

WYROK

z dnia 5 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2020 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Eneria Sp. z o.o. oraz Elektrometal S.A., Izabelin-Dziekanówek, ul. Modlińska 11, 05-092 Łomianki** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KWE AB Energy Polska Sp. z o. o., AB Impianti s.r.l., ul. Miedziana 38, 43-300 Bielsko-Biała**, zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego, a także ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Eneria Sp. z o.o. oraz Elektrometal S.A., Izabelin-Dziekanówek, ul. Modlińska 11, 05-092 Łomianki** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Eneria Sp. z o.o. oraz Elektrometal S.A., Izabelin-Dziekanówek, ul. Modlińska 11, 05-092 Łomianki** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na budowę w JSW S.A. KWK Budryk dwóch układów kogeneracyjnych z generatorami zasilanych gazem z odmetanowania kopalni wraz z przeglądami i obsługą serwisową w okresie gwarancyjnym przez Jastrzębską Spółkę Węglowa S.A., 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Towarowa 1 (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Eneria Sp. z o.o. oraz Elektrometal S.A., Izabelin – Dziekanówek, 05-092 Łomianki, ul. Modlińska 11 (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie w części 1 i 2 zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez przedstawienie odwołującemu lakonicznej, nieprecyzyjnej, niejasnej i pozbawionej uzasadnienia prawnego i faktycznego informacji o odrzuceniu jego oferty, w której dodatkowo wskazana podstawa prawna nie znajduje zastosowania do okoliczności faktycznych przytoczonych jako podstawa odrzucenia oferty,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo, że nie jest ona niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz dokonania ponownego badania i oceny oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że postawił zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, ponieważ przepis powyższy wymaga od zamawiających przedstawienia wykonawcy spójnego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy z postępowania, uzupełniając że informacja powinna precyzyjnie określać powody, dla których zamawiający podjął jednostronną decyzję, a powody te winny być zestawione z prawidłowymi przepisami prawnymi, dającymi legalną podstawę działania zamawiającego. Powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok o sygn. akt KIO 589/19 z 18.04.2019 r., zgodnie z którym: *„Wynikający z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp obowiązek zamawiającego polegający na konieczności uzasadnienia dokonanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czynności, stanowi wyraz realizacji naczelných zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zważyć bowiem należy, iż to na podstawie zawiadomienia, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,*

wykonawca podejmuje decyzję w przedmiocie zasadności skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej, a następnie, w przypadku pozytywnej decyzji o potrzebie wniesienia odwołania, podejmuje decyzję jakie zarzuty należy sformułować w odwołaniu oraz w jaki sposób zamierza polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Z powyższego wynika zatem, iż uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania winno w sposób szeroki, wyczerpujący prezentować jakie okoliczności stanowiły podstawę decyzji zamawiającego, po to aby wykonawca niepodzielający dokonanej przez zamawiającego oceny mógł ustosunkować się do zarzutów zamawiającego.”,

- *wyrok o sygn. akt KIO 1640/18 z 03.09.2018 r, zgodnie z którym: „Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 p.z.p. Zamawiający ma bezwzględny obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom pełnych podstaw faktycznych wykluczenia jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania wyczerpującej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia. Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez Zamawiającego uchybień.”*

Odwołujący stanął na stanowisku, że okoliczności faktyczne przedstawione mu w informacji o odrzuceniu jego oferty nie korespondują z przedostatnim akapitem informacji.

Wskazał, że w zasadniczej części informacji o odrzuceniu zamawiający odnosi się do kwestii: a) uzupełnienia przez odwołującego kosztorysów stanowiących załączniki do formularza ofertowego o dodatkowe pozycje; b) braku wypełnienia wszystkich pozycji kosztorysu B (punkty: 2, 2.1, 4, 4.1, 6, 6.1, 8, 8.1, 10, 10.1); c) odmiennego wypełnienia kosztorysu B dla zadania 1 w stosunku do zadania 2, po czym zamawiający podał, że „*Wobec powyższego oferta Konsorcjum podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ wykonawcy w sposób świadomy dokonali zmiany treści kosztorysu, która to zmiana jest sprzeczna z wymogiem zamawiającego zawartym w punkcie IV.15 Specyfikacji technicznej w postępowaniu nr 051/P/19.*”

W ocenie odwołującego sformułowana w ten sposób informacja nie jest jasna; zamawiający nie poinformował go w sposób precyzyjny, niebudzący wątpliwości o podstawie faktycznej odrzucenia jego oferty wobec czego zmuszony jest prowadzić zabiegi

interpretacyjne, a także formułować podstawę faktyczną zarzutów wobec czynności zamawiającego z zachowaniem zasady ostrożności procesowej, nie będąc do końca pewnym, o co zamawiającemu chodziło.

Uznał, że nie jest to prawidłowy sposób zakomunikowania odwołującemu powodów decyzji o odrzuceniu jego oferty.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący oświadczył, iż zakłada, że podstawowym powodem, dla którego jego oferta została odrzucona jest jej rzekoma niezgodność z postanowieniem punktu IV.15 Specyfikacji technicznej stanowiącej część SIWZ.

Podał, że zgodnie z punktem IV. 15 Specyfikacji technicznej, który dla obu zadań brzmi identycznie: *„Harmonogram przeglądów zgodnie z DTR producenta silników gazowych powinien zapewnić, że podstawowe przeglądy przeprowadzane będą z częstotliwością nie częściej niż 2000 motogodzin, a remont kapitalny agregatów przeprowadzony będzie po min 60 000 motogodzinach. Powyższe wymagania powinny zostać potwierdzone przez producenta jednostki kogeneracyjnej.”*

Uznał, że w ocenie zamawiającego, dopisanie przez odwołującego w załączniku nr 3 i 4 do formularza ofertowego, w części „Kosztorys B”, pozycji 1 oraz 1.1 odnoszącej się do regulacji układu kogeneracyjnego, stanowi naruszenie wskazanego punktu Specyfikacji technicznej.

Podniósł, że takie podejście zamawiającego narusza wskazane postanowienie Specyfikacji technicznej, które wyraźnie dotyczy podstawowych przeglądów jakie mają być przeprowadzane dla układu kogeneracyjnego. Podał, że zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN (<https://sjp.pwn.pl>) „podstawowy” oznacza „główny”, „zasadniczy”, wobec czego pojęciem podstawowy nie można obejmować pozastandardowych, jednorazowych regulacji układu, które są wymagane dokumentacją techniczno-ruchową.

Wskazał także, że zgodnie z treścią kosztorysów złożonych przez odwołującego podstawowe przeglądy dla zadania 1 mają być wykonywane co 2000 motogodzin, a dla zadania 2 mają być wykonywane co 4000 motogodzin – w obu przypadkach oferta jest zgodna z wymogiem, by podstawowe przeglądy były wykonywane nie częściej niż co 2000 motogodzin. Uzupełnił, że wstępny, jednorazowy przegląd regulacyjny, mający na celu zweryfikowanie, czy po wystartowaniu układu działa on w sposób prawidłowy i nie występują żadne usterki, nie może być traktowany jako przegląd podstawowy – zdaniem odwołującego z treści złożonych kosztorysów wyraźnie wynika, że przegląd ten ma inny charakter niż kolejne przeglądy, albowiem czas jego wykonania (po 300h) zdecydowanie różni się od czasu wykonywania pozostałych przeglądów, które mają być wykonywane w stałych odstępach, odpowiednio co 2000 i co 4000 motogodzin.

W odniesieniu do niezgodności zmiany kosztorysów z SIWZ z ostrożności (z uwagi na brak precyzji zamawiającego w sformułowaniu podstaw faktycznych odrzucenia jego oferty) stwierdził, że nie ma żadnych podstaw do odrzucenia oferty z powodu dokonanych przez odwołującego uzupełnień w kosztorysach.

Oświadczył, że zamawiający wymagał co prawda wypełnienia sporządzonych przez siebie kosztorysów lub sporządzenia ich według przygotowanych przez siebie wzorów, ale – w ocenie odwołującego – nie jest to równoznaczne z zakazem ich uzupełnienia, jeśli podyktowane to jest szczególnymi cechami oferowanego przedmiotu zamówienia. Stwierdził także, że zamawiający przygotowuje formularze według pewnych, standardowych założeń i jest oczywiste, że nie mogą one być odpowiednie dla wszystkich możliwych do zaoferowania urządzeń.

Stanął na stanowisku, że z punktu widzenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp istotne jest jedynie to, by ewentualne wprowadzane przez wykonawców modyfikacje nie prowadziły do niezgodności oferowanego urządzenia z wymaganiami SIWZ.

W ocenie odwołującego w przypadku jego oferty nie ma się do czynienia z takim przypadkiem, ponieważ wprowadzenie dodatkowej pozycji do części B kosztorysu dla zadania 1 i 2 wynikało z wymogów producenta w zakresie przeprowadzenia regulacji układu po pierwszych 300 godzinach jego pracy; uzupełnienie nie stanowi nawet niezgodności formalnej z SIWZ, nie mówiąc już o niezgodności merytorycznej.

W ocenie odwołującego jest oczywiste, że odmienne wypełnienie części B kosztorysu dla zadania 1 i 2 również nie może stanowić o niezgodności treści oferty z SIWZ, ponieważ odmiennosc ta jest ściśle związana z zaoferowaniem innego rozwiązania dla zadania 1 niż w przypadku zadania 2, przy czym każde z tych rozwiązań jest zgodne z wymaganiami zamawiającego dla danej części.

Wskazał, że wyjaśnił zamawiającemu w piśmie z 25.02.2020 r., że kosztorys B dla zadania 2 został przygotowany dla konfiguracji dwóch agregatów CG260-16 o mocy 4MW każdy; agregaty te zgodnie z dokumentacją techniczno-ruchową producenta mają wykonywane przeglądy serwisowe co 4000mth pracy, w związku z tym zostały uzupełnione tylko wielokrotności tej wartości do końca obsługi serwisowej wymaganej zapisami SIWZ, zaś w przypadku zadania 1 chodzi o układ o mocy 10MW składający się z dwóch agregatów CG260-16 o mocy 4MW każdy oraz jednego agregatu CG 170-20 o mocy 2MW. Uzupełnił, że agregat CG170-20 zgodnie z dokumentacją techniczno- ruchową producenta ma wykonywane przeglądy co 2000mth pracy i w związku z tym kosztorys B został uzupełniony w odmienny sposób.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) 19 maja 2020 roku – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „Odpowiedzi na odwołanie” – pismo zamawiającego z dnia 2 czerwca 2020 roku, Przystąpienia do postępowania odwoławczego – pismo przystępującego z dnia 30 marca 2020 roku, a także oświadczeń i stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut przedstawienia odwołującemu lakonicznej, nieprecyzyjnej, niejasnej i pozbawionej uzasadnienia prawnego i faktycznego informacji o odrzuceniu jego oferty potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego – w piśmie z dnia 16 marca 2020 r. zawarł 7 akapitów (siódmy to informacja o osobach prowadzących sprawę).

Akapit pierwszy to wskazanie, iż zamawiający realizuje obowiązek informacyjny na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp oraz, że odrzucił ofertę odwołującego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Akapit drugi brzmi: *„W pkt 8.1 SIWZ wskazano, iż ofertę należy przygotować wypełniając Formularz ofertowy (załącznik nr 2 do SIWZ) lub sporządzić ją według wzoru przedstawionego w Formularzu ofertowym. Wykonawca wypełnia pozycję Formularza ofertowego dla części zamówienia (zadanie 1, zadanie 2), w której składa ofertę. Jednocześnie wykonawca wypełnia Kosztorys A i B przygotowany w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel właściwy dla części zamówienia (zadania), w której składa on ofertę (załącznik nr 3 i 4 do Formularza ofertowego), względnie sporządza go według wzorów przedstawionych w załącznikach do Formularza ofertowego. Ponadto zgodnie z treścią pkt 14.1 wykonawca wypełniając: Kosztorys B podaje jednostkową cenę netto każdej pozycji kosztorysu B oraz ilość cenę jednostkową netto i cenę netto każdej pozycji kosztorysu B oraz całkowitą cenę*

kosztorysu B. Ponadto wykonawca podaje cenę netto za wykonanie całego zadania będącą sumą wartości netto Kosztorysu A i B.”

Akapit trzeci brzmi: „Zamawiający stwierdził, iż wykonawca wypełniając Kosztorys B, stanowiący załącznik nr 3 do Formularza ofertowego (dla zadania 1) wprowadził do Kosztorysu B dwie dodatkowe pozycje (punkty: 1 i 1.1.). Ponadto w Kosztorysie B, stanowiącym załącznik nr 4 do Formularza ofertowego (dla zadania 2) wykonawca również wprowadził dwie dodatkowe pozycje (punkty: 1 1.1.) oraz nie wypełnił wszystkich pozycji Kosztorysu B (punkty: 2., 2.1., 4., 4.1 e, 6., 6.1., 8., 8.1., 10., 10.1 podczas gdy w tożsamych pozycjach w zadaniu 1 wykonawca podał ceny wszystkich pozycji kosztorysu.

Akapit czwarty brzmi: „Z uwagi na powyższe, Zamawiający na podstawie art 87 ust. 1 PZP wezwał wykonawcę do wyjaśnienia i wskazania powodów, dla których przedmiotowe kosztorysy uzupełnione o dodatkowe pozycje, a w Kosztorysie B dla zadania 2 nie zostały podane wszystkie wymagane przez zamawiającego ceny.

Akapit piąty brzmi: „Ze złożonych przez wykonawcę w dniu 26.02.2020 r. wyjaśnień wynika, iż wykonawca wypełniając kosztorys B dla zadania 1 załącznik nr 3 do Formularza ofertowego) oraz kosztorys B dla zadania 2 nr 4 do Formularza ofertowego), zgodnie z pkt 8.1 SIWZ przygotował je według wzorów przedstawionych przez zamawiającego z uwzględnieniem modyfikacji polegającej na uwzględnieniu w Kosztorysie regulacji układu kogeneracyjnego, która zgodnie z zaleceniami producenta powinna zostać wykonana później niż po 300 godzinach pracy od uruchomienia zespołu kogeneracyjnego. Ponadto wykonawca poinformował, że Kosztorys B dla zadania 2 został przygotowany dla konfiguracji dwóch agregatów CG260-16 0 4MW każdy. Agregaty te zgodnie z dokumentacją techniczno-ruchową producenta mają wykonywane przeglądy serwisowe co 4000 mth pracy, w związku z tym zostały uzupełnione tylko wielokrotności tej wartości do obsługi serwisowej wymaganej zapisami SIWZ. W przypadku zadania 1, wykonawca wyjaśnił, iż mamy do czynienia z układem o mocy 10 MW składającym się z dwóch agregatów CG2BO-16 0 mocy 4 MW każdy oraz jednego agregatu CG170-20 o 2 MW. Agregat CG170-20 zgodnie z dokumentacją techniczno-ruchową producenta ma wykonywane przeglądy co 2000 mth pracy w związku z tym kosztorys B uzupełniony w odmienny sposób.”

Akapit szósty brzmi: „Wobec powyższego oferta Konsorcjum podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP z uwagi na fakt, iż jej teść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ wykonawcy w sposób świadomy dokonali zmiany treści kosztorysu, która to zmiana jest sprzeczna z wymogiem zamawiającego zawartym w punkcie IV.15 Specyfikacji technicznej w postępowaniu nr 051/P/19”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 92 ust. 1 pkt 2) i 3) brzmi: „*Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o (...) 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, 3) 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, (...)*”.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego jako podstawę prawną swojej decyzji zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp zgodnie, z którym: „*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3*”.

W odniesieniu do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp skład orzekający Izby zauważa, że w przedmiotowej sprawie ani zamawiający nie dokonał jakichkolwiek poprawek omyłek w ofercie odwołującego, ani odwołujący nie zarzucał zamawiającemu zaniechania w tym zakresie.

Oceniając „zawartość” uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, iż nie można przypisać mu cech jasności i precyzji, wskazując co następuje.

Akapit drugi to wskazanie przez zamawiającego i przywołanie treści postanowień SIWZ (pkt 8.1., 14.1).

Akapit trzeci to wskazanie ustaleń zamawiającego co do „zawartości” kosztorysów ofertowych odwołującego (wprowadzenie dwóch dodatkowych pozycji, pozostawienie bez wypełnienia niektórych pozycji).

Akapit czwarty to odwołanie się do akapitu drugiego i trzeciego jako – co należy zaakcentować „jedynie” – przyczyn skierowania do odwołującego wezwania do wyjaśnień.

Akapit piąty to w istocie przytoczenie treści wyjaśnień odwołującego.

Akapit szósty to – wydawać by się mogło – podsumowanie, wniosek końcowy oparty na informacjach ujętych w akapitach wcześniejszych [co sugeruje użycie „*Wobec powyższego (...)*”], o czym poniżej. Uzupełniająco zaznaczyć należy, że podstawa prawna odrzucenia i odpowiadająca jej treść przepisu zostały w tymże akapicie powtórzone (tak jak w akapicie pierwszym wskazano art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp i niezgodność treści oferty z treścią SIWZ) – w tej części zatem akapit ten nie niesie nowych informacji.

Kluczowe dla poznania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, a tym samym dla oceny wywiązania się przez zamawiającego z obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp jest zdanie: „*wykonawcy w sposób świadomy dokonali zmiany treści kosztorysu, która to zmiana jest sprzeczna z wymogiem zawartym w punkcie IV.15 Specyfikacji technicznej*”.

Odnosząc się do kwestii świadomego działania wykonawcy (tak w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego, w Odpowiedzi na odwołania, jak i na rozprawie zamawiający akcentował kwestię świadomego działania odwołującego) przypomnienia wymaga, że dla zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp kwestia świadomego (albo nie) działania wykonawcy pozostaje bez znaczenia; brzmienie wskazanego przepisu nie pozostawia co do tego wątpliwości. Ocena zamawiającego w tym zakresie jest zatem bez znaczenia.

Dostrzec w dalszej kolejności należy, że w żadnym z akapitów zamawiający nie przywołał treści pkt. IV.15, choć właśnie wymóg tam zawarty zamawiający wskazał jako ten, z którym oferta odwołującego pozostaje w sprzeczności (zamawiający przywołał jedynie pkt 8.1. i 14.1. SIWZ, a i to w kontekście wezwania wykonawcy do wyjaśnień – zamawiający powiązał akapit drugi i trzeci jedynie z akapitem czwartym, nie zaś w kontekście powodów odrzucenia oferty odwołującego).

Co więcej i co istotniejsze zamawiający nie „zderzył” treści pkt. IV.15 z treścią oferty odwołującego, co ujawniłoby jednoznacznie powody zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Zamawiający nie odniósł się (adekwatnie do treści pkt IV.15) ani do treści oferty odwołującego w zakresie przeglądów podstawowych i ich częstotliwości, ani do złożonych przez odwołującego wyjaśnień (akapit piąty). W istocie akapity: drugi, trzeci, czwarty i piąty to „przypomnienie” przebiegu postępowania, „rys historyczny”, którego „wykorzystanie” dla uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego bezwzględnie wymagało „komentarza” zamawiającego.

Zamawiający zdaje się przyjmować założenie (błędne założenie), że przywołanie samych faktów/historii samo przez się uzasadnia daną decyzję zamawiającego i czyni ją oczywistą.

W przedmiotowej sprawie jest to tym bardziej złudne ze względu na brak klarownego powiązania pomiędzy wskazanymi postanowieniami SIWZ (8.1., 14.1. z akapitu drugiego), wezwaniem i odpowiedzią (z akapitu trzeciego, czwartego i piątego) a podstawą faktyczną odrzucenia – pkt. IV.15.

Brak jest także, co nie mniej ważne, jakiegokolwiek uzasadniania dla przyjęcia, że zmiana treści kosztorysu jest tożsama z wystąpieniem sprzeczności z pkt. IV.15 SIWZ (Specyfikacji technicznych).

Skład orzekający Izby stanął nadto na stanowisku, że prawidłowe odczytanie przez odwołującego intencji zamawiającego co do powodów odrzucenia jego oferty (abstrahując od oceny, czy w tym przypadku rzeczywiście tak było), jak twierdził zamawiający na rozprawie,

samo w sobie nie dowodzi prawdziwości twierdzenia o prawidłowym wywiązaniu się przez zamawiającego z obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp – każdy, w szczególności wykonawca, który uzyskałby taką informację powinien z łatwością poznać klarowane, nie budzące wątpliwości powody eliminacji oferty bez konieczności prowadzenia różnych i daleko idących zabiegów interpretacyjnych.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp.

Na marginesie dostrzec należy, że wskazanie przez odwołującego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp (jako tego, który został przez zamawiającego naruszony) było błędne z tego względu, iż kwestionowane zawiadomienie w żadnej mierze (tak od strony prawnej, jak i faktycznej) nie dotyczyło wykluczenia odwołującego z postępowanie, a to właśnie obowiązku informacyjnego z powodu wykluczenia dotyczy tenże przepis.

Zarzut odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że nie jest ona niezgodna z treścią SIWZ potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pkt 8.1. SIWZ brzmi: *„Ofertę należy przygotować wypełniając Formularz ofertowy (załącznik nr 2 do SIWZ) lub sporządzić ją według wzoru przedstawionego w Formularzu ofertowym. Wykonawca wypełnia pozycję Formularza właściwą dla części zamówienia (zadanie 1, zadanie 2), w której składa ofertę. Jednocześnie wykonawca wypełnia Kosztorys A i B przygotowany w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel właściwy dla części zamówienia (zadania), w której składa on ofertę (załącznik nr 3 i 4 do Formularza ofertowego), względnie sporządza go według wzorów przedstawionych w załącznikach do Formularza ofertowego”*

Pkt 14.1. SIWZ brzmi: *„Z zastrzeżeniem punktu 14.2. SIWZ wykonawca zobowiązany jest wypełnić Formularz ofertowy dla części zamówienia (zadanie 1, zadanie 2), w której składa on ofertę, podając cenę netto za wykonanie całego zadania, procentową stawkę podatku od towarów i usług i cenę brutto za wykonanie całego zadania. Ponadto Wykonawca zobowiązany jest wypełnić Kosztorys A i B w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel, stanowiące załącznik nr 3,4 do Formularza ofertowego dla części zamówienia (zadania 1 lub 2) w której składa ofertę, zamieszczony na stronie internetowej zamawiającego o adresie (...). Wypełniając - Kosztorys A wykonawca podaje jednostkową cenę netto każdej pozycji Kosztorysu A, cenę netto każdej pozycji kosztorysu oraz całkowitą cenę netto Kosztorysu B, wykonawca podaje również okres realizacji przedmiotu zamówienia w miesiącach, - Kosztorys B wykonawca podaje jednostkową cenę netto każdej pozycji kosztorysu B oraz ilość, cenę jednostkową netto*

i cenę netto każdej pozycji kosztorysu B oraz całkowitą cenę netto kosztorysu B. Ponadto wykonawca podaje cenę netto za wykonanie całego zadania będącą sumą wartości netto Kosztorysu A i B”.

Zgodnie z pkt. IV.15. Specyfikacji technicznej dla części 1 i 2 zamówienia: „Harmonogram przeglądów zgodnie z DTR producenta silników gazowych powinien zapewnić, że podstawowe przeglądy przeprowadzane będą z częstotliwością nie częściej niż 2000 motogodzin, a remont kapitalny agregatów przeprowadzony będzie po min 60 000 motogodzin. Powyższe wymagania powinny zostać potwierdzone przez producenta jednostki kogeneracyjnej.”

W Kosztorysie, stanowiącym załącznik nr 3 do Formularza ofertowego w części B odwołujący wpisał dwie dodatkowe, w stosunku do formularza opracowanego przez zamawiającego, pozycje: 1. „Przeгляд po 300h – robocizna” z ceną 16 361,32 zł oraz 1.1. „Materiały do przeglądu po 300h pracy” z ceną 16 809,50 zł.

W Kosztorysie, stanowiącym załącznik nr 4 do Formularza ofertowego w części B odwołujący nie wypełnił pozycji: 2., 2.1., 4., 4.1., 6., 6.1., 8.8.1., 10., 10.1.

Pismem z dnia 21 lutego 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego, z powołaniem się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, „do złożenia wyjaśnień i wskazania powodów, dla których przedmiotowe kosztorysy zostały uzupełnione o dodatkowe pozycje, a w Kosztorysie B dla zadania 2 nie zostały podane wszystkie wymagane przez zamawiającego ceny”

Odwołujący, pismem z dnia 25 lutego 2020 r., udzielił zamawiającemu następującej odpowiedzi: „Wykonawca informuje, że wypełniając Kosztorys B dla zadania 1 stanowiący załącznik nr 3 do Formularza ofertowego oraz Kosztorys B dla zadania 2 stanowiący załącznik nr 4 do Formularza ofertowego, zgodnie z pkt. 8.1 SIWZ przygotował je według wzorów przedstawionych przez Zamawiającego z uwzględnieniem modyfikacji polegającej na uwzględnieniu w Kosztorysie regulacji układu kogeneracyjnego, która zgodnie z zaleceniami producenta powinna zostać wykonana nie później niż 300h pracy od uruchomienia zespołu kogeneracyjnego.

Ponadto informujemy, że Kosztorys B dla zadania 2 został przygotowany dla konfiguracji dwóch agregatów CG260-16 o mocy 4MW każdy. Agregaty te zgodnie z dokumentacją techniczno-ruchową producenta mają wykonywane przeglądy serwisowe co 4000mth pracy, w związku z tym zostały uzupełnione tylko wielokrotności tej wartości do końca obsługi serwisowej wymaganej zapisami SIWZ. W przypadku zadania 1, mamy do czynienia z układem o mocy 10MW składającym się z dwóch agregatów CG260-16 o mocy 4MW każdy

oraz jednego agregaty CG170-20 o mocy 2MW. Agregat CG170-20 zgodnie z dokumentacją techniczno-ruchową producenta ma wykonywane przeglądy co 2000mth pracy i w związku z tym Kosztorys B został uzupełniony w odmienny sposób.”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący w SIWZ nie wskazał definicji pojęć, jakich użył w SIWZ w tym w Specyfikacjach technicznych, wobec czego należy się odwołać do sposobu ich rozumienia – danego pojęcia (wyrazu) na gruncie języka polskiego.

Istotne dla rozpoznania odwołania jest ustalenie rozumienia następujących wyrazów:

1. „według”,
2. „wzór”,
3. „podstawowy”,
4. „przeгляд”.

W języku polskim wyraz „według” to przyimek łączący się z rzeczownikami (lub z innymi wyrazami o ich funkcji) w dopełniaczu, oznaczający „*stosownie, odpowiednio do czegoś, zależnie od czegoś, zgodnie z czymś, opierając się na czymś, wzorując się na czymś, kierując się czymś, w odniesieniu do czegoś, na podstawie czegoś, czymś zdaniem*”.

W języku polskim wyraz „wzór” rozumiany jest jako „*rysunek, motyw odbity, wyhaftowany itp. w celach ornamentacyjnych itp. lub sporządzony w celu odtworzenia go w odbitce, hafcie itp.; deseń*”.

W języku polskim wyraz „podstawowy” rozumiany jest jako „*taki, który stanowi podstawę czegoś, na którym coś się opiera; będący zasadniczym elementem czegoś, punktem wyjścia; główny, najważniejszy zasadniczy*”.

W języku polskim wyraz „przeгляд” rozumiany jest jako „*przeглядanie, przejrzenie czegoś w celu oceny, kontroli itp.; lustracja*”.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał pkt 8.1., 14.1. części zasadniczej SIWZ oraz pkt IV.15 Specyfikacji technicznej dla zadania 1 i 2.

W odniesieniu do pkt. 8.1. stwierdzić należy, że w zakresie dotyczącym kosztorysów zamawiający użył wyrazów „według” oraz „wzorów” w sformułowaniu „*(...) wykonawca (...) sporządza go według wzorów przedstawionych w załącznikach do Formularza ofertowego*”, co – odwołując się do ich rozumienia w języku polskim oznacza, że obowiązkiem wykonawcy wynikającym z tegoż postanowienia SIWZ, było złożenie kosztorysów oddających, odtwarzających (1:1) opracowany przez zamawiającego wzór („sporządzony w celu odtworzenia”). Takie też rozumienie sformułowania „według wzoru” powszechnie przyjmuje się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego; często zamawiający posługują się także sformułowaniem „*ściśle według wzoru*” dla dodatkowego podkreślenia obowiązku

sporządzenia dokumentu oddającego w 100% oczekiwania zamawiającego.

W odniesieniu do pkt 14.1. stwierdzić należy, że w zakresie dotyczącym kosztorysów zamawiający użył sformułowania „Wypełniając: - Kosztorys A wykonawca podaje (...), - Kosztorys B wykonawca podaje (...)”, który koreluje z pkt 8.1. w tej części, w której mowa o sposobie przygotowania oferty, poprzez wypełnienie Kosztorysu A i B w formie arkusza kalkulacyjnego MS Exel. Pkt. 14.1. nie dotyczy natomiast przygotowania oferty, poprzez sporządzenie kosztorysów według wzorów (mowa jedynie o przypadku, gdy wykonawca wypełnia arkusz kalkulacyjny).

Abstrahując od przyczyn podania sposobu obliczenia ceny w pkt. 14.1. jedynie dla przypadku, gdy wykonawca składa ofertę, poprzez wypełnienia arkusza kalkulacyjnego, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że pkt 14.1. nie jest adekwatny do oceny kosztorysów złożonych przez odwołującego, ponieważ ten sporządził je w inny sposób (nie wypełnił arkuszy kalkulacyjnych). Przywołanie zatem w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego tego punktu przez zamawiającego należy uznać za bezprzedmiotowe.

W odniesieniu do pkt IV.15 stwierdzić należy, że zamawiający ujął w nim – w zakresie dotyczącym przeglądów, wymóg, aby ich częstotliwość nie była większa niż co 2000 motogodzin, przy czym – co kluczowe – wymóg ten tyczy się li tylko przeglądów podstawowych, czyli (rozumienie w języku polskim jak wyżej) głównych, zasadniczych, ale już nie innych.

Postanowienia SIWZ nie dają odpowiedzi na pytanie co to są inne niż podstawowe przeglądy oraz jaka jest ich relacja do „innych prac eksploatacyjnych”, które zamawiający ujął we wzorach kosztorysów w pkt. 11.

Przyjmując, że wymogiem, któremu oferta odwołującego nie odpowiada jest pkt IV.5. – zamawiający dopatrył się w ofercie odwołującego niezgodności z SIWZ, polegającej na tym, że odwołujący zaoferował silniki gazowe wymagające przeglądów podstawowych częściej niż co 2000 motogodzin, a dostrzegł to na podstawie zmian opracowanych przez zamawiającego wzorów kosztorysów, polegających na ujęciu w każdym z *kosztorysów dwóch nowych pozycji*, tj. „Przeгляд po 300 h – robocizna” oraz „Materiały do przeglądu po 300 h pracy” skład orzekający Izby uznał, że stanowisko zamawiającego jest niezasadne, ponieważ treść SIWZ (Specyfikacje techniczne pkt IV.15.) odnosiła się wyłącznie do przeglądów podstawowych toteż można co najwyżej uznać, że z nimi korespondują wzory kosztorysów opracowane przez zamawiającego (przewidujące wielokrotności przeglądów co 2000 motogodzin), nie wykluczając jednocześnie innych przeglądów i nie stawiając wymogu co do ich częstotliwości.

Nie sposób stwierdzić, wobec podnoszonego powyżej braku definicji przeglądów

innych niż podstawowe w SIWZ, a jednocześnie wobec sposobu rozumienia wyrazu „przeгляд” jako taki w języku polskim, że ujęty przez odwołującego w obu kosztorysach przeгляд po 300 g (robocizna i materiały) nie jest takim właśnie przeглядem.

Zamawiający ujął w obu wzorach kosztorysów pozycje 11 „*Inne prace eksploatacyjne*”, w których – jak stwierdził na rozprawie – odwołujący winien ująć robociznę i materiały przeгляdu po 300 h. Nic takiego nie wynika jednak z treści SIWZ. Podnieść należy, o czym była już mowa powyżej, że zamawiający ani nie zdefiniował przeглядów innych niż podstawowe, ani „*Innych prac eksploatacyjnych*”, ani nie wskazał/opisał relacji pomiędzy nimi. Prowadzi to do wniosku, że kwalifikacje w tym zakresie zamawiający pozostawił wykonawcom i ich wiedzy na temat oferowanego przedmiotu.

Z uprzednio wskazanych przyczyn (rozumienie wyrazów „wzór” i „według” w języku polskim) skład orzekający Izby uznał, że obowiązkiem wykonawców, wynikającym z pkt. 8.1. SIWZ było sporządzenie kosztorysów oddających, odtwarzających (1:1) opracowane przez zamawiającego wzory. Jednocześnie jednak skład orzekający Izby uznał, że opracowane przez zamawiającego kosztorysy nie korelują z wynikającą z SIWZ (pkt IV.5) dopuszczalnością zaoferowania silników gazowych wymagających przeглядów innych niż podstawowe – nie uwzględniają takiej możliwości (nie ma przy tym – w świetle SIWZ – podstaw, aby przeгляд inny niż podstawowy utożsamiać z innymi pracami eksploatacyjnymi ujętymi w pkt. 11 wzorów). W tym zakresie postanowienia SIWZ pozostają wewnętrznie niespójne, niezgodne, co – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej – nie może obarczać wykonawcy. To zamawiający odpowiada za opracowanie SIWZ wobec czego jego uchybienia czy błędy w tym zakresie nie mogą prowadzić do negatywnych dla wykonawców konsekwencji.

Dodatkowo skład orzekający Izby zauważa, że nawet gdyby postanowienia SIWZ przewidywały obowiązek ujęcia innych niż podstawowe przeглядów w pkt. „*Inne prace eksploatacyjne*” to ich ujęcie w ofercie – w kosztorysie, w odrębnej pozycji należałoby ocenić jako niezgodność z SIWZ jedynie natury formalnej, nie zaś merytorycznej, uzasadniającej odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Nie umknęła składowi orzekającemu Izby labilność stanowiska zamawiającego z rozprawy w kreowaniu obowiązku odwołującego co do „miejsca” ujęcia kosztów przeгляdu po 300 h – zamawiający wskazywał a to „*Inne prace eksploatacyjne*”, a to dostawę urządzenia. Także to skłania do wniosku o braku innego niż formalnego znaczenia w ujęciu kwestionowanego przez zamawiającego przeгляdu po 300 h w kosztorysie.

Nadto nie sposób dopatrzeć się znaczenia co do miejsca ujęcia w kosztorysie B kosztów przeгляdu po 300 h (ich dopisania) z perspektywy przewidzianego we wzorze umowy w § 10 ust. 1 sposobu rozliczania między stronami skoro – w odniesieniu do wynagrodzenia

za „przeeglądy, usługi serwisowe i eksploatacyjne wraz z materiałami” mowa jedynie o ich uiszczaniu „w oparciu o ceny określone w kosztorysie B”. To ostatnie postanowienie (uiszczanie wynagrodzenia „w oparciu o ceny określone w kosztorysie B” przeczy natomiast zasadności stanowisko zamawiającego z rozprawy co do możliwości ujęcia kosztów za przegląd po 300 h w dostawie, ponieważ ta ujęta została we wzorach kosztorysów w części A.

Odnosząc się na koniec do eksponowanej przez przystępującego tak w pisemnym stanowisku, jak i na rozprawie kwestii, kiedy wykonawca zwraca się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ, skład orzekający Izby wskazuje, co następuje.

Po pierwsze, jest to „jedynie” prawo wykonawcy (art. 38 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze brzmi: „Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”).

Po wtóre, nie sposób oceniać istnienia wątpliwości u danego wykonawcy w rozumieniu treści SIWZ z perspektywy innego wykonawcy. Nawet błędne rozumienie treści SIWZ przez wykonawcę nie oznacza, że wykonawca miał jakiegokolwiek wątpliwości, jak postanowienia SIWZ rozumieć.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził – zamawiający z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego.

Ponieważ potwierdziły się podnoszone w odwołaniu zarzuty, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: