

Warszawa, 28 lutego 2023 r.

Do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący:**INERGIS S.A.**

ul. Kisielewskiego 18/28B, 42-215 Częstochowa

KRS 0000387233

reprezentowana przez:

r.pr. Dariusza Ziemińskiego, r.pr. Krzysztofa Mikoda

Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy

Plac Konesera 6/B4, 03-736 Warszawa

e-mail do korespondencji: kmikoda@kzp.net.pl**Zamawiający:**

Gmina Niepołomice

Pl. Zwycięstwa 13

32-005 Niepołomice

Tel.: 12 250-94-04

Adres poczty elektronicznej: czeslaw.nowak@niepolomice.eu

Adres strony internetowej prowadzonego postępowania oraz strony, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem: www.niepolomice.eu; <https://e-propublico.pl>

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowy bez negocjacji pn. **„Realizacja przedsięwzięć niskoemisyjnych budynków jednorodzinnych w ramach programu STOP SMOG dla Gminy Niepołomice - Etap II”**, znak sprawy: **ZP.271.2.2023, część (zadanie) nr 3: Wymiana kotłów na kotły gazowe w czterdziestu dwóch budynkach na terenie Gminy Niepołomice** (dalej „postępowanie”).

1. Na podstawie art. 505 i 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2021.1129 t.j. z dnia 2021.06.24), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, w imieniu wykonawcy **INERGIS S.A.** z siedzibą w Częstochowie, zwanym dalej „*Odwołującym*”, działając na podstawie załączonego pełnomocnictwa, wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

- a) badania i oceny złożonych ofert;

- b) odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp;
 - c) braku podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego;
 - d) czynności uznania oferty wykonawcy Levada Sp. z o.o., ul. Lindego 17, 30-148 Kraków (dalej „Levada”), za najkorzystniejszą ofertę;
 - e) czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp;
 - f) zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.
2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 stycznia 2023 pod numerem 2023/BZP 00051143/01.
3. Przedmiotem zamówienia jest Realizacja przedsięwzięć niskoemisyjnych budynków jednorodzinnych w ramach programu STOP SMOG dla Gminy Niepołomice - Etap II. Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Niniejsze odwołanie dotyczy części (zadania) nr 3: Wymiana kotłów na kotły gazowe w czterdziestu dwóch budynkach na terenie Gminy Niepołomice.
4. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący stawia następujące zarzuty:
- a) zarzut naruszenia **art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp** w zw. z naruszeniem **art. 253 ust. 1 ustawy Pzp** w związku z **art. 226 ustawy Pzp** poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego i ograniczenie się wyłącznie do podania uzasadnienia prawnego, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
 - b) zarzut naruszenia **art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp** w zw. z naruszeniem **art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp** w związku z **art. 226 ustawy Pzp** poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo, że nie zawiera ona żadnych błędów w obliczeniu ceny ani kosztu, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
 - c) zarzut naruszenia **art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp** w zw. z naruszeniem **art. 255 pkt 3 ustawy Pzp** w związku z **art. 226 ustawy Pzp** poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, że oferta wykonawcy Levada Sp. z o.o., ul. Lindego 17, 30-148 Kraków (dalej „Levada”) nie jest najkorzystniejszą ofertą, a zatem to, że cena tej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie uprawniało i nie uprawnia Zamawiającego do unieważnienia postępowania;
 - d) zarzut naruszenia **art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp** w zw. z naruszeniem **art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez bezpodstawne uznanie oferty wykonawcy Levada za najkorzystniejszą ofertę, mimo że oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.
5. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:
- a) unieważnił czynność unieważnienia postępowania,
 - b) unieważnił czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
 - c) dokonał ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

d) dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

6. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia w części (zadaniu) nr 3: Wymiana kotłów na kotły gazowe w czterdziestu dwóch budynkach na terenie Gminy Niepołomice.

Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to nie dokonałby odrzucenia oferty Odwołującego, co skutkowałoby uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w części (zadaniu) nr 3 przez Odwołującego, którego oferta, gdyby nie została odrzucona, zajęłaby pierwsze miejsce w klasyfikacji ofert, przed ofertą wykonawcy Levada

Ponadto, gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to nie dokonałby unieważnienia postępowania, gdyż oferta Odwołującego jest tańsza niż oferta wykonawcy Levada, a oferta wykonawcy Levada nie jest ofertą najkorzystniejszą ani ofertą z najniższą ceną.

Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

7. Zamawiający w dniu **23 lutego 2023 r.** drogą elektroniczną zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego. Następnie w dniu **28 lutego 2023 r.** Zamawiający drogą elektroniczną zawiadomił o unieważnieniu postępowania. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu **28 lutego 2023 r.**, co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp i wniósł odwołanie w terminie.

8. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

I **Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 253 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 226 ustawy Pzp poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego i ograniczenie się wyłącznie do podania uzasadnienia prawnego, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz oдноśnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w związku z art. 226 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez**

Odwołującego, pomimo, że nie zawiera ona żadnych błędów w obliczeniu ceny ani kosztu, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stwierdzić należy, co następuje.

1. Zgodnie z pkt 16.3. SWZ „Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami.” Zamawiający jednym z załączników do SWZ uczynił formularz cenowy - załącznik do formularza oferty (czyli Załącznik nr 1.2. do SWZ). W formularz cenowy, osobno dla każdej części (zadania), Zamawiający zażądał podania szeregu odrębnych cen ryczałtowych dla realizacji poszczególnych przedsięwzięć niskoemisyjnych budynków jednorodzinnych. W przypadku części (zadania) nr 3 wykonawcy mieli podać 42 odrębne ceny ryczałtowe (brutto) wraz z cenami netto i kwotami podatku VAT. Suma ww. 42 odrębnych cen ryczałtowych (brutto) stanowił cenę ofertową ryczałtową, którą należało podać w formularzu oferty (Załącznik nr 1.3 do SWZ).

2. Odwołujący, stosownie do postanowień pkt 16.3. SWZ, złożył swoją ofertę na formularzu oferty (Załącznik nr 1.3 do SWZ), załączając do niego wypełniony formularz cenowy dotyczący części (zadania) nr 3. W formularzu cenowym Odwołujący podał 42 odrębne ceny ryczałtowe (brutto) wraz z cenami netto i kwotami podatku VAT – osobno dla realizacji poszczególnych przedsięwzięć niskoemisyjnych budynków jednorodzinnych w ramach części (zadania) nr 3.

3. Zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp:

1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że informacja o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, musi zawierać zarówno uzasadnienie prawne jak i uzasadnienie faktyczne. Żaden z tych elementów nie może zostać pominięty przez Zamawiającego.

4. Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odnośnie oferty złożonej przez Odwołującego podał następującą podstawę prawną i uzasadnienie odrzucenia:

„Art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu”

Uzasadnienie:

Zamawiający w SWZ, w punkcie 19.4 zobowiązał wykonawcę do: pkt. 19.4 SWZ „Wykonawca zobowiązany jest zastosować stawkę VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z 11 marca 2004 r o podatku od towarów i usług”.

W formularzu cenowym wykonawca, zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT.

Sąd Najwyższy wskazał, iż w przypadku braku określenia przez zamawiającego stawki VAT w SWZ, to obowiązek zamawiającego ogranicza się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy ma niewątpliwie

bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia."

Jak wynika z powyższego, podane przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego sprowadza się do:

- 1) przytoczenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp,
- 2) przytoczenia pkt 19.4 SWZ,
- 3) stwierdzenia, że: „*W formularzu cenowym wykonawca, zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT*”,
- 4) powołania się na bliżej nieokreślone stanowisko Sądu Najwyższego – Odwołujący przypuszcza, że chodzi tutaj o dwie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11 i III CZP 53/11.

Nie ma żadnych wątpliwości, że powyższe stwierdzenia Zamawiającego można uznać co najwyżej za uzasadnienie prawne odrzucenia oferty Odwołującego, natomiast nie stanowią one wymaganego przepisem art. 253 ust. 1 ustawy Pzp uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego. Zwłaszcza za wymagane uzasadnienie faktyczne nie sposób uznać zdawkowego stwierdzenia, że: „*W formularzu cenowym wykonawca, zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT*”. Odwołujący przypomina, że w formularzu cenowym podał 42 odrębne ceny ryczałtowe (brutto) wraz z cenami netto i kwotami podatku VAT, osobno dla realizacji poszczególnych przedsięwzięć niskoemisyjnych budynków jednorodzinnych w ramach części (zadania) nr 3, oraz sumę ww. odrębnych cen ryczałtowych, stanowiącą cenę ofertową ryczałtową. Ze skrajnie lakonicznego i enigmatycznego stwierdzenia Zamawiającego nie wynika natomiast, czy twierdzenia o nieprawidłowej stawce podatku VAT dotyczą wszystkich 42 odrębnych cen ryczałtowych (brutto) czy może tylko niektórych z nich, przy czym nie wiadomo których konkretnie, czy może również (albo wyłącznie) sumy cen ryczałtowych, stanowiącej cenę ofertową ryczałtową. Na podstawie podanego przez Zamawiającego uzasadnienia nie sposób też stwierdzić na czym konkretnie miałyby polegać zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT: czy chodzi o bezpodstawne przyjęcie stawki obniżonej (preferencyjne), czy może o wadliwe zastosowanie stawki podstawowej czy jeszcze o coś innego. Podsumowując, podane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne, sprowadzające się do jedno zdania, w rzeczywistości nie jest żadnym uzasadnieniem, niczego bowiem nie wyjaśnia ani nie tłumaczy. Odwołujący na podstawie tego jednego zdania w żaden sposób nie jest w stanie stwierdzić gdzie konkretnie w formularzu cenowym zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT ani na czym ta rzekoma nieprawidłowość polegała.

5. Wadliwość uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego jest tym bardziej rażąca, że Zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę, iż lakoniczne stwierdzenie o zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT w formularzu cenowym jest absolutnie niewystarczające. Mianowicie, uzasadniając odrzucenie oferty wykonawcy GIPS-BUD SP. Z O.O., złożonej w części (zadaniu) nr 1, Zamawiający wskazał, że: „*W formularzu cenowy wykonawca przy obliczaniu ceny zastosował nieprawidłową 23% stawkę podatku VAT, a zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z 11 marca 2004 r o podatku od towarów i usług art. 41 ust. 12, stawka wynosi 8%.*” Z

kolei uzasadniając odrzucenie oferty wykonawcy ARSBUD Wojciech Róg, złożonej w części (zadaniu) nr 3, Zamawiający wskazał, że: „W formularzu cenowym wykonawca, w pozycji 3.1 zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT.” W przypadku uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego takich informacji zabrakło. Odwołujący z treści uzasadnienia odrzucenia jego oferty w żaden sposób nie może się dowiedzieć gdzie konkretnie Zamawiający stwierdził zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT w formularzu cenowym i na czym konkretnie miałyby ono polegać.

6. Odwołujący wskazuje również, że Zamawiający jest związany treścią przedstawionego Odwołującemu w dniu 23 lutego 2023 r. uzasadnienia odrzucenia oferty. Zamawiający, przekazując wykonawcom informacje w zakresie określonym w art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany jest bowiem podać uzasadnienie faktyczne i prawne dla poszczególnych dokonanych czynności. W informacji tej powinny być zatem wskazane okoliczności faktyczne i podstawa prawna dokonanych czynności, tj. w zakresie odrzucenia oferty, uzasadniające prawidłowość podjęcia tych czynności. Wszystkie informacje o podstawach czynności Zamawiającego Odwołujący powinien uzyskać z zawiadomienia wymaganego w art. 253 ust. 1 ustawy Pzp. Dopełnienie tego obowiązku ma istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji ogólnych zasad prowadzenia postępowania, w szczególności zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale również prawa do korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Wskazanie podstawy prawnej i przyczyn faktycznych podjętych czynności warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Nie ma żadnych wątpliwości, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego powyższych warunków nie spełnia.

Odwołujący za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2022 r., sygn. akt KIO 2522/22, wskazuje, że: „(...) sporządzenie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty jest obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny leży u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny Zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych uchybień ustosunkować. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego, nie może polegać na badaniu istnienia powodów do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, ale także nie może polegać na poszukiwaniu i domniemywaniu przyczyn, które leży u podstaw decyzji Zamawiającego.”

Powyższe stanowisko Izby w całej rozciągłości stosuje się w niniejszej sprawie, przesądzając o konieczności uwzględnienia zarzutów odwołania.

7. Odwołujący przyjmuje jako własne stanowisko Izby zawarte w wyroku z dnia 19 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1783/22, zgodnie z którym: „Brak podania wymaganego uzasadnienia może stanowić podstawę samodzielnego zarzutu w odwołaniu. Naruszenie to może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i tym samym prowadzić do uwzględnienia odwołania (art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP). Tylko bowiem w sytuacji poinformowania wykonawcy o przyczynach faktycznych i podstawie prawnej dokonanych czynności możliwe jest wniesienie przez niego odwołania od czynności lub zaniechań związanych z wyborem lub odrzuceniem

oferty, a także sprostanie ciężarowi dowodowemu przez odwołującego, zgodnie z art. 534 ust. 1 PZP (por. Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, za Legalis).

Rolę instytucji uzasadnienia czynności odrzucenia oferty i jej ścisły związek z prawem do wniesienia odwołania akcentuje się także w orzecznictwie Izby. Zamawiający poza podaniem podstawy prawnej czynności odrzucenia oferty odwołującego powinien w sposób maksymalnie precyzyjny uzasadnić faktyczne podstawy takiej czynności. Zamawiający ma obowiązek szczegółowego wskazania, jakie okoliczności stanowiły podstawę do przyjęcia, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Wszelkiego rodzaju wady, błędy, nieścisłości oferty należy skonfrontować z dokumentami zamówienia, do których referuje przecież czynność zamawiającego. Prawidłowe porównanie, daje dopiero możliwość wykonawcy na ocenę prawidłowości czynności zamawiającego i podjęcie określonych działań, w tym skorzystanie ze środków ochrony prawnej (por. wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3801/21)."

Jest poza sporem, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie odpowiada w jakimkolwiek zakresie przywołanym wyżej wymogom.

8. Odwołujący podkreśla ponadto, że niedopuszczalne jest rozszerzanie przez Zamawiającego okoliczności faktycznych, uzasadniających podjęcie w postępowaniu określonych czynności, zwłaszcza odrzucenia oferty, dopiero na rozprawie przed KIO. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba jest bowiem związana zarzutami odwołania, a te determinowane są zakresem uzasadnienia wskazanego w informacji, przekazywanej na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy Pzp (por. wyrok KIO z 27 lipca 2021 r., KIO 1672/21; wyrok KIO z 27 marca 2019 r., KIO 420/19; wyrok KIO z 11 lipca 2017 r., KIO 1290/17; wyrok KIO z 2 sierpnia 2016 r., KIO 1346/16).

Trzeba też podkreślić, że stanowisko Izby, dotyczące związania Zamawiającego informacjami zakomunikowanymi wykonawcom w ramach uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferta oraz braku możliwości ich uzupełnienia na etapie postępowania odwoławczego, nie uległo zmianie po wejściu w życie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp. Tytułem przykładu Odwołujący wskazuje wyrok Izby z 12 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1084/22, przyjmując wyrażone w nim stanowisko Izby jako własne: „W pierwszej kolejności podkreślić należy, że zasadność czynności odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przepis ten stanowi realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji i nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Ma to doniosłe znaczenie uwzględniając okoliczność, że na podstawie informacji przekazanej zgodnie z ww. przepisem wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wobec tego wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień odnieść. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność

odrzućcenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Z tych względów ocena kwestionowanej czynności Zamawiającego dokonywana przez Izbę nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.”

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący już teraz wnosi, na wypadek gdyby Zamawiający na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą chciał rozbudowywać przedstawione Odwołującemu w dniu 23 lutego 2023 r. uzasadnienie odrzucenia jego oferty, o pominięcie takiej argumentacji jako oczywiście spóźnionej i niedopuszczalnej.

9. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w związku z art. 226 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo, że nie zawiera ona żadnych błędów w obliczeniu ceny ani kosztu, jest oczywistą konsekwencją zarzutu braku podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego i ograniczenia się wyłącznie do podania uzasadnienia prawnego. Skrajna lakoniczność stwierdzenia Zamawiającego o zastosowaniu rzekomo nieprawidłowej stawki podatku VAT w formularzu cenowym uniemożliwia Odwołującemu jakąkolwiek pogłębioną kontrargumentację. Odwołujący może zatem jedynie oświadczyć, że wbrew głosłownemu twierdzeniu Zamawiającego Odwołujący w formularzu cenowym zastosował wyłącznie prawidłowe stawki podatku VAT. Tym samym odrzucenie oferty Odwołującego było wadliwe i bezpodstawne.

II Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 226 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, że oferta wykonawcy Levada nie jest najkorzystniejszą ofertą, a zatem to, że cena tej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie uprawniało i nie uprawnia Zamawiającego do unieważnienia postępowania, stwierdzić należy, co następuje.

1. Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z 28 lutego 2023 r. przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia:

„Uzasadnienie prawne: art. 255 pkt. 3 ustawy Pzp „cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”

Uzasadnienie faktyczne:

W postępowaniu na Realizację przedsięwzięć nisko-emisyjnych budynków jednorodzinnych w ramach programu STOP SMOG dla Gminy Niepołomice - Etap II, część 3 zamówienia - „Wymiana kotłów na kotły gazowe w czterdziestu dwóch budynkach na terenie Gminy Niepołomice”, Zamawiający zamierzał przeznaczyć kwotę 1 515 723,20 zł brutto.

Cena najkorzystniejszej oferty wynosi 2 088 000,00 zł brutto.

Wobec braku możliwości zwiększenia przeznaczonej kwoty o 572 276,80 zł. brutto, Zamawiający postanawia unieważnić postępowanie dla tego zadania.”

Odwołujący wyjaśnia, że ofertę z ceną wynoszącą 2 088 000,00 zł brutto w części (zadaniu) nr 3 złożył wykonawca Levada. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Levada za najkorzystniejszą. Tym samym podstawą faktyczną unieważnienia postępowania jest to, że w ocenie Zamawiającego ofertę najkorzystniejszą złożył

wykonawca Levada, a cena tej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający wskazał też, że nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty, czyli do ceny zaoferowanej przez wykonawcę Levada.

2. Odwołujący wskazuje, że w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, tj.:

1) - Cena – waga 60 %,

2) - Okres gwarancji i rękojmi – waga 40 %,

to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż powinna otrzymać łącznie więcej punktów niż oferta wykonawcy Levada, tj. powinna otrzymać łącznie **83,41 pkt.** Na powyższą liczbę punktów składa się:

1) 43,41 pkt w kryterium Cena, obliczonych zgodnie ze wzorem podanym w pkt 20.2. SWZ:

*„Liczba punktów = (Cmin/Cof) * 100 * waga*

gdzie:

- Cmin - najniższa cena spośród wszystkich ofert

- Cof - cena podana w ofercie”

Najniższa cena spośród wszystkich ofert w części (zadaniu) nr 3 to cena zaoferowana przez wykonawcę MERKURY MR Development Poland, ul. Składowa 28, 30-10 Kraków. Podstawiając ww. cenę oraz cenę zaoferowaną przez Odwołującego do powyższego wzoru otrzymujemy zatem:

$(1\,276\,560,00 / 1\,764\,412,31) \times 100 \times 60\% = 43,41$;

2) 40 pkt w kryterium Okres gwarancji i rękojmi, ponieważ Odwołujący zaoferował okres rękojmi i gwarancji dłuższy o 4 kwartały, czyli maksymalnie wydłużony, gdyż zgodnie z pkt 20.2. SWZ: *„Wykonawca otrzyma dodatkowy punkt za każdy okres dłuższy o kwartał jednak nie więcej niż 4 kwartały.”*

Oferta wykonawcy Levada winna natomiast otrzymać łącznie **76,68 pkt**, w tym:

1) 36,68 pkt w kryterium Cena, obliczonych zgodnie ze wzorem podanym w pkt 20.2. SWZ:

*„Liczba punktów = (Cmin/Cof) * 100 * waga*

gdzie:

- Cmin - najniższa cena spośród wszystkich ofert

- Cof - cena podana w ofercie”

Najniższa cena spośród wszystkich ofert w części (zadaniu) nr 3 to cena zaoferowana przez wykonawcę MERKURY MR Development Poland, ul. Składowa 28, 30-10 Kraków. Podstawiając ww. cenę oraz cenę zaoferowaną przez wykonawcę Levada do powyższego wzoru otrzymujemy zatem:

$(1\,276\,560,00 / 2\,088\,000,00) \times 100 \times 60\% = 36,68$;

2) 40 pkt w kryterium Okres gwarancji i rękojmi, ponieważ wykonawca Levada zaoferował okres rękojmi i gwarancji dłuższy o 4 kwartały, czyli maksymalnie wydłużony, gdyż zgodnie z pkt 20.2. SWZ: *„Wykonawca otrzyma dodatkowy punkt za każdy okres dłuższy o kwartał jednak nie więcej niż 4 kwartały.”*

3. Tym samym, skoro ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący, a nie wykonawca Levada, okoliczność, że cena oferty wykonawcy Levada przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny zaoferowanej przez wykonawcę Levada, nie jest i nie może być podstawą do unieważnienia postępowania. Zgodnie bowiem z literalnym brzmieniem art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, dopiero sytuacja, w której cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę,

którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, potencjalnie uprawnia zamawiającego do unieważnienia postępowania. Cena oferty wykonawcy Levada nie jest natomiast ani ceną najkorzystniejszej oferty, ani najniższą ceną.

Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że cena jego oferty jest niższa od ceny zaoferowanej przez wykonawcę Levada o ponad 320 tys. złotych. Zatem wskazany przez Zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania brak możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia o 572 276,80 zł brutto nie jest żadnym argumentem ani przeszkodą do dokonania wyboru oferty Odwołującego.

IV Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie oferty wykonawcy Levada za najkorzystniejszą ofertę, mimo że oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości, stwierdzić należy, co następuje.

1. Odnośnie powyższego zarzutu, jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza: „Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp [obecnie – art. 16 ust. 1 ustawy Pzp] mają charakter niesamoistny, gdyż sprowadza się do wskazania, że do naruszenia tych przepisów doszło w związku z innymi podniesionymi zarzutami. Oznacza to, że zarzuty te nie wymagały odrębnego rozpoznania, gdyż nie wskazują żadnych odrębnych okoliczności” (wyrok z dnia 07 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1573/15). **Zaś zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, również nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert.** Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej w uzasadnieniu odwołania oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz – po przeprowadzeniu ponownego badania, uwzględniającego ofertę Odwołującego – dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego.

2. W niniejszej sprawie Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, bezpodstawnie uznał ofertę wykonawcy Levada za najkorzystniejszą, mimo że oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a w rezultacie bezprawnie unieważnił postępowanie. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Oferta Odwołującego przedstawia bowiem najkorzystniejszy bilans ceny oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia, co zostało wykazane powyżej.

3. Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, zaś zgodnie z ust. 2 powołanego przepisu najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, brak jest jakichkolwiek podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający jako

najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w *petitum*.

Z poważaniem

r.pr Dariusz Ziemiński

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości
2. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
3. odpis z KRS dla Odwołującego
4. pełnomocnictwo do wniesienia odwołania wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej