e-zamówienia, Rozdział X „Sposób realizacji zamówienia” podał:

„Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy: TAK

Nazwa podwykonawcy, jeżeli jest znany: na tym etapie nazwy podwykonawców nie są znane.

Zakres zamówienia, który wykonawca zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcy: Całość robót poza robotami asfaltobetonowymi”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp m.in. przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia oferty wykonawcy DROGOPOL w zakresie oświadczenia złożonego w pkt 11 Formularza Oferty oraz w punkcie X Formularza ofertowego wygenerowanego systemowo przez platformę e-zamówienia, które nie są ze sobą zgodne.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

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". Przepis ten oznacza, że Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert celem uzyskania informacji dotyczących treści ofert, które budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego, czy też ich nie spełnia.

Wykonawca DROGOPOL wypełnił obydwa formularze w sposób prawidłowy i nie budzący żadnych wątpliwości. W pierwszym „Formularzu oferty”, pkt 11 należało wpisać wyłącznie to czy wykonawca wykona przedmiotowe zamówienie własnymi siłami czy też przy pomocy podwykonawców, jak również podać, gdy zamierza wykonać przedmiot zamówienia przy pomocy podwykonawców nazwy i firmy podwykonawców o ile nazwy i firmy były mu znane w dniu sporządzania oferty. Informacje te wykonawca podał w złożonym „Formularzu oferty”. Wskazał bowiem, że zrealizuje przedmiot zamówienia przy pomocy podwykonawcy, nie podając przy tym ich nazw i firm, co jest zgodne z wymaganiami SWZ. Z kolei w interaktywnym „Formularzu Oferty” składanym na Platformie e-zamówienia podał także, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, który na tym etapie nie jest mu jeszcze znany i wskazał zakres zamówienia, który zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcy. Podkreślić przy tym należy, że wpisanie zakresu zamówienia, który wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy wymagane było wyłącznie w interaktywnym „Formularzu Oferty” na Platformie e-zamówienia. Nie może być więc mowy o sprzeczności między tymi formularzami skoro każdy z formularzy został wypełniony zgodnie z wymaganiami SWZ. Brak było więc podstaw do kierowania do tego wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień w kwestionowanym zakresie. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 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 od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....