

Sygn. akt KIO 2797/21

WYROK

z dnia 15 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 października 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2021 r. przez wykonawcę **Remak-Energomontaż Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PGNiG Termika Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Instal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** oraz **Energy Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Remak-Energomontaż Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Remak-Energomontaż Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

PGNiG Termika Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa maszynowni silników gazowych wraz z instalacjami i gospodarkami pomocniczymi oraz powiązaniem do infrastruktury zakładu w Ec Pruszków*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 kwietnia 2021 r. pod numerem 2021/S 065-168829.

W dniu 22 września 2021 r. wykonawca Remak-Energomontaż Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Energy Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, dalej „Konsorcjum”, pomimo tego, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, albowiem część rysunkowa oferty (tj. Część Techniczna Oferty) jest sprzeczna z wybranym przez Konsorcjum Wariantem 2 realizacji przedmiotu umowy, tj. wyposażenie IMS w 3 jednakowe Zespoły Silników Gazowych, każdy o nominalnej mocy elektrycznej brutto 4 MWe i nominalnej mocy cieplnej powyżej 4 MWt, i tym samym jest sprzeczna z warunkami zamówienia, gdyż w oparciu o przedstawione przez Konsorcjum rysunki techniczne nie jest możliwe zrealizowanie wybranego przez Konsorcjum Wariantu 2 realizacji przedmiotu umowy, tj. 3 jednakowych Zespołów Silników Gazowych. Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo złożenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia stanowi naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W przypadku nie uwzględnienia zarzutu nr 1 dodatkowo Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny istotnej części składowej oferty, tj. w przedmiocie wynagrodzenia ryczałtowego za przekazaną (udzieloną)/przekazane (udzielone) Zamawiającemu przez Wykonawcę licencję/licencje do korzystania z oprogramowania komputerowego i systemowego, które Konsorcjum ustaliło na kwotę 48.000,00 zł netto.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; przeprowadzenia ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu; odrzucenia oferty Konsorcjum, a w przypadku uwzględnienia zarzutu dodatkowego wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny istotnej części składowej oferty.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Instal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Energy Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, dalej również „Przystępujący”.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Przystępującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 października 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest budowa maszynowni silników gazowych wraz z instalacjami i gospodarkami pomocniczymi oraz powiązaniem do infrastruktury zakładu w Elektrociepłowni Pruszków. Inwestycja podzielona zostanie na dwa Etapy, tj. Etap 1 i Etap 2. Etap 1 oznacza wykonanie przez Wykonawcę dla przedmiotu Umowy kompletnego Projektu podstawowego IMS i przyjęcie go przez Zamawiającego oraz wykonanie przez Wykonawcę dla IMS Projektu budowlanego oraz uzyskanie ostatecznej i prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę IMS wraz z wykonaniem kompletu wszystkich innych Prac niezbędnych do prawidłowej i kompletnej realizacji wskazanej Dokumentacji. Etap 2 oznacza kompletne wykonanie przedmiotu Umowy, po wykonaniu Etapu 1, w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu Umowy. Zgodnie z pkt 3.2 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, przedmiot zamówienia zrealizowany mógł być w dwóch Wariantach, tj. Wariacie nr 1 lub Wariacie nr 2 zgodnie z postanowieniami wzoru Umowy. Wykonawca w formularzu ofertowym oraz Załączniku 3.1 do Cz. I SWZ deklarował wybór Wariantu, w którym realizował będzie przedmiot Zamówienia. Dalej wskazano, że

3.2.1 Wariant nr 1 – oznacza taką realizację przez Wykonawcę przedmiotu Umowy w wyniku, której IMS wyposażona zostanie w sześć jednakowych Zespołów Silników Gazowych, przy czym każdy z Zespołów Silników Gazowych osiągał będzie m.in. następujące parametry techniczne: nominalna moc elektryczna brutto na zaciskach generatora Zespołu Silnika Gazowego wynosiła będzie 2 MWe i nominalna moc cieplna Zespołu Silnika Gazowego wynosiła będzie > 2 MWt. Wszystkie Obiekty IMS i przedmiot Umowy zostaną dostosowane do rozwiązań wynikających z realizacji przedmiotu Umowy w Wariacie nr.1

3.2.2. Wariant nr 2 – oznacza taką realizację przez Wykonawcę przedmiotu Umowy w wyniku, której IMS wyposażona zostanie w trzy jednakowe Zespoły Silników Gazowych, przy czym każdy z Zespołów Silników Gazowych osiągał będzie m.in. następujące parametry techniczne: nominalna moc elektryczna brutto na zaciskach generatora Zespołu Silnika Gazowego wynosiła będzie 4 MWe i nominalna moc cieplna Zespołu Silnika Gazowego wynosiła będzie > 4 MWt. Wszystkie Obiekty IMS i przedmiot Umowy zostaną dostosowane do rozwiązań wynikających z realizacji przedmiotu Umowy w Wariacie nr.2

Zgodnie z pkt 12.3 – 12.6: 12.3. Ofertę stanowi wypełniony Formularz ofertowy sporządzony w oparciu o Formularz Oferty stanowiący załącznik nr 1 do Instrukcji dla Wykonawców. 12.4 SWZ wraz z ofertą wykonawca zobowiązany jest złożyć załączniki, tj.:

12.4.1. oświadczenia na formularzu jednolitego dokumentu,

12.4.2. zobowiązania wymagane postanowieniami pkt 6.4.2. i 6.4.3 SWZ w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu;

12.4.3. pełnomocnictwo/a do złożenia oferty i oświadczenia na formularzu jednolitego dokumentu,

12.4.4. pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,

12.4.5. oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane i usługi wykonają poszczególni Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - w przypadku, o którym mowa w pkt 6.2.1., złożone na formularzu stanowiącym Załącznik nr. 5 do IDW,

12.4.6. wypełnione formularze części handlowo-prawnej oferty określone w załączniku nr 2.0 (z wyjątkiem załącznika nr 2.5 i 2.6) do Instrukcji dla Wykonawców,

12.4.7. wypełnione formularze i załączniki części technicznej oferty określone w załączniku nr 3.0 do Instrukcji dla Wykonawców,

12.4.8. oryginał gwarancji lub poręczenia, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniądź, z uwzględnieniem postanowień pkt 10.3 SWZ, lub potwierdzenie dokonania przelewu,

12.4.9. Inne dokumenty i oświadczenia wskazane w SWZ.

12.5. Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie załączników do SWZ powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.

12.6. Oferta powinna być sporządzona w języku polskim. Oferta wraz z załącznikami musi być podpisana przez osobę/y upoważnioną/e do reprezentowania Wykonawcy. Upoważnienie (pełnomocnictwo) do podpisania oferty winno być dołączone do oferty, o ile nie wynika z innych dokumentów załączonych do oferty. Oferta powinna być zgodna w kwestii załączanych dokumentów oraz oferowanego przedmiotu i warunków zamówienia ze wszystkimi wymogami niniejszej SWZ.

Zgodnie z załącznikiem nr 3.0 do Instrukcji dla Wykonawców W zakresie części technicznej Oferty, Zamawiający oczekuje przedstawienia przez Oferenta następujących elementów: ZAŁĄCZNIK NR 3.1 Dane techniczne IMS, urządzeń i instalacji, ZAŁĄCZNIK NR 3.2 Przepisy, objaśnienia, normy i standardy stosowane przez Wykonawcę, niewystępujące w PFU, ZAŁĄCZNIK NR 3.3 Oznaczenia, jednostki i symbole stosowane przez Wykonawcę, a niewystępujące w PFU, ZAŁĄCZNIK NR 3.4 Część rysunkowa Oferty.

Stosownie do załącznika nr 3.4 do Instrukcji dla Wykonawców Wykonawca przedstawi w ofercie co najmniej niżej wymienione wymagane przez Zamawiającego rysunki i schematy, i tak: w przypadku Uproszczonego schematu technologicznego wskazano Stopień szczegółowości rysunku nie mniejszy niż pokazany na rys. S-0.3 będącym

Załącznikiem nr.1 do części III Informacyjnej. W przypadku Uproszczonego schematu funkcjonalnego wskazano Stopień szczegółowości rysunku nie mniejszy niż pokazany na rys. S-3.9 będącym Załącznikiem nr. 1 do części III Informacyjnej. W przypadku Schematu zasilania układu elektrycznego IMS wskazano Stopień szczegółowości rysunku nie mniejszy niż pokazany na rys. E-3.1 będącym Załącznikiem nr 1 do części III Informacyjnej. W przypadku Schematu rozdzielnic RNN-4 IMS wskazano Stopień szczegółowości rysunku nie mniejszy niż pokazany na rys. E-3.2 będącym Załącznikiem nr 1 do części III Informacyjnej. W przypadku Przykładowego schematu połączeń komunikacyjnych IMS wskazano Stopień szczegółowości rysunku nie mniejszy niż pokazany na rys. EA-3.1 będącym Załącznikiem nr 1 do części III Informacyjnej.

Równocześnie Zamawiający dołączył do Załącznika nr 1 części III SWZ gotowe rysunki oraz schematy. Wzory rysunków stanowiły odpowiednio: 1. Uproszczony schemat funkcjonalny, rysunki S-3.9 dla Wariantu 1 oraz S-3.5 dla Wariantu 2; 2. Schemat zasilania układu elektrycznego IMS, rysunek E-3.1 (obowiązujący zarówno dla Wariantu 1 jak i Wariantu 2); 3. Schemat Rozdzielnic RNN-4 IMS, rysunek E-3.2 (obowiązujący zarówno dla Wariantu 1 jak i Wariantu 2); 4. Schemat Połączeń Komunikacyjnych IMS, rysunek EA-3.1; 5. Uproszczony schemat technologiczny, rysunek S-0.3 (obowiązujący zarówno dla Wariantu 1 jak i Wariantu 2).

Izba ustaliła, że oferty w postępowaniu złożył m.in. Odwołujący oraz Przystępujący. Obie przewyższały kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Następnie, Izba ustaliła, że Przystępujący zadeklarował w formularzu oferty, że realizować będzie przedmiot zamówienia w Wariacie nr 2. Także w załączniku nr 3.1 „Dane techniczne IMS, urządzeń i instalacji” w tabeli nr 1 potwierdził wybór Wariantu nr 2.

Dalej, Izba ustaliła, że Przystępujący załączył do oferty Uproszczony schemat funkcjonalny dla wariantu 1. Dla Schematu zasilania układu elektrycznego oraz Schematu Rozdzielnic RNN-4 IMS posłużył się rysunkami Zamawiającego, stanowiącymi wzór Schematu zasilania układu elektrycznego IMS dla obu Wariantów oraz wzór Schematu Rozdzielnic RNN-4 IMS dla obu Wariantów. Również w odniesieniu do Schematu Połączeń Komunikacyjnych IMS oraz Uproszczonego schematu technologicznego Przystępujący posłużył się wzorami schematów załączonymi przez Zamawiającego do SWZ.

W dniu 13 września 2021 r. oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podnosił, że pomimo dokonania przez Przystępującego wyboru Wariantu 2, Konsorcjum w swojej Ofercie w Załączniku nr 3.4 „Część rysunkowa oferty” (stanowiącym Część Techniczną Oferty) załączyło rysunki - schematy, które nie są dostosowane do Wariantu 2 wybranego przez Konsorcjum i tym samym są niezgodne z wymaganiami SWZ – Załącznikiem nr 3.4 „Część rysunkowa Ofert”. Zdaniem Odwołującego Część Techniczna

oferty Konsorcjum składa się z przykładowych rysunków technicznych autorstwa Zamawiającego, stanowiących jedynie bazę pod rysunki techniczne dla Wariantu 1 lub obu Wariantów Przedmiotu Umowy, które winny zostać wykonane przez oferenta i załączone do oferty. Mając na uwadze, iż Część Techniczna oferty przygotowana przez Konsorcjum nie jest zgodna z SWZ, oferta winna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

Izba uznała, że z powyższym stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić. Na wstępie wymaga podkreślenia, że art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jest następcą prawnym art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) Oba przepisy regulują ten sam zakres przedmiotowy, różnią się jedynie nazewnictwem, na co wskazywała już Izba w wyroku o sygn. akt KIO 1995/21, podnosząc, że tożsamość obu norm powoduje aktualność myśli orzeczniczej wypracowanej pod rządami poprzedniej ustawy. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli aktualnie warunków zamówienia, to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia katalog potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa.

Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

Ponadto, uwzględniając art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dodatkowo, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poza wyjaśnianiem treści oferty na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty. Jediną możliwością korekty oferty wykonawcy jest art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, jednak pod pewnymi warunkami. Jak podkreśla orzecznictwo Izby i Trybunału Sprawiedliwości UE zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego ani oferenta (wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16).

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy stan faktyczny należy wskazać, że Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący oferuje wykonanie świadczenia określonego w SWZ w sposób odmienny niż wymagany przez Zamawiającego, nie podał też z którym konkretnie postanowieniem warunków zamówienia treść oferty Przystępującego jest niezgodna. Należy podkreślić, że bezsporna między stronami była okoliczność wskazania przez Przystępującego w formularzu ofertowym oraz w załączniku nr 3.1 „Dane techniczne IMS, urządzeń i instalacji” w tabeli nr 1 wykonanie przedmiotu zamówienia w Wariancie nr 2.

Ponadto, załączone do oferty rysunki nie stanowią dokumentacji projektowej, w oparciu o którą zostanie wykonana inwestycja, która będzie realizowana w formule „zaprojektuj i wybuduj”, co potwierdza chociażby pkt 3.1 SWZ, gdzie wskazano, że *w ramach Etapu 1 wymagane będzie wykonanie kompletnego Projektu podstawowego IMS i przyjęcie go przez Zamawiającego oraz wykonanie przez Wykonawcę dla IMS Projektu budowlanego oraz uzyskanie ostatecznej i prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę IMS wraz z wykonaniem kompletu wszystkich innych Prac niezbędnych do prawidłowej i kompletnej realizacji wskazanej Dokumentacji.*

Skład orzekający podziela również argumentację Przystępującego, że załączone do SWZ rysunki stanowiły wzory, które wykonawcy mogli wykorzystać do przygotowania oferty, w tym do uszczegółowienia zaproponowanych rozwiązań. Postanowienia SWZ nie zawierały jednocześnie instrukcji, że wykonawcy są zobowiązani przygotować własne rysunki, ani zakazu wykorzystania przez wykonawców wzorów rysunków załączonych do SWZ. Dodatkowo, Zamawiający wprost wskazał w pkt 12.4.7 SWZ, że wykonawcy są zobowiązani załączyć do oferty rysunki techniczne będące załącznikami do SWZ, co potwierdza, że jeśli wykonawca nie decyduje się na rozwiązania funkcjonalne inne niż przewidział Zamawiający, czy też nie decyduje się na uszczegółowienie zaakceptowanych rozwiązań, to nie tylko nie jest zobowiązany do zmiany wzorcowych rysunków Zamawiającego, ale również nie ma podstaw do ich zmiany.

Równocześnie jak słusznie zauważył Zamawiający, w Załączniku 3.4 SWZ wskazano, że w odniesieniu do uproszczonego schematu funkcjonalnego stopień szczegółowości rysunku ma być nie mniejszy niż pokazany na rysunku S-3.9, stanowiący wzór uproszczonego schematu funkcjonalnego, przygotowany przez Zamawiającego dla Wariantu nr 1 z sześcioma Zespołami Silników Gazowych. Powyższe odesłanie rzeczywiście mogło wprowadzić w błąd wykonawcę i zasugerować, że uproszczony schemat funkcjonalny musi odpowiadać wzorcowemu schematowi dla Wariantu nr 1 z sześcioma silnikami.

W odniesieniu do pozostałych rysunków należy wskazać, że Zamawiający nie przewidział odrębnych rysunków dla Wariantu nr 1 oraz Wariantu nr 2 w tym zakresie. Przystępujący złożył schemat zasilania układu elektrycznego IMS, schemat Rozdzielniczy RNN-4 IMS oraz schemat Połączeń Komunikacyjnych IMS zgodny ze wzorem

przedstawionym przez Zamawiającego. W odniesieniu do uproszczonego schematu technologicznego Zamawiający przygotował jeden wzór dla obu Wariantów z naniesioną informacją "Zespoły Silników Gazowych 6 x 2MW lub 3 x 4MW" w odpowiednim miejscu rysunku. Niemniej sam rysunek jest taki sam dla Wariantu nr 1, jak i Wariantu nr 2. Tym samym pozostawienie przez Przystępującego w opisie wskazanego zdania, przy jednoczesnym wskazaniu w formularzu ofertowym Wariantu nr 2, nie ma znaczenia dla oceny zaoferowanego przez Przystępującego zakresu i sposobu realizacji zamówienia.

Reasumując, Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp za niezasadny. W konsekwencji powyższego nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp dotyczący przestrzegania podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dalszej kolejności Izba uznała, że nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny istotnej części składowej oferty. Odwołujący podnosił, że część składowa oferowanej przez Przystępującego ceny w postaci wynagrodzenia za przekazanie (udzielenie) Zamawiającemu licencji do korzystania z oprogramowania komputerowego i systemowego dotyczącego przedmiotu umowy, jest rażąco niska. Dlatego też Zamawiający winien wezwać wykonawcę do wyjaśnień w powyższym zakresie.

Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał wyodrębnienia cen ryczałtowych za wskazane w formularzu ofertowym pozycje, m.in. za przekazane (udzielone) Zamawiającemu przez Wykonawcę licencje do korzystania z oprogramowania komputerowego i systemowego. Przystępujący zaoferował zrealizowanie zamówienia za łączną cenę 98.547.000,00 zł netto (kwota ta przekracza budżet Zamawiającego), zaś część wynagrodzenia za przekazane Zamawiającemu licencje do korzystania z oprogramowania komputerowego i systemowego wycenił na kwotę 48.000,00 zł netto, co stanowi 0,049 % ceny netto jego oferty. Przyjmując natomiast wyliczenia Odwołującego, który w odwołaniu podnosił, że wartość wynagrodzenia za przeniesienie licencji wynosi 780.000,00 zł, część ta stanowi 0,79% ceny netto oferty Przystępującego.

Z uwagi na wyodrębnienie elementów składających się na cenę ryczałtową, należy uznać, że co do zasady pozycje ujęte w formularzu ofertowym mogą być przedmiotem badania pod kątem rzetelności ich wyceny. Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp dopuszcza bowiem badanie nie tylko całkowitej ceny oferty, ale także jej istotnych części składowych, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z

wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W takiej sytuacji zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Niemniej, aby można było badać części składowe ceny oferty należy ustalić czy mają one charakter istotny. Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu, należy wykazać, że jej zniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty.

Zdaniem składu orzekającego, w niniejszym postępowaniu udział procentowy wartości licencji w odniesieniu do całkowitej ceny Przystępującego nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia kalkulacji całkowitej ceny ofertowej, a zatem jej ewentualne zniżenie nie może skutkować wezwaniem do wyjaśnień, a w konsekwencji odrzuceniem oferty. Niezależnie od powyższych ustaleń, należy wskazać, że Odwołujący nie wykazał, aby zaoferowana przez Przystępującego cena była nierealistyczna i nie pokrywała kosztów wykonania zamówienia. Natomiast samo porównanie zaoferowanej przez Odwołującego i Przystępującego ceny z tytułu udzielenia licencji do oprogramowania nie dowodzi, że za zaoferowaną cenę Przystępujący nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia.

Z tych względów Izba uznała, że Zamawiający nie był zobowiązany do wzywania Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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: