

Sygn. akt: KIO 2584/23

**WYROK**  
**z dnia 14 września 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2023 r. przez odwołującego: **A. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Handlowo Usługowa "e pax TECHNOLOGY" A. N. z/s w Serokomla** ul. Zagumienna 24, 21413 Serokomla) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Lublin z/s w Lublinie** ul. Garbarska 21, 20340 Lublin),

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **A. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Handlowo Usługowa "e pax TECHNOLOGY" A. N. z/s w Serokomla** ul. Zagumienna 24, 21413 Serokomla) i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczonego od odwołania przez odwołującego;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Lublin z/s w Lublinie** ul. Garbarska 21, 20340 Lublin) kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Sygn. akt: KIO 2584/23

**Uzasadnienie**

Odwołania zostały wniesione w dniu 2 września 2023 r. przez odwołującego: A. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Handlowo Usługowa "e pax TECHNOLOGY" A. N. z/s w Serokomla w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp lub Pzp) przez zamawiającego: PGE Dystrybucja S.A. Oddział Lublin z/s w Lublinie w przedmiocie zamówienia publicznego pn.: „Usługa montażu układów pomiarowych bilansowo-kontrolnych zdalnego odczytu w istniejących stacjach SN/nN wraz z niezbędną modernizacją stacji elektroenergetycznych SN/nN i uruchomienie transmisji danych pomiarowych, na terenie działania PGE Dystrybucja S.A. Oddział Lublin w podziale na 6 części (RE)”. NrPOST/DYS/OL/LZA/18965/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 14/12/2022 nr 2022/S 241 - 695965.

Wykonawca podał, że wnosi odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Usługa montażu układów pomiarowych bilansowo-kontrolnych zdalnego odczytu w istniejących stacjach SN/nN na terenie PGED O/Lublin w zakresie części 2 i 3, polegających na odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust.1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust.6 Ustawy PZP. Zarzucił Zamawiającemu niezasadne odrzucenie jego oferty w części 2 i 3 w/w postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust.1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust.6 ustawy PZP. Wykonawca podał, że złożył ofertę na formularzu który zawiera oświadczenie woli w którym oferuje wykonanie pełen zakres prac zawartych w SWZ dla postępowania przetargowego, różnica w formularzu wynika jedynie z różnic nieistotnych które pojawiły się na etapie interpretacji oraz edycji dokumentu podczas sporządzania oferty i nie wpływają na zawartość merytoryczną oferty, brak ceny jednej ze składowych oferty wynika między innymi z interpretacji SWZ gdzie Zamawiający zastrzegł możliwość częściowego zlecenia zakresu prac z jednej z pozycji co uniemożliwia obiektywną ocenę/sporządzenie ofert zgodnie ze wskazanym kryterium „Zamawiający zastrzegł sobie możliwość zmniejszenia liczby usług montażu układów bilansujących do nie mniej niż 70 % stacji przy zachowaniu pełnej liczby stacji modernizowanych”. Przedstawił na załączonym do odwołania formularzu - i jak podał po uwzględnieniu cen jednostkowych - kalkulację dla zadania p/t Opomiarowanie stacji SN/nN dla RE Lublin-Teren. W tym załączniku zaznaczył na czerwono najtańsze oferty co do wartości przy zachowaniu stałych cen jednostkowych, gdzie jest widoczne, że w zależności od w/w kryterium przy którym mogą być trzy najtańsze oferty od różnych Wykonawców. W związku z tym uważa (jak podał), że kompleta wartość prac dla stacji oddaje jednoznacznie oświadczenie woli Wykonawcy na podstawie której Zamawiający może dokonać właściwego wyboru. W związku z powyższym uważa za zasadne uznanie wyjaśnienia które złożyłem w dniu 25.07.2023r. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i uznanie złożonej oferty wraz z wyjaśnieniami z dnia 25.07.2023 r. na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp która spełnia wszystkie niezbędne warunki udziału w postępowaniu i nie podlega odrzuceniu.

W załączeniu w szczególności przekazał:

- Informacja z otwarcia ofert POST/DYS/OL/LZA/18965/2022 (2022/S 241-695965)
- formularz oferty złożony przez Wykonawcę
- formularze ofertowe PGE Dystrybucja z SWZ
- Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dn. 23.05.2023r.
- Zawiadomienie o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty z dn. 20.07.2023r.
- Wezwanie do złożenia wyjaśnień z dn. 21.07.2023r.
- Wyjaśnienie z dn. 25.07.2023r.
- Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 2 i 3 z dn. 24.08.2023r.
- Kalkulacja różnych ofert na podstawie SWZ uniemożliwiająca określenie najniższej ceny

**Do postępowania odwoławczego** nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców. Termin na takie zgłoszenie (art. 525 ust.1 Pzp) upływał w dniu 07/09/23. Jak podał Zamawiający w piśmie z dnia 05/09/2023 w pkt 4): (...)Kopia odwołania została przekazana uczestnikom postępowania w dniu 04.09.2023r. poprzez przekazanie jej z wykorzystaniem platformy zakupowej Zamawiającego - SWPP2.ª.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** (pismo z dnia 11/09/23) wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu stanowiska podał:

(...)

I. W treści odwołania z dnia 01 września 2023 r. Odwołujący sformułował zarzuty naruszenia pzp przez Zamawiającego o następującej treści:

„Niezasadne odrzucenie mojej oferty w części 2 i 3 w/w postępowania na podstawie Art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust.1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust.6 Ustawy PZP. Wykonawca złożył ofertę na formularzu który zawiera oświadczenie woli w którym oferuje wykonanie pełen zakres prac zawartych w SWZ dla postępowania przetargowego, różnica w formularzu wynika jedynie z różnic nieistotnych które pojawiły się na etapie interpretacji oraz edycji dokumentu podczas sporządzania oferty i nie wpływają na zawartość merytoryczną oferty, brak ceny jednej ze składowych oferty wynika między innymi z interpretacji SWZ gdzie Zamawiający zastrzegł możliwość częściowego zlecenia zakresu prac z jednej z pozycji co uniemożliwia obiektywną ocenę/sporzządzenie ofert zgodnie ze wskazanym kryterium „Zamawiający zastrzegł sobie możliwość zmniejszenia liczby usług montażu układów bilansujących do nie mniej niż 70 % stacji przy zachowaniu pełnej liczby stacji modernizowanych” na załączonym formularzu po uwzględnieniu cen jednostkowych, na powyższe przedstawiam kalkulację dla zadania p/t Opomiarowanie stacji SN/nN dla RE Lublin-Teren, w załączniku zaznaczyłem na czerwono najtańsze oferty co do wartości przy zachowaniu stałych cen jednostkowych, gdzie jest widoczne, że w zależności od w/w kryterium mogą być trzy najtańsze oferty od różnych Wykonawców, w związku z tym uważam, że kompleta wartość prac dla stacji oddaje jednoznacznie oświadczenie woli Wykonawcy na podstawie której Zamawiający może dokonać właściwego wyboru. W związku z powyższym uważam za zasadne uznanie wyjaśnienia które złożyłem w dniu 25.07.2023r. na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.”

II Odnosząc się do treści odwołania należy podnieść co następuje:

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, iż treść zarzutów, jak i okoliczności faktyczne i prawne wskazane przez Odwołującego nie są w pełni zrozumiałe dla Zamawiającego, stąd wyczerpujące ustosunkowanie się do treści odwołania nie jest możliwe.

Następnie, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie sprostął wymaganiom postawionym treści odwołania, a wynikających z art. 505 ust. 1 pzp. Zgodnie z podstawą prawną wskazaną w zdaniu poprzednim, podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej musi wykazać spełnienie tzw. materialnoprawnych przesłanek do wniesienia środka ochrony prawnej, tj. wykazać, że:

- 1)ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia,
- 2)poniósł lub może ponieść szkodę,
- 3)poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Powyższe przesłanki muszą być spełnione łącznie. Brak tych przesłanek powinien skutkować oddaleniem odwołania. Zamawiający wskazuje, iż w części 3 odwołanie winno być oddalone z uwagi na brak interesu w uzyskaniu zamówienia przez Odwołującego. Oferta Odwołującego nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą nawet jeśli nie podlegałaby odrzuceniu, ponieważ inny wykonawca złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu, z korzystniejszą ceną. Odwołujący nie zaskarżył czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 postępowania, jak i nie zarzucił Zamawiającemu zaniechania odrzucenia oferty najkorzystniejszej lub wykluczenia wykonawcy, który taką ofertę złożył.

Gdyby oferta Wykonawcy Odwołującego w Części 3 nie została odrzucona, ranking złożonych ofert wyglądałby

następująco:

Wykonawca	Część 3 opomiarowanie stacji SN/nN na terenie Rejonu Energetycznego Puław (RE-3)	
	Cena brutto oferty [zł]	Punktacja
PTU Elektra Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie	4 852 350,00	82,40
MC M. C. z siedzibą w Łukowie	3 998 336,40	100
Elektro-Spark Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie	5 496 082,80	72,75
F.H.U e-pax A. N. z siedzibą w Serokomli	4 243 500,00	94,22
ZIE C. W. z siedzibą w Rudzie	4 490 041,20	89,05

Zamawiający podtrzymuje stanowisko wskazane w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w Części 2 i 3 Postępowania. Wykonawca złożył ofertę na formularzu, który nie jest zgodny co do treści z formularzem „Oferta Wykonawcy” zamieszczonym przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia dotyczących niniejszego postępowania. Stosując błędny formularz Wykonawca dokonał wyceny usług w sposób nieodpowiadający wymaganiom Zamawiającego określonym w SWZ tj. w kolumnie 5, gdzie należało zaoferować taką samą cenę za „Cenę jednostkową netto - montaż licznika i modemu oraz uruchomienie i weryfikacja transmisji danych” – dla stacji wewnętrznych i napowietrznych, Wykonawca natomiast wskazał dwie różne ceny. Zamawiający wskazał w pkt 21.3. SWZ, iż „Wykonawca określi cenę realizacji Przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie ceny netto, podatku VAT oraz ceny brutto zamówienia zgodnie z tabelą zamieszczoną w Formularzu Oferty”, zatem niezgodność powyższą należy zakwalifikować jako niezgodność złożonej oferty z warunkami zamówienia. Wykonawca składając ofertę wskazał cenę 0 zł za modernizację stacji (zakup i montaż: szafki wraz z wyposażeniem i okablowaniem oraz przekładników prądowych, obwodów prądowych i napięciowych). Powyższa wartość nie koresponduje z zakresem tej usługi, zapisami SWZ, a w szczególności Opisem przedmiotu zamówienia oraz projektowanymi postanowieniami umowy, które precyzują, że zamówienie obejmuje modernizację 618 stacji (583 stacje napowietrzne i 35 stacji wewnętrznych dla Części 2 ) i 526 stacji (454 stacje napowietrzne i 72 stacji wewnętrznych dla Części 3) oraz montaż układów bilansujących w tych 618 (dla Części 2) i 526 (dla Części 3) stacjach, gdzie Zamawiający zastrzegł sobie możliwość zmniejszenia liczby usług montażu układów bilansujących do nie mniej niż 70 % stacji przy zachowaniu pełnej liczby stacji modernizowanych. W takim przypadku Wykonawca byłby zobowiązany wykonać modernizację 618 (dla Części 2) i 526 (dla Części 3) stacji za 0 zł, a wynagrodzenie za montaż ograniczy się do 433 (dla Części 2) i 369 (dla Części 3) stacji). Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, skierowane na podstawie .... Ustawy PZP zauważył swój błąd w interpretacji SWZ, nie złożył wyjaśnień w zakresie określonym w wezwaniu, natomiast przedłożył zmieniony formularz oferty, w związku z powyższym Zamawiający nie mógł postąpić inaczej niż odrzucić ofertę na podstawie wskazanej w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Należy podkreślić, że pozostali Wykonawcy zrozumieli zapisy SWZ i IPU i złożyli oferty na formularzach zgodnie z SWZ. Wykonawca miał prawo do zadania pytań dotyczących interpretacji SWZ, lecz w tym zakresie nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia. W ocenie Zamawiającego czynności podejmowane w przedmiotowym postępowaniu są prawidłowe, a zatem nie ma podstaw prawnych do uwzględnienia odwołania. (...)

**Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Odwołujący, wykonawca F.H.U e-pax A. N. z siedzibą w Serokomli podał, że wnosi odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie jego części 2 i części 3 polegających na odrzuceniu oferty wykonawcy w tych częściach z naruszeniem art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp oraz art. 226 ust.1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust.6 tej ustawy. Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uznanie oferty wykonawcy wraz z jego wyjaśnieniami z dnia 25.07.2023 r. w związku z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, za spełniającą niezbędne warunki udziału w postępowaniu, a zatem za nie podlegającą odrzuceniu.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego, co do braku legitymacji procesowej Odwołującego w rozumieniu art. 505 ust.1 ustawy Pzp do podnoszenia przez wykonawcę zarzutów w zakresie części 3 tego zamówienia, które to zarzuty (podobnie jak co do części 2) dotyczą podstaw odrzucenia oferty wykonawcy. Tak jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej musi wykazać w myśl art. 505 ust.1 Pzp spełnienie tzw. materialnoprawnych przesłanek do wniesienia takiego środka, a mianowicie, że: 1) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, 2) poniósł lub może ponieść szkodę, 3) poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Powyższe przesłanki muszą być spełnione łącznie. Brak wykazania tych przesłanek skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpoznawania zarzutów. W przypadku zarzutów w zakresie części 3 zamówienia odwołanie zostaje oddalone z uwagi na brak takiej legitymacji. Oferta

Odwołującego nie zostałyby uznana za najkorzystniejszą nawet jeśli nie podlegałaby odrzuceniu, albowiem oferta wykonawcy: MC M. C. z siedzibą w Łukowie, z korzystniejszą ceną – jedynym kryterium wyboru - została uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący nie zaskarżył czynności wyboru tej oferty w tej części, jak i nie zarzucił Zamawiającemu zaniechania odrzucenia oferty najkorzystniejszej lub wykluczenia wykonawcy, który taką ofertę złożył. Przedstawiony przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie ranking złożonych ofert (gdyby oferta Odwołującego w Części 3 nie została odrzucona) potwierdza powyższe stanowisko.

Wykonawca	Część 3 opomiarowanie stacji SN/nN na terenie Rejonu Energetycznego Puławy (RE-3)	
	Cena brutto oferty [zł]	Punktacja
<b>PTU Elektra Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie</b>	4 852 350,00	82,40
<b>MC M. C. z siedzibą w Łukowie</b>	3 998 336,40	100
<b>Elektro-Spark Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie</b>	5 496 082,80	72,75
<b>F.H.U.e-pax A. N. z siedzibą w Serokomli</b>	4 243 500,00	94,22
<b>ZIE C.W. z siedzibą w Rudzie</b>	4 490 041,20	89,05

Rozpoznając z kolei zarzuty co do podstaw odrzucenia oferty wykonawcy w zakresie części 2 Izba miała na uwadze następujące okoliczności:

Przedmiotem tego zamówienia– wg pkt 4 SWZ– jest:

4.1. (...) usługa montażu układów pomiarowych bilansowo-kontrolnych zdalnego odczytu w istniejących stacjach SN/nN wraz z niezbędną modernizacją stacji i uruchomienie transmisji danych pomiarowych na terenie PGE Dystrybucja S.A. Oddział Lublin w Rejonach Energetycznych 1 - 6.

4.2. Szczegółowy opis przedmiotu Zamówienia stanowi Załącznik Nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia OPZ).

W OPZ – jego punkcie 2 - wskazano na zakres prac do wykonania przez Wykonawcę na danej stacji. Z kolei w punkcie 3 wskazano na: „Zakres modernizacji stacji oraz montażu licznika z modemem i uruchomienie transmisji danych” podając w odrębnych punktach:

„3.1.Modernizacja stacji obejmuje: zakup i montaż szafki wraz z wyposażeniem i okablowaniem, przekładników prądowych, obwodów prądowych i napięciowych, sprawdzenie i pomiary wykonanych prac oraz sporządzenie niezbędnych dokumentów,

3.2.Montażu licznika z modemem i uruchomienie transmisji danych obejmuje: montaż licznika i modemu w przygotowanej szafce na etapie modernizacji stacji oraz weryfikacja transmisji danych pomiarowych”.

Z kolei w punkcie 4 związanym z dostawami inwestorskimi w uwadze zaznaczono:

„UWAGA: W przypadku braku możliwości realizacji dostaw inwestorskich określonych w pkt. 4 na etapie modernizacji stacji, montaż licznika, modemu i anteny Wykonawca zobowiązany jest zrealizować w późniejszym terminie, po zrealizowaniu dostaw inwestorskich. Wykonawca na tym etapie prac pozostawi rozwarte obwody napięciowe oraz zwarte obwody prądowe za pomocą mostków/dźwigni na listwie kontrolnopomiarowej. Wszystkie elementy listwy kontrolnopomiarowej należy pozostawiać w szafce pomiarowej (np. mostki, bezpieczniki). Końce niepodpiętych przewodów zabezpieczy przed przypadkowym dotknięciem poprzez zaizolowanie za pomocą rurek termokurczliwych”.

W projekcie umowy w § 10 dotyczącym wynagrodzenia i zasad jego płatności w jego ust. 5, 6 i 7 wskazano:

„5.Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 3 niniejszego paragrafu jest wynagrodzeniem ryczałtowym wg cen jednostkowych ujętych w Ofercie Wykonawcy (Załączniku nr 3 do Umowy). Jeżeli faktyczny zakres robót będzie mniejszy od przewidzianego w SWZ, OPZ (Załącznik nr 1) oraz w Ofercie Wykonawcy, wynagrodzenie ulegnie zmniejszeniu odpowiednio do zmniejszenia zakresu robót. Zamawiający nie jest zobowiązany do pełnego wykorzystania wartości Umowy określonej w §10 ust. 1, niemniej minimalna wartość objęta zleceniami Zamawiającego (minimalna wartość świadczenia Wykonawcy) wyniesie co najmniej 70 % wartości Umowy netto określonej w §10 ust. 1. Wykonawcy nie będą przysługiwały żadne roszczenia wobec Zamawiającego z tytułu braku zlecenia przez Zamawiającego wykonania przedmiotu umowy w zakresie wskazanym w § 10 ust. 1 (w tym poprzez ograniczenie zakresu przedmiotu umowy w trakcie zlecenia, uzgadniania harmonogramu wyłączeń), jeśli w toku realizacji Umowy zostały już zlecone prace o łącznej wartości równej lub wyższej od minimalnej wartości świadczenia Wykonawcy wskazanej powyżej.

6.Wynagrodzenie będzie obliczane jako suma iloczynów wynagrodzenia należnego Wykonawcy, zgodnie z ofertą stanowiącą załącznik nr 3 do Umowy, za rodzaje prac zrealizowanych i odebranych w danym miesiącu kalendarzowym (z uwzględnieniem podziału prac na części) i ilości wykonanych i odebranych prac w danym miesiącu. W przypadku, gdy wykonanie prac i odbiór tych prac ma miejsce w różnych miesiącach kalendarzowych, wynagrodzenie należne jest za miesiąc, w którym dokonano odbioru prac.

7. Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za zlecony, zrealizowany i odebrany zakres przedmiotu umowy, z uwzględnieniem § 9 ust. 11 pkt, 1) i 3) oraz poniższych zapisów. (...)

Zamawiający wymagał złożenia oferty dla danej części na formularzu stanowiącym załącznik do swz.

W tym przypadku dla części 2 wymagano:

(...)

**CENA OFERTY DLA CZĘŚCI NR 2 (Rejon Energetyczny Lublin-Teren RE-2)**

Oferujemy, wykonanie przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w SWZ za cenę

**cenę brutto** ..... zł

(słownie .....), na którą składa się:

**cena netto** ..... zł

(słownie.....)+ **wartość podatku VAT** ..... zł, według stawki

..... %

Lp.	Rodzaj stacji	Ilość [szt.]	Cena usługi [zł]					
			Jednostkowa netto - modernizacja stacji (zakup i montaż: szafki wraz z wyposażeniem i okablowaniem oraz przekładników prądowych, obwodów prądowych i napięciowych)	Jednostkowa netto - montaż licznika i modemu oraz uruchomienie i weryfikacja transmisji danych	Jednostkowa netto razem	Netto	Wartość podatku VAT	Brutto
1	2	3	4	5	6=4+5	7=3x6	8	9=7+8
1	Stacja napowietrzna	583						
2	Stacja wewnętrzna	35						
<b>Suma</b>								

Wykonawca dla części 2 przedstawił formularz o treści:

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.07.2023 r., który - jak wskazywał – wymagał złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie istotnych części składowych zaoferowanej ceny jednostkowej netto za modernizację stacji (obejmującej zakup i montaż szafki wraz z wyposażeniem i okablowaniem, przekładników prądowych, obwodów prądowych i napięciowych, sprawdzenie i pomiary wykonanych prac oraz sporządzenie niezbędnych dokumentów). Wykonawca w dniu 25.07.2023 r. złożył nowy załącznik pn. „Oferta Wykonawcy” deklarując w nim odmienne ceny niż zawiera oferta pierwotnie złożona. Poniżej treść pisma z dnia 25/07/2023 r. (...)

„W odpowiedzi na wezwanie z dnia 25/07/23 oparte na art. 224 ust.1 Pzp Odwołujący bowiem podał: (...) wyjaśniam, że cena jednostkowa zaoferowana przeze mnie w złożonym Formularzu Oferty nie ulega zmianie i obejmuje kompletny zakres prac z w/w postępowania przetargowego, związanego z montażem układów pomiarowych bilansująco kontrolnych, po uwzględnieniu wymagań zawartych w SWZ pkt. 3.1. oraz pkt. 3.2. zamieszczam poniżej formularz ofertowy z cenami dla części 2 oraz 3:

Część 2 RE Lublin-Teren

Uwzględniając w/w zestawienie poniżej przedstawiam zakres prac dla cen z tabeli;

- cena usługi z kolumny nr 4 obejmuje swoim zakresem -zakup i montaż szafki wraz z wyposażeniem i okablowaniem, przekładników prądowych, obwodów prądowych i napięciowych, sprawdzenie i pomiary wykonanych prac oraz sporządzenie niezbędnych dokumentów.

- cena usługi z kolumny nr 5 obejmuje swoim zakresem -montaż licznika i modemu w przygotowanej szafce na etapie modernizacji stacji oraz weryfikacja transmisji danych pomiarowych.

- cena usługi z kolumny nr 6 stanowi sumę cen z kolumn nr 4 oraz nr 5 i jest to cena dla przypadku jednostkowej, kompletnej usługi na terenie stacji.”

W odwołaniu – w nawiązaniu do tych dokumentów i złożonych w nich oświadczeń – wykonawca powołując się na art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp domaga się uznania jego wyjaśnień z dnia 25.07.2023 r. za złożone na tej podstawie, a w konsekwencji, że jego oferta spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega odrzuceniu.

Mając na uwadze tak ustalony stan faktyczny, Izba nie znalazła uzasadnienia do kwestionowania stanowiska Zamawiającego jakie przedstawił w piśmie z dnia 24/08/2023 r. Informując wykonawcę o odrzuceniu oferty, w tym przypadku złożonej w Części 2 Zamawiający prawidłowo podał:

- w jego punkcie 1): Wykonawca złożył ofertę na formularzu, który nie jest zgodny co do treści z formularzem „Oferta Wykonawcy” zamieszczonym przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia dotyczących niniejszego postępowania (zastosowany błędny formularz z postępowania POST/DYS/OL/LZA/13643/2022).

- w jego punkcie 2): (...) Wykonawca w wyznaczonym terminie (tj. do dnia 26.07.2023 r. do godz. 12:00) nie przedstawił

stosownych wyjaśnień, a jeżeli Wykonawca nie złoży wyjaśnień, o których mowa powyżej, jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 Ustawy PZP. (...)

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że w tej sprawie nie może mieć zastosowania art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp ze względów zarówno formalnych jak i faktycznych uwzględniając aktualnie obowiązujące przepisy. Przedmiotowe postępowanie jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. a nie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. W obowiązującej ustawie w jej art. 223 ust.2 pkt 3 powtórzono regułę – co do istoty. Mianowicie w myśl przepisu: „2. Zamawiający poprawia w ofercie:(...) 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (....). Uwzględnienie formularza z wyjaśnień prowadziłoby w konsekwencji do zastąpienia przez wykonawcę formularza oferty, a tym samym nieuprawnionego wprowadzenia istotnych zmian w treści oferty wykonawcy.

W odniesieniu do pierwszej z podstaw prawnych odrzucenia tej oferty (art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp) Izba za prawidłowe uznała ustalenie Zamawiającego, że wykonawca dokonał wyceny usług w sposób nieodpowiadający wymaganiom w SWZ tj. w kolumnie 5, gdzie należało zaoferować taką samą cenę za „Cenę jednostkową netto - montaż licznika i modemu oraz uruchomienie i weryfikacja transmisji danych” – dla stacji wewnętrznych i napowietrznych, wykonawca wskazał dwie różne ceny. Tej okoliczności nie kwestionuje w odwołaniu. Natomiast Zamawiający w pkt 21.3. SWZ wymagał: „Wykonawca określi cenę realizacji Przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie ceny netto, podatku VAT oraz ceny brutto zamówienia zgodnie z tabelą zamieszczoną w Formularzu Oferty.” Zatem jest to pierwsza niezgodność z SWZ zakwalifikowana jako niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

Ponadto, jako niezgodność z warunkami zamówienia – w tym stanie faktycznym - należy kwalifikować również zaoferowanie przez wykonawcę ceny jednostkowej netto za modernizację stacji w wysokości 0 zł. Zamawiający określił w pkt 21.3. SWZ, że wymaga podania ceny dla każdej pozycji formularza ofertowego. Co prawda ustawa o cenach nie stawia wymogu, aby wartość ta została wyrażona w jednostkach wyższych od zera, zatem wartość 0 zł spełnia definicję ceny w rozumieniu tej ustawy. Jednakże zgodnie z postanowieniami SWZ i projektowanych postanowień umowy (m.in. § 6 ust. 1; § 6 ust. 12; § 10 ust. 6) Zamawiający przewidział realnie możliwość zlecenia osobno czynności modernizacji stacji, osobno zaś czynności montażu licznika w różnym czasie obowiązywania umowy, a tym samym realną możliwość rozliczenia tych obu czynności wchodzących w skład przedmiotu umowy w różnym czasie. Natomiast cena jednostkowa za modernizację stacji w wysokości 0 zł uniemożliwia rozliczenie realizacji zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego, choćby zważywszy na wskazywane postanowienia projektu umowy.

W stanie faktycznym tej sprawy znajduje także zastosowanie druga ze wskazanych podstaw prawnych odrzucenia tej oferty. W myśl art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei wskazany art. 224 ust. 6 tej ustawy stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Pismo z dnia 25 lipca 2023 r. nie odpowiada na wezwanie z dnia 21 lipca 2023 r. Jak słusznie stwierdził Zamawiający, wykonawca w dniu 25.07.2023 r. w miejsce wyjaśnień złożył „nowy Załącznik pn. Oferta Wykonawcy” deklarując w nim odmienne ceny niż zawiera oferta pierwotnie złożona, jednakże praktyka polegająca na zmianie cen oferowanych świadczeń w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w świetle przepisów Ustawy PZP, jest nieprawidłowa (...). Zatem brak wyjaśnień skutkuje odrzuceniem tej oferty jak stanowi art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku ze wskazanym art. 226 ust.1 pkt 8 Pzp.

Izba w konkluzji stwierdza, że wobec powyższych ustaleń zarzuty związane z odrzuceniem oferty wykonawcy w rozpoznawanej części 2 zamówienia należało uznać w całości za niezasadne.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....