

WYROK

z dnia 14 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 10 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 października 2023 roku przez odwołującego RP Solar spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Medyczne „Żelazna” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 219 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz ponowne badanie i ocenę ofert.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i Odwołującego każdego z nich po połowie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą połowę wpisu od odwołania, tj. kosztu poniesionego przez Odwołującego.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3194/23

UZASADNIENIE

Centrum Medyczne „Żelazna” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, którego przedmiotem jest „Wykonanie w systemie zaprojektuj i wybuduj zadania „Zakup i montaż instalacji fotowoltaicznej o mocy łącznej do 100kWp”, nr postępowania: 48-W-D-09-2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 22 września 2023 r., nr 2023/BZP 00409027/01.

W postępowaniu tym RP Solar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie (dalej: „Odwołujący”) 25 października 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności podjętych w postępowaniu, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Odwołującego i oceny złożonych przez niego wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy oferta ta jest zgodna z ustawą, została złożona w terminie składania ofert, a wyjaśnienia jej treści w trybie art. 223 Pzp (na żądanie Zamawiającego) w żaden sposób nie stanowią o jej niezgodności z ustawą, potwierdzają zgodność zobowiązania i kalkulacji z dokumentami zamówienia,
- 2) art. 305 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż ofertę najkorzystniejszą wg kryteriów oceny ofert, złożył Odwołujący,
- 3) art. 223 ustawy Pzp przez brak zastosowania narzędzi tam wskazanych do poprawienia w ofertach nieistotnych

niezgodności, jeśli zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty czytane wraz z ofertą i ryczałtowy charakter wynagrodzenia, nie wystarczająco określają zobowiązanie Odwołującego do realizacji całości zamówienia zgodnie z SWZ.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) ponowne badanie i ocenę ofert,
- 4) na wypadek dalszych wątpliwości Zamawiającego co do informacji wskazanych w wyjaśnieniach – podkreślenie możliwości zastosowania art. 223 ust 2 Pzp, jeśli dotychczasowe wyjaśnienia i specyfika wynagrodzenia ryczałtowego w sposób niewystarczający zapewniają Zamawiającego o kształcie zobowiązania Odwołującego realizacji zamówienia zgodnie z SWZ.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę.

Następnie Odwołujący poniósł, że ocena Zamawiającego jakoby oferta Odwołującego była niezgodna z ustawą, nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji postępowania, a lakoniczna treść uzasadnienia nie wskazuje wprost, co miałoby stanowić o niezgodności oferty z ustawą. Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust 1 Pzp, a w odpowiedzi Odwołujący potwierdził prawidłowość treści zobowiązania złożonego w terminie składania ofert. Zdaniem Odwołującego, stanowisko Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w treści oferty, w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego kierowane w trybie art. 223 Pzp, a wnioski Zamawiającego są, zdaniem Odwołującego, oparte na pobieżnej jedynie oceny treści oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że w kosztorysie złożonym z ofertą podał: Optymalizacja, cena: 360, ilość: 92, wartość netto: 36 432,00 zł. Natomiast w wyjaśnieniach wskazał: „Przesłana karta katalogowa optymalizatora Tigo TS4 -A-O o mocy 700W jest prawidłowa, ponieważ będziemy optymalizować 1:1 zastosujemy 181 sztuk optymalizatorów, zaś w kosztorysie omyłkowo wpisaliśmy 91 sztuk.”

Odwołujący podkreślił, że powyższe wyjaśnienie w pełni koresponduje z cenami wskazanymi w kosztorysie, gdyż cena w tej pozycji: optymalizacja, obejmuje ilość 181 szt. Odwołujący wskazał, że taką ilość przyjął do wyceny i to Zamawiający korzystając z wiedzy specjalistów w zakresie przedmiotu zamówienia, zapewne uzyskał informacje, że cena w tej pozycji musi obejmować całość, gdyż jest dwukrotnie wyższa niż cena rynkowa za te elementy. Przyjmując przy tym racjonalność wykonawcy w wycenie, oczywistym zdaniem Odwołującego jest, że wykonawca nie zaferowałby ceny rażąco wygórowanej, gdyż celem złożenia oferty jest uzyskanie zamówienia. Tym samym omyłka Odwołującego nie polegała na pominięciu w treści zobowiązania rzeczonych optymalizatorów, a jedynie Odwołujący nie ustrzegł się niezamierzonej omyłki we wskazaniu ilości w kosztorysie oraz specyfikacji materiałowej symulacji rozwiązania. Odwołujący wskazał, że cena oferty oraz zobowiązanie wykonawcy do realizacji obejmuje liczbę 181 optymalizatorów, jest zgodna z dokumentami zamówienia. Tym samym nie ma podstaw uznanie, jakoby Odwołujący chciał złożyć nową ofertę po terminie składania ofert, albo chciał zmienić kształt zobowiązania czy zakresu oferty, którą złożył przed terminem składania ofert i którą jest związany.

Odwołujący wskazał, że niezależnie od omyłki, jaka się wkradła do oferty w zakresie ilości jednostek w kosztorysie, nie można pominąć, że wynagrodzenie zgodnie z treścią dokumentów zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Wykonawca jest więc zobowiązany zrealizować zamówienie zgodnie z SWZ, tego wymagać będzie Zamawiający na etapie realizacji. Tym samym niezależnie od treści kosztorysu, Wykonawca będzie musiał zrealizować zamówienie tak by osiągnąć efekt wskazany w SWZ, niezależnie od poniesionych na ten cel nakładów.

Odwołujący poniósł, że utrwalona linia orzecznicza zarówno SO, jak i KIO, w sposób jednoznaczny wskazuje jedynie pomocniczy charakter zestawienia cen w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, oraz brak możliwości odrzucenia oferty w przypadku nieścisłości w kosztorysie w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego. Tym bardziej działanie Zamawiającego jest dla Odwołującego zaskakujące i nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji postępowania oraz doktrynie.

W zakresie symulacji, Odwołujący argumentował, że przedstawiona wraz z ofertą symulacja w sposób bezsprzeczny potwierdza możliwość osiągnięcia założonych w ofercie oraz w SWZ rezultatów. Powielenie omyłki w specyfikacji materiałowej – 92 szt. optymalizatorów, pozostaje bez wpływu na osiągnięcie założeń wskazanych w symulacji. Taką informację również Zamawiający uzyskał dokonując oceny przedłożonych symulacji.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający błędnie przyjął, na co wskazuje uzasadnienie odrzuceniu, że poprawienie tzw. innej niezgodności z art. 223 ust 2 pkt 3 Pzp nie może mieć zastosowania niniejszym postępowaniu.

Odwołujący uważa, że treść jego oferty i kalkulacja jest prawidłowa, na co jednoznacznie wskazują wyjaśnienia Odwołującego. Jeśli jednak zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty czytane wraz z ofertą są niewystarczające

do uznania oferty za zgodną z dokumentacją, zobowiązany był do poprawienia tejże niezgodności na podstawie art. 223 ust 2 pkt 3 Pzp. Zdaniem Odwołującego oczywiste jest spełnienie każdego z przymiotów dokonania powyższej poprawy ilości optymalizatorów – zarówno omyłkowy charakter niezgodności (skoro cena zawiera wszystkie elementy), niezgodność która zdaniem

Zamawiającego wystąpiła, i nieistotny jej charakter (także z uwagi na objęcie ceną całości realizacji i ryczałtowy charakterem zamówienia). Tym samym – nawet gdyby Zamawiający upatrywał w zaistniałej sytuacji niezgodność oferty z treścią dokumentów zamówienia, to zobligowany był do jej poprawienia, a nie – odrzucenia ofert Odwołującego jako oferty niezgodnej z ustawą.

W złożonej pismem z 8 listopada 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne i może ponieść szkodę.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, nieskutecznie zgłosił wykonawca New Sun spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raszynie. Izba ustaliła, że zgłaszający przystąpienie wykonawca nie przesłał Odwołującemu kopii przystąpienia, zgodnie z art. 525 ust. 2 ustawy Pzp, wobec czego zgłoszenie przystąpienia nie mogło zostać uznane za skuteczne.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron zaprezentowane, w odwołaniu, odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), Izba ustaliła, że Przedmiotem zamówienia jest wykonanie, w tym dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznej o mocy łącznej do 100kWp w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, realizowany w dwóch etapach.

Zgodnie z rozdziałem IX SWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, złożyli wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe:

- karty katalogowe - potwierdzające spełnienie parametrów PFU dla: modułów fotowoltaicznych i optymalizatorów mocy oraz inwertera fotowoltaicznego oraz
- symulacje pracy instalacji wykonane w oparciu o dowolny programy symulacyjne.

Jak wynika z rozdziału XII SWZ, Zamawiający wskazał wprost, że ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” – zgodnie z Załącznikiem nr 1 wraz z kosztorysem wykonawczym.

Ponadto Zamawiający wskazał, że wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć:

- 1) oświadczenie, o którym mowa w Rozdziale VIII pkt. 1 SWZ;
- 2) dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty; odpowiednie pełnomocnictwa (jeżeli dotyczy);
- 3) oświadczenie o którym mowa w rozdziale VI pkt 3 – o ile dotyczy;
- 4) przedmiotowe środki dowodowe.

W rozdziale XIII SWZ, Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny, zgodnie z którym cena oferty jest ceną ryczałtową. Ponadto zostało wskazane: „Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia zgodnie z warunkami stawianymi przez Zamawiającego oraz doświadczeniem wymaganym od wykonawcy, w tym wynagrodzenie wynikające z przeniesienia praw autorskich majątkowych do projektu na określonych w projektowanych postanowieniach umowy polach eksploatacji oraz podatek od towarów i usług wg stawki obowiązującej na dzień terminu składania ofert.”

W rozdziale XX SWZ, Zamawiający wskazał: „Wybrany Wykonawca jest zobowiązany do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Projekcie Umowy, stanowiącym Załącznik nr 7 do SWZ.” oraz „Zakres świadczenia Wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.”

Odwołujący wraz z ofertą, tj. wraz z formularzem oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ przedłożył również kosztorys oraz przedmiotowe środki dowodowe tj. m.in., kartę katalogową Tigo Flex MLPE TS4-A-O oraz symulację. Z analizy tych dokumentów wynika, że w treści symulacji Odwołujący w liście materiałów podał P1100 oraz ilość 92, podobnie jak w złożonym kosztorysie, poz. 4 Optymalizatory wskazał ilość 92 szt. Natomiast karta katalogowa dla Tigo

Flex MLPE dotyczy urządzenia o mocy 700 W. Powyższe było dla Zamawiającego wątpliwe, stąd też pismem z 12 października 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Zamawiający skierował do Odwołującego następujące wezwanie: „W Załączniku „Kosztorys wykonawczy”, złożonym wraz z ofertą, w pozycji nr 3 Wykonawca, w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, zaoferował falownik Fronius Tauro Eco 3D. Treść oferty budzi wątpliwość Zamawiającego ponieważ jest sprzeczna z treścią przedmiotowych środków dowodowych zawierających symulację pracy instalacji, z których wynika, iż Wykonawca zamierza wykorzystać do realizacji przedmiotu zamówienia falownik SE100K. Ponadto Wykonawca nie określił w kosztorysie wykonawczym, który konkretnie falownik Fronius został wyceniony. Z karty katalogowej dołączonej do oferty wynika, iż na rynku dostępne są falowniki Fronius Tauro Eco 3D o następujących numerach katalogowych: Tauro Eco 50-3-D oraz Tauro Eco 100-3-D. Wątpliwość Zamawiającego budzi również to czy kabel YKY 5x100 będzie właściwy do podłączenia inwertera o mocy 100 kw.

Złożona wraz z ofertą symulacja pracy instalacji zawiera informację, iż Wykonawca zamierza wykorzystać do realizacji przedmiotu zamówienia optymalizator P1100 w ilości 92 szt. (ilość sztuk zgodna jest z kosztorysem wykonawczym) co jest sprzeczne z treścią przedmiotowych środków dowodowych ponieważ karta katalogowa złożona wraz z ofertą dotyczy optymalizatora TIGO o mocy 700W. Ponadto w kosztorysie Wykonawca nie określił marki ani numeru katalogowego wycenionych optymalizatorów. Biorąc pod uwagę powyższe wątpliwości oraz rozbieżności Zamawiający wzywa Wykonawcę do ich wyjaśnienia w nieprzekraczalnym terminie do dnia 13.10.2023 r. (...).

W odpowiedzi udzielonej pismem z 12 października 2023 r. Odwołujący wskazał: „W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uprzejmie wyjaśniamy iż zamierzam wykorzystać falownik Fronius Tauro Eco 100-3-D o mocy 100 KW. W przesłanej Symulacji instalacji PV, błędnie został wpisany SE100K zamiast Fronius Tauro Eco 100-3-D, natomiast nie wpływa to na wynik produkcji energii elektrycznej w przesłanej symulacji. Kabel YKY 5x100 jest wystarczający, ponieważ podczas wizji lokalnej określając długość przewodów AC między miejscem wpięcia, a falownikiem zachowamy spadek napięcia AC nieprzekraczający 1%. Przesłana karta katalogowa optymalizatora Tigo TS4 -A-O o mocy 700W jest prawidłowa, ponieważ będziemy optymalizować 1:1 zastosujemy 181 sztuk optymalizatorów, zaś w kosztorysie omyłkowo wpisaliśmy 91 sztuk.”

Zamawiający pismem z 20 października 2023 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego podając następujące uzasadnienie: „na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 219 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, tj. jako niezgodna z przepisami ustawy, mając na uwadze, że ofertę składa się do upływu terminu składania ofert. W dniu 12.10.2023 r. Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień Publicznych, wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Złożona przez Wykonawcę wraz z ofertą symulacja pracy instalacji zawiera informację, iż Wykonawca zamierzał wykorzystać do realizacji przedmiotu zamówienia optymalizator P1100 w ilości 92 szt. (ilość sztuk zgodna jest z treścią kosztorysu wykonawczego stanowiącego treść oferty) co jest sprzeczne z treścią przedmiotowych środków dowodowych ponieważ karta katalogowa złożona wraz z ofertą dotyczy optymalizatora TIGO o mocy 700W. W dniu 13.10.2023 r. Wykonawca przesłał wyjaśnienia treści złożonej oferty, w których pisze: „Przesłana karta katalogowa optymalizatora Tigo TS4 -A-O o mocy 700W jest prawidłowa, ponieważ będziemy optymalizować 1:1 zastosujemy 181 sztuk optymalizatorów, zaś w kosztorysie omyłkowo wpisaliśmy 91 sztuk.”. Przedstawione w wyjaśnieniach stanowisko Wykonawcy wskazujące na popełnioną omyłkę, którą nie sposób uznać za omyłkę pisarską albo inną omyłkę w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki charakterystyczne dla tych kategorii omyłek – oczywistości w kontekście omyłki pisarskiej i niezgodności z dokumentami zamówienia niezbędnej dla uznania omyłki za inną omyłkę. Przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień Wykonawcy w zakresie błędnego podania liczby optymalizatorów oraz ich modelu oznaczałoby w istocie konieczność dokonania zmiany jego oferty. W komentarzu do ustawy Pzp opracowanym przez Urząd Zamówień Publicznych zostało wskazane wyraźnie, że „W toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z uwzględnieniem art. 223 ust. 2 i art. 187 Pzp, dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Art. 223 ust. 1 Pzp wyraża w tym miejscu ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem powyższej regulacji powinno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty i zawartych w niej oświadczeń i informacji, tj. nie może stanowić zmiany oferty”. W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu.”

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą zarzytów.

art. 219 ustawy Pzp

1. Oferta może być złożona tylko do upływu terminu składania ofert.
2. Do upływu terminu składania ofert wykonawca może wycofać ofertę.

art. 223 ustawy Pzp

1. 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.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

3) jest niezgodna z przepisami ustawy;

Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 219 ustawy Pzp, w konsekwencji czego Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz ponowne badanie i ocenę ofert.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że istotą przepisu art. 219 ust. 1 ustawy Pzp przywołanego w podstawie prawnej odrzucenia oferty Odwołującego jest to, że wykonawcy chcący wziąć udział w postępowaniu muszą złożyć swoją ofertę w wyznaczonym do tego terminie. Oferta powinna więc dotrzeć do zamawiającego w terminie składania ofert, w sposób umożliwiający zamawiającemu zapoznanie się z jej treścią. Jak wynika z art. 226 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, złożenie oferty po terminie składania ofert skutkuje jej odrzucenie. W ocenie Izby, Zamawiający w treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego wskazanym w piśmie z 20 października 2023 r. nie wykazał, aby Odwołujący złożył swoją ofertę po terminie.

Następnie, w odniesieniu do art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę jeśli jest niezgodna z przepisami ustawy, wskazać należy, że sytuacje o których mowa w tej podstawie odrzucenia oferty to np. złożenie oferty z naruszeniem wymaganej formy, określonej w art. 63 ustawy Pzp, czy z naruszeniem formy pełnomocnictwa, która powinna odpowiadać formie złożenia oferty, a także złożenia więcej niż jednej oferty, czy też złożenie oferty w języku obcym, jeśli zamawiający nie dopuścił takiej możliwości (*vide* Prawo zamówień publicznych, komentarz, wydanie II, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza).

W ocenie Izby, Odwołujący zasadnie podniósł w treści odwołania, że Zamawiający nie wykazał na czym miałyby polegać niezgodność oferty Odwołującego z przepisami ustawy Pzp. Ponadto dostrzeżenia wymaga, że podane przez Zamawiającego uzasadnienie w piśmie z 20 października 2023 r. jest bardzo lakoniczne i sprowadza się przede wszystkim do opisanego stanu faktycznego. Zdaniem Izby, w treści uzasadnienia Zamawiający zaniechał natomiast analizy i oceny opisanego stanu faktycznego, w tym nie podał uzasadnienia dla zastosowanej podstawy prawnej odrzucenia oferty. Nie jest dla Izby jasne, z czego Zamawiający wywodzi zasadność odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o podaną podstawę prawną. Powyższe jest tym bardziej widoczne w zestawieniu z treścią odpowiedzi na odwołanie, gdzie stanowisko Zamawiającego zostało zaprezentowane znacznie bardziej obszernie. Jednak Izba nie mogła wziąć pod uwagę argumentacji wskazanej w treści odpowiedzi na odwołanie w zakresie wykraczającym poza podstawy wskazane w uzasadnieniu czynności z 20 października 2023 r.

W tym miejscu Izba przypomina, że uzasadnienie czynności przez zamawiającego ma doniosłe znaczenie. W ten sposób zamawiający realizuje zasadę przejrzystości postępowania, o której mowa w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp, ale również czynność ta ma doniosłe znaczenie dla realizacji prawa wykonawcy do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Wykonawca bowiem skarży daną czynność zamawiającego w granicy podanej podstawy prawnej i faktycznej. Wykonawca nie może domyślać się powodów, które legły u podstaw danej czynności zamawiającego. Natomiast podniesione w odwołaniu zarzuty wyznaczają zakres kognicji Izby.

Z tego powodu Izba pominęła również stanowisko Zamawiającego zaprezentowane podczas rozprawy, a zmierzające do wykazania, że oferta Odwołującego może być niezgodna z warunkami zamówienia, tj. z wymaganiami zwartymi w PFU co do sposobu optymalizacji. Okoliczność ta nie była bowiem podstawą odrzucenia oferty Odwołującego w czynności z 20 października 2023 r. zatem nie została objęta zarzutami rozpoznawanego odwołania.

Odnosząc się natomiast do naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w ocenie Izby ocena dokonana przez Zamawiającego w uzasadnieniu z 20 października 2023 r. jest trafna, co skutkowało oddaleniem odwołania w tym zakresie.

Zwrócić należy uwagę, że na rozprawie i w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przyznał, że w treści PFU nie określał liczby optymalizatorów, jaką wykonawcy powinni przyjąć w swoich ofertach. Izba nie dostrzegła takich postanowień w dokumentach zamówienia, Odwołujący również takich postanowień nie wskazał. Wobec powyższego nie

jest dla Izby jasne z czego Odwołujący wywodzi, że w jego ofercie zaszła niezgodność z treścią dokumentów zamówienia, którą można by było poprawić. Innymi słowy Odwołujący nie wykazał na czym taka niezgodność z dokumentami zamówienia miałyby w jego ofercie polegać. Podobnie jak Odwołujący nie wykazał na czym miała by polegać oczywistość ewentualnej omyłki.

Izba podkreśla, że w ramach rozpoznania tego odwołania nie dokonuje oceny oferty Odwołującego, ponieważ jest to czynność, która powinna zostać dokonana przez Zamawiającego, a nie jest rolą Izby wyręczać Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: