

Sygn. akt: KIO 409/21

WYROK
z dnia 9 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlano – Produkcyjne ŁĘGPRZEM sp. z o.o. w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,**
2. kosztami postępowania obciąża **Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlano – Produkcyjne ŁĘGPRZEM Sp. z o.o. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlano – Produkcyjne ŁĘGPRZEM Sp. z o.o. w Krakowie** kwotę **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) 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

Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „V Komisariat Policji w Krakowie – budowa nowej siedziby”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 września 2020 r., nr 2020/S 174-419468.

29 stycznia 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano – Produkcyjne ŁĘGPRZEM Sp. z o.o. w Krakowie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu swej oferty odwołujący w dniu 8 lutego 2021 r. odwołał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 92 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie podania szczegółowego uzasadnienia faktycznego odrzucenia jego oferty,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego odrzucenie, która jest zgodna wymaganiami Zamawiającego określonymi w treści SIWZ,
- 3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia treści jego oferty w razie powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do zgodności ww. oferty z treścią SIWZ w związku z przedłożeniem tabeli „kalkulacji ofertowej”, złożonej w toku składania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty jako dowód na okoliczność niezawierania rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
- 4) art. 2 pkt 5 w zw. z 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności oceny i badania ofert złożonych w ww. postępowaniu z uwzględnieniem przywróconej oferty odwołującego,
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający w piśmie z 29 stycznia 2021 r., poinformował co następuje:

„(...) oferty [w tym oferta nr 10 złożona przez Odwołującego] podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawcy w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożyli dokumenty, z których wynikało, że zastosowali rozwiązania równoważne. Zgodnie z pkt IV.11. SIWZ: W przypadku zaoferowania produktów lub techniki wykonania robót budowlanych równoważnych, Wykonawca musi wraz z ofertą przedstawić oferowane produkty lub techniki wykonania robót budowlanych oraz dołączyć dokumenty potwierdzające parametry techniczne i analizę porównawczą, z której jednoznacznie będzie wynikać, że są one w pełni równoważne do rozwiązań wskazanych w dokumentacji postępowania, a także uzyskać stosowną zgodę projektanta na ich zastosowanie podczas realizacji prac budowlanych i wykończeniowych. W ofertach wskazanych Wykonawców brak jest wymienionych dokumentów. W sytuacji, gdy Wykonawca powołuje się na rozwiązania równoważne zobowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Każdy przedsiębiorca, który zamierzał zaoferować rozwiązania równoważne był poinformowany o tym, że wymaga to złożenia wraz z ofertą szczegółowych wyjaśnień, analiz, dokumentów, z których ma jednoznacznie wynikać, iż są w pełni równoważne do rozwiązań wskazanych w dokumentacji postępowania. Tymczasem Wykonawcy nie dostosowali się do wymagań SIWZ, a o fakcie oferowania innych rozwiązań niż wskazane w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający dowiedział się tylko i wyłącznie dlatego, że wezwał do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. W tych okolicznościach okazuje się, że Wykonawca nie postąpił zgodnie z wymaganiami SIWZ co dyskwalifikuje złożoną ofertę w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp. Każdy przedsiębiorca składający ofertę wyraża zgodę na prowadzenie procedury według reguł określonych w SIWZ i jest tymi regułami związany”.

Odwołujący wskazał, że zawiadomieniu zamawiający nie odniósł się bezpośrednio do jego oferty uzasadniając swoje twierdzenie o tym, że jego oferta podlega odrzuceniu, gdyż jakoby odwołujący w ramach swoich wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożył dokumenty, z których wynikało, że zastosował rozwiązania równoważne, co stoi w sprzeczności ze stanem faktycznym zaistniałym w postępowaniu. Tym samym, zdaniem odwołującego, zamawiający tym samym naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Z ostrożności odwołujący podniósł, że złożona przez niego oferta była i jest zgodna z treścią SIWZ sporządzonej przez zamawiającego oraz że wbrew nieuzasadnionym twierdzeniom zamawiającego nie zawierała rozwiązań równoważnych. Odwołujący podkreślił, że zamawiający po zapoznaniu się treścią tabeli „kalkulacji ofertowej”, złożonej w toku składania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty jako dowód na okoliczność niezawierania rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, mógł mylnie i

bezpodstawnie uznać, że oferta odwołującego wskazuje na zastosowanie przez niego rozwiązań równoważnych. Podniósł, że na złożoną ofertę składał się formularz oferty, stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ, zawierający zaoferowaną cenę opiewającą na kwotę 21.989.888,00 PLN brutto. Odwołujący argumentował, że Zamawiający w treści SIWZ nie wymagał złożenia wraz z ofertą jakiegokolwiek żadnej tabeli, czy też kosztorysu itp. Odwołujący wskazał, że wspomnianą tabelę z „kalkulacji ofertowej”, złożył w toku składania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, jako dowód na okoliczność niezawierania rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący nadmieniał, że charakter tabeli, będącej załącznikiem do pisma przewodniego z dnia 19 listopada 2020 r., zawierającej jego wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, został zamawiającemu wyartykułowany w treści ww. pisma. Odwołujący przytoczył fragment swoich wyjaśnień, w którym można przeczytać o tym, że: *„W załączeniu do niniejszego pisma przekazujemy kalkulację ofertową wraz z uzasadnieniem przyjętych w niej wartości. Ilości i zakres robót został opracowany w oparciu o szczegółową analizę i sprawdzenie: dokumentacji projektowej, przekazanego przez Państwa przedmiaru, lokalnych uwarunkowań realizacji (w tym związanych ze zbliżeniem do linii WN), znanych nam z doświadczenia naszej kadry inżynierskiej lokalnych uwarunkowań geologicznych w tym warunków wodnych.”*. Odwołujący wskazał, że w dalszej części pisma poinformował zamawiającego o tym, że *„W kalkulacji ofertowej w kolumnie nr 9 zawarte zostały uwagi i wyjaśnienia do naszej kalkulacji, w tym wskazanie ofert na materiały i usługi na których bazowaliśmy przy tworzeniu ceny robót”*.

Zdaniem odwołującego, istotne znaczenie ma zapis Rozdziału IV.11 SIWZ, z którego wynika, że wykonawca wraz ze złożoną ofertą zobowiązany jest: *„(...) przedstawić oferowane produkty lub techniki wykonania robót budowlanych oraz dołączyć dokumenty potwierdzające parametry techniczne i analizę porównawczą, z której jednoznacznie będzie wynikać, że są one w pełni równoważne”*. Odwołujący zaznaczył, iż do oferty z dnia 2 listopada 2020 r. nie dołączył żadnego dokumentu ani oświadczenia pełniącego funkcję takiego, co oznacza, że w ofercie nie zastosował rozwiązań równoważnych, ani nie przewidział ich ewentualnego stosowania.

Odwołujący podniósł, że powszechną metodą budowania ceny oferty jest bazowanie na ofertach produktów podobnych, z tej samego pułapu cenowego, w sytuacji braku wyceny rozwiązania projektowego przedstawianego w dokumentacji postępowania przez zamawiającego. Dlatego też absurdem byłoby niezłożenie oferty zamawiającemu z powodu braku posiadania wyceny kilku elementów składających się na przedmiot zamówienia – robót budowlanych złożonych z kilkuset elementów.

Odwołujący podniósł, że przedmiotowej tabeli zawierającej „kalkulację ofertową” nie należy mylić z „kosztorysem opracowanym metodą szczegółową wraz z zestawieniem materiałów i urządzeń użytych do realizacji”, wskazanym w Rozdziale XXXIII.4 SIWZ: „Przed zawarciem umowy Wykonawca jest zobowiązany przekazać Zamawiającemu kosztorys, z którego wynikać będzie cena ofertowa. Kosztorys należy opracować tzw. metodą szczegółową. Do kosztorysu należy załączyć zestawienie materiałów i urządzeń użytych do realizacji zamówienia. Przy sporządzaniu kosztorysu należy zastosować takie same czynniki cenotwórcze dla każdej jego części. Kosztorys dla każdej części należy podzielić na branże. Kosztorys należy sporządzić przy uwzględnieniu warunku określonego w rozdziale XXVI SIWZ”. Kalkulacja ma na celu ustalenie ceny oferty różnymi metodami porównawczymi projektowanego zakresu prac do robót, których cena jest wykonawcy znana na podstawie doświadczenia, baz cen jednostkowych, itp. Wpisanie w kalkulacji odniesienia do produktów (ofert) innych podmiotów nie oznaczają zamiaru stosowania konkretnych rozwiązań, materiałów i technologii.

Zdaniem odwołującego, potwierdził się również zarzut obrazu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wyjaśnień co do treści oferty w przypadku powzięcia wątpliwości przez zamawiającego co do jej zgodności z SIWZ, na skutek przedłożenia dowodów złożonej w toku składania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty na okoliczność niezawierania rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że skoro jego oferta znajdowała się na pierwszej pozycji rankingu ofert, co potwierdza Informacja z otwarcia ofert, to implikuje obowiązek wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a konsekwencji udzielenie mu zamówienia publicznego na V Komisariat Policji w Krakowie – budowa nowej siedziby. Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, odpowiedzi

na pytania dotyczące treści SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 16 listopada 2020 r. skierowane do odwołującego o trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia odwołującego w odpowiedzi na ww. wezwanie z 19 listopada 2020 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej z 29 stycznia 2021 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*.

Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści*.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3*.

Art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności*.

Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*.

Do postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej

„ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.* Niniejsze postępowanie odwoławcze zostało wszczęte w dacie 8 lutego 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest budowa nowej siedziby V Komisariatu Policji w Krakowie (pkt IV.1 SIWZ).

Ustalono, że w pkt IV. 11 SIWZ zamawiający wskazał, że *w przypadku zaoferowania produktów lub techniki wykonania robót budowlanych równoważnych, Wykonawca musi wraz z ofertą przedstawić oferowane produkty lub techniki wykonania robót budowlanych oraz dołączyć dokumenty potwierdzające parametry techniczne i analizę porównawczą, z której jednoznacznie będzie wynikać, że są one w pełni równoważne do rozwiązań wskazanych w dokumentacji postępowania, a także uzyskać stosowną zgodę projektanta na ich zastosowanie podczas realizacji prac budowlanych i wykończeniowych.*

Ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. odwołujący. Odwołujący nie załączył do oferty dokumentów potwierdzających parametry techniczne i analizę porównawczą odnośnie jakichkolwiek rozwiązań równoważnych do rozwiązań wskazanych w dokumentacji postępowania (okoliczność niesporna).

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 16 listopada 2020 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 19 listopada 2020 r. Odwołujący w wyjaśnieniach tych wskazał m.in., że *„W załączeniu do niniejszego pisma przekazujemy kalkulację ofertową wraz z uzasadnieniem przyjętych w niej wartości. Ilości i zakres robót został opracowany w oparciu o szczegółową analizę i sprawdzenie: dokumentacji projektowej, przekazanego przez Państwa przedmiaru, lokalnych uwarunkowań realizacji (w tym związanych ze zbliżeniem do linii WN), znanych nam z doświadczenia naszej kadry inżynierskiej lokalnych uwarunkowań geologicznych w tym warunków wodnych.”.*

Odwołujący w dalszej części pisma wskazał także, że: „Do kalkulacji ofertowej dołączamy oferty na dostawy materiałów i usług podwykonawczych związanych z realizacją – zostały one posegregowane branżami i opisane asortymentem prac/materiałów. Załączone oferty przekazujemy tylko do Państwa wiadomości. Prosimy o nie udostępnianie ich konkurencji, stanowią one Tajemnicę Przedsiębiorstwa. W kalkulacji ofertowej w kolumnie nr 9 zawarte zostały uwagi i wyjaśnienia do naszej kalkulacji, w tym wskazanie ofert na materiały i usługi na których bazowaliśmy przy tworzeniu ceny robót. Pragniemy zaznaczyć iż załączone oferty traktujemy jako „oferty wstępne” do negocjacji na etapie kontraktacji prac, stąd w niektórych przypadkach na podstawie naszego doświadczenia zakładaliśmy dodatkowe rabaty handlowe w kalkulacji.”. Do wyjaśnień załączono dowody, w tym tabelę kalkulacyjną.

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 29 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, a także o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający wskazał, że „(...) oferty [w tym oferta nr 10 złożona przez Odwołującego] podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawcy w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożyli dokumenty, z których wynikało, że zastosowali rozwiązania równoważne. Zgodnie z pkt IV.11. SIWZ: W przypadku zaoferowania produktów lub techniki wykonania robót budowlanych równoważnych, Wykonawca musi wraz z ofertą przedstawić oferowane produkty lub techniki wykonania robót budowlanych oraz dołączyć dokumenty potwierdzające parametry techniczne i analizę porównawczą, z której jednoznacznie będzie wynikać, że są one w pełni równoważne do rozwiązań wskazanych w dokumentacji postępowania, a także uzyskać stosowną zgodę projektanta na ich zastosowanie podczas realizacji prac budowlanych i wykończeniowych. W ofertach wskazanych Wykonawców brak jest wymienionych dokumentów. W sytuacji, gdy Wykonawca powołuje się na rozwiązania równoważne zobowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Każdy przedsiębiorca, który zamierzał zaoferować rozwiązania równoważne był poinformowany o tym, że wymaga to złożenia wraz z ofertą szczegółowych wyjaśnień, analiz, dokumentów, z których ma jednoznacznie wynikać, iż są w pełni równoważne do rozwiązań wskazanych w dokumentacji postępowania. Tymczasem Wykonawcy nie dostosowali się do wymagań SIWZ, a o fakcie oferowania innych rozwiązań niż wskazane w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający dowiedział się tylko i wyłącznie dlatego, że wezwał do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. W tych okolicznościach okazuje się, że Wykonawca nie postąpił zgodnie z wymaganiami SIWZ co dyskwalifikuje złożoną ofertę w oparciu o art. 89

ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp. Każdy przedsiębiorca składający ofertę wyraża zgodę na prowadzenie procedury według reguł określonych w SIWZ i jest tymi regułami związany”.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem Izby uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, jakie zamawiający przesłał wykonawcy w dniu 29 stycznia 2021 r., okazało się niedostateczne, gdyż nie ujawniało rzeczywistych powodów rozstrzygnięcia.

Zamawiający w analizowanym uzasadnieniu ograniczył się do stwierdzenia, że odwołujący zaoferował w wyjaśnieniach z dnia 19 listopada 2020 r. jakieś bliżej niesprecyzowane rozwiązanie równoważne do nie wiadomo jakiego rozwiązania wskazanego w dokumentacji postępowania. Owo rozwiązanie równoważne miało nie wynikać z treści samej oferty odwołującego a tym samym wykonawca miał nie zastosować się do postanowienia pkt IV. 11 SIWZ, który nakładał obowiązek złożenia już wraz z ofertą dodatkowych dokumentów dotyczących oferowanego rozwiązania równoważnego.

Zdaniem Izby tak sporządzone uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty odwołującego, w okolicznościach danej sprawy, okazało się niewystarczające. W oparciu o przedstawione uzasadnienie wykonawca nie miał żadnych podstaw do domyślenia się, o jakie konkretnie zaoferowane rozwiązanie równoważne chodzi. Na uwagę zasługiwał fakt, że odwołujący do swych wyjaśnień z dnia 19 listopada 2020 r. załączył kalkulację oraz bardzo obszerny materiał dowodowy. Dowody te obejmowały m.in. oferty ma zastosowane materiały, sprzęt, rozwiązania z branży budowlanej, elektrycznej, sanitarnej itd. Potencjalnie każde z tych rozwiązań zamawiający mógł mieć na myśli.

Zamawiający, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, na str. 7 odpowiedzi na odwołanie wskazał, że nie mógł przedstawić bardziej szczegółowego wyjaśnienia w uzasadnieniu czynności odrzucenia, gdyż wiązałoby się to z ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego. Stanowisko to okazało się chybione z wielu powodów. W tej samej odpowiedzi na odwołanie zamawiający ujawnił, że rzeczywistym powodem odrzucenia oferty odwołującego jest zaoferowanie zabezpieczenia części wykopu w formie ścianki berlińskiej, o czym wykonawca wspomniał w pkt 1.1. kalkulacji ofertowej, załączonej do wyjaśnień z dnia 19 listopada 2020 r. Dostrzeżenia wymagało też, że w piśmie z dnia 19 listopada 2020 r. odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie oferty załączone do kalkulacji ofertowej, a nie samą kalkulację. *Do kalkulacji ofertowej dołączamy oferty na dostawy materiałów i usług podwykonawczych związanych z realizacją*

– zostały one posegregowane branżami i opisane asortymentem prac/materiałów. Załączone oferty przekazujemy tylko do Państwa wiadomości. Prosimy o nie udostępnianie ich konkurencji, stanowią one Tajemnicę Przedsiębiorstwa. Ponadto, zamawiający w trakcie rozprawy na pytanie przewodniczącego przyznał wyraźnie, że sama kalkulacja ofertowa odwołującego nie była objęta zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na marginesie wskazać należało, że nawet gdyby sporna kalkulacja ofertowa była objęta zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, to zamawiający miał możliwość sporządzenia uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia, spełniającego wymogi z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W takiej sytuacji zamawiający mógł skierować do odwołującego szerszą wersję uzasadnienia czynności, rozbudowaną o odniesienie do tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający dysponował także możliwością pośredniego wskazania odwołującemu na oferowane rozwiązanie, bez ujawniania jego treści, przez wskazanie konkretnych stron czy fragmentu dokumentu, na którym rozwiązanie przedstawiono (przykładowo używając sformułowania „rozwiązanie, o którym mowa w pkt 1.1. w kolumnie 9 kalkulacji ofertowej, załączonej do wyjaśnień z 19 listopada 2020 r.”).

Nic nie usprawiedliwiało też zaniechania wskazania w uzasadnieniu czynności, z którym konkretnie rozwiązaniem projektowym jest sprzeczne rozwiązanie oferowane w wyjaśnieniach. Na możliwość takiego uzasadnienia wskazywała dobitnie też treść jawnej odpowiedzi na odwołanie, w której zamawiający podał, że rozwiązanie oferowane przez odwołującego miało być sprzeczne z przyjętym w dokumentacji projektowej branży architektonicznej rozwiązaniem zabezpieczenia wykopu wykonanego w technologii kolumny DSM i Jetgrouting. Podkreślenia wymagało, że ww. rozwiązanie opisane w projekcie branży architektonicznej stanowiło część SIWZ i było znane wszystkim wykonawcom.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że w okolicznościach danej sprawy odwołujący nie miał jakichkolwiek szans na domyślenie się, które z jego rozwiązań oferowanych w wyjaśnieniach z dnia 19.11.2020 r. miało być równoważne do rozwiązania z dokumentacji projektowej. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający przed odrzuceniem oferty odwołującego nie zwracał się do wykonawcy o wyjaśnienie wątpliwości co do zaoferowanego zabezpieczenia części wykopu w formie ścianki berlińskiej. Odwołujący zatem nawet z przebiegu postępowania nie mógł się domyślić, o jakim rozwiązaniu równoważnym zamawiający wspomina w uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty. Na powyższe wskazywała też treść samego odwołania, w którym wykonawca, obok zarzutu zaniechania podania precyzyjnego uzasadnienia, jedynie ogólnie zaprzeczał, aby miał zaoferować jakieś rozwiązanie równoważne.

Na uwagę zasługiwał fakt, że dopiero w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 marca 2021 r., w przeddzień rozprawy, zamawiający ujawnił, że chodziło mu o zaoferowanie przez odwołującego zabezpieczenia części wykopu w formie ścianki berlińskiej. Stanowisko zamawiającego należało uznać za bezskuteczną próbę rozszerzenia w toku postępowania odwoławczego podstaw faktycznych odrzucenia odwołania ponad przyczyny wskazane w piśmie z dnia 29 stycznia 2021 r.

Co do niedopuszczalności omawianej praktyki Izba podzieliła w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Na doniosłość instytucji uzasadnienia czynności odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia zwrócił uwagę Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplax (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority. W orzeczeniu tym wskazano, że *fakt, że kandydat lub oferent dowiadyuje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie*

pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.

Dostrzeżenia wymagało, że w reakcji na odpowiedź na odwołanie z 8 marca 2021 r., z momentem ujawnienia rzeczywistych motywów odrzucenia oferty, odwołujący na rozprawie wdał się w spór co do tego, czy oferowane przez niego zabezpieczenie części wykopu w formie ścianki berlińskiej jest rozwiązaniem równoważnym czy też rozwiązaniem wynikającym z dokumentacji projektowej i wykonawczej. Jednakże takiego zarzutu próżno było szukać w treści odwołania. Za zarzut uznaje się wskazanie konkretnych okoliczności faktycznych, które świadczą o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przy czym wskazanie nowych faktów, nawet wyczerpujących dyspozycję tego samego przepisu ustawy Pzp, to nowy zarzut. Przypomnienia wymaga, że stosownie do art. 555 ustawy NPzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W konsekwencji Izba nie rozpoznaje nowego zarzutu sformułowanego dopiero w trakcie rozprawy. W tym zakresie podzielono stanowisko przedstawione w piśmiennictwie: Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów postawionych w odwołaniu. Nie może orzekać ponad te zarzuty. Wszystkie zarzuty powinny być skonkretyzowane w odwołaniu. Nie jest dopuszczalne rozszerzanie zarzutów odwołania podczas rozprawy, a Izba w takim przypadku nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Na zarzut składają się podstawa prawna jak i okoliczności faktyczne, uzasadniające naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Marzena Jaworska, Dorota GrześkowiakStojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2021, Wydanie 1, za pośrednictwem Legalis).*

Przyjęcie poglądu przeciwnego i orzeczenie o zasadności wskazanych dopiero w trakcie rozprawy rzeczywistych powodach odrzucenia oferty nastąpiłoby też z naruszeniem prawa wykonawcy do wniesienia odwołania w terminie wynikającym z ustawy Pzp, ograniczając ten termin za ledwie do czasu pomiędzy otrzymaniem odpowiedzi na odwołanie, a wyrokowaniem. Wiązałoby się z faktycznym pozbawieniem wykonawcy prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej. Izba w analizowanej sprawie nie mogła pozbawiać wykonawcy prawa do rozpatrzenia merytorycznie zarzutów odwołania w terminie liczonym od momentu gdy w należyty i zgodny z prawem sposób dowie się o rzeczywistych podstawach odrzucenia swej oferty. Kierując się powyższymi rozważaniami, za zasadny uznano zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt

2 ustawy Pzp okazał się zaś słuszny już z tego powodu, że w oparciu o lekturę uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego nie sposób było stwierdzić, o jakim konkretnie rozwiązaniu równoważnym jest mowa. Czynność odrzucenia oferty odwołującego z powodów nieznanymi wykonawcy nie może być uznana za zgodną z prawem. Biorąc powyższe pod uwagę uznano, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględnia 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.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem ww. przepisów ustawy Pzp odrzucił bowiem ofertę odwołującego, która może być wybrana jako najkorzystniejsza.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy NPzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji stwierdzonych naruszeń Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności

odrzućenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba odwołanie okazało się zasadne w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: