

Sygn. akt: KIO 2033/21

**WYROK**

**z dnia 22 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Cyprian Herl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2021 r. przez wykonawcę **J. S., prowadzącego w Tarnowie działalność gospodarczą pod nazwą J. S., Firma Remontowo-Budowlana**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Tarnowie**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **J. S., prowadzącego w Tarnowie działalność gospodarczą pod nazwą J. S., Firma Remontowo-Budowlana** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J. S., prowadzącego w Tarnowie działalność gospodarczą pod nazwą J. S., Firma Remontowo-Budowlana** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 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

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Tarnowie, zwany 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 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „zakup i montaż dźwigu w budynku Oddziału ZUS w Tarnowie, ul. Kościuszki 32 (Cz. I), Zakup i montaż dźwigu w budynku Inspektoratu ZUS w Bochni, ul. Kazimierza Wielkiego 48 (Cz. II)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 kwietnia 2021 r., nr BZP 2021/BZP 00029281/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 6 lipca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca J. S., prowadzący w Tarnowie działalność gospodarczą pod nazwą J. S., Firma Remontowo-Budowlana, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 5 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, iż odwołujący złożył ofertę w postępowaniu niezgodną z warunkami zamówienia,
- 2) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, iż odwołujący w toku postępowania dokonał zmiany oferty.
- 3) art. 275 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wyborze oferty innego wykonawcy niż odwołujący się w wyniku błędnego uznania, iż najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu złożył inny wykonawca niż odwołujący.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 23 czerwca 2021 r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części I postępowania oraz unieważnienia odrzucenia swej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert w tym czynności oceny swej oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że złożył ofertę na zakup i montaż dźwigu w budynku Oddziału ZUS w Tarnowie, cz. I, w której treści wskazał cenę ryczałtową za którą zaoferował wykonanie cz. 1 zamówienia za kwotę 165.000,00 zł brutto. Oferta złożona została w sposób wskazany przez zamawiającego na wskazanym przez zamawiającego formularzu oferty, w której treści nie wskazano i nie było obowiązku wskazania producenta oraz modelu mającego zostać zamontowanym dźwigu.

Odwołujący wskazał, że zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pismem z dnia 11.05.2021 r. wezwał go do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Argumentował, że w odpowiedzi na wezwanie złożył dnia 17.05.2021r. pisemne wyjaśnienia wraz z załącznikami, w których ustosunkował się szczegółowo do treści wezwania załączając ofertę swojego potencjalnego podwykonawcy Krakdźwig sp. z o.o. na demontaż oraz dostawę i montaż dźwigu. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający pismem z dnia 20.05.2021 r. — wezwaniem do złożenia dalszych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny wezwał go do złożenia dalszych wyjaśnień, w szczególności wyjaśnień w zakresie niespełniania przez przedstawioną w ofercie podwykonawczej Krakdźwig sp. z o.o. dźwig parametrów wskazanych w Programie Funkcjonalno — Użytkowym dotyczących mocy napędu dźwigu, który w ofercie podwykonawcy osiągał wartość 7,3 kW, a w Programie Funkcjonalno — Użytkowym wskazano wymóg do 7 kW, oraz wskazanych w Programie Funkcjonalno — Użytkowym dotyczących zastosowania lin stalowych bez otuliny, a w ofercie podwykonawcy wskazane były z otuliną. Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 24.05.2021 r. wyjaśnił, iż posiada ofertę podwykonawcy firmy „TARLIFT” s.c. P. M., S. M. na dostawę i montaż dźwigu, spełniającą wszelkie parametry zamówienia, która zastosuje przy realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że 1 lipca 2021 r. otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części I postępowania oraz o odrzuceniu swej oferty odwołującego czym zamawiający miał naruszyć przepisy wskazane w odwołaniu. Odwołujący wskazał, że jego oferta została odrzucona gdyż zdaniem zamawiającego w następstwie złożonych przez niego wyjaśnień, zamawiający doszedł do wniosku, iż oferta w zakresie parametrów technicznych dźwigu nie spełnia wymagań zamówienia w zakresie określonego zamówieniem jej zasilania — przyjmując, iż parametry techniczne dźwigu wskazane w piśmie Odwołującego się z dnia 17.05.2021 r. w charakterystyce technicznej producenta Krakdźwig, są tutaj decydujące, pomimo tego iż Odwołujący się w piśmie z dnia 24.05.2021 r. przedstawił ofertę podwykonawcy „TARLIFT” s.c. P. M., S. M. na dostawę i montaż dźwigu, spełniającą wszelkie parametry zamówienia, którą zastosuje przy realizacji zamówienia. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący dokonał zmiany złożonej oferty złożonej w postępowaniu, zakwalifikowując ją jako zmianę oferty ostatecznej, która w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym, wariant 1 jest niedopuszczalna na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał również, iż w jego ocenie takie zachowanie jest niezgodne z art. 233 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż oferent nie może na skutek wezwania Zamawiającego dokonać zmiany oferty.

Zdaniem odwołującego zaskarżone czynności zamawiającego są niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Argumentował, że, co sam zamawiający pośrednio przyznał w treści pisma z dnia 23.06.2021 r. Odwołujący pierwszymi wyjaśnieniami z dnia 17.05.2021 r. jak i

drugimi z dnia 24.05.2021 r. nie mógł zmienić treści pierwotnej oferty złożonej w postępowaniu i też tego nie uczynił.

Odwołujący argumentował, że składając dnia 5.05.2021 r. ofertę w postępowaniu wskazał wyraźnie cenę oraz oświadczył, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 11 do SWZ oraz pozostałych dokumentach związanych z realizacją zamówienia, udostępnionych przez zamawiającego i w projektowanych postanowieniach umowy, stanowiących załącznik nr 2 do SWZ (pkt 1.2. Oferty). Odwołujący podniósł, że tego oświadczenia nigdy nie cofnął ani nie zmienił.

Zdaniem odwołującego, jego oferta nie wskazywała i nie wymagała wskazania producenta, parametrów technicznych oraz modelu mającego zostać zamontowanym dźwigu. Odwołujący podniósł, że wkładając ofertę oświadczył i zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wszelkimi wymaganiami Zamawiającego, w tym ze spełnieniem parametrów technicznych urządzenia. Zdaniem odwołującego, załączenie oferty podwykonawcy Krakdźwig, która to oferta w zakresie dźwigu nie spełniała wymagań technicznych Zamawiającego, nie zmienia treści tej oferty, zważając, iż załączył do dalszych wyjaśnień ofertę podwykonawcy „TARLIFT” s.c. P. M., S. M. spełniającą wszelkie wymagania Zamawiającego. Według odwołującego, Zamawiający nie mógł i nie powinien dojść do innego wniosku, niż to, iż odwołujący wykona przedmiot zamówienia zgodny z wszelkimi wymaganiami zamówienia.

Odwołujący argumentował, że przepis art. 226 ust. 5 ustawy Pzp obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Według odwołującego, przepis ten odnosi się zatem do treści oferty, a nie treści wyjaśnień dotyczących oferty. Zamawiający, dokonując oceny ofert pod kątem zastosowania wskazanej ustawowej przesłanki do odrzucenia oferty, powinien brać pod uwagę przede wszystkim treść samej oferty, a jeżeli pod rozagę bierze także treść złożonych wyjaśnień to winien zrobić to kompleksowo i w porównaniu z treścią oferty winien wziąć pod rozagę wszystkie wyjaśnienia złożone przez oferenta, nie tylko jedno. Zdaniem odwołującego zamawiający winien wziąć pod uwagę wyjaśnienia i dokumenty do nich załączone przez odwołującego do wyjaśnień z dnia 24.05.2021 r., które wskazują na zgodność złożonej oferty z warunkami zamówienia. Oceniając udzielone wyjaśnienia zamawiający powinien interpretować je kompleksowo.

Odwołujący argumentował, że zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień i takich też zażądał w swoim wezwaniu z dnia 20.05.2021 r. na które uzyskał odpowiedź. Odwołujący wskazał, że jeżeli pierwotne wezwanie zamawiającego jest zbyt ogólne, to wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania, a co

za tym idzie, zamawiający winien ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień wskazując, które kwestie wymagają uszczegółowienia. Wskazywał, że nie ma żadnych przeszkód, aby ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia budzą jeszcze wątpliwości.

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

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 11 maja 2021 r. skierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia odwołującego z 17 maja 2021 r. co do ceny ofertowej odwołującego, wezwanie zamawiającego z 20 maja 2021 r. skierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty, wyjaśnienia odwołującego 24 maja 2021 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w części I i odrzuceniu oferty odwołującego w tej części z 23 czerwca 2021 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.*

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *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.*

Ustalono, że przedmiotem części I zamówienia jest zakup i montaż dźwigu w budynku Oddziału ZUS w Tarnowie, ul. Kościuszki 32. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 11 do SWZ (por. pkt 2.1.2 oraz 2.1.3 SWZ).

Ustalono ponadto, że w załączniku nr 11 do SWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) zamawiający wskazał m.in.:

*Zasilanie: do 7 kW.*

*W zakresie rozwiązań technicznych należy przewidzieć:*

- jako elementy napędowego dopuszcza się tylko liny stalowe, nie dopuszcza się zastosowania lin w otulinie, pasów, itp.*
  - obsługa sterownika dźwigu (płyty głównej) nie może być ograniczona zastosowaniem dodatkowych urządzeń tj. przenośnych testerów, laptopów, pendrive*
  - dostęp do sterownika j.w. nie może być kodowany*
  - wymaga się aby sterownik był wyposażony w system zdalnej kontroli serwisowej*
  - dostęp do kondygnacji piwnic „-1” z pozycji kabiny musi być ograniczony (kodowany)*
- (...).*

Ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego w zakresie części I zamówienia wpłynęła m.in oferta odwołującego. W formularzu ofertowym odwołujący złożył m.in. oświadczenie, że:

*1.2. Oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku Nr 11 do SWZ oraz pozostałych dokumentach związanych z realizacją zamówienia, udostępnionych przez Zamawiającego i w Projektowanych postanowieniach umowy, stanowiących załącznik nr 2 do SWZ.*

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 11 maja 2021 r. zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do *udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów w zakresie sposobu wyliczenia*

- Ceny zakupu i montażu dźwigu wraz z dokumentacją projektową*
- Ceny pojedynczego serwisu w okresie udzielonej gwarancji*

*wskazanych w Pańskiej ofercie z dnia 5 maja 2021 roku w zakresie części I na realizację zadania zakupu i montażu windy w Oddziale ZUS w Tarnowie. (...)*

*Prosimy o udzielenie szczegółowych informacji na temat uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość ceny, ze szczególnym uwzględnieniem art. 244 ust. 3 pzp oraz kwestii wskazanych poniżej, przy czym nie jest to wyliczenie zamknięte, a Oferent zobowiązany jest podać wszelkie okoliczności związane ze sposobem ustalenia ceny, a także zobowiązany*

jest przedłożyć dowody na ich potwierdzenie. Nadto Oferent zobowiązany jest wykazać wpływ danej okoliczności na kalkulację ceny.

1. Jaki dźwig zamierza zamontować Oferent w obiekcie Zamawiającego? (prosimy o podanie producenta, nazwy i typu oraz przesłanie kompletnej oferty producenta lub dostawcy potwierdzającej, że oferowany dźwig spełnia wszystkie wymagania SWZ) (...)
4. Czy Oferent zawarł porozumienia lub umowy wstępne na podwykonawstwo? Jakie są przewidywane koszty współpracy z podwykonawcami? (...)
12. Kto będzie realizował serwis dźwigu? Pańska firma (czy Pan bądź Pana pracownicy posiadają stosowne uprawnienia) czy też podwykonawca (jeżeli tak to warunkach i za jakim wynagrodzeniem zamierza świadczyć serwis.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 17 maja 2021 r. W złożonych wyjaśnieniach odwołujący wskazał, m.in.

Odpowiadając na szczegółowo zadane przez Państwa pytania wyjaśniamy, iż:

1. Dane techniczne i parametry dźwigu opisane są w załączniku 2 do niniejszego pisma. (...)
4. Tak, została zawarta umowa wstępna na podwykonawstwo. Przewidywane koszty współpracy zawarte w ofercie stanowiącej załącznik nr 2. (...)
12. Serwis będzie realizował podwykonawca tj. Firma Krakdźwig Sp. z o.o. zgodnie z mającą być zawartą umową na podwykonawstwo za cenę wskazaną w ofercie, pomniejszoną o zysk oferenta. tj. w cenie 930,00 zł netto za każdy miesiąc w okresie gwarancji. Do ceny doliczony został zysk dla oferenta w kwocie 817,97 zł netto za każdy miesiąc w okresie gwarancji, co daje kwotę całkowitą na poziomie 1747,97zł netto za każdy miesiąc serwisu w okresie gwarancji. Po dodaniu VAT 23% cena za serwis wynosi 2 150zł brutto za każdy miesiąc serwisu w okresie gwarancji.

Do wyjaśnień załączono jako załącznik nr 2 ofertę nr 224-2021 Krakdźwig sp. z o.o. w Krakowie dla odwołującego z dnia 26 kwietnia 2021 r.. Przedmiotem ww. oferty była dostawa dźwigu osobowego producenta Orona typ: MRLG1000Kg (03G\_5015) o mocy 7,3 kW do ZUS, Tarnów, T. Kościuszki 32.

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 20 maja 2021 r. zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do udzielenia dalszych wyjaśnień oraz udzielenia odpowiedzi na poniższe pytania:

*W związku ze złożeniem przez Pana wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 17 maja 2021 roku Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Tarnowie działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm. dalej pzp) zwraca się z prośbą o udzielenie dalszych wyjaśnień i udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania:*

1. W Programie Funkcjonalno Użytkowym dotyczącym wymiany windy w budynku O/ZUS W Tarnowie, Zamawiający postawił wymóg dotyczący mocy napędu elektrycznego - do 7 kW. Państwo proponujecie napęd dźwigu o mocy 7.3 kW. Proszę o wyjaśnienie tej rozbieżności w kontekście wymagań postawionych przez Zamawiającego.

(...)

3. W odniesieniu do załącznika nr 2 oraz SWZ proszę o potwierdzenie, że zastosowane sterowanie producenta dźwigu ORONA nie jest zabezpieczone oprogramowaniem lub testerami, które uniemożliwiłoby po okresie gwarancji serwisowanie przez inne firmy serwisowe posiadające odpowiednie uprawnienia ale nie posiadające powyższych testerów lub oprogramowania.

4. Proszę o potwierdzenie, że zastosowane w proponowanym dźwigu liny stalowe są bez otuliny.

Nadto proszę o dokumenty potwierdzające jednoznacznie, że oferowany dźwig ORONA typ MRLGIOOOKG (03G 5015) spełnia warunki SWZ (np. karty katalogowe , dokumentacja oferowanego dźwigu) lub są możliwe modyfikacje w celu ich spełnienia.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 24 maja 2021 r. W złożonych wyjaśnieniach odwołujący wskazał m.in., iż żądanie złożenia wyjaśnień przez wykonawcę może dotyczyć jedynie wyjaśnień co do informacji mających znaczenie dla ustalenia ceny lub kosztów zamówienia, nie przedmiotu jego wykonania i prawidłowości złożenia oferty, które to badanie zostało już na etapie wyboru ofert przeprowadzone i rozstrzygnięte. Kwestie o które państwo pytają są przedmiotem już faktycznego wykonania przedmiotu zamówienia, i przedmiot ten zostanie wykonany zgodnie z zamówieniem.

Jednakże odpowiadając na Państwa pytania wyjaśniamy, iż :

Ad. 1 Dysponujemy kilkoma ofertami na dostawę i montaż dźwigu. Zaproponowany w pierwszym piśmie dźwig faktycznie posiada napęd o większej mocy tj. 7.3 kW co w naszym odczuciu jest rozwiązaniem lepszym niż wskazane w PFU. Mając jednak na uwadze, iż Zamawiający chce dokładnie taki dźwig, który wpasowuje się w wytyczne, a nie stanowiący lepszą alternatywę, posiadamy również ofertę na takowy. Kwoty związane z realizacją zamówienia nie zmienią się. Posiadając tak liczną ilość ofert, które opiewały na bardzo zbliżoną lub taką samą kwotę, przy załączaniu jednej z nich do wyjaśnień kierowaliśmy się chęcią zaproponowania rozwiązania lepszego. Mając na uwadze powyższe załączamy do niniejszego pisma inną ofertę spełniającą dokładnie wskazane przez Zamawiającego parametry. (...)

Ad. 3 Informujemy, iż sterowanie w zaproponowanym dźwigu, którego oferta stanowi załącznik do niniejszego pisma, nie jest zabezpieczone oprogramowaniem lub testerami.



*które uniemożliwiłyby po okresie gwarancji serwisowanie przez inne firmy serwisowe posiadające odpowiednie uprawnienia ale nie posiadające powyższych testerów lub oprogramowania.*

*Ad. 4 Potwierdzamy, iż zastosowane w proponowanym dźwigu są liny stalowe bez otuliny. Wszelkie parametry dźwigu potwierdzające jednoznacznie, iż spełnia on warunki SWZ są podane w ofercie stanowiącej załącznik do niniejszego pisma. Dodatkowo załączamy również wyliczenia kosztów całej inwestycji.*

*W związku z przedstawieniem przez nas oferty otrzymanej od innej firmy niż wskazana w poprzednim piśmie, która spełnia w całości wymagania SWZ, pragniemy poinformować, iż w przypadku podpisania umowy to firma Tarlift będzie podwykonawcą w realizacji zamówienia odpowiedzialną za dostawę i wymianę dźwigu oraz serwisowanie w okresie gwarancji.*

Do wyjaśnień załączono ofertę nr 525/2021 Tarlif s.c. P. M., S. M. w Koszycach Wielkich na dostawę dźwigu do ZUS Tarnów o mocy silnika do 7kW, z linami stalowymi bez otulin.

Następnie ustalono, że pismem z dnia 23 czerwca 2021 r. (doręczonym 1 lipca 2021 r.), zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia oferty wykonawcy Winda-Warszawa sp. z o.o. oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności zamawiający wskazał, co następuje:

*(...) pismem z dnia 11 maja 2021 roku wezwał Oferenta do złożenia wyjaśnień. Oferent pismem z dnia 17 maja 2021 roku udzielił odpowiedzi. Istotne znaczenie ma fakt, iż w przedłożonych dokumentach (tj. charakterystyce technicznej dźwigu osobowego) Pan J. S. zaproponował dźwig oferowany przez KRAKDZWIG. Zamawiający dokonał analizy złożonych dokumentów i z uwagi na wątpliwości dotyczące parametrów technicznych oferowanego dźwigu zdecydował się skierować do Oferenta kolejne wezwanie. Wezwanie zostało skierowane do Pana J. S. w dniu 20 maja 2021 roku. Oferent udzielił odpowiedzi w dniu 24 maja 2021. Kluczowe znaczenie ma w sprawie fakt, iż Oferent w piśmie z dnia 24 maja 2021 roku dokonał podmiany oferowanego produktu, gdyż w miejsce dźwigu oferowanego przez KRAKDZWIG zaproponował dźwig oferowany przez TARLIFT. Zamawiający tę czynność zakwalifikował jako zmianę oferty ostatecznej, która w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym, wariant 1 jest niedopuszczalna na podstawie art. 275 ust. 1. Wybrany tryb przeprowadzenia postępowania ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia Zamawiającego, gdyż nie przewiduje przeprowadzenia negocjacji. Oferent przedstawiając kolejne możliwe produkty usiłuje prowadzić z Zamawiającym dialog co do złożonej przez niego oferty. W ocenie Zamawiającego takie zachowanie jest niezgodne z art. 275 par. 1 pzp. Nadto zachowanie to jest również*

niezgodne z art. 223 ust. 1 gdyż Oferent nie może na skutek wezwania Zamawiającego dokonać zmiany oferty. Oferent zobowiązany jest wyjaśnić treść oferty, a nie dokonywać jej zmiany. Formularz ofertowy i dalsze wyjaśnienia Oferenta należy traktować jako całość odnoszącą się do zindywidualizowanego uprzednio wybranego przez Wykonawcę przedmiotu, w tym przypadku dźwigu. Próba podmiany stanowi element negocjacji oraz zmianę oferty ostatecznej, która z uwagi na tryb prowadzonego postępowania (tryb podstawowy, wariant 1) jest niedopuszczalna. Należy wskazać, iż brak zmiany zaoferowanej ceny oraz gwarancji wskazanych stricte w formularzu ofertowym nie uzasadnia możliwości dokonywania zmiany produktu, w sytuacji gdy pierwszy został niepomyślnie oceniony przez Zamawiającego. Tego typu zachowanie stanowi próbę uniknięcia konsekwencji w postaci odrzucenia oferty, gdyż pierwotnie oferowany produkt nie spełnia wymagań Zamawiającego. Braki w staranności dobrania dźwigu po stronie Oferenta nie mogą zostać konwalidowane przez nieuprawnioną jego podmianę, na etapie składania wyjaśnień. Nie można tracić z pola widzenia okoliczności, iż Oferent nie podjął próby rozwiania wątpliwości dotyczących oferty KRAKDŹWIGU, a w odpowiedzi z dnia 24 maja 2021 roku nie odniósł się do pytań dotyczących tejże oferty sformułowanych w piśmie z 20 maja 2021 roku, gdyż w swych wyjaśnieniach odnosił się do nowego produktu TARLIFT, zatem nie wybronił swojej pierwotnej oferty. Należy zauważyć, iż oferując inny dźwig Oferent w sposób dorozumiany potwierdził przypuszczenie Zamawiającego, iż oferta KRAKDŹWIG nie spełnia warunków określonych w opisie przedmiotu zamówienia i Programie Funkcjonalno Użytkowym. Skoro Oferent w sposób nieuprawniony dokonał zmiany oferty, to Zamawiający zobligowany jest dokonać oceny oferty pierwotnej tj. oferty odnoszącej do produktu KRAKDŹWIG. W odniesieniu do tej oferty Zamawiający ma uwagi natury technicznej, wynikające z zestawienia zaproponowanego dźwigu KRAKDŹWIG z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 11 do SWZ. Tabelaryczne zestawienie zaprezentowane poniżej zawiera różnice lub brak informacji Oferenta o spełnieniu wymagań Zamawiającego.

Lp.	Parametry wymagane przez Zamawiającego zgodnie z załącznikiem nr 11 do SIWZ	Parametry zaproponowane przez Oferenta zgodnie z załącznikiem nr 2 dotyczące KRAKDZWIG	Spełnienie warunku TAK/NIE
1.	Zasilanie do 7 kW	Zasilanie 7,3 kW	NIE
2.	Nie dopuszcza się zastosowania lin w otulinie, pasów, itp.	Brak informacji	

3.	<i>Obsługa sterownika dźwigu (płyty głównej) nie może być ograniczona zastosowaniem dodatkowych urządzeń tj. przenośnych testerów, laptopów, pendrive</i>	<i>Brak informacji</i>	
4.	<i>Dostęp do sterownika j.w. nie może być kodowany</i>	<i>Brak informacji</i>	
5.	<i>Wymaga się aby sterownik był wyposażony w system zdalnej kontroli serwisowej</i>	<i>Brak informacji</i>	
6.	<i>Dostęp do kondygnacji piwnic „-1” z pozycji kabiny musi być ograniczony (kodowany)</i>	<i>Brak informacji</i>	

*Powyższe zestawienie wskazuje jednoznacznie, iż oferowany dźwig nie spełnia wymagań w zakresie zasilania (pkt. 1 tabeli), natomiast pozostałych elementów nie udało się Zamawiającemu ustalić, gdyż na dalsze wezwanie Zmawiającego z dnia 20 maja 2021 roku oferent odpowiedział odnosząc się do dźwigu TARLIF a nie KRAKDŹWIG. Zatem oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, a uchybienia te są istotne. Wobec powyższego Komisja Przetargowa działając na podstawie art. 226 ust. 5 Pzp zdecydowała się odrzucić ofertę, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

### **Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo ustalił treść oferty odwołującego, którą porównał z treścią SIWZ. Owszem, zamawiający nie wymagał podania w formularzu ofertowym producenta, typu modelu oferowanej windy. Wymagał jedynie złożenia w formularzu oferty ogólnego oświadczenia o zgodności oferty z postanowieniami SIWZ, które odwołujący złożył. Dostrzeżenia wymagało jednak, że zamawiający prowadząc postępowanie w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 Pzp był uprawniony do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do ceny rażąco niskiej w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp oraz do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 223 w zw. z art. 266 ustawy Pzp. W treści wezwania z 11 maja 2021 r. zamawiający poprosił wyraźnie odwołującego m.in. o odpowiedź na następujące pytania:

*1. Jaki dźwig zamierza zamontować Oferent w obiekcie Zamawiającego? (prosimy o podanie producenta, nazwy i typu oraz przestanie kompletnej oferty producenta lub dostawcy potwierdzającej, że oferowany dźwig spełnia wszystkie wymagania SWZ) (...)*

4. *Czy Oferent zawarł porozumienia lub umowy wstępne na podwykonawstwo? Jakie są przewidywane koszty współpracy z podwykonawcami? (...)*

12. *Kto będzie realizował serwis dźwigu? Pańska firma (czy Pan bądź Pana pracownicy posiadają stosowne uprawnienia) czy też podwykonawca (jeżeli tak to warunkach i za jakim wynagrodzeniem zamierza świadczyć serwis.*

Przywołane pytania zamawiającego okazały się jednoznaczne i precyzyjne. Zamawiający zmierzał poprzez ich zadanie w szczególności do ustalenia, jaki konkretnie dźwig odwołujący zaoferował poprzez sprecyzowanie jego nazwy, typu oraz producenta. Działanie zamawiającego było zrozumiałe. Zamawiający na podstawie formularza oferty nie wiedział, jaka winda została zaoferowana. Ponieważ cena oferty odwołującego, będąc o ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich cen, budziła wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia, zamawiający, chcąc ocenić prawidłowość tej ceny zapytał odwołującego, co konkretnie zaoferował. Analiza wyjaśnień odwołującego z 17 maja 2021 r. świadczyła o tym, że wezwanie zamawiającego zostało prawidłowo odczytane przez odwołującego. Odwołujący złożył obszernie wyjaśnienia z 17 maja 2021 r., precyzyjnie odpowiadał w nich na poszczególne pytania zamawiającego, w tym pytania nr 1, 4, 12. Zastosował się także do żądania załączenia oferty producenta dźwigu.

Analiza wyjaśnień odwołującego z 17 maja 2021 r., w szczególności odpowiedzi na pytania 1, 4, 12 prowadziła do jednoznacznego wniosku, że odwołujący zaoferował dźwig producenta Orona typ: MRLG1000Kg (03G\_5015), będący przedmiotem oferty podwykonawczej firmy Krakdźwig, a którego cechy opisano w załączniku nr 2 do wyjaśnień. Jak wynikało zaś z tego załącznika, urządzenie to charakteryzowało się poziomem mocy na poziomie 7,3 kW, który nie odpowiadał wymogowi opisanemu w załączniku nr 11 do SWZ jako „do 7kW”. Dodatkowo w wyjaśnieniach i załączonych materiałach odwołujący, wbrew wezwaniu zamawiającego, nie potwierdził spełnienia następujących parametrów wymaganych w załączniku nr 11 do SWZ:

*W zakresie rozwiązań technicznych należy przewidzieć:*

- jako elementy napędowego dopuszcza się tylko liny stalowe, nie dopuszcza się zastosowania lin w otulinie, pasów, itp.*
  - obsługa sterownika dźwigu (płyty głównej) nie może być ograniczona zastosowaniem dodatkowych urządzeń tj. przenośnych testerów, laptopów, pendrive*
  - dostęp do sterownika j.w. nie może być kodowany*
  - wymaga się aby sterownik był wyposażony w system zdalnej kontroli serwisowej*
  - dostęp do kondygnacji piwnic „-1” z pozycji kabiny musi być ograniczony (kodowany)*
- (...).

Dostrzeżenia wymagało przy tym, że znajdująca się w załączniku nr 2 do wyjaśnień oferta nr 224-2021 firmy Krakdźwig sp. z o.o. w Krakowie dla odwołującego została opatrzona datą 26 kwietnia 2021 r., a więc przypadającą przed dniem upływu terminu składania ofert (5 maja 2021 r.). Powyższe świadczyło tym, że odwołujący od początku zamierzał zaoferować zamawiającemu tę właśnie windę. Dostrzeżenia wymagało, że w treści kolejnych wyjaśnień z 24 maja 2021 r. wykonawca podał motywy z których wynikało, że od początku zamierzał zaoferować zamawiającemu tę właśnie windę gdyż, jak sam wskazał „w jego odczuciu jest ona rozwiązaniem lepszym niż wskazane w PFU”. Dopiero po wytknięciu mu przez zamawiającego niezgodności oferowanego dźwigu z załącznikiem nr 11 do SWZ (OPZ), usiłował w tych wyjaśnieniach zmienić przedmiot oferty na dźwig firmy Tarlift s.c.

Jeżeli odwołujący nie zgadzał się z postanowieniami SWZ i chciał zaoferować zamawiającemu windę o mocy 7,3 KW niedopuszczoną w OPZ, którą uważał za rozwiązanie lepsze, to powinien wnieść odwołanie wobec treści SWZ, czego jednak nie uczynił. Po upływie terminu składania ofert postanowienia SWZ stały się ostateczne i wiążące nie tylko dla zamawiającego ale i wykonawców i rolą odwołującego było się do nich zastosować.

Zamawiający po analizie obu wyjaśnień odwołującego prawidłowo ustalił, że zaoferowany przez wykonawcę dźwig producenta Orona typ: MRLG1000Kg (03G\_5015), będący przedmiotem oferty podwykonawczej firmy Krakdźwig, nie spełnia wymogu zasilanie: „do 7 kW”, opisanego w załączniku nr 11 do SWZ. Jak wynikało z załącznika nr 2 do wyjaśnień odwołującego z 17 maja 2021 r. dźwig ten charakteryzował się parametrem zasilania na poziomie 7,3 kW. Zamawiający pismem z 20 maja 2021 r. poprosił wykonawcę o wypowiedzenie się co do tej kwestii i w kolejnych wyjaśnieniach odwołujący przyznał, że ww. dźwig nie spełnia spornego wymogu. Odwołujący nie wypowiedział się także, mimo kolejnego wezwania o tym, czy winda ta spełnia 5 pozostałych parametrów, których spełnienia nie potwierdził w pierwszych wyjaśnieniach.

Zdaniem Izby zamawiający przy ocenie oferty odwołującego zasadnie i prawidłowo pominął próbę dokonania zmiany oferowanego urządzenia podjętą przez odwołującego w drugich wyjaśnieniach z 24 maja 2021 r. Okoliczność, że zamawiający w SWZ nie wymagał podania nazwy typu i modelu oraz producenta urządzenia nie zwalniała odwołującego od ujawnienia tych danych, w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego. Odpowiadając na wyraźne pytania zamawiającego odwołujący jednoznacznie sprecyzował, jakie konkretnie urządzenie było przedmiotem oferty. Dopiero po zwróceniu mu uwagi na niezgodność dźwigu z wymaganiami, usiłował zmienić przedmiot oferty oferując inny dźwig, firmy TARLIFT s.c.

Zamawiający prawidłowo uznał działanie odwołującego za niedopuszczalne. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jednoznacznie, że *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.* Przypomnienia wymaga, że przepis ten jest rozwinięciem innej zasady wynikającej z art. 16 ustawy Pzp, to jest zasady równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie do negocjowania z wykonawcą co do przedmiotu świadczenia stanowiłoby o naruszeniu obu tych przepisów. W konsekwencji zamawiający prawidłowo porównał z treścią SWZ treść oferty odwołującego, uszczegółowioną w pierwszych wyjaśnieniach z dnia 17 maja 2021 r. Skoro zaoferowane urządzenie okazało się niezgodne z SWZ, to zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołanie okazało się zatem bezzasadne.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), *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 oddalenia 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, *Krajowa Izba Odwoławcza 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 nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 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, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł.

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 § 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....