

WYROK

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

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie **18 sierpnia 2026 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **13 lipca 2026 r.**

przez wykonawcę: **Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa Wielofunkcyjnej Sali Prób i Sali Prób Baletu na tarasach wewnętrznych gmachu Teatru Wielkiego – Opery Narodowej łącznie z pomieszczeniami, instalacjami i urządzeniami powiązanymi funkcjonalnie* (ZP.260.6.2026).

prowadzonym przez zamawiającego: **Teatr Wielki – Opera Narodowa z siedzibą w Warszawie** [„Zamawiający”]

przy udziale jako współuczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy: **ZAB-BUD sp. z siedzibą w Warszawie** [„Przystępujący”]

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i 3 w ten sposób, że nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia badania i oceny ofert, w tym wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia, czy roboty budowlane o nazwie i zakresie opisanym jako *Modernizacja sceny głównej Teatru Wielkiego im. S.M. w Poznaniu Roboty ogólnobudowlane, konstrukcyjne, sanitarne, elektryczne i teletechniczne* polegały na nadbudowie, przebudowie lub rozbudowie.**
- 2. Oddać odwołanie w zakresie zarzutów nr 2 i 4.**
- 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Odwołującego i Zamawiającego po połowie, tj.:**
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) znosi wzajemnie pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym ich uzasadnione koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,**
 - 3) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy).

Na niniejsze orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych**.

Uzasadnienie

Teatr Wielki – Opera Narodowa w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2026 r. poz. 793) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz”, „Pzp” itp.} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa Wielofunkcyjnej Sali Prób i Sali Prób Baletu na tarasach wewnętrznych gmachu Teatru Wielkiego – Opery Narodowej łącznie z pomieszczeniami, instalacjami i urządzeniami powiązanymi funkcjonalnie* (ZP.260.6.2026).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 15 kwietnia 2026 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 73 pod poz. 256483.

Wartość tego zamówienia jest powyżej progów unijnych.

3 lipca 2026 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej ZAB-BUD sp. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zab-Bud” lub „Przystępujący”} oraz o sklasyfikowaniu ofert według kryteriów oceny.

13 lipca 2026 r. Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach {dalej: „Mikor” lub „Odwołujący”) wniósł odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego oraz zaniechania wyboru jego oferty, względnie zaniechania wezwania go do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inny akt prawny}:

1. Art. 239 ust. 1 i 2 – przez nieprzyznanie ofercie Mikoru właściwej liczby punktów w kryteriach oceny ofert „Doświadczenie zawodowe kierownika budowy” oraz „Doświadczenie zawodowe kierownika projektu”, w wyniku niewłaściwej interpretacji referencji od Teatru Wielkiego w Poznaniu, co w konsekwencji spowodowało zawyżenie w tych kryteriach oceny i wybór jako najkorzystniejszej oferty Zab-Budu.

2. Art. 8 ust. 1 w zw. z art. 65¹ Kodeksu cywilnego {„kc”} i art. 65 § 1 i 2 kc oraz art. 3 pkt 7 lit. a Prawa budowlanego –

przez nieuwzględnienie faktu, że referencja od Teatru Wielkiego w Poznaniu, potwierdzająca należyte wykonanie przez Mikor umowy o roboty budowlane, zawartej w wyniku udzielenia mu zamówienia publicznego pn. *Modernizacji sceny głównej Teatru Wielkiego im. S.M. w Poznaniu*, potwierdza fakt posiadania przez wskazanych w ofercie Kierownika budowy oraz Kierownika projektu wymaganego w kryteriach oceny ofert doświadczenia, gdyż wprost z niej wynika, że tytułowa „modernizacja” była w istocie przebudową, która prowadziła do zmiany parametrów użytkowych lub technicznych obiektu, obejmującą m. in. wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie budynku użyteczności publicznej, w zakres których wchodziły roboty związane ze wzmocnieniem konstrukcji budynku oraz roboty ogólnobudowlane, sanitarne, elektryczne i teletechniczne.

3.Art. 107 ust. 4 – przez zaniechanie wezwania Mikoru do wyjaśnienia, czy wskazane w referencjach i Załącznikach nr 1b i 1c roboty budowlane na rzecz Teatru Wielkiego w Poznaniu polegały na przebudowie obejmującej wzmocnienie konstrukcji budynku oraz roboty ogólnobudowlane, sanitarne, elektryczne i teletechniczne.

4.Art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 3 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co w konsekwencji doprowadziło nie tylko do nieuzasadnionego sklasyfikowania oferty Mikoru na drugim miejscu, ale również do wyboru w sposób niezgodny z ustawą pzp oferty Zab-Budu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Powtórzenia badania i oceny ofert.
- 3.Wyboru oferty Mikoru.

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano powyższe zarzuty przez podniesienie okoliczności faktycznych i prawnych, które wzięto pod uwagę i odzwierciedlono dalej w zakresie, który miał znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 21 lipca 2026 r., a Przystępujący w piśmie z 16 lipca 2026 r. zgodnie wnieśli o oddalenie odwołania, podnosząc okoliczności faktyczne i argumentację prawną, do których się odniesiono, jeżeli było to celowe dla wszechstronnego rozpoznania sprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Z rozdziału XXIII. „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” SWZ wynika określenie, oprócz ceny o wadze 60%, kryteriów dotyczących doświadczenia zawodowego, odpowiednio Kierownika budowy (DKb) albo Kierownika projektu (DKp), każde o wadze 20%, nabytego przy odpowiednio kierowaniu albo koordynowaniu lub nadzorowaniu robót budowlanych polegających na nadbudowie lub przebudowie lub rozbudowie lub odbudowie budynków użyteczności publicznej lub mieszkalnych wielorodzinnych, w których zakres wchodziły roboty związane ze wzmocnieniem konstrukcji budynku oraz roboty ogólnobudowlane, sanitarne, elektryczne i teletechniczne, o wartości robót (obejmujących cały wskazany wyżej zakres) była nie mniejszej niż 15 mln zł brutto (dalej „robota budowlana”), wykonanych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert. Wskazane.

Ocenie podlega wykaz potwierdzający doświadczenie zawodowe, odpowiednio Kierownika budowy (zał. 1b do SWZ) albo Kierownika projektu (zał. 1c do SWZ), według następujących zasad [pisownia oryginalna]:

- 1)2 pkt za każde roboty budowlane, o których mowa powyżej,
- 2)dodatkowo 2 pkt, jeżeli te roboty budowlane zostały wykonane w budynku wpisanym do rejestru zabytków,
- 3) dodatkowo 2 pkt, jeżeli te roboty budowlane wykonane zostały w budynku o charakterze widowiskowym, w którym istotną rolę odgrywają parametry akustyczne dotyczące izolacyjności i adaptacji akustycznej tj. teatrze, operze, sali koncertowej, filharmonii lub ich sali prób lub sali wielofunkcyjnej czy sali kongresowej z funkcjami widowiskowymi i koncertowymi.

Przy czym w tabeli wykazu można przedstawić maksymalnie 5 robót, popartych dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (w przypadku wpisania większej liczby pozycji, ocenie będą podlegały jedynie roboty ujęte w poz. 1-5).

Jeżeli wykonawca nie wypełni wykazu potwierdzającego doświadczenie lub wypełni go niezgodnie z ww. opisem, otrzyma w kryterium 0 pkt.

Zamawiający wymagał, aby dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych z wykazu zostały złożone wraz z ofertą i zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy pzp nie dopuścił uzupełniania ww. przedmiotowych środków dowodowych.

W przypadku braku załączenia do oferty ww. dokumentów odnoszących się do danych robót budowlanych zostanie za nią przyznane 0 pkt.

Jak wynika ze „Szczegółowej oceny w kryteriach pozacenowych” [załącznik nr 1 do Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 3 lipca 2026 r.], w odniesieniu do wskazanych przez Mikor w poz. 1. wykazów, zarówno w

załączniku 1b, jak i załączniku 1c, następująco opisanych robót: [nazwa] *Modernizacja sceny głównej Teatru Wielkiego im. S.M. w Poznaniu*, [zakres robót budowlanych] *Roboty ogólnobudowlane, konstrukcyjne, sanitarne, elektryczne i teletechniczne* (wykonanych na rzecz tego podmiotu w okresie 14.05.2021-14.07.2023, o wartości brutto 42.269.627,94, dotyczących budynku opery wpisanej do Wojewódzkiego rejestru zabytków pod nr A21) – Zamawiający nie przyznał punktów, gdyż [pisownia oryginalna]: *Zakres prac w wykazie oraz dowodzie należytego wykonania jako: Modernizacja Sceny Głównej, co nie wskazuje jakiego rodzaju robót dotyczyła ta (np. budowa/nadbudowa/przebudowa/rozbudowa/odbudowa). W przypadku posługiwania się w dokumentach zamówienia pojęciami z zakresu procesu inwestycyjnego, należy je interpretować w oparciu o legalne definicje zawarte w ustawie Prawo budowlane. Pojęcie „modernizacja” nie posiada legalnej definicji w przepisach Prawa budowlanego. Jest to termin potoczny i ekonomiczny oznaczający unowocześnienie, ulepszenie lub uwspółcześnienie obiektu bądź jego wyposażenia. Pojęcia wymagane przez Zamawiającego mają ściśle określony charakter prawny i techniczny. Pojęcie „modernizacji”, szczególnie w kontekście przestrzeni, jaką jest „Scena Główna”, najczęściej sprowadza się do wymiany.*

Powyższe roboty budowlane zostały wpisane przez Mikor do wykazów w celu uzyskania po 6 pkt w obu kryteriach pozacenowych. Gdyby Zamawiający przyznał te punkty, w obu tych kryteriach oferta Mikoru uzyskałaby maksymalną ocenę, a ponieważ uzyskała maksymalną ocenę w kryterium najniższej ceny, byłaby ofertą najwyższej ocenioną.

Zamawiający w toku badania oferty Mikoru, w tym wykazów doświadczenia Kierownika budowy i Kierownika projektu wraz załączonymi do nich referencjami, nie wzywał do ich wyjaśnienia.

Termin „modernizacja” *de lege lata* nie występuje w Prawie budowlanym, a w orzecznictwie i doktrynie kwalifikowana jest jako przebudowa (gdy zmienia parametry techniczne lub użytkowe), względnie odbudowa lub rozbudowa (jeżeli powstała nowa substancja) albo jako remont (gdy odtwarza stan pierwotny). Jak wynika bowiem ze stanowiska Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego z 7 stycznia 2005 r. pojęcie „modernizacji” zostało wykreślone z art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego na mocy art. 90 pkt 2 lit. a Ustawy z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej – w związku z reformą ustrojową państwa (Dz. U. nr 106, poz. 668 ze zm.), a zmiana ta weszła w życie 1 stycznia 1999 r. Ponadto w odpowiedzi z 6 listopada 2020 r. (znak DAB-II.054.28.2020) na interpelację poselską nr 11318, udzielonej przez podsekretarza stanu w Ministerstwie Rozwoju, Pracy i Technologii w porozumieniu z Ministrem Infrastruktury, wprost wskazano, że tą samą nowelizacją dokonano jednocześnie przekształcenia definicji remontu, przez co ustawodawca *...jednoznacznie zdefiniował i uporządkował zakres pojęciowy występujący w przepisach Prawa budowlanego, w tym również rozwiązał jasno kwestię zakwalifikowania „modernizacji” obiektu budowlanego.* W konkluzji stwierdzono, że aktualnie pojęcie „modernizacja” mieści się w zakresie pojęciowym „remontu”, „przebudowy” albo „rozbudowy”.

Powyższe okoliczności nie były sporne.

Pod względem faktycznym różnica pomiędzy stronami sporu na rozprawie sprowadzała się do kwestii, czy opis robót zawarty w poz. 1. obu wykazów doświadczenia osób oraz w załączonej referencji wskazuje na przebudowę (jak twierdził Odwołujący), czy też może wskazywać zarówno na remont, jak i przebudowę, czego nie sposób rozstrzygnąć, nawet uwzględniając treść referencji.

Wbrew temu, co podniósł Zamawiający [por. ad 1., 1. akapit ad 2. i 4. akapit ad 3. – str. 3.-4. i 7. odpowiedzi na odwołanie] i Poparł Przystępujący na rozprawie, oczywiste jest, że istotą zarzutów sformułowanych w *petitum* odwołania i rozwiniętych w jego uzasadnieniu jest zaniechanie przyznania Mikorowi punktacji za roboty budowlane z poz. 1. obu wykazów doświadczenia osób, pomimo zamieszczonego tam opisu i treści załączonej dla nich referencji, z których według Odwołującego wynika, że roboty te polegały na przebudowie w zakresie wymaganym w opisie kryterium (w tym dodatkowo dotyczyły budynku opery wpisanego do rejestru zabytków – co akurat nie było sporne). Podnoszona w odpowiedzi na odwołanie rzekoma wadliwość konstrukcji zarzutów odwołania wynika po części z przywołanego powyżej uzasadnienia oceny oferty Mikoru w pozacenowych kryteriach, w którym sam Zamawiający uznał za istotne odniesienie się również do treści referencji. Innymi słowy, Zamawiający w toku badania ofert słusznie brał pod uwagę łącznie treść wykazów i referencji, jako kompletu dokumentów będących podstawą do oceny ofert w kryteriach doświadczenia Kierownika budowy i Kierownika projektu.

Relatywnie obszerne wywody odpowiedzi na odwołanie, zmierzające do sztucznego rozerwania związku wykazu i referencji, zostały przy tym poczytane za usiłowanie skierowania sprawy na inne tory niż rozpoznanie, czy Zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił ofertę Mikoru. Tymczasem postępowanie odwoławcze nie ma charakteru formułkowego, wręcz przeciwnie, bierze się pod uwagę całokształt podniesionych okoliczności faktycznych i prawnych kształtujących zarzut, nawet przy niepełnej lub błędnej kwalifikacji prawnej.

Nie ma zatem również znaczenia, czy w kontekście zarzucanego zaniechania wyjaśnienia charakteru robót budowlanych nazwanych „modernizacją” (przebudowa czy remont), objętego również skorelowanym z tym zarzutem żądaniem, wskazany został właściwy przepis ustawy pzp. Wprowadzone przez Zamawiającego jako pozacenowe kryteria oceny ofert punktuja *de facto* posiadanie przez Kierownika budowy i Kierownika projektu doświadczenia

większego niż obligatoryjnie wymagane jako warunek udziału w postępowaniu. Jednocześnie złożenie do upływu terminu składania ofert wypełnionych załączników nr 1b i 1c (wraz z referencjami zakwalifikowanymi w SWZ jako przedmiotowe środki dowodowe), wyraża wolę skierowania do realizacji tego zamówienia wymienionych w nich osób jako takich, które mają zarówno wymagane obligatoryjnie, jak i oceniane w ramach kryterium oceny ofert doświadczenie. Innymi słowy, mamy do czynienia z treścią oferty dotyczącą właściwości osób skierowanych do realizacji zamówienia, które na poziomie podstawowym stanowią warunki udziału w postępowaniu, podlegających potwierdzeniu odrębnym przedmiotowym środkiem dowodowym.

Z kolei Odwołujący nie wykazał, że sporządzony przez niego w poz. 1.obu spornych wykazów doświadczenia osób opis jednoznacznie wskazuje na przebudowę. Co więcej, nie rozstrzyga jednoznacznie tej kwestii rozszerzony opis zawarty w załączonej referencji, wystawionej 26 maja 2026 r. przez dyrektora Teatru Wielkiego w Poznaniu, choć w pewnym stopniu uprawdopodobnia przebudowę [pisownia oryginalna]: (...)

Przedmiot umowy obejmował:

Wykonanie robót budowlanych zgodnie z projektem wykonawczym opracowanym przez Pracownię Akustyczną Kozłowski sp. j. ul. Opolska 140, 52-014 Wrocław na podstawie wydanego pozwolenia na budowę 601/2018 z dnia 28.03.2018 r i pozwolenia Miejskiego Konserwatora Zabytków nr 265 /2020 z dnia 17.03.2020 r. w tym:

- Wykonanie konstrukcji budowlanych
- Wymiana stolarki
- Wykonanie instalacji sanitarnych – C.O., wod-kan, wentylacji, klimatyzacji
- Wykonanie instalacji ochrony przeciwpożarowej: DSO, SSP, oddymiania, zraszaczowej
- Wykonanie instalacji elektrycznych
- Wykonanie instalacji niskoprądowych: CCTV, kontroli dostępu, okablowania strukturalnego
- Wykonanie mechaniki górnej sceny: sztankietów dekoracyjnych, mostów oświetleniowych
- Wykonanie mechaniki dolnej sceny: zapadni sceny, zapadni proscenium, ruchomej bariery fosy orkiestry
- Wykonanie kurtyn i bram p.poż
- Wykonanie instalacji oświetlenia technologicznego sceny i widowni
- Wykonanie systemu elektroakustycznego, w tym systemu immersyjnego
- Wykonanie systemu inspicjenta wraz z systemem podglądu video
- Wykonanie poszycia podłogi drewnianej sceny i zapadni scenicznych
- Uruchomienie wykonanych instalacji
- Przeprowadzenie prób i odbiorów niezbędnych do wydania Pozwolenia na Użytkowanie
- Przeprowadzenie odbiorów UDT dla urządzeń mechaniki sceny
- Przeprowadzenie szkolenia z obsługi wykonanych instalacji i zamontowanych urządzeń

Roboty zostały wykonane należyście, zgodnie z projektem i jego zmianami, w terminie umownym.

Jednakże na wstępie powyższego opisu odesłano m.in. do pozwolenia na budowę nr 601/2018 z 28.03.2018 r., czyli Decyzji nr 601/2018 (UA-V-A09.6740.325.2018) o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę dla Teatru Wielkiego w Poznaniu, obejmujące [pisownia oryginalna]:...przebudowę – „modernizację” sceny budynku Teatru Wielkiego im. S.M. przy ul. Fredry 9 w Poznaniu (dz. Nr 3, ark. 23, obr. Poznań)..., z którego jednoznacznie wynika, że była to przebudowa w rozumieniu Prawa budowlanego, jedynie nazwana „modernizacją”. To samo wynika również z sentencji Decyzji nr 284/2023 Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla Miasta Poznania ((PINB/OIK/1996/2023) [pisownia oryginalna]umarzam w całości postępowanie administracyjne w sprawie zawiadomienia o zakończeniu przebudowy – „modernizacji” sceny budynku Teatru Wielkiego im. S.M. przy ul. Fredry 9 w Poznaniu (dz. Nr 3, ark. 23, obr. Poznań [załączonych jako załączniki nr 5 i 6 do odwołania].

Reasumując, Odwołujący co najmniej wykazał, że gdyby został przez Zamawiającego, który powinien powziąć wątpliwości co do charakteru robót opisanych w poz. 1. wykazów doświadczenia osób (i w załączonych referencjach), wezwany do ich wyjaśnienia, byłby w stanie udowodnić, że polegały one na przebudowie (a nie remoncie).

Nie ma zatem znaczenia dla sprawy, że z wyciągu z umowy dotyczącej tej inwestycji, wobec niezłączenia dokumentów określających szczegółowo zakres przedmiotu tej umowy (tj. załączników nr 1-3), nie wynika nic rozstrzygającego w kwestii „przebudowa czy remont”.

Przedmiotem tych wyjaśnień jest *de facto* kwestia, czy zidentyfikowane w obu wykazach konkretne roboty budowlane, jednoznacznie zgłoszone na poczet doświadczenia ocenianego w kryteriach oceny ofert, obiektywnie rzecz biorąc dotyczyły przebudowy czy remontu. O ile wyjaśnienie tej kwestii jest potrzebne a zarazem konieczne dla prawidłowej oceny oferty Mikoru w obu pozacenowych kryteriach oceny ofert, o tyle wymaga jedynie doprecyzowania informacji znajdujących się już w złożonych wraz z ofertą wykazach.

Izba zważyła, co następuje:

Kluczowe znaczenie ma kwestia, czy w powyżej ustalonych okolicznościach faktycznych Zamawiający był uprawniony a zarazem zobligowany do uprzedniego wyjaśnienia zbieżnej treści wykazów i referencji, której niejednoznaczność w kontekście opisu pozacenowych kryteriów legła u podstaw decyzji o nieprzyznaniu punktacji w tych kryteriach oceny ofert. Natomiast, wbrew odmiennemu zapatrywaniu Zamawiającego [por. ad 3. odpowiedzi na odwołanie], drugorzędne znaczenie ma, czy podstawą prawną wezwania do wyjaśnienia tej istotnej dla oceny oferty okoliczności faktycznej miały być art. 107 ust. 4 czy art. 223 ust. 1 ustawy pzp. W tym kontekście, podobnie jak w odniesieniu do rzekomego niezakwestionowania w odwołaniu zaniechania przyznania maksymalnej punktacji w pozacenowych kryteriach oceny ofert, godzi się zauważyć, że postępowanie odwoławcze nie ma charakteru formułkowego. Zamawiający usilnie w takim kierunku zdaje się nadinterpretować art. 555 ustawy pzp, bezpodstawnie wywodząc brak kognicji Izby do rozpoznania istoty zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tymczasem jednolita w orzecznictwie i doktrynie wykładnia normy wynikającej z art. 555 ustawy pzp prowadzi do diametralnie odmiennych wniosków, niż chciałby Zamawiający.

Zgodnie z art. 555 ustawy pzp [poprzednio art. 192 ust. 7 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.); dalej: „poprzednio obowiązująca ustawa pzp lub „popzp”] Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazywanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych 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.

Jak to trafnie wywiodła Izba w uzasadnieniu wyroku z 9 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1142/23]: *Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7-10 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradiktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść.*

Takie stanowisko jest konsekwentnie prezentowane przez Izbę. *Wskazanie nowych faktów, nawet wyczerpujących dyspozycję tego samego przepisu pzp, jest uznawane za nowy zarzut [z uzasadnienia wyroku z 13 marca 2023 r. sygn. akt KIO 291/23]. Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów (art. 555 Prawa zamówień publicznych). Zarzut składa się z podstawy prawnej – wskazania przepisu, który został naruszony, i podstawy faktycznej, tj. okoliczności, które mogłyby być rozpatrywane przez Izbę w kontekście ewentualnego naruszenia przepisu ustawy. Podniesiony zarzut musi być skonkretyzowany [z uzasadnienia wyroku z 22 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 360/23]. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że postępowanie odwoławcze nie służy uzupełnianiu treści odwołania. Skoro rozstrzygnięcie odwołania winno ograniczać się do zarzutów zawartych w odwołaniu to mnożenie okoliczności faktycznych i prawnych w toku postępowania odwoławczego, należy uznać za rozszerzenie przedmiotu odwołania nie zaś za uzasadnienie zarzutów sformułowanych w odwołaniu [z uzasadnienia wyroku z 5 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2690/13].*

Powyższa wykładnia została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiodł, 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.

Z kolei aktualnie Sąd Okręgowy w Warszawie, który jako Sąd Zamówień Publicznych rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, wywiodł w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a

następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art. 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd zarówno orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem (a zatem w zakresie niespornym), jak i co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

Podobnie w uzasadnieniu wyroku z 9 maja 2024 r. sygn. akt XXIII Zs 16/24 Sąd Okręgowy w Warszawie jako Sąd Zamówień Publicznych potwierdził stanowisko, że *„wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji – uzasadnieniu odwołania. (...) Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej formułowanych zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu. Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne w stanowisku prezentowanym po wniesieniu odwołania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 9/20, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 31 marca 2022 r., sygn. akt KIO 700/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1187/17).*

W konsekwencji Izba zważyła, że wszechstronne rozpoznanie niniejszej sprawy w granicach zakreślonych ustaloną powyżej podstawą faktyczną zarzutów wymaga wykładni przepisów ustawy pzp regulujących zasady badania i oceny oferty w odniesieniu do jej wyjaśniania, uzupełnienia czy poprawiania przy uwzględnieniu odnośnych uregulowań prawa unijnego.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 094 z 28.3.2014 ze zm.) [dalej: „dyrektywa 2014/24/UE” lub „dyrektywa klasyczna”] w Sekcji 3 Wybór uczestników oraz udzielenie zamówienia, w art. 56 Zasady ogólne, w ust. 3 stanowi, że jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości. Identyczne uregulowanie zawiera w art. 76 ust. 3 Dyrektywa z Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE [dalej: „dyrektywa 2014/24/UE” lub „dyrektywa sektorowa”]. Nie bez powodu powyższe unormowanie zostało zaliczone właśnie do zasad ogólnych, czyli określających generalne wytyczne (zasady) mające zastosowanie zarówno do wyboru uczestników postępowania (kwalifikacji podmiotowej), jak i do wyboru najkorzystniejszej oferty i udzielenia zamówienia (kwalifikacji przedmiotowej), czyli również do dokumentów i informacji będących podstawą przyznania punktacji w kryteriach oceny ofert.

Jak słusznie wskazuje się w doktrynie, omawiane uregulowanie, podobnie jak art. 51 poprzednio obowiązującej dyrektywy klasycznej (2004/18/WE), przewiduje możliwość uzupełnienia złożonych przez oferenta dokumentów czy przedstawienia dodatkowych informacji (wyjaśnień). Celem tej regulacji jest dopuszczenie możliwości dokonywania poprawek (ewentualnie uzupełnień) dokumentów składanych w toku prowadzonego postępowania. Co istotne, skoro dyrektywa 2014/24/UE nie wyszczególnia ani nie rozróżnia tu dokumentów podmiotowych czy przedmiotowych, norma ta znajduje zastosowanie do wszelkich dokumentów czy informacji składanych instytucji zamawiającej w toku postępowania, w tym stanowiących treść oferty. Przy czym o ile każdej interakcji pomiędzy instytucją zamawiającą a wezwanym wykonawcą nie można określić mianem negocjacji, o tyle dokonywanie korekt nieprawidłowości zidentyfikowanych w treści złożonych ofert nie może prowadzić do wykreowania *de facto* nowej oferty. Zakres możliwych do wprowadzenia zmian należy rozpatrywać przede wszystkim przez pryzmat zasady proporcjonalności. Słusznie wskazała bowiem Sue Arrowsmith, że: *wykluczenie oferty z powodu jej niezgodności w określonych sytuacjach, w szczególności gdy brak jest niekorzystnego wpływu tej niezgodności lub problemu z jego oceną, byłoby nieproporcjonalne do jakichkolwiek korzyści z zachowania ustanowionych zasad, w szczególności europejskiej zasady szerokiego dostępu*

do rynku. Ponadto bazując na zasadzie proporcjonalności, poprawa omyłki powinna być dozwolona gdy jest jasne na czym polega błąd i jaka rzeczywistość była treścią oferty. Umożliwienie poprawienia oferty rozszerza konkurencję, promując europejską zasadę konkurencji i pozwalając instytucjom zamawiającym osiągnąć konkretną wartość za wydatkowanie środki (S. Arrowsmith, *EU Public Procurement Law: An Introduction*, s. 166)[por. W. Hartung, M. Baglaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz* wyd. 1, 2015, pkt 6, 10 i 12 komentarza do art. 56].

W obowiązującej ustawie pzp art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej został implementowany przez wprowadzenie omówionych poniżej przepisów.

Po pierwsze, z art. 107 ust. 2 pzp wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył [wraz z ofertą, jak wymaga tego co do zasady art. 107 ust. 1 pzp] przedmiotowych środków dowodowych lub złożone [wraz z ofertą] przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jednakże art. 107 ust. 3 pzp stanowi, że przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Przy czym w art. 7 pkt 20 pzp zbieżnie zdefiniowano przedmiotowe środki dowodowe jako służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Innymi słowy, ograniczenie to dotyczy wyłącznie postępowań o udzielenie zamówienia, w których wymagane było złożenie dokumentów przedmiotowych w celu udowodnienia treści oferty odnośnie do parametrów punktowanych w pozacenowych kryteriach oceny ofert. Jednocześnie art. 107 ust. 4 pzp uprawnia jednak zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych, niezależnie od tego, czy były one składane w celu potwierdzenia istnienia faktów ocenianych (punktowanych) w ramach kryteriów oceny ofert.

Po drugie, zgodnie z art. 128 ust. 1 pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Jednakże według art. 128 ust. 3 pzp złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 [czyli JEDZ], lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji. Przy czym w art. 7 pkt 9 pzp jednoznacznie zdefiniowano, że przez kryteria selekcji należy rozumieć obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria stosowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w konkursie, w celu ograniczenia liczby wykonawców albo uczestników konkursu, niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu albo w konkursie, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert wstępnych lub ofert, do negocjacji lub dialogu albo do złożenia prac konkursowych. Innymi słowy kryteria selekcji odnoszą się do dwu lub wieloetapowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których wprawdzie składane się wnioski o dopuszczenie do udziału w nich, który wymagają selekcji. Niezależnie od powyższego, art. 128 ust. 5 pzp stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia woli, o którym mowa w art. 125 ust. 1 [*de facto* JEDZ], lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Po trzecie, z art. 223 ust. 1 pzp wynika, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści, z wyjątkiem, o którym mowa w kolejnym ust. Art. 223 ust. 2 pzp nakazuje bowiem zamawiającemu poprawienia w ofercie: 1) oczywistych omyłek pisarskich, 2) oczywistych omyłek rachunkowych (z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych tych poprawek), 3) a nawet innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Z powyższego uregulowania wynika, że poprawianie oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych nie jest uważane za zmianę treści oferty. Odmienne niż poprawianie omyłek innych niż oczywiste, które powoduje zmianę treści oferty. Co do zakresu dopuszczalności tej zmiany, wstępnie należy zauważyć, że norma prawna objęta art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp wpisuje się w uregulowanie art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej, gdzie mowa jest o poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości.

Reasumując, powyżej przywołane uregulowania ustawy pzp łącznie w pełni implementują art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej, dopuszczając wyjaśnianie, poprawianie i uzupełnianie treści przy poszanowaniu zasady równego traktowania wykonawców. Sformułowanie odrębnych przepisów w odniesieniu do treści oferty jako oświadczenia woli, dokumentów

przedmiotowych i dokumentów podmiotowych, odrębnie dla wyjaśniania i korygowania ich treści, jest przejawem przyjęcia odmiennej techniki legislacyjnej i uwzględnienia specyfiki prawa krajowego. Jednak przy interpretacji tych przepisów należy wziąć pod uwagę, że art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej dopuszcza wyjaśnienia i uzupełnienia treści szeroko rozumianych dokumentów oferty, niezależnie od ich zaklasyfikowania w przepisach ustawy pzp jako *stricte* oświadczenie woli objęte ofertą, podmiotowych czy przedmiotowych środków dowodowych.

W tym kontekście celowe jest przytoczenie wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”) z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16, w zakresie odpowiedzi na pytanie zadane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Co prawda dotyczyło ono przepisów poprzednio obowiązującej ustawy pzp, jednak zawierały one w przeważającej mierze analogiczne uregulowania do obecnie obowiązujących, tj. art. 26 ust. 3 (obecnie art. 128 ust. 1 i art. 107 ust. 2), art. 87 ust. 1 i 2 (obecnie art. 223 ust. 1 i 2). Z kolei TSUE dokonywał oceny tych przepisów przez pryzmat art. 10 dyrektywy 2004/17 (poprzedniej dyrektywy sektorowej), która, podobnie jak dyrektywa 2004/18 (poprzednia dyrektywa klasyczna), nakazujący zamawiającym traktowanie wykonawców jednakowo i w sposób niedyskryminujący oraz postępowanie w sposób przejrzysty, jako jedyną ogólną zasadę udzielenia zamówień. Jednakże to właśnie ten wyrok i wymienione w jego uzasadnieniu wyroki TSUE zostały uwzględnione przy wprowadzaniu do obowiązujących aktualnie dyrektyw klasycznej i sektorowej bardziej szczegółowych uregulowań [pisownia oryginalna z pkt 24.-39. (z pominięciem pkt 34.-35. i 38.); podkreślenia własne]:

W pytaniu pierwszym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 10 dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wzywała oferentów do przedstawienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów, których ci oferenci nie dostarczyli w terminie składania ofert, lub do poprawienia tych oświadczeń lub dokumentów w przypadku błędów, i żeby ponadto ta instytucja zamawiająca nie była obowiązana wskazać tym oferentom, że nie wolno im zmieniać treści przedłożonych ofert.

W tym względzie należy przede wszystkim przypomnieć, że obowiązek przestrzegania przez instytucję zamawiającą zasady równego traktowania oferentów, mającej na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne (zob. w szczególności wyroki: z dnia 29 kwietnia 2004 r., Komisja/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 110; z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, pkt 33), która oddaje istotę zasad Unii dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (zob. w szczególności wyroki: z dnia 22 czerwca 1993 r., Komisja/Dania, C 243/89, EU:C:1993:257, pkt 33; z dnia 25 kwietnia 1996 r., Komisja/Belgia, C 87/94, EU:C:1996:161, pkt 51; z dnia 18 października 2001 r., SIAC Construction, C 19/00, EU:C:2001:553, pkt 33), wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci znajdowali się na równorzędnej pozycji zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania ich oceny przez tę instytucję zamawiającą (zob. wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r., Michaniki, C 213/07, EU:C:2008:731, pkt 45; z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C 396/14, EU:C:2016:347, pkt 37).

Zasada ta wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich konkurentów podlegały tym samym warunkom (wyroki: z dnia 25 kwietnia 1996 r., Komisja/Belgia, C 87/94, EU:C:1996:161, pkt 54; z dnia 12 grudnia 2002 r., Universale-Bau i in., C 470/99, EU:C:2002:746, pkt 93; z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, pkt 33).

Zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją również na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy oferenta (zob. podobnie wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C 599/10, EU:C:2012:191, pkt 36; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, pkt 31).

Dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, ze szkodą dla innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania (wyrok z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C 599/10, EU:C:2012:191, pkt 37).

Trybunał orzekł już również jednak przy innej sposobności, że zasada równego traktowania nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistych omyłek, przy czym należy jednak przestrzegać określonych wymogów [zob. podobnie, dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w procedurze przetargu ograniczonego podlegających dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114), wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C 599/10, EU:C:2012:191, pkt 35-45 w odniesieniu do etapu oceny ofert; a także z dnia 10

października 2013 r., Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, pkt 30-39, w odniesieniu do etapu preselekcji oferentów].

Po pierwsze, żądanie wyjaśnienia oferty, które może nastąpić dopiero po zapoznaniu się przez instytucję zamawiającą ze wszystkimi ofertami, powinno zostać skierowane w równoważny sposób do wszystkich oferentów znajdujących się w takiej samej sytuacji i powinno dotyczyć wszystkich wymagających wyjaśnienia punktów oferty (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C 599/10, EU:C:2012:191, pkt 42–44; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, pkt 34, 35).

Ponadto żądanie to nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C 599/10, EU:C:2012:191, pkt 40; z dnia 10 października 2013 r., Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, pkt 36).

Wreszcie, korzystając z przysługującego jej swobodnego uznania w zakresie możliwości zwrócenia się do kandydatów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma generalny obowiązek traktować kandydatów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie kandydata lub kandydatów, do których żądanie takie skierowano (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C 599/10, EU:C:2012:191, pkt 41; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, pkt 37).

Żądanie wyjaśnień nie może jednak rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, gdyż instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać ustanowionych przez samą siebie kryteriów (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, pkt 40).

(...)

Tymczasem zgodnie z przytoczonym w pkt 29 niniejszego wyroku orzecznictwem wezwanie przez instytucję zamawiającą oferenta do przedstawienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów nie może co do zasady mieć innego celu, niż wyjaśnienie oferty lub sprostowanie oczywistej omyłki w tej ofercie. Nie może więc ogólnie umożliwiać oferentowi dostarczenia oświadczeń i dokumentów, których przedstawienie było wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a których nie przedstawiono w terminie składania ofert. Nie może też, zgodnie z przytoczonym w pkt 31 niniejszego wyroku orzecznictwem, doprowadzić do przedstawienia przez oferenta dokumentów zawierających takie zmiany, które stanowiłyby w rzeczywistości nową ofertę.

W każdym razie mogące ciążyć na instytucji zamawiającej na podstawie prawa krajowego zobowiązanie do wezwania oferentów do dostarczenia wymaganych oświadczeń i dokumentów, których nie przedstawili oni w terminie składania ofert, lub do poprawienia tych oświadczeń i dokumentów w przypadku błędów można dopuścić wyłącznie jeżeli poczynione uzupełnienia lub poprawki pierwotnej oferty nie doprowadzą do jej istotnej zmiany. Z pkt 40 wyroku z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in. (C 599/10, EU:C:2012:191) wynika bowiem, że pierwotną ofertę można poprawić w celu usunięcia oczywistych omyłek tylko w wyjątkowych przypadkach i tylko jeżeli zmiana nie doprowadzi do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty.

(...)

Odpowiedź na pytanie pierwsze powinna więc brzmieć tak, iż zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 10 dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienie wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert. Artykuł ten nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, że wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej oferty, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

Izba zważyła, biorąc pod uwagę powyższe wytyczne, że w ustalonych okolicznościach rozpoznawanej sprawy obowiązek prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny (czyli zgodnie z zasadami z art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp), nie stoi na przeszkodzie wezwaniu Odwołującego do wyjaśnienia, na podstawie art. 223 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 4 ustawy pzp, istniejącej treści oferty i dokumentu przedmiotowego złożonych do upływu terminu składania ofert. Jednocześnie takie wezwanie jest konieczne w celu prawidłowej oceny oferty w sytuacji, gdy istnieją dwie możliwe interpretacje tej treści, z których jedna spełnia, a druga nie spełnia wymagań opisu kryterium oceny ofert w jednym szczegółowym aspekcie. W okolicznościach tej sprawy nie było i nie ma przestrzeni na negocjowanie dotychczasowej czy wprowadzanie w drodze wyjaśnień zupełnie nowej treści oferty. Nie ma natomiast znaczenia, czy uwzględnienie wyjaśnień spowoduje w konsekwencji zmianę rankingu ofert. Wpierw należy bowiem ustalić, jaka jest treść złożonych ofert, również w zakresie podlegającym ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, a dopiero następnie przystąpić do tej oceny według tych kryteriów.

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) [vide uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/11]. Jednocześnie czynność wyjaśnienia niejednoznacznej treści oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne.

Reasumując, Zamawiający, który zaniechał wezwania do wyjaśnienia w zakresie nakazanym niniejszym wyrokiem, naruszył art. 223 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 4 ustawy pzp, więc potwierdził się zarzut nr 2 odwołania.

W konsekwencji potwierdził się również nr 1 odwołania, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp, nakazujących wybór najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert, tj. w tym przypadku oferty przedstawiającej najkorzystniejszy jakości do ceny.

Drugą konsekwencją potwierdzenia się obu zarzutów głównych jest naruszenie przez Zamawiającego, gdyż nie poddając oferty Odwołującego ocenie według kryteriów oceny ofert określonych w SWZ, nie dokonał prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Natomiast za niezasadny, bo co najmniej przedwczesny, należało uznać zarzut nr 2 odwołania, tj. naruszenia, stosowanych przez odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 ustawy pzp, art. 65¹ w zw. art. 65 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego, tj. nieuwzględnienia przy badaniu treści oferty i dokumentu przedmiotowego reguł wykładni woli. Jak już powyżej ustalono, bez dodatkowych wyjaśnień same reguły wykładni oświadczeń woli i wiedzy, skądinąd bliżej niesprecyzowanych na potrzeby stawianego zarzutu, nie pozwalały na wyprowadzenie jednoznacznego wniosku, że sporna treść wskazuje jednoznacznie na przebudowę w rozumieniu art. 3 pkt 7 lit. a Prawa budowlanego. Z kolei nie wiadomo, na czym miałyby polegać naruszenie tego ostatniego przepisu, który zawiera jedynie definicję przebudowy.

Bezzasadny jest również zarzut nr 4 odwołania, tj. naruszenia art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 3 ustawy pzp. Odwołujący nie wskazał, na czym miałyby polegać traktowanie go przez Zamawiającego nierówno w stosunku do pozostałych oferentów. Natomiast z wypowiedzi Przystępującego na rozprawie wynika wręcz, że również przy ocenie jego oferty w pozacenowych kryteriach Zamawiający był rygorystyczny (przy czym poza zakresem kognicji Izby jest, czy dotyczyło to analogicznych nieścisłości). Ponadto z odwołania w ogóle nie wynika, w jaki sposób Zamawiający miałby naruszyć art. 17 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 i 2 oraz art. 223 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 4 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – 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.

W pozostałym zakresie Izba orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzonych złożonymi do zamknięcia rozprawy rachunkami), orzeczono w pkt 3. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b 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) roz dzielając wpis po połowie pomiędzy Odwołującego i Zamawiającego oraz znosząc pomiędzy nimi wzajemnie pozostałe koszty.