

sygn. akt: **KIO 84/22**

WYROK

z dnia 26 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FCC Polska sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zabrzu, Hydrogeotechnika sp. z o.o., ul. Lecha 10; 41-800 Zabrze**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., ul. Marcina Kasprzaka 25; 01-224 Warszawa**, przy udziale wykonawcy **Exalo Drilling S.A., Pl. Staszica 9; 64-920 Piła**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FCC Polska sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zabrzu, Hydrogeotechnika sp. z o.o., ul. Lecha 10; 41-800 Zabrze** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FCC Polska sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zabrzu, Hydrogeotechnika sp. z o.o., ul. Lecha 10; 41-800 Zabrze**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zagospodarowanie odpadów - umowa ramowa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 września 2021 r., pod nr 2021/S 186-485130.

Dnia 30 grudnia 2021 roku, zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego.

Dnia 10 stycznia 2022 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FCC Polska sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zabrze, Hydrogeotechnika sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- 1) zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnienia i uzupełnienia złożonych dokumentów i oświadczeń,
- 2) odrzuceniu oferty odwołującego pomimo okoliczności, iż odwołujący złożył w postępowaniu ofertę zawierającą jej istotne elementy, umożliwiające realizację zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 1 oraz art. 233 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie, co doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego, podczas gdy istniały przesłanki do zastosowania przedmiotowej regulacji,
2. art. 226 ust. 1 pkt 3), 4) i 5), art. 16 pkt 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 66 § 1 k.c., poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie jej nieważności ze względu na brak załączenia formularza ofertowego przez odwołującego, pomimo iż odwołujący złożył ofertę, zawierającą wszystkie istotne elementy oferty, niezbędne do przeprowadzenia postępowania oraz zrealizowania zamówienia, a treść oferty, w tym zamiar odwołującego co do zawarcia umowy o zamówienie publiczne nie może budzić wątpliwości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia oceny ofert przy uwzględnieniu oferty odwołującego, jako niepodlegającej odrzuceniu,
- 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty 18.600,00 zł, na którą składa się kwota 15.000,00 zł tytułem wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego oraz

kwota 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (radcy prawnego) reprezentującego odwołującego w postępowaniu odwoławczym; odwołujący zastrzega sobie prawo do złożenia w toku posiedzenia zestawienia kosztów i uzupełnienia powyższego roszczenia m.in. o koszty dojazdu na posiedzenie, 4) przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych w treści odwołania.

Odwołujący wskazał, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy niewątpliwie ma interes prawny w unieważnieniu czynności odrzuceniu jego oferty, albowiem w takim przypadku, miałby możliwość zawarcia z zamawiającym umowy ramowej, której postępowanie dotyczy.

Odwołujący wskazał, co następuje.

W treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”) zamawiający wskazał m.in. na następujące kwestie:

„12.2. Oferta pod rygorem nieważności powinna być sporządzona w postaci elektronicznej opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wszystkie dokumenty sporządzone w języku obcym muszą zostać złożone wraz z tłumaczeniami na język polski.

12.3. Oferta wraz z załącznikami musi być podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę/y upoważnioną/e do reprezentowania Wykonawcy.

12.5. Wykonawca wypełnia w Module Elektronicznej Komunikacji z Dostawcami parametry oferty: Cena (brutto) Parametry oferty nie stanowią treści oferty.

12.6. Zawartość oferty:

12.6.1. Oferta przygotowana zgodnie z Formularzem ofertowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ,

12.6.2. Formularz cenowy przygotowany zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ, Postępowanie pn.: „Zagospodarowanie odpadów - umowa ramowa”, numer postępowania: ZP/PGNG/21/0268/GE/GE 18

(...)

15.3. Jedynym kryterium oceny jest cena podana w ofercie. Spośród ofert nieodrzuconych za najkorzystniejsze zostaną uznane oferty o najniższych cenach. Ponadto zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SWZ:

Formularz cenowy należy sporządzić wg następującego wzorca: (...) Wyliczoną wartość należy wpisać w Formularzu ofertowym, zostanie ona podana w informacji z otwarcia ofert.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 oraz art. 233 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, odnosząc się do czynności odrzucenia jego oferty, że działanie to było przedwczesne. Odwołujący nie podziela w żadnym zakresie wyrażonego w treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, z którego wynika, że wezwanie do wyjaśnienia, czy też uzupełnienia oświadczeń, wymienionych w treści uzasadnienia

zamawiającego, miałyby charakter negocjacji, czy też zmiany treści złożonej przez odwołującego oferty. Z treści uzasadnienia skarżonej czynności, przyczyną odrzucenia oferty odwołującego było niezłożenie przez niego formularza, a w konsekwencji niezłożenie oświadczeń wymienionych w pkt od 1 do 8.

W związku z powyższym, abstrahując od dalszej argumentacji tj. co do złożenia dokumentów, z których przedmiotowe kwestie jasno wynikają, odwołujący wskazał, że nawet przyjąwszy stanowisko przeciwne, zamawiający winien był wezwać odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 oraz art. 233 ust. 1 ustawy Pzp do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, czego zamawiający nie uczynił.

Zgodnie bowiem z treścią powołanych przepisów:

Art. 128 ust. 1 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.

Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Mając na względzie treść powyższych przepisów, w ocenie odwołującego, zamawiający winien był wezwać odwołującego do złożenia określonych dokumentów, czego zaniechał, w to miejsce stosując środek najdalej idący, tj. odrzucenie oferty odwołującego. Wymienione w treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oświadczenia, abstrahując, od ich złożenia w postępowaniu, co najmniej w sposób dorozumiany, podlegają uzupełnieniu. W dacie składania ofert bowiem wykonawca złożył w sposób prawidłowy, w tym z dochowaniem właściwej formy (forma elektroniczna), wszelkie oświadczenia stanowiące *essentialia negotii* umowy ramowej, jaka ma zostać zawarta z wykonawcami w związku z toczącym się postępowaniem.

Skoro zatem, jak wyżej, określone oświadczenia i dokumenty podlegają uzupełnieniu, poprawie i/lub wyjaśnieniu, to przed zastosowaniem przez zamawiającego najdalej idącego środka jakim jest uniemożliwienie odwołującemu zawarcia umowy ramowej, winien był on skorzystać z innych instrumentów prawnych, pozwalających odwołującemu na sanowanie ewentualnych błędów i/lub nieścisłości, czy braków w złożonych dokumentach

i świadczeniach. Dopiero bezskuteczny upływ wyznaczonego przez zamawiającego terminu do wyjaśnień, uzupełnienia lub poprawienia określonych oświadczeń i/lub dokumentów prowadzić mógł do przejścia do analizy zaistnienia przesłanek do odrzucenia oferty odwołującego.

Za przedmiotowym, w ocenie odwołującego, przemawia również okoliczność, iż gdyby konieczność odrzucenia oferty odwołującego na skutek braku formularza ofertowego, miała charakter oczywisty, tj. nie wymagało analizy złożonych przez niego dokumentów i zawartych w ich treści oświadczeń, to zamawiający obowiązany był do niezwłocznego poinformowania wykonawcy, tj. już w dacie otwarcia ofert. Tymczasem w okolicznościach faktycznych sprawy zamawiający badał ofertę złożoną przez wykonawcę, przyznając zresztą wprost w uzasadnieniu ponownej czynności jej odrzucenia, że doszło do jej złożenia, jednakże w ocenie zamawiającego w sposób niekompletny, ale czynność tę niejako poprawiał na skutek wniesionych w stosunku do niej zarzutów.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3), 4) i 5), art. 16 pkt 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 66 § 1 k.c.

Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie jej nieważności ze względu na brak załączenia formularza ofertowego przez odwołującego, pomimo iż odwołujący złożył ofertę, zawierającą wszystkie istotne elementy oferty, niezbędne do przeprowadzenia postępowania oraz zrealizowania zamówienia, a treść oferty, w tym zamiar odwołującego, co do zawarcia umowy o zamówienie publiczne nie może budzić wątpliwości, odwołujący wskazał, co następuje.

Jak wskazuje treść SWZ, na ofertę składają się zasadniczo dwa dokumenty: oferta przygotowana zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ oraz formularz cenowy przygotowany zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ.

Z literalnego brzmienia pkt 12.6.1. i 12.6.2. SWZ wynika zatem, że o ile formularz cenowy winien być przygotowany zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, o tyle oferta (a w zasadzie jej pierwsza część - powinna być przygotowana zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, co nie pozostaje tożsame z koniecznością sporządzenia oferty na formularzu ofertowym. Wystarczy, iż spełnione pozostają wymogi określone w tymże formularzu.

Zgodnie z postanowieniami art. 66 § 1 k.c. Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.

Jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu - zamówienia sektorowe (2021/S 186-485130) przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów (II.1.1.), a zamówienie kwalifikowane jest jako usługi (II.1.3.). Poprzez zatem odesłanie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp: Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników

konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Na gruncie przepisów prawa cywilnego umowy wykonawcze wraz z umową ramową, będące załącznikami do SWZ kwalifikować należałoby (uwzględniając dodatkową specyfikę, wynikającą z art. 434 ustawy Pzp i nast.) jako umowy o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c. w zw. z art. 734 k.c. Jak zgodnie wskazuje się w doktrynie prawa cywilnego do elementów istotnych umowy zlecenia (a także umowy o świadczenie usług) należy wyłącznie określenie czynności, którą przyjmujący ma wykonać (tak m.in. J. Gudowski w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom V. Zobowiązania. Część szczegółowa wyd. II, WKP 2017).

W tym miejscu należy przytoczyć fragment treści wzoru załącznika nr 3 do SWZ:

„Formularz cenowy należy sporządzić wg następującego wzorca:

W pozycji A należy podać maksymalny, przewidywany koszt załadunku, oczekiwania na załadunek, ważenia odpadów, transportu, odbioru oraz przetwarzania (tj. odzysku i/lub unieszkodliwiania) odebranych od zamawiającego odpadów wydobywczych (w tej kwocie należy ująć gotowość, mobilizację sprzętu i ludzi, personel, urządzenia itp.) za 1 Mg opadów.

W pozycji B należy podać maksymalny, przewidywany koszt transportu płuczki, beczki umożliwiającej samozaładunek i samorozładunek o pojemności minimum 15 m³.

W pozycji C należy podać maksymalny, przewidywany koszt godziny pracy koparki zaangażowanej do rozgarniania urobku w zbiorniku z odpadami w trakcie dużych postępów wiercenia. Zakłada się użycie koparki będącej na lokalizacji, przewidzianej do załadunku urobku.

UWAGA:

W koszcie zagospodarowania odpadów tj. urobku, płuczki, płynu zwrotnego z zabiegów intensyfikacji oraz innych odpadów wydobywczych powstałych w trakcie prac a wymienionych wśród kodów w Wymaganiach Technicznych należy ująć wszelkie niezbędne pozwolenia, oraz decyzje”.

Podpisując się pod formularzem cenowym, w istocie odwołujący potwierdził szczegółowy zakres usług (przedmiotowy i ilościowy), mających być zakresem umownym do wykonania (*essentialia negotii* umowy).

Wypełniony przez odwołującego formularz cenowy, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ zawiera określenie czynności, które ma on wykonać (z uwzględnieniem specyfiki ilościowej wynikającej z ramowego charakteru zamówienia). Skoro zatem oświadczenie woli odwołującego określa istotne postanowienia tej umowy, to oferta została złożona w sposób skuteczny. Ewentualne wątpliwości, co do kompletności oferty w rozumieniu postanowień SWZ nie powinny zatem prowadzić do odrzucenia oferty odwołującego, ale co najwyżej do żądania uzupełnienia dokumentów o informacje

oczekiwane przez zamawiającego. Co istotne w kontekście przedmiotowej sprawy - zgodnie z pkt 15.3 SWZ: Jedynym kryterium oceny jest cena podana w ofercie. Spośród ofert nieodrzuconych, za najkorzystniejsze zostaną uznane oferty o najniższych cenach.

Jak wskazano we wzorze formularza cenowego - Wyliczoną wartość należy wpisać w Formularzu ofertowym, zostanie ona podana w informacji z otwarcia ofert. Jest to wymagane z przyczyn formalnych i służy do spełnienia wymagań określonych w ustawie - Prawo Zamówień Publicznych. Wysokość oferty ramowej stanowi jedynie podstawę do ustalenia pozycji w rankingu ofert wykonawców, z którymi zamawiający zawrze Umowę ramową.

Odwołujący w swojej ofercie w sposób jasny i niebudzący wątpliwości podał cenę w taki sposób, który umożliwia jej porównanie z innymi ofertami. Oferta zatem nie posiada braków niekonwalidowalnych, które uniemożliwiłyby jej przyjęcie do merytorycznej oceny.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, że odrzuca się ofertę, która jest niezgodna z przepisami ustawy p.z.p. - nie odniósł jednak tej części swojego uzasadnienia do konkretnych przepisów ustawy. Brak wymienionych przez zamawiającego w przedmiotowym uzasadnieniu oświadczeń nie może być identyfikowany z podstawą do odrzucenia oferty ujętą w art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Taka interpretacja przepisu w istocie stanowiłaby jego wykładnię rozszerzającą, a ta nie jest dozwolona w przypadku przepisów prawa o charakterze sankcyjnym albo quasi-sankcyjnym. Zamawiający nie wykazał również na czym polegać miałyby nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów prawa. Wprawdzie wskazał on, że oferta wykonawcy nie zawiera oświadczenia woli zawarcia umowy w rozumieniu art. 66 k.c., jednak po pierwsze - jak wskazano powyżej oświadczenie zawarte w formularzu cenowym stanowiło akceptację zakresu przedmiotowego proponowanej umowy o świadczenie usług, a więc potwierdzało wolę zawarcia umowy (podobnie, jak samo złożenie oferty wraz z załącznikami w wyznaczonym przez zamawiającego terminie), pod drugie zaś na podstawie art. 65 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenie woli odwołującego, ujęte w formularzu cenowym należało tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Tym samym brak jest podstaw do odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Zamawiający powołuje się również na podstawę z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, w zakresie odrzucenia oferty (niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia). Oferta jednak spełnia wszystkie warunki zamówienia, tj. w szczególności w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia etc.

Z daleko posuniętej ostrożności odwołujący odniósł się do rzekomych braków w zakresie poszczególnych oświadczeń:

2. Cena oferty uwzględnia wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Takie oświadczenie wynika z opisów zakresów przedmiotowych, umieszczonych w formularzu cenowym.

6. Akceptujemy termin obowiązywania Umowy ramowej 24 miesiące od dnia zawarcia.

Odwołujący w oczywisty sposób zaakceptował taki termin, jako wynikający wprost z pkt 5.1. SWZ, z chwilą złożenia oferty. Postanowienia art. 65 § 1 k.c. mają zastosowanie.

7. Zobowiązujemy się do wykonania zamówienia zgodnie z warunkami Projektu umowy wykonawczej.

Odwołujący z chwilą złożenia oferty złożył takie zobowiązanie, co wynika wprost z pkt 2.2., 2.8. SWZ oraz załącznika nr 5 do SWZ, stanowiącego integralną część specyfikacji. Postanowienia art. 65 § 1 k.c. mają zastosowanie.

8. Akceptujemy warunki płatności przedstawione przez zamawiającego w Projekcie umowy wykonawczej.

Odwołujący w oczywisty sposób zaakceptował z chwilą złożenia oferty warunki płatności, co wynika wprost z załącznika nr 5 do SWZ, stanowiącego integralną część specyfikacji. Postanowienia art. 65 § 1 k.c. mają zastosowanie.

9. Oświadczamy, że każdorazowo w postępowaniu wykonawczym udzielimy gwarancji szczegółowo określonej we wzorze Umowy wykonawczej.

Odwołujący z chwilą złożenia oferty w oczywisty sposób złożył takie oświadczenie, jako wynikające wprost z załącznika nr 5 do SWZ, stanowiącego integralną część specyfikacji. Postanowienia art. 65 § 1 k.c. mają zastosowanie.

10. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze SWZ i przyjmujemy ją bez zastrzeżeń oraz zdobyliśmy konieczne informacje potrzebne do prawidłowego przygotowania oferty.

Odwołujący złożył takie oświadczenie, jako wynikające wprost z treści SWZ ze wszystkimi załącznikami, z chwilą złożenia oferty. Postanowienia art. 65 § 1 k.c. mają zastosowanie.

12. Oświadczamy, że w przypadku, gdy realizacja zamówienia będzie wymagała udziału podwykonawców, będziemy w pełni odpowiedzialni za działania lub uchybienia każdego podwykonawcy, tak jakby to były nasze działania lub uchybienia.

Odwołujący z chwilą złożenia oferty w oczywisty sposób przyjął takie reguły odpowiedzialności, jako wynikające z treści SWZ, a także uregulowane wprost w ramach zasad ogólnej odpowiedzialności cywilnoprawnej w kodeksie cywilnym. Oświadczenie takie stanowi powielenie ogólnych reguł kodeksowych. Postanowienia art. 65 § 1 k.c. mają zastosowanie.

Odwołujący wskazał, iż nie podziela w ogóle stanowiska zamawiającego w zakresie niemożności uznania złożenia przedmiotowych oświadczeń w sposób dorozumiany, tj. poprzez sam fakt złożenia oferty w postępowaniu. Odwołujący zauważa i podkreśla, na co zresztą uwagę zwraca sam zamawiający w skorygowanej czynności z dnia 30.12.2021 r. ponownej czynności odrzucenia oferty odwołującego, że do ofertowania w ramach ustawy

Pzp, odpowiednie zastosowanie mają również przepisy k.c. Z przepisów tych zaś jasno wynika, że w przypadku odpowiedzi na skierowane zapytanie ofertowe (ofertę - za taką zaś odpowiednio uznać należy ogłoszenie o postępowaniu), składając ofertę bez zastrzeżeń w odniesieniu do treści takiego zapytania, przyjmuje się, że oferent akceptuje je i składa ofertę na warunkach określonych w zapytaniu (tj. odpowiednio w SWZ). Nie można bowiem z braku złożenia właściwych oświadczeń, które stanowią wyłącznie powielenie treści SWZ i określonych tam warunków, których akceptacja w przypadku złożenia oferty niezawierającej zastrzeżeń, ma charakter oczywisty (odpowiednio stosować należy przepisy o kontrofercie, tj. art. 68 k.c.), wywodzić zaprzeczenia ich treści przez odwołującego, a w konsekwencji niemożność uznania zgodności złożonej przez niego oferty z przepisami prawa i warunkami postępowania określonymi przez zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że wszelkie oświadczenia, do których w uzasadnieniu skarżonej czynności odrzucenia oferty odwołującego, referuje zamawiający, nie wynikają wprost z ustawy Pzp, nie stanowią elementu obligatoryjnego oferty wedle tych przepisów, a ich zamieszczenie we wzorze formularza ofertowego nie może automatycznie wyłączać dorozumianej formy ich złożenia czy też złożenia ich w inny sposób w treści innych dokumentów składających się łącznie na ofertę wykonawcy ubiegającego się o zawarcie umowy ramowej.

Odnosząc się do uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, w zakresie w jakim odnosi się ona do wymaganej formy złożenia oferty, pozostaje to dla odwołującego całkowicie niezrozumiałe, nie może bowiem budzić wątpliwości okoliczność, że odwołujący składając ofertę, wszelkie złożone dokumenty złożył w wymaganej formie, tj. formie elektronicznej, podpisane z użyciem kwalifikowanego podpisu elektronicznego, tj. w sposób opisany w treści ustawy Pzp, SWZ, a także uzasadnienia skarżonej czynności zamawiającego. Całość argumentacji zamawiającego zawarta w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty sprowadza się zaś do braku podpisu pod formularzem elektronicznym, który w ocenie odwołującego nie musiał konieczności zostać złożony, a istotnym było jedynie, aby doszło do złożenia oferty w postępowaniu, która to oferta została złożona w terminie i w sposób oraz w formie właściwej.

Odwołujący nie podzielił również stanowiska zamawiającego co do tego, że złożenie wprost i wyłącznie poprzez wypełnienie formularza ofertowego właściwych oświadczeń zawartych przez zamawiającego w treści wzoru formularza ofertowego, stanowią *essentialia negotii* stosunku prawnego, którego dotyczy postępowanie. Pojęcie *essentialia negotii* dotyczy bowiem wyłącznie istotnych elementów stosunku prawnego, które w odniesieniu do każdego rodzaju umowy nazwanej zostały określone w sposób odrębny w ustawie k.c., i które nie mogą być wykładane w sposób rozszerzający, tj. modyfikowane dowolnie przez

strony. To nie strony umowy bowiem decydują o istotnym charakterze danego rodzaju umowy, a decydują o nim właściwe danemu stosunkowi prawnemu przepisy prawa.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, że brak jest podstaw do zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten umożliwia uzupełnienie dokumentów, jednak nie stanowi on podstawy do uzupełnienia treści oferty. W przedmiotowej sprawie wykonawca nie złożył istotnych oświadczeń kształtujących treść oferty wykonawcy, które to oświadczenia nie mogą być zmienione, uzupełnione, poprawione, po terminie składania ofert. Odwołujący w odwołaniu powołuje się na treść art. 128 ust. 1 Pzp dotyczącą uzupełnienia innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Ta część przepisu nie odnosi się do dokumentów i oświadczeń stanowiących treść oferty. Przepis ten, a zatem również określenie „inne dokumenty” dotyczą podmiotowych oraz przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może żądać od wykonawców różnych dokumentów — wymienionych w ustawie, bądź w rozporządzeniach, jak również dokumentów niewymienionych z nazwy, w tym np. szeregu przedmiotowych środków dowodowych składanych na potwierdzenie spełnienia wymagań w przedmiocie ofertowanych dostaw, usług, bądź robót budowlanych — określonych przez zamawiającego. Dokumenty te ze swojej natury nie mogą być wymienione enumeratywnie przez ustawodawcę, ponieważ w zależności od przedmiotu danego zamówienia, zasadne będzie złożenie innych dokumentów (o różnych nazwach, charakterze). Stąd też ustawodawca zdecydował się na określenie tych dokumentów stwierdzeniem „inne dokumenty”.

Powyższą argumentację potwierdza również treść delegacji ustawowej do wydania rozporządzenia, która została zwarta w art. 128 ust. 6 ustawy Pzp, na podstawie której zostało wydane rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415). Już w samej delegacji, jak również tytule rozporządzenia znajdziemy określenie „inne dokumenty”. Żaden dokument określony w treści rozporządzenia nie odnosi się do dokumentów stanowiących treść oferty wykonawcy. Są to wyłącznie dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw wykluczenia, jak również dokumenty przedmiotowe składane na potwierdzenie spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego, a dotyczące wymagań oferowanych dostaw, usług oraz robót budowlanych.

Tym samym, brak jest jakichkolwiek wątpliwości co do tego, że zamawiający nie mógł posłużyć się art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, w celu uzupełnienia oświadczeń wymaganych w formularzu ofertowym.

Zamawiający wskazał, że nie może wezwać do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ w tej sprawie nie zachodzą wątpliwości dotyczące treści oferty, które wymagają wyjaśnienia - istnieją za to braki w ofercie. Procedura określona w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie służy do uzupełniania treści oferty.

Ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego można składać do upływu terminu składania ofert. Po upływie terminu składania ofert nie można zmienić, ani wycofać oferty. Od tego momentu wykonawca jest związany treścią oferty. Oferta złożona po terminie, podlega zwrotowi. Posłużenie się przepisem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w celu uzupełnienia oferty, prowadziłoby do zmiany oferty w istotnym zakresie po terminie składania ofert, co stanowiłoby obejście przepisów ustawy Pzp, jak również naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do argumentacji dotyczącej złożenia oferty oraz poinformowania przez zamawiającego w informacji z otwarcia ofert o złożeniu oferty zamawiający wskazał, że wykonawca nie złożył wymaganych w formularzu ofertowym oświadczeń kształtujących treść oferty. Zamawiający nie wywodził w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że odwołujący nie złożył oferty w postępowaniu. W przypadku takiego twierdzenia zamawiający musiałby uznać, że do upływu terminu składania ofert zamawiający nie otrzymał oferty. Ponadto brak jest możliwości odrzucenia oferty z postępowania, która nie została złożona. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazał na brak złożenia oświadczeń w tym oświadczenia o treści: W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu niniejszym składamy ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w celu zawarcia Umowy ramowej pn.: „Zagospodarowanie odpadów - umowa ramowa”, numer postępowania: ZP/PGNG/21/0268/GE/GE. Nie jest to jednak równoznaczne z uznaniem braku złożenia oferty w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3), 4) i 5), art. 16 pkt 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 66 S 1 k.c.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie objął treścią swojego odwołania wszystkich podstaw odrzucenia swojej oferty. W związku z tym nawet uznanie przez Izbę zarzutów odwołania za zasadne nie może doprowadzić do uwzględnienia odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Ponadto zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy

Pzp, Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Odwołujący w odwołaniu wskazał bardzo ogólny zarzut wraz z przywołaniem podstawy prawnej odrzucenia oferty. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy przez bezpodstawne odrzucenie oferty z uwagi na wystąpienie nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów. Brak jest przy tym doprecyzowania, że odwołujący zarzuca naruszenie również w zakresie pozostałych podstaw odrzucenia oferty, w tym niezgodności oferty z SWZ oraz niezgodności oferty z przepisami Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach - samo wskazanie podstawy prawnej nie wystarczy do prawidłowego sformułowania zarzutu. Wykonawca wnosząc odwołanie musi wskazać konkretny zakres sformułowanego zarzutu. Z uwagi na tak ogólne sprecyzowanie zarzutu, właściwej treści zarzutu należy dopatrywać się w samym uzasadnieniu odwołania.

W części zarzutu dotyczącego uznania nieważności części oferty odwołującego wskazać należy, że odwołujący nie zakwestionował uznania przez zamawiającego nieważności oferty, niezgodności oferty z przepisami ustawy Pzp, jak również niezgodności z SWZ w zakresie oświadczenia o treści: Oświadczamy, że zawarty w SWZ projekt Umowy ramowej (Załącznik nr 3 do SWZ) oraz projekt Umowy wykonawczej (Załącznik nr 4 do SWZ) został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia Umowy ramowej na warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

W chwili orzekania przez Izbę zarzutu odwołania upłynął termin na wniesienie odwołania. Ponadto odwołujący po upływie tego terminu nie może rozszerzać zakresu wniesionego odwołania. Tym samym w zakresie tej części informacji o odrzuceniu oferty, czynność zamawiającego stała się ostateczna.

W związku z powyższym nawet w przypadku potencjalnego uznania pozostałej części zarzutu za zasadne - brak jest możliwości uwzględnienia odwołania. Z uwagi na fakt, że odwołujący nie zaskarżył całości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty, oferta ta została ostatecznie odrzucona, a więc potencjalne naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w pozostałym zakresie nie może, ani nie będzie miało wpływu na wynik postępowania.

Odnosząc się merytorycznie do treści zarzutu, zamawiający wskazał, co następuje.

1. Odnośnie zakresu zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentów odwołującego dotyczących przygotowania oferty zgodnie z formularzem ofertowym, nie zaś sporządzenia oferty na formularzu ofertowym, zamawiający wskazał, że oferta odwołującego została odrzucona z uwagi na fakt braku złożenia wymaganych przez zamawiającego oświadczeń określonych w formularzu

ofertowym. Zamawiający nie odrzucił oferty z uwagi na fakt niezłożenia oświadczeń na przygotowanym przez zamawiającego wzorcu, tylko z uwagi na brak tych oświadczeń w ofercie. W związku z tym argumentacja odwołującego w tym zakresie nie znajduje odniesienia w przedmiotowej sprawie. Odnosząc się do treści instrukcji wypełniania formularza cenowego zamawiający wskazał, że w treści formularzy cenowych zamawiający istotnie przygotował wytyczne wypełnienia formularzy w celu jednoznacznego poinstruowania wykonawców, w jaki sposób powinni dokonać obliczenia ceny oferty. Jednak postanowienia te nie są tożsame z oświadczeniami, których wymagał zamawiający w formularzu ofertowy, a co za tym idzie brak było możliwości uznania, że przez podpisanie formularzy cenowych wykonawca złożył ofertę o treści jakiej wymagał zamawiający w formularzu ofertowym. Z treści instrukcji wypełniania formularzy cenowych wynika, w jaki sposób należy obliczyć cenę oferty, jednak nie wynika z niej zobowiązanie wykonawcy do realizacji zamówienia w określony sposób. Wskazuje już na to sam tytuł tej części formularza - „Instrukcja wypełniania formularza cenowego (...)”.

Odnosząc się do wyводу odwołującego dotyczącego twierdzenia, że odwołujący złożył wymagane oświadczenia przez sam fakt złożenia oferty oraz zastosowania w tym zakresie art. 65 § 1 k.c. wskazać należy, że przepis ten dotyczy wykładni oświadczeń woli. W przedmiotowej sprawie tych oświadczeń w ofercie odwołującego zabrakło. Odwołujący próbuje wywodzić, że przez samo złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożył ofertę o treści wymaganej przez zamawiającego. Taka wykładania zmierzałaby do zakwestionowania możliwości zastosowania przepisu art. 226 ust. 1 pkt ustawy Pzp. Bowiem skoro dojdziemy do wniosku, że wykonawca składając ofertę z pewnością składa ją zgodnie z wymaganiami zamawiającego, przepis ten traci na znaczeniu. Ponadto przy takim toku rozumowania nielogiczne wydaje się składanie większości dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Abstrahując od powyższego zamawiający przywołuje treść art. 63 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3, oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że oferta musi zostać złożona w formie elektronicznej pod rygorem nieważności. Wywód odwołującego zmierza do przyjęcia oświadczenia złożonego w sposób dorozumiały - przez sam fakt złożenia oferty. Pozostaje to w sprzeczności z wymogiem art. 63 ustawy Pzp, dotyczącym formy dokonania czynności prawnej, tj. czynności złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis ten uniemożliwia przyjęcie przez zamawiającego oświadczeń, które nie wynikają z treści złożonej oferty (vide: wyrok KIO z 7 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 537/14,

KIO 599/14 „(...) niepodpisanie treści oświadczenia woli w sytuacji, powoduje - stosownie do art. 73 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 82 ust. 2 ustawy PZP - bezwzględną nieważność czynności prawnej, jaką jest złożenie oferty. (...). Warunki przyszłej umowy, określają bowiem postanowienia SIWZ i jej załączników, w tym wzoru umowy, których akceptacja jest warunkiem skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia i zabezpieczenia prawidłowości przyszłych relacji między stronami umowy. Akceptacji tej nie można domniemywać i wyprowadzać jej z faktu złożenia oferty z intencją uzyskania i realizacji zamówienia na warunkach określonych przez Zamawiającego, tj. w drodze wykładni oświadczenia woli, bowiem oświadczenie to - jako nieważne z uwagi na niezachowanie formy takiej wykładni nie podlega”. Podobnie Izba w wyroku z 28 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 748/15 „Nie można podzielić poglądu odwołującego, że woli wykonawcy co do złożenia oświadczeń zawartych w formularzu oferty należy dorozumiewać z faktu złożenia pozostałych oświadczeń i dokumentów wraz z ofertą, które stanowią integralną, jedną całość. Oświadczenia woli, dla którego wymagane jest zachowanie formy pisemnej pod rygorem nieważności, nie można w tym przypadku dorozumiewać. Dla zachowania formy pisemnej oświadczenia woli, niezbędnym jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść tego oświadczenia, a nie na innych dokumentach, oświadczeniach, załączonych do oferty”).

2. Odnośnie zakresu zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Z treści uzasadnienia tego zarzutu wynika, że odwołujący *de facto* zarzuca zamawiającemu brak wykazania podstaw do uznania, że oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Z takim twierdzeniem nie można się zgodzić. Zamawiający bardzo szczegółowo uzasadnił w informacji o odrzuceniu oferty w czym upatruje się nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów. Uzasadnił to w pkt I. uzasadnienia (str. 3-6 pisma). Zamawiający stoi na stanowisku, że precyzyjnie i wyczerpująco uzasadnił podstawę dokonanej czynności. W związku z tym zarzut odwołującego jest niezasadny.

Na marginesie zamawiający wskazał, że na gruncie ustawy Pzp nie można posługiwać się art. 65 k.c. w sposób prowadzący do zmiany treści oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z argumentacji odwołującego wynika, że w wyniku dokonanej wykładni w oparciu o zasadny współzycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów zamawiający powinien uzupełnić brakujące w ofercie oświadczenia. Z takim twierdzeniem nie sposób się zgodzić. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może odczytywać z oferty wyłącznie tą treść, która bezpośrednio wynika z oferty. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym. Dodawanie do oferty treści, która nie wynika z oferty, stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Działanie to

doprowadziłoby do zmiany treści oferty wykonawcy jednostronną czynnością zamawiającego po upływie terminu składania ofert. Taki mechanizm działania w sposób rażąco wykracza poza dozwolone przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego.

3. Odnośnie zakresu zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że odwołujący opiera swój zarzut na tym, że wykazał brak podstaw wykluczenia, jak również potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający stoi na stanowisku, że odrzucenie oferty nie nastąpiło w związku z uznaniem, że wykonawca nie spełnił warunków udziału, czy podlega wykluczeniu z postępowania. Wynika to jednoznacznie z uzasadnienia dokonania czynności, jak również z zastosowanej podstawy prawnej. Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie zaś na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a i b) ustawy Pzp, tj. z uwagi na niezłożenie przez odwołującego wymaganych w SWZ oświadczeń stanowiących istotną treść oferty.

Odwołujący w swojej argumentacji opiera się na przepisach ogólnych kodeksu cywilnego dotyczących składania oferty (art. 66 i następnie k.c.). Powołuje się przy tym na treść art. 8 ustawy Pzp, który odwołuje się do stosowania przepisów kodeksu cywilnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sugeruje ponadto odpowiednie stosowanie przepisu art. 68 k.c., zgodnie z którym Przyjęcie oferty dokonane z zastrzeżeniem zmiany lub uzupełnienia jej treści poczytuje się za nową ofertę.

W ocenie zamawiającego przedstawiona argumentacja jest błędna, a przepisy te nie mogą mieć zastosowania w przedmiotowej sprawie.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, rzeczywiście do czynności podejmowanych w postępowaniu stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Jednak stosuje się je wyłącznie w przypadku, gdy przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Tak jest w przedmiotowej sprawie. Przepisy, które przywołuje odwołujący, to normy ogólne zawarte w kodeksie cywilnym. Mają one zastosowanie w przypadku, gdy inne przepisy, bądź same strony nie ustalą inaczej. Przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego na podstawie ustawy Pzp. Ustawa ta w sposób całościowy określa procedurę udzielenia zamówienia publicznego, w tym m.in. zasady jakimi należy kierować się przy prowadzeniu postępowania, zasad ogłaszania postępowań, składania ofert, wyboru wykonawców, uzupełniania dokumentów. Oznacza to, że zamawiający ocenia złożone oferty w postępowaniu przez pryzmat przepisów ustawy Pzp. Z uwagi na to, że ustawa Pzp precyzuje sposób działania w przypadku złożenia oferty niepełnej, niezawierającej istotnej treści oferty, jak również zawiera zakaz zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert - przepisy kodeksu cywilnego przywoływane przez odwołującego nie będą mogły być zastosowane. Przepisy kodeksu cywilnego stosuje się

wyłącznie w przypadku gdy ustawa Pzp nie stanowi inaczej. W przedmiotowej sprawie ustawa wprost wskazuje, że zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty w przypadku złożenia oferty niezgodnej z SWZ. W przedmiotowej sprawie zamawiający w pkt 12.6.1. SWZ określił, że oferta powinna być przygotowana zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ. Wykonawca złożył ofertę niezgodną z treścią formularza ofertowego, tj. nie złożył oświadczeń wymaganych w przygotowanym wzorze.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest procedurą ściśle sformalizowaną. Zamawiający może dokonać oceny wyłącznie oświadczeń i dokumentów, które zostały załączone do złożonej oferty. Ponadto dokumenty i oświadczenia muszą zostać złożone w prawem przewidzianej formie. W przypadku oświadczeń i dokumentów stanowiących treść oferty wykonawcy, co do zasady brak jest możliwości ich zmiany. Jedyną przewidzianą w ustawie Pzp procedurą naprawy pewnych błędów znajdujących się w ofertach jest procedura opisana w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z nią zamawiający może poprawić oczywiste omyłki pisarskie, rachunkowe, bądź inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Procedura ta jest dopuszczalna wyłącznie w przypadku oczywistości zaistniałej omyłki (w przypadku omyłek rachunkowych i pisarskich), bądź w sytuacji niespowodowania istotnych zmian w treści oferty (inne omyłki). Z uwagi na fakt, że treść oferty, co do zasady nie może ulec zmianie po upływie terminu składania ofert - przesłanki zastosowania przepisu art. 223 ust. 2 ustawy Pzp należy interpretować ściśle. Bezsporne w przedmiotowej sprawie jest to, że brak załączenia formularza ofertowego nie może być traktowany jako omyłka rachunkowa, bądź pisarska. W zakresie zaś innej omyłki, zamawiający stoi na stanowisku, że poprawienie oferty w tym zakresie byłoby niemożliwe, jak również prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty. Zgodnie z szerokim poglądem doktryny, jak również orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku poprawy innej omyłki, zamawiający musi mieć podstawy do dokonania takiej poprawy. Oznacza to, że zamawiający może poprawić omyłkę wyłącznie w sytuacji, gdy z innych dokumentów stanowiących treść oferty wynika prawidłowa treść oferty. W przedmiotowej sprawie brak jest w innych dokumentach brakujących oświadczeń. Tym samym poprawienie omyłki w przedmiotowym stanie faktycznym prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty.

Abstrahując od powyższego, zamawiający stoi na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie fizycznie, jak również prawnie poprawa tej oferty jest niemożliwa. Zamawiający nie może przecież złożyć za wykonawcę wymaganych oświadczeń.

Oświadczenia, których odwołujący nie złożył w postępowaniu są oświadczeniami kształtującymi istotną treść oferty wykonawcy. W dużym skrócie - istotną treścią oferty jest treść, która przesądza o zgodności, bądź niezgodności oferty z wymaganiami zamawiającego. W przedmiotowej sprawie nie ulega wątpliwości, że brakujące oświadczenia

stanowią podstawę do nawiązania stosunku prawnego pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą. Kształtują bowiem zobowiązania stron wynikające z przyszłej umowy, w tym prawa i obowiązku stron, zasady ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawczego, zasad realizacji zamówienia wykonawczego. Tym samym przesądzają o zgodności, bądź niezgodności oferty z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający wymagał, aby na etapie składania ofert wykonawcy złożyli oświadczenia w przedmiocie zasad realizacji przyszłej umowy. Wymóg ten nie był dotychczas kwestionowany przez odwołującego. Oświadczenia te stanowią podstawę dla zamawiającego do stwierdzenia na etapie oceny oferty, czy wykonawcy zamierzają realizować zamówienie zgodnie z dokumentami zamawiającego, jak również stanowią podstawę zobowiązania wykonawcy na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferta stanowi również załącznik do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W przedmiotowej sprawie odwołujący, który nie złożył wymaganych oświadczeń nie jest w żaden sposób nimi związany. Oznacza to, że odwołujący, na tym etapie postępowania zobowiązał się jedynie do wykonania usług określonych w formularzu cenowym za cenę wskazaną w tym formularzu. W zakresie pozostałym tj. m.in. sposobu realizacji, zasad odpowiedzialności, praw i obowiązków - pozostaje niezwiązany, ponieważ nie złożył wymaganych oświadczeń. Ocena oferty następuje po otwarciu ofert oraz przed wyborem oferty najkorzystniejszej. W związku z tym zamawiający ocenia oferty w stanie faktycznym, który zaistniał na tym etapie postępowania. W chwili obecnej zamawiający nie jest w posiadaniu oświadczeń odwołującego, które zobowiązałyby go do realizacji zamówienia zgodnie z SWZ oraz załącznikami, w tym projekcie umowy ramowej, czy umowy wykonawczej. Brak jest również prawnie przewidzianej procedury, która umożliwiłaby uzupełnienie tej treści.

Powyższe stanowisko zamawiającego podzieliła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 27 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2351/16 „(...) wykonawca wybrany nie składając formularza ofertowego nie złożył także szeregu wymaganych przez SIWZ oświadczeń towarzyszących oświadczeniu woli zawarcia umowy zarówno natury formalnej jak i merytorycznej. Niemniej zarówno jedno jak i drugie oświadczenia są niezbędne dla poprawności i ważności złożonej oferty. Bowiem zamawiający ma prawo jak i obowiązek uzyskania oświadczenia od oferentów, że akceptują warunki postępowania przetargowego i temu celowi służą tzw. oświadczenia formalne to jest w szczególności o akceptacji SIWZ, o deklaracji zawarcia umowy na warunkach zamawiającego, o związaniu ofertą czy też o uzyskaniu niezbędnych informacji do złożenia oferty. Kolejnymi oświadczeniami niezbędnymi dla złożenia oferty są tzw. oświadczenia merytoryczne to jest co do informacji tajnych wraz z ich uzasadnieniem w ofercie, czy też o braku udziału lub udziale podwykonawców wraz z podaniem ich firm. Tych oświadczeń to jest zarówno formalnych jak

i merytorycznych wykonawca wybrany w pakiecie nr 23 nie złożył na etapie składania oferty. W związku z tym, że są one wymagane według SIWZ, brak ich kwalifikuje treść oferty jako sprzeczną z treścią SIWZ co wyczerpuje przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego, uznając je za własne.

Zamawiający w informacji o czynności odrzucenia oferty odwołującego wskazał, m.in. na następujące okoliczności faktyczne: *„Zamawiający w pkt 12.6. SWZ wskazał dokumenty, które składają się na ofertę w prowadzonym postępowaniu. W pkt 12.6.1. SWZ określił, że oferta powinna być przygotowana zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ. W „formularzu ofertowym” Zamawiający zawarł oświadczenia i zobowiązania Wykonawcy, o których mowa poniżej, których złożenia wymagał wraz z ofertą, w tym takie, które stanowiły istotną treść oferty oraz nie były zawarte w innych składanych dokumentach,*

Do oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) FCC Polska sp. z o. o, (2) Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o. o., (3) Hydrogeotechnika Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze – nie został załączony „formularz

ofertowy”, a co za tym idzie – Wykonawca, wraz z ofertą, nie złożył szeregu oświadczeń i zobowiązań, m.in.:

1. *Niniejszym oświadczamy, że przedmiot zamówienia określony w treści SWZ został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się do jego realizacji na warunkach określonych przez Zamawiającego.*
2. *Akceptujemy termin obowiązywania Umowy ramowej 24 miesiące od dnia zawarcia.*
3. *Zobowiązujemy się do wykonania zamówienia zgodnie z warunkami Projektu umowy wykonawczej.*
4. *Akceptujemy warunki płatności przedstawione przez Zamawiającego w Projekcie umowy wykonawczej.*
5. *Oświadczamy, że każdorazowo w postępowaniu wykonawczym udzielimy gwarancji szczegółowo określonej we wzorze Umowy wykonawczej.*
6. *Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze SWZ i przyjmujemy ją bez zastrzeżeń oraz zdobyliśmy konieczne informacje potrzebne do prawidłowego przygotowania oferty.*
7. *Oświadczamy, że w przypadku, gdy realizacja zamówienia będzie wymagała udziału podwykonawców, będziemy w pełni odpowiedzialni za działania lub uchybienia każdego podwykonawcy, tak jakby to były nasze działania lub uchybienia.*
8. *Oświadczamy, że zawarty w SWZ projekt Umowy ramowej (Załącznik nr 3 do SWZ) oraz projekt Umowy wykonawczej (Załącznik nr 4 do SWZ) został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia Umowy ramowej na warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.”*

Zdaniem Izby, jak słusznie wskazał zamawiający przygotował on formularz ofertowy, w którym zawarł oświadczenia i zobowiązania wynikające z SWZ oraz załączników do SWZ. Wykonawca nie musiał uzupełniać w tym zakresie samodzielnie pól formularza. Zamawiający utworzył formularz ofertowy w celu ułatwienia wykonawcom złożenia oferty oraz jednoznacznego wskazania wymagań dotyczących treści oferty. Przygotowanie przez zamawiającego formularza zawierającego wymagane oświadczenia nie pozbawia tych oświadczeń przymiotu istotności. Niecelowe byłoby wymaganie od wykonawców powielania w ofercie wymagań określonych w SWZ, OPZ, czy projekcie umowy. W związku z tym zamawiający przygotowuje wymagane oświadczenia na pewnym stopniu ogólności, jednak wynika z nich jednoznaczna wola wykonawcy złożenia oferty o treści zgodnej z wymaganiami zamawiającego. Na Zamawiającym ciąży obowiązek wskazania wymagań, ale to wykonawca ostatecznie kształtuje treść składanej oferty i ta treść stanowi podstawę do oceny pod kątem zgodności z warunkami SWZ.

Niezgodność oferty odwołującego z treścią SWZ polega na tym, że odwołujący – pomimo postawionego w SWZ wymagania – w ofercie:

- nie zaakceptował przedmiotu zamówienia oraz nie zobowiązał się do jego realizacji na warunkach określonych przez zamawiającego,

- nie zaakceptował terminu obowiązywania Umowy ramowej - 24 miesiące od dnia zawarcia,

- nie zobowiązał się do wykonania zamówienia zgodnie z warunkami Projektu umowy wykonawczej,

- nie zaakceptował warunków płatności przedstawionych przez zamawiającego w Projekcie umowy wykonawczej,

- nie oświadczył, że każdorazowo w postępowaniu wykonawczym udzieli gwarancji szczegółowo określonej we wzorze Umowy wykonawczej,

- nie oświadczył, że zapoznał się ze SWZ i nie przyjął jej bez zastrzeżeń oraz nie oświadczył, że zdobył konieczne informacje potrzebne do prawidłowego przygotowania oferty,

- nie oświadczył, że w przypadku, gdy realizacja zamówienia będzie wymagała udziału podwykonawców, będzie w pełni odpowiedzialny za działania lub uchybienia każdego podwykonawcy, tak jakby to były działania lub uchybienia wykonawcy,

- nie oświadczył, że zawarty w SWZ projekt Umowy ramowej (załącznik nr 3 do SWZ) oraz projekt Umowy wykonawczej (załącznik nr 4 do SWZ) został zaakceptowany i nie zobowiązał się, w przypadku wyboru oferty, do zawarcia Umowy ramowej na warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego,

Zdaniem Izby, powyższe oświadczenia składają się na treść oferty wykonawcy i stanowią *essentialia negotii* przyszłego stosunku prawnego, łączącego strony umowy.

Zwróć również należy uwagę, iż przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem w sprawie zawarcia umowy ramowej. Oferty składane w przedmiotowym postępowaniu stanowią załącznik do umów ramowych. Na podstawie umowy ramowej oraz złożonej oferty zamawiający planuje udzielać w przyszłości zamówień na realizację przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że oferta wykonawcy będzie miała znaczenie nie tylko w zakresie zawartej umowy ramowej ale również w zakresie przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia wykonawczego, jak również samej umowy wykonawczej. Wyżej przytoczone oświadczenia są niezbędne dla zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowań, w wyniku których będą realizowane przyszłe postępowania i wykonywane zamówienia, jak również egzekwowania zobowiązań wynikających z oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Umowa ramowa ma na celu określenie pewnych zasad – ram – przyszłych stosunków prawnych łączących wykonawców i zamawiającego. Elementem tych zasad jest oferta złożona w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej. Tym samym niezłożenie na etapie postępowania w sprawie zawarcia umowy ramowej oświadczeń w przedmiocie sposobu realizacji przyszłych umów wykonawczych, czy udziału w przyszłych postępowaniach

o udzielenie zamówienia wykonawczego – zniekształca zakres zobowiązania wykonawcy w porównaniu z wymaganym przez zamawiającego.

Ponadto Izba wskazuje, że każdy profesjonalny wykonawca, winien dołożyć należytej staranności, aby treść oferty złożonej zamawiającemu nie budziła jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych. Nie jest bowiem możliwa sytuacja (tak jak w przedmiotowym postępowaniu), że zamawiający zmuszony jest do domyślania się treści oferty wykonawcy. Zamawiający nie ma bowiem żadnych narzędzi prawnych i faktycznych, aby uzupełnić za wykonawcę treść oświadczeń, jakie miał złożyć wykonawca. Nieznane są bowiem intencje wykonawcy.

Ustawa – Prawo zamówień publicznych nie przewiduje bowiem dorozumianej formy treści oferty, a wszelkiego rodzaju zobowiązania, których wymaga zamawiający obowiązują w równym stopniu wszystkich wykonawców. Przeciwnie twierdzenie prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Nie ma również racji odwołujący, że skoro treść tych oświadczeń nie wynika z ustawy Pzp, to są one bez znaczenia.

Izba podkreśla, że to zamawiający, jako gospodarz postępowania podejmuje określone decyzje, jakie oświadczenia, mające wpływ na *essentialia negotii* przyszłego stosunku prawnego, łączącego strony umowy, zobowiązani są mu złożyć wykonawcy, w ramach – co istotne – treści oferty.

Niezłożenie ich w ramach treści oferty powoduje jej niezgodność z warunkami zamówienia oraz niezgodność z treścią SWZ i konsekwentnie powoduje jej odrzucenie.

W myśl obowiązujących przepisów, brak jest również możliwości sanowania wady oferty odwołującego w trybie przepisów art. 128 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, albowiem przepisy te nie odnoszą się do wady oferty stwierdzonej w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: