

**WYROK**

**z dnia 31 marca 2021 r.**

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

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **29 marca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **2 marca 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **KAFAR B. S., Zielonka**

w postępowaniu pn. *Dostawa piecyków grzewczych na paliwo płynne do ogrzewania w warunkach polowych kontenerów i namiotów* (nr postępowania D/169/2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – 2. Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Firma Handlowo-Usługowa K. J., Olsztyn** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września

2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 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

Skarb Państwa – 2. Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa piecyków grzewczych na paliwo płynne do ogrzewania w warunkach polowych kontenerów i namiotów* (nr postępowania D/169/2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 17 lutego 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S\_218 pod poz. 534784.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

22 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Firmę Handlowo-Usługową K. J. z Olsztyna {dalej również: „K. J.” lub „Przystępujący”}.

2 marca 2021 r. KAFAR B. S. z Zielonki {dalej również: „Kafar” lub „Odwołujący”} wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty K. J., a także od zaniechania wykluczenia go z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez K. J., mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”}, gdyż nie wykazał on na dzień składania ofert, że jest w stanie dostarczyć Zamawiającemu zaoferowane urządzenia ani że spełniają one parametry opisu przedmiotu zamówienia.
2. Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania K. J., a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, mimo że wprowadził on w błąd Zamawiającego co do tego, że jego oferta jest zgodna z SIWZ, podczas gdy K. J. nie jest w stanie dostarczyć zaoferowanych urządzeń, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty K. J., mimo że zawiera ona rażąco niską cenę.

4. Art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty K. J., mimo że jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów, gdyż została podpisana przez P. B., a do oferty nie zostało załączone, sporządzone we właściwej formie, pełnomocnictwo uprawniające tę osobę do działania na dzień składania ofert.
5. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez nieprawidłowe przeprowadzenie badania i oceny ofert, a w konsekwencji wybranie oferty K. J. jako najkorzystniejszej.
6. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez nieprawidłowe przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Kafara.
7. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

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

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

W rozdziale XXII specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} Zamawiający określił, że załączniki nr 1-7 stanowią jej integralną część, przy czym:

- załącznik nr 3 stanowi wzór formularza oferty, w którym przewidziano (na str. 4.), że wykonawca powinien podać w ofercie parametry techniczne oferowanego sprzętu, w tym producenta, typ oraz model;
- zgodnie z pkt 4 ppkt 4 załącznika nr 1 – Opisu przedmiotu zamówienia {dalej: „OPZ”}, dostarczone urządzenia powinny być fabrycznie nowe oraz wyprodukowane w roku dostawy, czyli w 2021 r.;
- w ramach pozostałych wymagań w pkt 4 OPZ Zamawiający zażądał, aby dostarczane urządzenia posiadały: *Opinię instytutu/podmiotu z listy Polskiego Centrum Akredytacji o bezpieczeństwie użytkowania urządzenia do ogrzewania pomieszczeń (namiotów i kontenerów mieszkalnych) przeznaczonych na pobyt stały ludzi.*

- we wzorze umowy stanowiącej załącznik nr 5 nie przewidziano możliwości zmiany przedmiotu dostawy w stosunku do treści oferty.

K. J. wskazał w odniesieniu do oferowanych urządzeń – producent: „ROTERM”, typ „Nagrzewnica”, model „RL 36”.

1 marca 2021 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ROTERM K. R. {dalej: „Roterm” lub „K. R.”} przesłało do Zamawiającego informację dotyczącą nieprawidłowości w ofercie K. J. (udostępnioną następnego dnia Odwołującemu), w której wskazano w szczególności, co następuje:

*(...) przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu FHU K. J. nie składał firmie P.P.H.U. ROTERM oferty nabycia przedmiotowych piecyków grzewczych – w formie ustnej, pisemnej ani elektronicznej. Firma FHU K. J. nie kierowała ponadto do P.P.H.U. ROTERM jakiegokolwiek zapytania, zamówienia, prośby o przedstawienie oferty. Również nikt w imieniu P.P.H.U. ROTERM z własnej inicjatywy nie proponował współpracy, nie przedstawił oferty, kalkulacji, czy zapewnienia o możliwości współpracy.*

*Firma P.P.H.U. ROTERM nie posiada na stanie gotowych piecyków grzewczych. Urządzenia te są specjalistycznym sprzętem, produkowanym wyłącznie na zamówienie złożone z odpowiednim wyprzedzeniem. Standardowo firma realizuje zamówienia z terminem 6-tygodniowym i przed rozpoczęciem wykonania zamówienia wymaga zapłaty zaliczki w wysokości 30% ceny. Firma FHU K. J. nie złożyła takiego zamówienia i rzecz jasna, nie uiściła jakiegokolwiek zaliczki. (...)*

*Dopiero po otwarciu ofert skontaktował się ze mną pan P. B., działający rzekomo w imieniu FHU K. J. (nie przedstawił pełnomocnictwa) i zaproponował nabycie piecyków oraz spotkanie w celu omówienia sprawy. Nie otrzymałem jednak żadnej pisemnej oferty ani zapytania. Również proponowane spotkanie nigdy się nie odbyło. Poinformowałem pana B., że firma P.P.H.U. ROTERM realizuje aktualnie inne zamówienia i nie posiada wolnych mocy przerobowych, aby wykonać piecyki grzewcze w zadeklarowanym przez wykonawcę terminie 15 dni. Ze względu na aktualne zobowiązania i obciążenie pracą firma P.P.H.U. ROTERM nie jest w stanie w ciągu najbliższych 7 tygodni przyjąć żadnego nowego zamówienia. (...)*

*Według mojej wiedzy FHU K. J. nie jest w stanie zakupić zaoferowanych urządzeń od innego podmiotu. Żaden z odbiorców, któremu firma P.P.H.U. ROTERM w ostatnich latach sprzedawała piecyki grzewcze nie posiada na stanie fabrycznie nowych urządzeń w ilości wymaganej przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Tym bardziej nie posiada takich urządzeń wyprodukowanych w 2021 r., co jest wymogiem określonym w opisie przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu.*

Odwołujący oświadczył, że według jego najlepszej wiedzy K. J. nie będzie w stanie

dostarczyć urządzeń zgodnie ze złożoną ofertą, gdyż nie dysponuje powyższymi urządzeniami i nie będzie mogła ich nabyć w terminie określonym w ofercie ani w jakimkolwiek innym przewidywalnym terminie.

Niezależnie od powyższego Odwołujący oświadczył, że gdyby nawet hipotetycznie K. J. wszedł w posiadanie urządzeń Roterm, nie będzie w stanie przedstawić wymaganej opinii o bezpieczeństwie ich użytkowania, gdyż taki dokument wydawany jest dla konkretnego podmiotu. Według wiedzy Odwołującego K. J. ani nie posiada takiego certyfikatu, ani nie uzyskał upoważnienia od producenta oferowanych urządzeń do posługiwania się certyfikatem przez niego uzyskanym.

Dodatkowo Odwołujący podał, że uzyskanie takiej opinii trwa kilkanaście tygodni.

W uzasadnieniu odwołania powołano się na następujące okoliczności prawne.

Zgodnie z art. 82 ust. 3 pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei stosownie do art. 140 ust. 1 pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Jak wynika z art. 84 ust. 1 pzp wykonawca może zmienić treść oferty przed upływem terminu składania ofert. Zatem po upływie tego terminu zmiana nie jest dopuszczalna i wykonawca jest zobowiązany wykonać umowę zgodnie z treścią złożonej oferty.

W tych okolicznościach Odwołujący wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, skoro K. J. złożył ofertę na dostawę urządzeń Roterm, będzie zobowiązany dostarczyć te urządzenia po zawarciu umowy. Jednakże ze względu na brak możliwości zaopatrzenia się w przedmiotowe piece, K. J. nie jest w stanie wykonać zamówienia zgodnie z ofertą i SIWZ. Tym samym złożoną przez niego ofertę należy uznać za niezgodną z SIWZ i OPZ.

Po drugie, K. J. nie wykazał, że posiada dla oferowanych urządzeń wymaganą przez Zamawiającego opinię potwierdzającą bezpieczeństwo ich użytkowania.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

W uzasadnieniu odwołania wskazano dodatkowo {w stosunku do poprzedniego zarzutu} na następujące okoliczności faktyczne.

W rozdziale XV ust. 1 SIWZ Zamawiający określił, że oferty zostaną ocenione zgodnie z kryteriami o wadze: cena – 60%, okres gwarancji na przedmiot zamówienia – 20%, termin realizacji przedmiotu umowy – 20%

Ponieważ wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu zadeklarowali 36-miesięczny okres gwarancji, decydujące dla oceny złożonych ofert były pozostałe dwa

kryteria.

W zakresie okoliczności prawnych w uzasadnieniu odwołania wskazano, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pzp zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawcę, który:

- pkt 16 – w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;
- pkt 17 – w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W tych okolicznościach Odwołujący wywiódł, że spełnione są przesłanki wykluczenia Kamila Jabłońskiego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp.

Po pierwsze, oświadczając, że będzie w stanie wykonać zamówienie zgodnie ze złożoną ofertą i dostarczyć urządzenia Roterm w terminie 15 dni od podpisania umowy, wprowadził w błąd Zamawiającego, gdyż w rzeczywistości nie jest w stanie w takiej cenie i terminie ani w innej cenie i jakimkolwiek innym terminie wykonać umowy w sprawie tego zamówienia.

Po drugie, składając ofertę o takiej treści, nie działał nieumyślnie, a jego celem było uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Ewentualnie założył lekkomyślnie, że po wyborze jego oferty uda mu się zawrzeć umowę z producentem, co nie nastąpiło.

Po trzecie, na podstawie takiej treści oferty Zamawiający dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

W rozdziale XIV ust. 2 SIWZ Zamawiający określił, że: *cena oferowana musi obejmować w kalkulacji wszystkie koszty i składniki, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia min: koszt ubezpieczenia przedmiotu zamówienia, koszty załadunku i wyładunku, koszty transportu, itp. a w przypadku Wykonawcy spoza wspólnego obszaru celnego Unii Europejskiej również opłaty celne.*

Głównym elementem wpływającym na cenę oferty w niniejszym postępowaniu jest koszt zakupu urządzeń.

Tymczasem, jak wskazał Roterm w przywołanym powyżej piśmie: (...)

*Ponadto zwróciłem uwagę, że firma P.P.H.U. ROTERM nie byłaby w stanie zrealizować*

*zamówienia po cenie zaofferowanej w niniejszym postępowaniu przez FHU K. J. . Co istotne, firma P.P.H.U. ROTERM nie byłaby w stanie sprzedać urządzeń w takiej cenie wykonawcy. Tymczasem FHU K. J. musiał uwzględnić w zaofferowanej cenie również wszelkie inne koszty realizacji zamówienia (m.in. transport, wynagrodzenia pracowników) oraz swoją marżę.*

*Łączna cena złożonej przez FHU K. J. oferty po przeliczeniu według liczby dostarczanych urządzeń kształtuje się na poziomie cen piecyków sprzed 2 lat. Przy czym chodzi o ceny oferowane przeze mnie bezpośrednim odbiorcom. W ciągu ostatnich miesięcy ceny surowców (przede wszystkim stali) na rynkach światowych uległy znacznemu podwyższeniu. Wzrost cen komponentów ma bezpośredni wpływ na ceny urządzeń. W związku z powyższym P.P.H.U. ROTERM nie jest już w stanie produkować piecyków po cenach obowiązujących dwa lata temu, gdyż byłyby to ceny poniżej kosztów wytworzenia urządzeń (...)*

Powyższe potwierdza okoliczność, że Roterm również złożył ofertę w postępowaniu z ceną o ponad 120 tys. zł wyższą, mimo że jako producent urządzeń musiał uwzględniać tylko własną marżę.

W uzasadnieniu odwołania powołano się na następujące okoliczności prawne.

Jak wynika z linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej {w uzasadnieniu odwołania przywołano fragmenty uzasadnień 3 konkretnych wyroków Izby, wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach oraz fragment komentarza do art. 89 pzp} przy badaniu ceny rażąco niskiej istotnym czynnikiem są ceny rynkowe podobnych zamówień. Jeżeli cena określona przez wykonawcę nie odbiega od przeciętnej ceny rynkowej za wykonanie podobnego świadczenia nie może zostać uznana za rażąco niską.

Odwołujący wyraził przypuszczenie, że K. J. sporządził ofertę w oparciu o kalkulacje cenowe do ofert składanych w przeszłości ofert przez Roterm.

W tych okolicznościach Odwołujący wywiódł, co następuje.

Skoro z oświadczenia producenta urządzeń wynika, iż nie byłby on w stanie sprzedać urządzeń po zadeklarowanej przez Wykonawcę cenie, to tym bardziej Wykonawca nie mógłby bez straty po takiej cenie dostarczyć ich Zamawiającego. Cena oferty Wykonawcy powinna być bowiem podwyższona w stosunku do ceny zakupu o jego marżę, koszty zapakowania i transportu oraz koszty związane z odbiorami urządzeń. W ten sposób K. J. złożył ofertę z ceną nieadekwatną do aktualnych warunków rynkowych, czyli rażąco niską i z tego powodu podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.



{ad pkt 4. listy zarzutów}

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

W rozdziale VII pkt 4.4. SIWZ Zamawiający określił, że *żąda załączenia do oferty Pełnomocnictwa (oryginał w postaci elektronicznej podpisany elektronicznym podpisem kwalifikowanym lub elektroniczna kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem przez notariusza) do podpisania oferty, o ile prawo do reprezentowania Wykonawcy nie wynika z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą.*

Oferta złożona w imieniu K. J. została podpisana przez pełnomocnika P. B. . Do oferty nie zostało załączone ani pełnomocnictwo dla tej osoby podpisane elektronicznym podpisem kwalifikowanym, ani elektroniczna kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem przez notariusza. Umocowanie P. B. do podpisania oferty nie wynika również z innych dokumentów załączonych do oferty ani z wpisu do CEIDG Firmy Handlowo-Usługowej K. J. .

W zakresie okoliczności prawnych w uzasadnieniu odwołania wskazano, że jak wskazuje się w orzecznictwie Izby:

- złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest kwalifikowane jako jednostronna czynność prawna (tak m.in. wyrok z 24 września 2019 r. sygn. akt KIO 1761/19);
- wykonawca na dzień składania ofert winien umocować pełnomocnika w prawem przewidziany sposób, gdyż niedochowanie w tym zakresie wymogów skutkuje nieważnością czynności (m.in. wyrok z 24 września 2019 r. sygn. akt KIO 1761/19).

Stosownie zaś do art. 104 Kodeksu cywilnego jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.

W tych okolicznościach Odwołujący wywiódł, że ponieważ powyższa oferta została podpisana przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji Wykonawcy, powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp, tj. ze względu na nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów.

Ponadto według Odwołującego brak załączenia do oferty pełnomocnictwa wskazuje, że na dzień składania ofert brak było takiego umocowania. Z kolei ze względu na wymóg formy elektronicznej, ewentualne próby późniejszego uzupełnienia pełnomocnictwa powinny zostać uznane za bezskuteczne, gdyż nie jest możliwe podpisanie dokumentu elektronicznego z datą wsteczną.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 26 marca 2021 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco ustosunkowując się do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Zamawiający podał, że 1 marca 2021 r. wezwał K. J. do odniesienia się do otrzymanego od Roterm pisma, które zostało zacytowane w odwołaniu. W piśmie z 2 marca 2021 r. K. J. wyjaśnił, że jest w posiadaniu dwóch wiążących ofert, które zabezpieczają realizację zamówienia.

W ocenie Zamawiającego powyższe wyjaśnienia są wystarczające i potwierdzają skuteczność złożenia oferty.

Według Zamawiającego zarzut odwołania jest chybiony, gdyż jak wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z 14 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 191/20, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom. W tym przypadku nie można dopatrzeć się w złożonej ofercie niezgodności z postanowieniami SIWZ, gdyż jej treść odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego wymogom, zarówno co do przedmiotu, jak i sposobu wykonania zamówienia.

Odnosnie dokumentu opinii Zamawiający podniósł że ma on dotyczyć dostarczanych urządzeń, a nie ich dostawcy, co wynika literalnie z treści SIWZ.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Zamawiający skonstatował, że ten zarzut opiera się w istocie na tych samych okolicznościach co poprzedni zarzut. Stąd wobec ponownej deklaracji K. J. z 2 marca 2021 r., Zamawiający nie widzi podstaw do tego, aby traktować jego ofertę jako niezgodną z SIWZ, a tym samym wprowadzającą w błąd.

Zdaniem Zamawiającego nie jest możliwe jednoczesne naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp, gdyż każdy z tych przepisów określa odrębny delikt kwalifikowany odmiennie w zależności od stopnia zawinienia wykonawcy, który przedstawił informacje uznane za nieprawdziwe. Skoro w ocenie Odwołującego działania K. J. miały charakter umyślny, należy uznać, że zarzut dotyczy naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Zamawiający oświadczył, że dokonał porównania cen ofert i doszedł do wniosku, że nie zachodzi potrzeba wdrażania procedury badania rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty złożonej przez K. J. w sytuacji, gdy w szczególności cena tej oferty nie była o

ponad 30% niższa od oszacowanej wartości zamówienia ani też od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał też klarownie, że cena oferty K. J. rzeczywiście odbiega od realiów rynkowych. Dodatkowo ponieważ K. J. oświadczył, że posiada dwie oferty zabezpieczające realizację zamówienia, Zamawiającemu przyjął, że zamierza on nabyć piecyki z innego źródła niż twierdzi Odwołujący.

Według Zamawiającego w tej sytuacji może on jedynie monitorować na etapie realizacji umowy, czy dostarczony przedmiot umowy jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia i ewentualnie stosować przewidziane umową oraz powszechnie obowiązującymi przepisami prawa sankcje, a nie eliminować z postępowania ofertę, co do której brak jest jednoznacznych przesłanek przemawiających za tym, że jej cena jest rażąco niska.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Zamawiający podał, że do oferty K. J. dołączone było pełnomocnictwo dla P. B. złożone w prawidłowej formie elektronicznej, w postaci skanu dokumentu sporządzonego w formie pisemnej, poświadczonego za zgodność przez notariusza przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Jako przystępujący po stronie Zamawiającego K. J. w piśmie z 3 marca 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania i wskazał argumentację zbieżną z odpowiedzią odwołanie, w szczególności następująco odnosząc się do zarzutów odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Treść złożonej oferty jednoznacznie wskazuje, że brak jest jakichkolwiek przesłanek do uznania jej za niezgodną z treścią SIWZ, gdyż, po pierwsze – zaoferowano piecyki grzewcze o parametrach technicznych zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia, po drugie – 15-dniowa realizacja dostawy jest zgodna z terminem wymaganym w dokumentacji postępowania, po trzecie – 36-miesięczny okres gwarancji również odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Przystępujący stwierdził, że w tych okolicznościach zarzut, który opiera się jedynie na rzekomej niezdolności jego podwykonawcy do dostarczenia zaoferowanych urządzeń, jest całkowicie niezasadny. W szczególności zdolność wykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia weryfikowana jest przez warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia z postępowania i nie jest w jakikolwiek sposób powiązana ze zgodnością oferty z treścią SIWZ.

Dodatkowo Przystępujący zaznaczył, że dysponuje ofertą potwierdzającą możliwość realizacji zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą.

Odnosnie zarzutu dotyczącego opinii Przystępujący podniósł, że ponieważ według treści SIWZ nie jest to dokument zażądany przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania przez dostawcy jego wymagań, wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa, jest zobowiązany do jego przedstawienia dopiero przy realizacji dostaw.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Przystępujący podkreślił, że w odwołaniu nie wykazano zaistnienia wobec niego przesłanek do wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 pzp już z tego względu, że żadna z informacji przedstawionych przez niego w toku postępowania nie wprowadzała Zamawiającego w błąd, w tym wszystkie oświadczenia, w szczególności odnoszące się do oferowanych urządzeń (m.in. parametrów technicznych oraz terminu dostawy), pozostają zgodne z rzeczywistością.

Dodatkowo art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp odnosi się do informacji związanych z oceną podmiotową wykonawcy, w tym oceną w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Natomiast przepis ten nie znajduje zastosowania w odniesieniu do informacji wynikających z treści oferty.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

W ocenie Przystępującego zarzut odwołania – ograniczający się wyłącznie do zacytowania treści pisma Roterm, orzecznictwa oraz stanowiska doktryny, bez żadnych szczegółowych wyliczeń odnoszących się do jego oferty – nie wykazuje, że cena tej oferty spełnia przesłanki z art. 90 ust. 1 lub 1a pzp.

Przystępujący zauważył, że z art. 90 ust. 1 pzp wynika, że decyzja o wezwaniu wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zależy od oceny samego zamawiającego. Nie wystąpiły również przesłanki wynikające z art. 90 ust. 1a pzp, gdyż cena jego oferty nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W opinii Przystępującego Zamawiający prawidłowo postąpił, gdyż cena oferty nie odbiegała w sposób znaczny od cen ofert pozostałych wykonawców.

Z daleko posuniętej ostrożności Przystępujący podniósł, że w przypadku uwzględnienia przez Izbę powyższego zarzutu, w pierwszej kolejności Zamawiający powinien zostać zobowiązany do wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (w trybie art. 90 ust. 1 pzp).

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Przystępujący przytoczył postanowienie pkt 4.4. z rozdziału VII SIWZ, z którego wprost wynika dopuszczalność przedstawienia elektronicznej kopii pełnomocnictwa potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza.

Przystępujący zauważył, że w przypadku, gdy wykonawca nie posiada pełnomocnictwa w formie elektronicznej (tj. opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby uprawnionej do jego udzielenia), a posiada dla danej osoby pełnomocnictwo tylko w formie pisemnej (tj. z własnoręcznym podpisem osoby uprawnionej do jego udzielenia), może złożyć kopię takiego pełnomocnictwa notarialnie poświadczoną elektronicznie (jak to uczyniono w przypadku oferty złożonej przez K. J.), gdyż jest to równorzędne formie elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zgodnie z art. 97 § 2 ustawy z 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 540) elektroniczne poświadczenie zgodności odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jednocześnie, jak wynika z art. 2 § 2 tej ustawy, czynności notarialne, dokonane przez notariusza zgodnie z prawem, mają charakter dokumentu urzędowego.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 85/07): *kopia pełnomocnictwa nie wystarczy, a wykonawcy startujący w postępowaniach o udzielenie zamówienia powinni dołączać do oferty swego mocodawcy oryginał pełnomocnictwa lub kopię poświadczoną notarialnie. Ta druga forma wynika z faktu, że odpis poświadczony przez notariusza, któremu ustawowo zagwarantowano możliwość dokonania takiej czynności z określonym skutkiem prawnym ma charakter dokumentu urzędowego.*

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której uczestnicy sporu pozostali przy swoich stanowiskach i argumentacji.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, 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:**

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania

do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

Z art. 505 ust. 1 npzp 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.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty K. J. uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Z uwagi na przebieg rozprawy, podczas której Odwołujący podniósł zupełnie nowe w stosunku do odwołania okoliczności, dla których udowodnienia zgłosił liczne wnioski dowodowe, konieczne stało się zaznaczenie, że sprawa została rozpoznana w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu.

Zgodnie z art. 555 npzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu {art. 192 ust. 7 pzp miał identyczną treść}. Oznacza to, 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 faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Innymi słowy, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12, stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie.

Z tego względu wszystkie wnioski dowodowe zgłoszone przez Odwołującego na rozprawie – biorąc pod uwagę, że według art. 531 npzp przedmiotem dowodu mogą być fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie – zostały oddalone jako bez znaczenia dla rozpoznania sprawy w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Po pierwsze, treść oferty zrelacjonowana w odwołaniu jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia i terminem realizacji zamówienia określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „s.i.w.z.}. Niesporne jest bowiem, zaoferowanie dostarczenia 280 szt. modelu RL 36 nagrzewnicy produkcji Roterm w 15 dni od zawarcia umowy w sprawie tego zamówienia spełnia parametry opisu przedmiotu zamówienia oraz odpowiada najkrótszemu dopuszczonemu w ramach kryteriów oceny ofert terminowi dostawy.

Wobec tego zarzut odwołania wystąpienia niezgodności z treścią s.i.w.z. w powyższym zakresie nie opiera się na treści oferty, a na domniemywaniu przez Odwołującego, że po zawarciu umowy K. J. nie dotrzyma jej warunków w zakresie przedmiotu świadczenia lub terminu jego spełnienia.

Po drugie, w pkt 2.5. SIWZ Zamawiający wprost zaznaczył, że nie precyzuje żadnych wymagań w odniesieniu do dokumentów na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają jego wymaganiom. Innymi słowy Zamawiający nie zażądał w tym postępowaniu złożenia dokumentu na potwierdzenie, że oferowany piecyk grzewczy na paliwo płynne spełnia parametry opisu przedmiotu zamówienia.

Wobec tego dokument potwierdzający bezpieczeństwo użytkowania oferowanego urządzenia do ogrzewania pomieszczeń (namiotów i kontenerów mieszkalnych) przeznaczonych na pobyt stały ludzi podlega złożeniu wraz z dostawą, co wynika z § 3 ust. 10 pkt 5 wzoru umowy (stanowiącej załącznik nr 5 do s.i.w.z.). Przy czym oczywiste jest, że w przypadku dokumentu na potwierdzenie określonych właściwości konkretnego urządzenia nie ma znaczenia, na wniosek jakiego podmiotu (producenta czy sprzedawcy) został wystawiony. Wreszcie, skoro wszyscy trzej wykonawcy, w tym producent, oferują dokładnie to samo urządzenie, niesporne jest, że posiada ono wymagane przez Zamawiającego potwierdzenie bezpieczeństwa jego użytkowania.

Po trzecie, za nieudowodnione, bo oparte jedynie na poszlakach, należy uznać twierdzenie, że wbrew treści złożonej oferty K. J. ani w terminie 15 dni, ani w żadnym innym nie będzie mógł dostarczyć wymaganej liczby modelu RL 36 nagrzewnicy produkcji Roterm.

Niewystarczające jest tu powołanie się na pismo z 1 marca 2021 r. Rotermu, który jako producent zaoferowanego przez K. J. urządzenia (a tym bardziej jako wykonawca, który sam złożył w tym postępowaniu ofertę) ma interes w tym, aby sprzedać je po jak najwyższej

cenie, gdyż w takim przypadku osiągnie największy zysk. Nie sposób zatem uznać zacytowane obszernie w odwołaniu oświadczenia K. R. za wiarygodne w sprawie, w której rozstrzygnięciu na korzyść Odwołującego ma on bezpośredni interes majątkowy.

Wobec tego nie zostało udowodnione, że składając ofertę o takiej, a nie innej treści K. J. wprowadził Zamawiającego w błąd, bo *de facto* nie ma obiektywnej możliwości, aby wykonał wynikające z niej zobowiązanie w razie zawarcia z nim umowy w sprawie tego zamówienia publicznego.

Umknęło również uwadze Odwołującego, że wspomniany w piśmie 7-tygodniowy okres, w którym Roterm miał nie być w stanie przyjmować żadnych nowych zamówień, na chwilę orzekania w tej sprawie już upłynął.

Przede wszystkim zauważyć trzeba, że skoro – jak podkreślał to sam Odwołujący na rozprawie – Roterm nie produkuje tych urządzeń na magazyn, a wyłącznie na potrzeby konkretnego zamówienia odbiorcy wojskowego, niezależnie od tego, z którym z wykonawców oferujących nagrzewnicę Roterm RL 36 Zamawiający zawrze umowę, przedmiotem dostawy byłaby ta sama partia urządzeń (choć za różną cenę).

W konsekwencji również dotrzymanie 15-dniowego terminu dostawy jest w takim samym stopniu prawdopodobne dla każdego z tych wykonawców. Umknęło przy tym uwadze Odwołującego, że według złożonej przez niego „Kalkulacji cenowej 2021” wyprodukowanie 1 szt. piecyka wymaga 3 roboczogodzin, co przy odpowiednim zorganizowaniu produkcji seryjnej (w tym zatrudnieniu większej liczby osób) czyni jak najbardziej prawdopodobnym wyprodukowanie 250-280 szt. w terminie 15 dni na potrzeby tego zamówienia.

Jednocześnie trudno wyobrazić sobie, aby Roterm faktycznie odmówił K. J. czy dalszemu pośrednikowi wyprodukowania i sprzedaży odpowiedniej liczby urządzeń w sytuacji, gdy alternatywą będzie zrezygnowanie z jakiegokolwiek zarobku w związku z tym zamówieniem.

Podkreślić należy, że z odwołania nie wynika, aby Kafar (nie licząc Rotermu) miał wyłączność na sprzedaż nagrzewnicy Roterm RL 36 na potrzeby tego zamówienia, abstrahując od tego, że tego typu porozumienia z producentem należałoby rozpatrywać w kontekście naruszenia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Niezależnie od powyższego Przystępujący złożył na rozprawie dwie oferty sprzedaży nagrzewnic Roterm RL 36 nie pochodzące od Rotermu, co może świadczyć o tym, że aktualnie istnieje możliwość zaopatrzenia się w te urządzenia nie tylko bezpośrednio od ich producenta.

Reasumując, niezależnie od tego, czy i jakie źródło zaopatrzenia nagrzewnicy Roterm RL 36 zapewnił sobie K. J. na potrzeby realizacji tego zamówienia, złożenie przez niego oferty na warunkach odpowiadających treści s.i.w.z. należy rozpatrywać w kategoriach



cywilnoprawnego zobowiązania o określonej treści, które może zostać wykonane należycie lub nienależycie (w tym nieterminowo), a nie jako informację wprowadzającą w błąd.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są niezasadne.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, 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 s.i.w.z. 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 zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty czy oczekiwać potwierdzenia spełnienia poszczególnych wymagań przedmiotowych, zarówno przez złożenie stosownych oświadczeń, jak i przez opisanie, w jaki sposób zostaną spełnione.

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 126) {dalej: „rozporządzenie”}.

Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach pochodzących co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 13 ust. 1 pkt 2-5 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach, fotografiach, planach, projektach, rysunkach, modelach, wzorach, programach komputerowych oraz innych podobnych materiałach, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

Przy czym to Zamawiający decyduje zarówno o tym, czy i w jakim zakresie oczekuje takiego dodatkowego potwierdzenia treści oferty, jaki i jakiego dokumentu w tym celu żąda, zamieszczając stosowne postanowienia w treści s.i.w.z.

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych rzeczy z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Przy czym konieczne jest, aby składane dokumenty dotyczyły tych samych rzeczy, które zostały sprecyzowane w ofercie.

Innymi słowy konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 26 ust.

3 pzp, jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty. Tryb ten nie może służyć bowiem obejściu braku należytego sprecyzowania treści oferty, gdyż dokumenty te służą potwierdzeniu treści oferty, a nie jej rekonstruowaniu na ich podstawie. W szczególności w systemie oceny ofert, w którym dokumenty te nie są składane wraz z ofertą, a na późniejszym etapie, prowadziłyby to do obejścia zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp, a w konsekwencji naruszeniu zasad wynikających z art. 7 ust. 1 pzp.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 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 postanowieniami s.i.w.z.

Reasumując, odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób jednoznaczny, zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Jest ono zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia naczelných zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Skoro żadna z dwóch wskazanych w odwołaniu niezgodności treści oferty K. J. z treścią opisu przedmiotu zamówienia w rzeczywistości nie zachodzi, oba zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp należy uznać za niezasadne, bo bezprzedmiotowe.

Z kolei w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp określono, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku:

- zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów {pkt 16};
- lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 17}.

Przy czym powyższe przepisy stanowią implementację do krajowego porządku prawnego określonych w art. 57 ust. 4 lit. h oraz i (*in fine*) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94, 28.3.2014, p. 65–242) podstaw wykluczenia w następujących sytuacjach:

- jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji,

które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 {lit. i};

– jeżeli wykonawca podjął kroki, aby wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia {lit. h *in fine*}

W poprzednim stanie prawnym istniała jedna podstawa wykluczenia wykonawcy z powodu składania nieprawdziwych informacji. Według nieobowiązującego już art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis ten stanowił z kolei implementację art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można było wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. W odróżnieniu od przepisu krajowego hipoteza przepisu dyrektywy obejmowała zatem zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach miało to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei przesłankę wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można było uznać za odpowiednik poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy.

Pomimo zachodzących zmian i różnic należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak poprzednio obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje pogląd Sądu Najwyższego {na który Krajowa Izba Odwoławcza wskazała już w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10}, wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, nr 3, poz. 42): *Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1*

*i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.*

W ustalonych powyżej okolicznościach, ponieważ nie zostało wykazane, że K. J. przedstawił nieprawdziwe czy wprowadzające w błąd informacje w treści swojej oferty, nie została wypełniona ani hipoteza normy z art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp, ani hipoteza normy z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp. Przy czym hipoteza tej pierwszej normy nie mogła zostać wypełniona już z tego powodu, że czynności prawna, jaką jest oferta nie należy żadnej z dwóch kategorii czynności postępowania związanych z badaniem sytuacji podmiotowej wykonawcy, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp.

W konsekwencji zarzuty, że Zamawiający naruszył powyższe przepisy przez zaniechanie wykluczenia na ich podstawie K. J., należy uznać za niezasadne.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3. i 4. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Niesporne było, że Zamawiający nie wzywał K. J. do wyjaśnień dotyczących ceny oferty, której wysokość nie odbiega o co najmniej 30% ani od powiększonej o kwotę VAT wartości zamówienia, ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zarzut z pkt 3. listy zarzutów oraz wskazane na jego uzasadnienie okoliczności faktyczne i prawne zawarte w odwołaniu dotyczą wyłącznie zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty K. J. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp jako zawierającej rażąco niską cenę.

Natomiast odwołanie nie zawiera zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania K. J. do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Podniesienie takiego zarzutu dopiero na rozprawie z uwagi na omówiony już powyżej art. 555 npzp nie mogło być skuteczne w tej sprawie.

Abstrahując od oddalenia dowodów zgłoszonych na rozprawie jako niedopuszczalnych z mocy art. 531 w zw. z art. 555 npzp, wskazać należy, że w opisanym już powyżej układzie faktycznym złożoną na rozprawie kalkulację cenową, którą miał sporządzić Roterm na potrzeby tego zamówienia, datowaną na 20 stycznia 2021 r., również należałoby ocenić jako mało wiarygodną. Dodatkowo z tego powodu, że przy tak małej skali produkcji, uruchamianej *ad hoc* wyłącznie na potrzeby odbiorcy wojskowego, konieczne

byłoby przedstawienie dalszych dowodów, które potwierdzałyby rynkowe koszty zakupu poszczególnych podzespołów (których jest zaledwie 13).

Na marginesie nie sposób nie zwrócić uwagi, że w tej kalkulacji wysokość marży Roterm jako producenta została określona na 4.400,00 zł (w ramach ceny jednostkowej określonej na 13.244,70 zł), co już daje wystarczający margines do zejścia do ceny jednostkowej z oferty K. J. (11.387,34 zł).

Tak, jak podali to zgodnie Zamawiający i Przystępujący, do oferty K. J., podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez P. B., dołączony został skan pełnomocnictwa udzielonego temu ostatniemu przez K. J., podpisanego w obecności notariusza, który jednocześnie opatrzył ten skan kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są niezasadne.

Zgodnie z Art. 90 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej

o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W orzecznictwie i doktrynie nie budzi wątpliwości, że według powyższych uregulowań warunkiem *sine qua non* odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp jest uprzednie umożliwienie złożenia wykonawcy wyjaśnień i dowodów celem wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Skoro Odwołujący nie chciał lub nie był w stanie ustalić, czy K. J. był wzywany przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień, jak to trafnie uprzednio Izba wskazała w uzasadnieniu wyroku z 7 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1529/14, zarzut oparty o błędnie przywołane okoliczności faktyczne, w czym zawiera się również pominięcie takich okoliczności, należy uznać za oczywiście niezasadny, co okazało się również adekwatne w okolicznościach niniejszej sprawy. Odwołujący zaniechał bowiem ustalenia stanu postępowania w odniesieniu do badania ceny oferty Przystępującego, a tym samym pozbawił się możliwości skutecznego domagania się, aby oferta ta została odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

Analogiczna sytuacja zachodzi w odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp jako nieważnej z mocy art. 104 Kodeksu cywilnego. Zarzut ten nie tylko jest bezprzedmiotowy, jako oparty na błędnie ustalonych okolicznościach faktycznych, ale nie uwzględnia obowiązywania art. 26 ust. 3a pzp. Zgodnie z tym przepisem jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 5. i 6. listy zarzutów}

Ponieważ zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy pzp nie opierają się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych i mają charakter

niesamoistny, są one również niezasadne.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowej ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 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 Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.