

WYROK

z dnia 25 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie **21 lipca 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **10 lipca 2023 r.**

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach, Cor-Mix P. T., Świerzno** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa – odbiór, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych (06/22)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital w Szczecinku sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinku** [„Zamawiający”]

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: REMONDIS Medison sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej; REMONDIS Medison Chrzanów sp. z o.o. z siedzibą w Chrzanowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego,**
- 2) ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem wszystkich dokumentów składających się na ofertę Odwołującego złożonych do upływu terminu składania ofert.**

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

- 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) odpowiadającą kosztom tego postępowania poniesionym przez Odwołującego z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Szpital w Szczecinku sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinku {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Usługa – odbiór, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych (06/22)*.

Ogłoszenie o tym zamówieniu 12 kwietnia 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00118178.

Wartość tego zamówienia jest poniżej progów unijnych.

3 lipca 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o odrzuceniu oferty złożonej wspólnie przez Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach oraz Cor-Mix P. ze Świerzna {dalej również: „Konsorcjum”}.

10 lipca 2023 r. Konsorcjum {dalej również: „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne}:

1. Art. 219 ust. 2 – przez odrzucenie oferty tylko z tego powodu, że Konsorcjum dokonało zmiany oferty za pomocą formularza przeznaczonego do tego celu, polegającej na jej uzupełnieniu o wymagany formularz cenowy (wypełniony załącznik nr 2 do SWZ), a nie wycofania oferty i złożenia jej na nowo, pomimo że wykonawca nie jest związany

swoją ofertą do upływu terminu składania ofert, a dla bytu i prawidłowości oferty nie ma znaczenia takie rozróżnienie.

2.Art. 8 ust. 1 w zw. z art. z art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} – przez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy modyfikacja złożonej oferty nie została w ustawie pzp uregulowana, a zatem należy uznać, że odwołanie oświadczenia woli jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia odrzucenia oferty Konsorcjum.
- 2.Powtórzenia badania i oceny ofert.
- 3.Odrzucenia oferty złożonej wspólnie przez Remondis Medison sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej i Remondis Medison Chrzanów sp. z o.o. z siedzibą w Chrzanowie.

W ramach uzasadnienia powyższe zarzuty zostały dodatkowo sprecyzowane przez powołanie się na następujące okoliczności.

{okoliczności faktyczne}

3 lipca 2023 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu, a 6 lipca 2023 r. przekazał uzasadnienie tej decyzji, wskazując, że Konsorcjum nie złożyło wraz z ofertą wypełnionego formularza cenowego, według SIWZ stanowiącego integralną część oferty, zamiast którego zostało złożone oświadczenia konsorcjanta Cor-Mix P. T. o niepodleganiu wykluczeniu w postępowaniu prowadzonym przez innego zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający uznał uzupełnienie przez Konsorcjum 2 czerwca 2022 r. oferty o brakujący wypełniony formularz cenowy, złożony zgodnie z procedurami platformy miniportal.uzp.gov.pl przy pomocy formularza „Zgłoszenie zmiany ofert”, za nieskuteczne, gdyż nastąpiło bez jego wezwania, a ustawa pzp, która reguluje w sposób sformalizowany procedurę przeprowadzania zamówień publicznych – nie przewiduje samodzielnego uzupełniania przez wykonawcę składanych dokumentów.

{okoliczności prawne}

Zgodnie z komentarzem do art. 219 ustawy pzp (red. Jaworska 2022, wyd. 4, D. Grześkowiak-Stojek, Legalis), jakkolwiek w treści tego przepisu przewidziano jedynie wycofanie oferty to, jak wskazała Izba w wyroku z 10 marca 2022 r. (sygn. akt KIO 504/22, Legalis), nie można odrzucić oferty tylko z tego powodu, że wykonawca dokonał zmiany oferty za pomocą formularza do zmiany oferty, a nie wycofania oferty i złożenia nowej. Izba zauważyła, że art. 84 ust. 1 ustawy pzp z 2004 r. i art. 219 ust. 2 obowiązującej ustawy pzp mają odmienne brzmienie, jednak nie należy temu faktowi przypisywać nadmiernego znaczenia. Izba stwierdziła ponadto, że art. 219 ust. 2 pzp ma jedynie charakter porządkujący, a zatem to nie z jego treści należy wywodzić uprawnienie wykonawcy do wycofania lub zmiany oferty. Wynika ono natomiast z faktu, że wykonawca nie jest związany swoją ofertą do upływu terminu składania ofert. W związku z powyższym nie ma znaczenia dla bytu i prawidłowości tej oferty, czy czynność wykonawcy uznać za zmianę złożonej oferty, czy też jej wycofanie i złożenie nowej..

Niezależnie od powyższego, nie może być wątpliwości, że oferta jest oświadczeniem woli, a zatem jeśli wykonawca wprowadził do środka komunikacji elektronicznej ofertę, a następnie, ale przed upływem terminu składania ofert, modyfikację tej oferty, należy uznać, że wypełnił dyspozycję art. 61 § 1 kc, gdyż zarówno oświadczenie woli, jak i jego częściowe odwołanie dotarło do Zamawiającego w tym samym momencie.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak w petitum odwołania, wywodząc, że oferta Konsorcjum jako ważna powinna podlegać ocenie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 10 lipca 2023 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco uzasadniając zajęcie takiego stanowiska.

Zamawiający stwierdził, że odrzucił ofertę Konsorcjum, która została złożona bez formularza cenowego, na podstawie 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, gdyż w ten sposób jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia. W przekonaniu Zamawiającego uwzględnił w ten sposób następującą wykładnię prawną zawartą m.in. uzasadnieniu w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 21 marca 2023 r. sygn. akt KIO 621/23: *„Procedura udzielenia zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną, a treść złożonych w toku postępowania ofert, co do zasady, jest niezmienna. Jednak Zamawiający, jeśli poweźmie jakiejkolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Granicą ich dopuszczalności jest brak możliwości zmiany oferty. Złożenie oferty wiąże się bowiem z określonymi przez Zamawiającego wymaganiami. To tym wymaganiom – wymaganiom Zamawiającego wykonawca zobowiązany jest sprostać. Profesjonalny wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne zobligowany jest więc do szczegółowego zapoznania się z treścią dokumentacji, tak by składana przez niego oferta i dokumenty w pełni odpowiadały wymogom postawionym przez Zamawiającego w dokumentacji oraz przepisach prawa.*

Zamawiający nie zgodził się z interpretacją art. 219 ustawy pzp zaprezentowaną w odwołaniu, w tym przywołanym poglądem orzecznictwa, gdyż według Zamawiającego art. 219 pzp nieprzypadkowo nie przyznaje wykonawcy uprawnienia do zmiany oferty. Natomiast „w sposób jasny i zrozumiały określa zakres uprawnień

zamawiającego jako dysponenta oferty i nie daje podstaw do jego rozszerzającej interpretacji, której przyjęcie oznaczałoby w rzeczywistości wykładnię contra legem”.

Jednocześnie zdaniem Zamawiającego art. 219 pzp w sposób wyczerpujący reguluje prawa wykonawcy „jako dysponenta oferty do postępowania z nią po jej złożeniu”. Stąd na zasadzie art. 8 pzp do postępowania o udzielenie zamówienia nie mają zastosowania przepisy Tytułu IV Działu II Kodeksu cywilnego pt. „Zawarcie umowy”, w tym przepisy regulujące zmiany złożonej oferty. Natomiast cofnięcie oferty jest na gruncie prawa cywilnego, do którego odwołano się w art. 8 pzp., czynnością wywołującą konkretne skutki prawne w postaci rezygnacji z uczestniczenia w postępowaniu i ustania związania ofertą. Nie ma przy tym znaczenia, czy oferta złożona po cofnięciu poprzedniej różni się w stosunku do poprzedniej tylko jej fragmentem; gdyż jest to nowa oferta ze wszelkimi konsekwencjami prawnymi wynikającymi zarówno z pzp, jak i prawa cywilnego.

Według Zamawiającego nie ma znaczenia, czy złożenie formularza cenowego przez Konsorcjum nastąpiło w trybie przewidzianym w SWZ tj. za pośrednictwem miniPortalu, gdyż w SIWZ nie dopuścił możliwości zmiany lub uzupełnienia oferty, nawet przed upływem terminu składania ofert.

Z kolei formularzowi cenowemu w SWZ nadano szczególną rangę: jest integralną częścią oferty (pkt XIV ppkt IV), zgodnie z nim wykonawca ustala cenę oferty, co potwierdza stosownym oświadczeniem w formularzu cenowym, a w § 2 ust. 3 wzoru umowy odwołano się do szacunkowej ilości odpadów w nim określonej. W rezultacie to na podstawie formularza cenowego istnieje możliwość ustalenia, czy cena oferty, przy uwzględnieniu ceny jednostkowej za 1 kg odpadów, podlegającej również wpisaniu w §5 ust. 1 umowy, została ustalona prawidłowo.

Zamawiający dodał, że przeanalizował z wynikiem negatywnym możliwość uzupełnienia oferty Konsorcjum w trybie przepisów ustawy pzp dotyczących uzupełniania dokumentów. Formularza cenowego nie można bowiem zakwalifikować ani jako oświadczenia z art. 125 ust. 1 pzp ustawy (gdyż chodzi w nim o niepodleganie wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu), ani jako podmiotowych środków dowodowych (zgodnie z art. 7 pkt 17 pzp są nimi środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia lub spełniania warunków udziału w postępowaniu), ani jako dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu (te zostały wyczerpująco wyspecyfikowane w pkt IX SWZ). Do uzupełnienia oferty nie może mieć też zastosowania art. 107 pzp, gdyż dotyczy uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, których jednak Zamawiający w pkt X SWZ nie przewidział.

Przystępujący w piśmie z 21 lipca 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania i poparł stanowisko i argumentację Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że może ponieść szkodę, gdyż w razie uwzględnienia jego oferty w toku badania i oceny ofert mógłby potencjalnie liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Odwołanie zostało wniesione w terminie, gdyż niesporne było, że Zamawiający uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty z 3 lipca 2023 r. przekazał odrębnie 6 lipca 2023 r.

Brzmienie postanowień SWZ zawartych w rozdziale XIV „Opis sposobu przygotowania oferty”:

I. Informacje ogólne

1. Wykonawca zamierzający wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi posiadać konto na ePUAP. Wykonawca posiadający konto na ePUAP ma dostęp do formularzy: „Formularz do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku” oraz do „Formularza do komunikacji”.

2. Wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych, elektronicznych kopii dokumentów i oświadczeń oraz informacji przekazywanych przy ich użyciu opisane zostały w Regulaminie korzystania z systemu miniPortalu oraz Warunkach korzystania z elektronicznej platformy usług administracji publicznej (ePUAP).

3. Maksymalny rozmiar plików przesyłanych za pośrednictwem dedykowanych formularzy do: „Formularz złożenia,

zmiany, wycofania oferty lub wniosku" i „formularza do komunikacji”

wynosi 150 MB.

4. Za datę przekazania oferty, wniosków, zawiadomień, dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń oraz innych informacji przyjmuje się datę ich przekazania na ePUAP Zamawiającego.

5. Identyfikator postępowania oraz link dla danego postępowania o udzielenie zamówienia stanowi załącznik do niniejszej SWZ. Dane postępowania można wyszukać również na Liście wszystkich postępowań klikając wcześniej opcję „Dla Wykonawców” lub ze strony głównej z zakładki Postępowania na miniPortalu.

II. Złożenie oferty

1. Wykonawca składa ofertę za pośrednictwem „Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku” dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu. Funkcjonalność do zaszyfrowania oferty przez Wykonawcę jest dostępna dla Wykonawców na miniPortalu, w szczegółach danego postępowania. W formularzu oferty Wykonawca zobowiązany jest podać adres skrzynki pocztowej lub skrzynki ePUAP, na którym prowadzona będzie korespondencja związana z postępowaniem.

2. Oferta powinna być sporządzona w języku polskim. Ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym (rekomendowany format danych .doc, docx, .rtf, pdf). Sposób złożenia oferty, w tym zaszyfrowania oferty opisany został w „Instrukcji użytkownika”, dostępnej na stronie: <https://miniportal.uzp.gov.pl/>.

3. Jeżeli dokumenty elektroniczne, przekazywane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), wykonawca, w celu utrzymania w poufności tych informacji, przekazuje je w wydzielonym i odpowiednio oznaczonym pliku, wraz z jednoczesnym zaznaczeniem polecenia „Załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa” a następnie wraz z plikami stanowiącymi jawną część należy ten plik zaszyfrować.

4. Do oferty należy dołączyć oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, a następnie zaszyfrować wraz z plikami stanowiącymi ofertę.

5. Oferta może być złożona tylko do upływu terminu składania ofert

6. Wykonawca może przed upływem terminu do składania ofert wycofać ofertę za pośrednictwem „Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku” dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu. Sposób wycofania oferty został opisany w „Instrukcji użytkownika” dostępnej na mini portalu

7. Wykonawca po upływie terminu do składania ofert nie może skutecznie dokonać zmiany ani wycofać złożonej oferty.

III. Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert;

Miejsce oraz termin składania ofert:

Oferty należy składać, za pośrednictwem miniPortalu, nie później niż do dnia 20 kwietnia 2022 r. do godz. 12:00

Miejsce oraz termin otwarcia ofert:

1. Otwarcie złożonych ofert nastąpi w dniu 20 kwietnia 2022 r. o godz. 12:10.

2. Otwarcie ofert nastąpi na zasadach i w trybie art. 222 ust. 1, 2, 3 i 4 ustawy P.z.p.

3. Otwarcie ofert następuje poprzez użycie mechanizmu do odszyfrowywania ofert dostępnego po zalogowaniu w zakładce Deszyfrowanie na miniPortalu i następuje poprzez wskazanie pliku do odszyfrowania.

4. Niezwłocznie po otwarciu ofert Zamawiający zamieści na stronie internetowej, na której była zamieszczona SWZ wraz z załącznikami, informacje, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy.

5. Jeżeli otwarcie ofert następuje przy użyciu systemu teleinformatycznego, w przypadku awarii tego systemu, która powoduje brak możliwości otwarcia ofert w terminie określonym przez Zamawiającego, otwarcie ofert następuje niezwłocznie po usunięciu awarii.

Okazuje się, że być może przez upływ czasu, który upłynął od zatwierdzenia 11 kwietnia 2022 r. SWZ do otwarcia ofert, które ostatecznie, po kilkukrotnym przesunięciu powyżej wskazanych terminów składania i otwarcia, miało miejsce dopiero 15 lutego 2023 r., Zamawiający zapomniał o tym, jaka jest treść SWZ. Wbrew temu, co twierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, powyższe postanowienia SWZ nie tylko nie stoją bowiem na przeszkodzie zmianie oferty przed upływem terminu składania ofert, ale wręcz wprost przewidują taką możliwość. W ramach opisu sposobu przygotowania i złożenia oferty wielokrotnie pada opisowa nazwa formularza, w której wymieniono również opcję zmiany oferty. Przede wszystkim z poczynionego zastrzeżenia, że po upływie terminu składania ofert wykonawca nie może skutecznie zmienić oferty ani jej wycofać, wynika a contrario, że każda z tych czynności będzie skuteczna, jeżeli zostanie dokonana przed upływem tego terminu.

Skoro poza wszelkim sporem jest okoliczność, że uzupełnienie dokumentów złożonej oferty o brakujący, a obligatoryjnie wymagany, formularz cenowy 2 czerwca 2022 r. nastąpiło przed upływem terminu składania ofert i za pomocą stosownego formularza udostępnionego w tym celu na platformie, na której prowadzone jest to postępowanie o

udzielenie zamówienia, według przywołanych powyżej postanowień SWZ czynność ta była skuteczna.

Niezależnie od powyższego umknęło uwadze Zamawiającego, że w tym przypadku nie chodziło o zmianę oferty w sensie prawnym, czyli zmianę jej ceny (cena oferty stanowi jedyne kryterium oceny w tym postępowaniu), a właśnie o uzupełnienie dokumentów oferty o wymagany obok formularza oferty formularz cenowy, w którym należało podać cenę jednostkową, istotną z punktu widzenia przewidzianego w warunkach umowy sposób rozliczenia wynagrodzenia. Innymi słowy, na skutek pomyłkowego przesłania w ramach pierwotnie złożonych dokumentów oświadczenia dotyczącego innego postępowania zamiast formularza cenowego, zaszła potrzeba dosłania tego ostatniego, co też zostało uczynione.

Reasumując, kluczowe znaczenie ma fakt, że do upływu składania ofert Konsorcjum złożyło wszystkie wymagane dokumenty składające się na ofertę, w tym formularz cenowy, a co więcej, nastąpiło to w sposób zgodny z opisem sporządzenia i złożenia oferty zawartym w obowiązującej SWZ.

Natomiast Izba nie wzięła pod uwagę wniosków dowodowych zgłoszonych przez Zamawiającego na rozprawie, które zmierzały do wykazania niemożności zapoznania się przez Zamawiającego z uzupełnionym formularzem cenowym Konsorcjum. Pomimo obszerności uzasadnienia odrzucenia z 6 lipca 2023 r. w jego treści nie ma o tym żadnej wzmianki. Jak zresztą przyznał Zamawiający zrzuty ekranów dotyczące deszyfrowania plików oferty i pliku formularza cenowego zostały wykonane 21 lipca 2023 r., więc co najwyżej mogą potwierdzać stan rzeczy istniejący na ten dzień. W żaden sposób nie dowodzi więc to tego, czy otwarcie tego pliku nie było możliwe w ramach otwarcia ofert 15 lutego 2023 r., co ewentualnie mogłoby mieć znaczenie dla tej sprawy, gdyby fakt ten został ustalony i opisany w ramach uzasadnienia odrzucenia oferty.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności konieczne stało się jednak zaznaczenie, że niniejsza sprawa została rozpoznana w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu. Zgodnie z art. 555 ustawy pzp Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp”} zawierała taki sam przepis w art. 192 ust. 7, w pełni zachowuje aktualność dotychczasowy dorobek doktryny i orzecznictwa. Wynika z niego, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. Przykładowo w uzasadnieniu wyroku z 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZ 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 popzp) [aktualnie art. 513 pzp] oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Przy czym w rozpoznawanej sprawie kluczowe znaczenie ma kwestia, że w przypadku spraw dotyczących odwołań od czynności odrzucenia zakres kognicji Izby nie może wykraczać poza uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego przekazane wykonawcy. Oczywiście jest, że odwołujący się wykonawca może skutecznie zakwestionować tylko znane mu powody odrzucenia jego oferty. W konsekwencji jeżeli w toku postępowania odwoławczego zamawiający przedstawia dodatkowe podstawy faktyczne odrzucenia oferty wykonawcy, nie podlegają one rozpoznaniu w tym sensie, że nie mogą one rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy. W tym aspekcie zasada wynikająca z art. 555 pzp chroni wykonawców przed wdaniem się w spór co do nieznanych im uprzednio motywów decyzji, które zamawiający przez przeoczenie lub celowo nie podał zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp. Przepis ten nakazuje bowiem zamawiającemu niezwłoczne poinformowanie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, czyli powodów odrzucenia oferty. Stąd w tej sprawie Izba nie wzięła pod uwagę okoliczności, na które Zamawiający powołał się dopiero w toku postępowania odwoławczego, jeżeli wykraczały one poza ramy uzasadnienia faktycznego przekazanego uprzednio Odwołującemu.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle

stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp. Przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby dalszego wywodu „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenie specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Zarówno w obecnym, jak i poprzednim stanie prawnym co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popzp) obowiązuje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp, przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności nie budzi wątpliwości a jest istotne dla rozpoznawanej sprawy, że zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty np. przez wymaganie podania producenta, marki, typu modelu itp. oferowanego urządzenia. W takim przypadku należy uznać te informacje za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (*accidentalialia negotii*).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia.

Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp oraz błędnie dodatkowo powołał się na przepis art. 219 ust. 2 ustawy pzp, gdyż w ustalonych powyżej okolicznościach nie została wypełniona hipoteza żadnej z tych norm prawnych. Doszło wręcz do paradoksalnej sytuacji – Zamawiający wpiera odmówił rozpatrzenia w całości oferty złożonej przez Odwołującego do upływu terminu składania ofert, tj. nie wziął pod uwagę doślanego formularza cenowego, aby następnie z rzekomego braku tego obligatoryjnego według SWZ elementu treści oferty wywieść niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

Zamawiający oczywiście nieprawidłowo interpretuje również przepis art. 219 ust. 2 ustawy pzp, wbrew jego wykładni w doktrynie i orzecznictwie, którą adekwatnie zaprezentowano w odwołaniu, więc nie ma potrzeby jej w całości powtarzać. Zamawiający przy tym najwyraźniej nie może się zdecydować, kto jest dysponentem oferty do upływu terminu składania ofert (patrz powyżej zestawione obok siebie wywody z odpowiedzi na odwołanie). Oczywiście do upływu terminu składania ofert to wykonawca składający ofertę decyduje, czy ją podtrzymuje, zmienia jej warunki czy też wycofuje. A przedmiotem regulacji art. 219 ust. 2 pzp jest wyłącznie wskazanie, że sytuacja prawna ulega zmianie po

upływie terminu składania ofert, kiedy wykonawca nie może ani wycofać oferty, ani tym bardziej jej zmienić. Natomiast od tych prawnie doniosłych czynności prawnych należy odróżnić techniczny sposób złożenia oferty, w tym, czy wszystkie jej dokumenty zostały złożone jednocześnie, czy też – jak w okolicznościach tej sprawy – w dwóch etapach.

Niezrozumiałe jest przy tym powoływanie się przez Zamawiającego na zacytowany w odpowiedzi na odwołanie fragment uzasadnienia wyroku Izby z 21 marca 2023 r. sygn. akt KIO 621/23, który w ogóle nie dotyczy interpretacji art. 219 ust. 2 pzp, a przepisu 223 ust. 1 pzp., czyli wyjaśnień treści złożonej oferty. Zwłaszcza w sytuacji, gdy w prowadzonym przez siebie postępowaniu Zamawiający bezpodstawnie odmówił zapoznania się z treścią oferty Konsorcjum w zakresie formularza cenowego.

Natomiast w orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) [patrz uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/11]. Temu celowi służą instytucje prawne, zarówno poprawianie czy wyjaśnianie oferty oraz uzupełnienie lub wyjaśnienie podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, jak i stosowanie reguł wykładni oświadczeń woli, które mają charakter obligatoryjny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zaniechanie podjęcia takich czynności należy uznać za działanie nie tylko sprzeczne z przepisami prawa, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Niezależnie od powyższego Zamawiający przeszedł do porządku dziennego nad tym, że zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy pzp ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny. Tymczasem w ustalonych powyżej okolicznościach odrzucenie oferty za rzekomą niezgodność z warunkami zamówienia, którą Zamawiający sam sprokurował, jest oczywiście niezgodne z tą zasadą, przez którą pryzmat należy oceniać każdą czynność podejmowaną przez instytucję zamawiającą. Postępowanie Zamawiającego stanowi przejaw skrajnego (i nieznajdującego w rzeczywistości również oparcia we wskazywanych przez niego szczegółowych uregulowaniach ustawy pzp) formalizmu, przed którym chroni właśnie zasada proporcjonalności, jako jedna z nadrzędnych w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań ustawy pzp (w tym art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp) zasada udzielania zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 219 ust. 2 pkt oraz art. 16 pkt 3 ustawy pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego w postaci wynagrodzenia jego pełnomocnika (potwierdzone rachunkiem złożonym do zamknięcia rozprawy), orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jej wyniku, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b oraz § 7 ust. 1 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. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego.