Sygn. akt: KIO 2659/21

WYROK

z dnia 29 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2021 r. przez wykonawcę Konwerga Sp. z o.o., ul. Janikowska 21, 61-070 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Lubin, ul. Kilińskiego 10, 59-300 Lubin

przy udziale wykonawcy Produs S.A., ul. Bystrzycka 69c, 54-215 Wrocław, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1

pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) w części dotyczącej niezgodności pozycji 9, 50, 144, 187 i 248 Kosztorysu ofertowego wykonawcy Produs S.A., ul. Bystrzycka 69c, 54-215 Wrocław z opisem tych pozycji w Przedmiarze robót, stanowiącym Załącznik nr 7 do Specyfikacji Warunków

Zamówienia co do wskazania jednostki „1 szt." zamiast „1 kpl" i nakazuje zamawiającemu

unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienie czynności badania i oceny oferty wykonawcy Produs S.A., ul. Bystrzycka 69c, 54-215 Wrocław pod kątem dopuszczalności dokonania poprawy tych niezgodności, oddala odwołanie

w pozostałym zakresie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Konwerga Sp. z o.o., ul. Janikowska 21, 61-070 Poznań i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Konwerga Sp. z o.o., ul. Janikowska 21, 61-070 Poznań tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 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: .....

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie podstawowym na „Budowę bezobsługowego systemu monitoringu miejskiego dla miasta Lubina - etap IV' przez Gminę Miejską Lubin, ul. Kilińskiego 10, 59-300 Lubin (dalej „zamawiający") wykonawca Konwerga Sp. z o.o., ul. Janikowska 21, 61-070 Poznań (dalej „odwołujący") złożył odwołanie wobec:

1. zaniechania odrzucenia oferty PRODUS S.A., ul. Bystrzycka 69C, 54-215 Wrocław

(dalej „PRODUS"),

2. wyboru oferty złożonej przez wykonawcę PRODUS jako najkorzystniejszej,

3. odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z SWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp"]:

1. art. 16 pkt 1 w związku z art. 226 pkt 5, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

PRODUS, pomimo, że jej treść nie odpowiada SWZ,

2. art. 239 ust. 1, poprzez dokonanie wyboru oferty PRODUS podlegającej odrzuceniu,

3. art. 223 ust.1, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oświadczenia zawartego w formularzu oferty w pkt. 16.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty PRODUS,

2. odrzucenia oferty PRODUS jako niezgodnej z SWZ,

3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

4. powtórzenia czynności badania ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty PRODUS odwołujący wskazał, że obowiązkiem wykonawcy było złożenie wraz z ofertą (rozdział VI SWZ pkt 1 lit. g) „Kosztorysu ofertowego opracowanego na podstawie załączonego przedmiaru robót" stanowiącego Załącznik nr 7 do SWZ oraz, że w rozdziale XV SWZ ust. 2 zamawiający zapisał: „W cenie oferty należy ująć wszystkie roboty budowlane, dostawy i usługi niezbędne do wykonania przedmiotu umowy wynikające z zakresu zamówienia, które należy wycenić za pomocą dostępnych pozycji przedmiarowych.'', a w rozdziale XV SWZ ust.7: „Cenę oferty netto na formularzu oferty należy obliczyć jako sumę cen netto wszystkich pozycji wynikających z kosztorysu ofertowego".

Na powyższej podstawie stwierdził, że zamawiający w sposób jednoznaczny określił,

w jaki sposób należy wycenić przedmiot zamówienia, i że nie dopuszcza żadnych odstępstw od wymagań zwartych w SWZ.

Przywołał fragment orzeczenia KIO 426/16 zgodnie, z którym: „Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sadów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz

zobowiązania oferowanego w ofercie;" [...] Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w danym postępowaniu dotyczących przedmiotu oferty oraz informacji w ofercie podawanych. Ogólnie wskazać w tym zakresie należy, podzielając stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 701 § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postepowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim świadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ i po otwarciu ofert zmawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić. Natomiast ww. warunki winny być interpretowane w miarę możliwości literalnie i ściśle - stanowi to gwarancję pewności obrotu i przez ograniczenie uznaniowości Zamawiającego warunek realizacji zasady równego traktowania wykonawców. Przy czym w świetle ustalonego orzecznictwa, z niejasnych postanowień SIWZ nie należy wyciągać negatywnych konsekwencji dla wykonawców."

Odwołujący podał, że PRODUS złożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy, podnosząc że zawiera on błędy w stosunku do Załącznika nr 7 do SWZ, tj.:

1. Pozycja 113.

Jest opis: „Montaż elementów systemu telewizji użytkowej - kamera TVU zewnętrzna

- wieloobiektywowa szt. 1"

Powinno być: „Montaż elementów systemu telewizji użytkowej - kamera TVU zewnętrzna - typu fisheye szt. 1„

2. Pozycje: 9, 50, 144, 187, 248 dla opisu: Montaż elementów systemu telewizji użytkowej - nadajnik/odbiornik transmisji światłowodowej sygnałów video - zawiera błędne oznaczenie jednostki.

Jest: 1 szt., powinno być: 1 kpl.

Odwołujący wskazał, że w kosztorysie PRODUS w poz.113 znalazła się kamera TVU zewnętrzna wieloobiektywowa, która - w ocenie odwołującego - nie jest elementem tego postępowania wobec czego w kosztorysie PRODUS brakuje pozycji do wyceny - kamery TVU typu fisheye.

Stwierdził, że kamera wieloobiektywowa stanowi całkowicie inną konstrukcję i cechuje się innymi właściwościami, a oferta PRODUS nie zawiera wykazania równoważności zaoferowanego produktu.

Podkreślił, że niezgodność dotyczącą pkt. 2 dostrzegł zamawiający u innego oferenta

- NEO TECHNIK Sp. z o.o. z Wrocławia i w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 03.09.2021r. wskazał to jako błąd w ofercie, co stało się jednym z powodów odrzucenia oferty tego wykonawcy z postępowania (Oferta 2, pkt 11).

Skoro niezgodności w kosztorysie NEO TECHNIK Sp. z o.o. były podstawą do odrzucenia, wywodził odwołujący, to te same powody powinny mieć taki sam skutek dla pozostałych uczestników postępowania.

Podniósł również, że brak pozycji w kosztorysie elementu, który jest niezbędny do wykonania zamówienia powinien także prowadzić do odrzucenia oferty PRODUS na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego podał, że wypełnił formularz ofertowy, w którym w pkt. 16 wskazał, iż zamierza powierzyć

podwykonawcom wykonanie prac budowlanych i instalacyjnych, a nadto, że zdaniem zamawiającego naruszył tym zapisy SWZ pkt 1 Rozdziału VII, w których zamawiający przewidział zastrzeżenie osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących realizacji przedmiotowego zamówienia, tj. „montaż elementów aktywnych oraz kamer monitoringu, konfiguracja urządzeń".

Uzupełnił, że zamawiający argumentował swoją decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego, bazując na definicji słowa „montaż" jakie funkcjonuje w internetowych słownikach języka polskiego https://sjp.pl, https://sjp.pwn.pl.

Stwierdził, że wobec jednego ze znaczeń słowa „montaż", którym jest także „zakładanie, instalowanie urządzeń technicznych", to należy rozumieć „montaż elementów aktywnych oraz kamer".

Podkreślił, że zamawiający zastrzegł montaż tylko wybranych elementów, a nie prace montażowe w ogólności z związku z czym nie wykluczył możliwości powierzenia podwykonawcy wszelkich innych prac montażowych i instalacyjnych. Zwrócił uwagę, iż słowa „montaż,, i „instalacja" nie są synonimami, a nadto, że w formularzu ofertowym w pkt.13 oświadczył, iż w celu spełnienia warunków udziału nie polega na zdolnościach innych podmiotów, ponieważ sam zamierzał wykonać prace dotyczące części aktywnej.

Zdaniem odwołującego zamawiający posunął się do daleko idącej nadinterpretacji słowa „instalacja" oraz zaniechał prawa do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 223 ust.1 ustawy Pzp.

Oświadczył, że wypełniając formularz ofertowy w pkt. 16 miał na celu powierzenie podwykonawcy prac budowlanych i instalacyjnych w ramach sieci pasywnej.

Wskazał, że w zakresie zamówienia jest cały szereg prac instalacyjnych składających się na budowę instalacji elektrycznych i światłowodowych takich jak np. układanie kabli elektrycznych i światłowodowych, montaż szafek instalacyjnych i ich wyposażanie (np. w listwy montażowe, rozdzielnice, panele), doprowadzanie okablowania z szafki do miejsca instalacji kamer. Oświadczył, że wszelkie elementy związane z częścią sieci aktywnej zamierzał wykonać osobiście, co też oświadczył w pkt. 13 formularza ofertowego i mógłby to udowodnić, gdyby został wezwany do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentacji w postaci Załącznika nr 6 - Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia, a także zakresu wykonywanych czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami.

Stwierdził, że odrzucenie oferty jest działaniem, które powinno być podejmowane w ostateczności, w szczególności, gdy dopiero wskutek wiedzy własnej zamawiającego lub uzyskanych wyjaśnień nie jest możliwe uznanie jej treści za zgodną z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie odwołującego nawet jeśli dana oferta literalnie nie odpowiada wszystkim formalnym wymaganiom specyfikacji, to nie upoważnia to zamawiającego do automatycznego odrzucenia oferty danego wykonawcy.

Zdaniem odwołującego w zaistniałym stanie faktycznym brak jest podstaw do twierdzenia, że uzyskane przez zamawiającego od odwołującego wyjaśnienia treści oferty mogłyby doprowadzić do uzupełnienia oferty o całkowicie nowe treści, które nie zostały w niej zawarte, czy wręcz do wytworzenia całkowicie nowego oświadczenia.

Uznał, że jego intencje zawarte w oświadczeniach były jednoznaczne, a niezgodność która wystąpiła według zamawiającego powstała tylko i wyłącznie w wyniku błędnej interpretacji zamawiającego i niewykorzystania przyznanych zamawiającemu na mocy art. 223 ust.1 uprawnień.

Stanął na stanowisku, że postępowanie zamawiającego stanowi przykład skrajnego formalizmu, nie znajdującego oparcia ani w przepisach ustawy Pzp, ani w funkcjonującej praktyce i jest zaprzeczeniem podkreślanej przez TSUE zasady „dobrej administracji" oraz idei, jaka przyświecała ustawodawcy przy wprowadzaniu aktualnego brzmienia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, którą było wyeliminowanie możliwości odrzucania korzystnych ofert obarczonych nieistotnymi omyłkami, bądź nieprecyzyjnymi opisami.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD-R) przy piśmie z dnia 15 września 2021 r. (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2021 r.) - dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, odwołania,

„Odpowiedzi na odwołanie” - pismo zamawiającego z dnia 17 września 2021 r., pisma przystępującego z dnia 28 października 2021 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1 w związku z art. 226 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SWZ potwierdził się w części dotyczącej niezgodności pozycji 9, 50, 144, 187 i 248 Kosztorysu ofertowego przystępującego z opisem tych pozycji w Przedmiarze robót, stanowiącym Załącznik nr 7 do SWZ co do wskazania jednostki „1 szt.” zamiast „1 kpl”, nie potwierdził się w części dotyczącej niezgodności pozycji 113 Kosztorysu ofertowego przystępującego z opisem tej pozycji w Przedmiarze robót, stanowiącym Załącznik nr 7 do SWZ.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Przedmiarze robót, stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ w pozycjach 9, 50, 144, 187, 248 odnoszących się do „Montażu elementów systemu telewizji użytkowej - nadajnik/odbiornik transmisji sygnałów video” zamawiający, w kolumnie wskazującej jednostki miary, podał każdorazowo „kpl”, zaś w kolumnie wskazującej ilość jednostek, wskazał każdorazowo „1”

W pozycji 113 ww. Przedmiaru robót zamawiający zawarł następujący jej opis: „Montaż elementów systemu telewizji użytkowej - kamera elementów systemu telewizji użytkowej - kamera TUV zewnętrzna - typu fisheye”

W złożonym przez przystępującego Kosztorysie ofertowym (wypełnionym Przedmiarze robót) wykonawca ten, w przypadku wszystkich ww. pozycji, wskazał, że oferuje „szt. 1”

Pismem z dnia 31 sierpnia 2021 r. zamawiający zawiadomił przystępującego, iż na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawia w złożonym przez przystępującego Kosztorysie ofertowym w pozycji 113 opis tej pozycji z „Montaż elementów systemu telewizji użytkowej - kamera elementów systemu telewizji użytkowej - kamera TUV zewnętrzna - wieloobiektywowa” na „Montaż elementów systemu telewizji użytkowej - kamera elementów systemu telewizji użytkowej - kamera TUV zewnętrzna - typu fisheye”

Pismem z dnia 31 sierpnia 2021 r. przystępujący oświadczył, że wyraża zgodę na poprawienie w jego ofercie tej omyłki.

Pismem z dnia 3 września 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 16 ustawy Pzp brzmi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

Zgodnie z przepisem art. 223 ust. 2 pkt 3 oraz ust. 2 ustawy Pzp „2. Zamawiający poprawia w ofercie: 1) (...), 2) (...), 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.” oraz „3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki. ”

Art. 226 pkt 5) ustawy Pzp brzmi zaś: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) „jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący twierdził, że w złożonym przez przystępującego Kosztorysie ofertowym (składającym się na treść oferty przystępującego) wystąpiła niezgodność z Przedmiarem robót (składającym się na treść SWZ) w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia w aspekcie jednostek miary. Zamawiający oczekiwał bowiem, w odniesieniu do pozycji 9, 50, 144, 187 i 248 kompletów, zaś przystępujący zaoferował sztuki.

Zamawiający nie wyjaśnił w SWZ jak na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć pojęcia „sztuka" i „komplet" toteż koniecznym jest sięgnięcie do sposobu ich rozumienia na gruncie języka polskiego.

W języku polskim wyraz „sztuka" to jedna, pojedyncza rzecz, jedno zwierzę, jednostka, egzemplarz, kawałek, część czegoś, podczas gdy „komplet" to zbiór, zespół przedmiotów (przyrządów, części, tomów itp.), elementów, stanowiących pewną całość należy wobec czego stwierdzić należy, że nie są to pojęcia tożsame. Przesądza to o niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SWZ.

Rację zatem należy przyznać odwołującemu co do tego, że w złożonej przez przystępującego ofercie (w Kosztorysie ofertowym) wystąpiła niezgodność z SWZ (Przedmiarem robót).

Jednocześnie jednak skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że niezgodność ta nie może automatycznie prowadzić do odrzucenia oferty przystępującego, jak oczekiwał tego odwołujący, formułując takie żądanie w pkt. II (str. 2 odwołania, specyfikacja żądań) - byłoby to przedwczesne, ponieważ ustawa Pzp przewiduje po stronie zamawiającego obowiązek [„Zamawiający poprawia w ofercie: (...)"] poprawy innych niż oczywiste omyłek, o ile nie powodują one istotnych zmian w treści ofercie. Obowiązkiem zatem zamawiającego jest zbadanie dopuszczalności dokonania w ofercie przystępującego poprawy ww. niezgodności z pozycji 9, 50, 144, 187, 248, co skład orzekający Izby (wobec faktu, że dotychczas zamawiający nie zbadał tej okoliczności) nakazał w sentencji wyroku, nakazując także unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący twierdził także, że w złożonym przez przystępującego Kosztorysie ofertowym (składającym się na treść oferty przystępującego) wystąpiła niezgodność z Przedmiarem robót (składającym się na treść SWZ) w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia w pozycji 113. Zamawiający oczekiwał bowiem „Montażu elementów systemu telewizji użytkowej - kamera elementów systemu telewizji użytkowej - kamera TUV zewnętrzna - typu fisheye", zaś przystępujący zaoferował „Montaż elementów systemu telewizji użytkowej - kamera elementów systemu telewizji użytkowej - kamera TUV zewnętrzna - wieloobiektywowa".

Poza sporem pozostał przy tym fakt, że kamera TUV zewnętrzna typu fisheye nie jest tożsama (nie ma parametrów) z kamerą TUV zewnętrzną wieloobiektywową.

Rację zatem należy przyznać odwołującemu co do tego, że w złożonej przez przystępującego ofercie w zakresie pozycji 113 (w Kosztorysie ofertowym) wystąpiła niezgodność z SWZ (Przedmiarem robót).

Odwołujący pominął jednak kluczowy fakt, że niezgodność ta została przez zamawiającego poprawiona (pismo zamawiającego i odpowiedź na nie przystępującego z 31 sierpnia 2021 r.) - zamawiający doprowadził do zgodności treści oferty przystępującego z treścią SWZ, stosując przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czego odwołujący w ogóle w odwołaniu nie kwestionował.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że o ile w Kosztorysie ofertowym przystępującego występowała niezgodność w pozycji 113 z SWZ co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia, to niezgodność ta została wyeliminowana, czyniąc ofertę przystępującego zgodną z SWZ.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut w tej części nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego podlegającej odrzuceniu nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Ustalenia składu orzekającego Izby poczynione w odniesieniu do zarzutu

poprzedniego pozostają aktualne.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że odrzucenie oferty przystępującego z powody niezgodności jej treści z treścią SWZ (w części dotyczącej niezgodności pozycji 9, 50, 144, 187 i 248 Kosztorysu ofertowego i Przedmiaru robót) ze względu na fakt, że zamawiający nie badał dotychczas dopuszczalności poprawy tych niezgodności na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp byłoby przedwczesne. Nie można obecnie stwierdzić, że oferta ta winna zostać odrzucona, a tym samym, że nie może być ofertą najkorzystniejszą.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oświadczenia zawartego w formularzu oferty w pkt. 16 nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W rozdziale VII SWZ „Podwykonawcy" zamawiający wskazał:

1. Zamawiający przewiduje na podstawie art. 121 ustawy zastrzeżenie osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań dotyczących realizacji przedmiotowego zamówienia tj. montaż elementów aktywnych oraz kamer monitoringu, konfiguracja urządzeń.

2. W przypadku powierzenia części zamówienia do realizacji podwykonawcy /podwykonawcom, Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, których wykonanie im powierzy, oraz podania nazwy firm/firmy podwykonawców jeżeli są już znani. Niniejszy obowiązek nie dotyczy powierzania wykonywania czynności w ramach postępowania likwidacyjnego, o którym mowa w art. 29 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 895),

Powyższą informację Wykonawca zamieszcza w formularzu oferty - Załącznik Nr 1 do SWZ."

W opracowanym przez zamawiającego wzorze Formularza ofertowego zamawiający przewidział złożenie przez wykonawcę oświadczenia: „Oświadczam, że wykonanie robót / usług / dostaw * objętych przedmiotem zamówienia:

a) zamierzam wykonać we własnym zakresie bez udziału podwykonawców*

b) zamierzam powierzyć następującym podwykonawcom: *

| L.p. | Część zamówienia, którą Wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom oraz nazwy ewentualnych podwykonawców |
|---|---|
| | |
| | |
| | |

* - niepotrzebne skreślić"

W pkt. 16 oferty (wypełnionego Formularza oferty wg załącznika nr 1 do SWZ) odwołujący oświadczył, że część, którą zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom to „Prace budowlane oraz instalacyjne"

Pismem z dnia 3 września 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego, zawiadomił także o odrzuceniu oferty odwołującego w następujący sposób uzasadniając swoją decyzję: „Zgodnie z zapisem pkt 1 Rozdziału VII SWZ Zamawiający na podstawie art. 121 ustawy Pzp przewidział zastrzeżenie osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań dotyczących realizacji przedmiotowego zamówienia, tj. montaż elementów aktywnych oraz kamer monitoringu, konfiguracja urządzeń. Zastrzeżenie takiego obowiązku oznacza, że Wykonawca nie ma prawa powierzyć podwykonawcy/podwykonawcom wykonania kluczowych zadań. Zgodnie z treścią pkt 2 ww. Rozdziału Zamawiający poinformował Wykonawców, że w przypadku powierzenia części zamówienia do realizacji podwykonawcy/podwykonawcom żąda wskazania przez Wykonawcę na formularzu oferty części zamówienia, których wykonanie im powierzy oraz podania nazwy firm/firmy podwykonawców jeżeli są już znani. Wykonawca na

formularzu Oferty w pkt 16 oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie prac budowlanych oraz instalacyjnych. W słownikach języka polskiego (internetowy słownik języka polskiego: https://sjp.pl: internetowy słownik języka PWN; https://sjp.pwn. pl) znaczenie słowa „montaż" określa się jako zakładanie, instalowanie urządzeń technicznych. W związku z powyższym o ile wykonanie prac budowlanych Wykonawca mógł powierzyć podwykonawcom, o tyle wykonania prac instalacyjnych, na które składają się między innymi montaż elementów aktywnych oraz kamer monitoringu, Wykonawca nie mógł powierzyć podwykonawcom. W związku z powyższym Zamawiający, działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 1 1 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2021.1 129 ze zm.) odrzuca ofertę Wykonawcy, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia."

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. "

Art. 226 pkt 5) ustawy Pzp brzmi zaś: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) „jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;"

Skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego z zastosowaniem art. 226 pkt 5) ustawy Pzp, ponieważ odwołujący, wbrew zastrzeżeniu zamawiającego, oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcy wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie szerszym niż dopuścił to zamawiający w SWZ.

Nie budziło wątpliwości składu orzekającego Izby, że zamawiający nie dopuścił wykonania przez podwykonawcę (podwykonawców) całości prac montażowych skoro zamawiający wprost w treści SWZ w rozdziale VII pkt 1 zastrzegł do osobistego wykonania przez wykonawcę, uznając za kluczowy, montaż elementów aktywnych oraz kamer monitoringu, konfiguracja urządzeń, uwzględniając przy tym bezsporny między stronami fakt, że montaż elementów aktywnych oraz kamer monitoringu, konfiguracja urządzeń nie wyczerpują montażu objętego przedmiotem zamówienia.

Zamawiający nie wyjaśnił w SWZ jak na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć pojęcia „montaż" toteż koniecznym jest sięgnięcie do sposobu jego rozumienia na gruncie języka polskiego. Wyraz „montaż" należy rozumieć jako składanie, zespalanie części lub zespołów (maszyn, aparatów, urządzeń itp.) w dalsze zespoły lub gotowy wyrób; zakładanie instalacji. Uzasadnia to wniosek, że pojęcia „instalacja" i „montaż" stosuje się zamiennie - montaż to zakładanie instalacji.

Skoro odwołujący w złożonym oświadczeniu nie ograniczył w żaden sposób przewidzianych do wykonania przez podwykonawcę prac instalacyjnych, stanowiących zamiennik prac montażowych w sytuacji, gdy takie ograniczenia wynikało jednoznacznie z SWZ to uznać należało, że odwołujący, wbrew SWZ, zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia z podwykonawstwem w zakresie wykraczającym poza dopuszczony przez zamawiającego. Innymi słowy, z treści oświadczenia odwołującego wynika, że zamierza on zlecić podwykonawcy całość prac instalacyjnych (montażowych) w tym elementów aktywnych oraz kamer monitoringu, konfiguracja urządzeń.

Nie budziło wątpliwości składu orzekającego Izby, iż złożone przez odwołującego oświadczenie w zakresie zakresu podwykonawstwa było jasne, jednoznaczne, a przez to nie kwalifikowało się do jakichkolwiek wyjaśnień. Skorzystanie przez zamawiającego z wezwania w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp musiałoby prowadzić do zmiany treści tego oświadczenia, co byłoby niedopuszczalne.

Skład orzekający Izby uznał także, że ocena odwołującego, iż wskazanie w pkt. 16 Formularza ofertowego części, jakie zamierza powierzyć podwykonawcy nastręczała trudności technicznych, ponieważ wymagała wyspecyfikowania bardzo wielu pozycji kosztorysowych jest błędna. Abstrahując nawet od tego, że trudności natury technicznej nie mogą usprawiedliwiać składania „skrótowych", nie oddających woli wykonawcy oświadczeń podnieść należy, że zamawiający nie ustanowił żadnych wymagań co do sposobu wskazania części, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy/podwykonawcom toteż wystarczającym było wskazanie, że część zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy to prace instalacyjne z wyłączeniem montażu elementów

aktywnych oraz kamer monitoringu i konfiguracji urządzeń, a nawet wskazanie, że chodzi o prace instalacyjne z wyłączeniem zadań zastrzeżonych przez zamawiającego do osobistego wykonanie przez wykonawcę.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, wobec jednoznacznego zakresu zastrzeżonego przez zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawców przedmiotu zamówienia (kluczowe są: montaż elementów aktywnych oraz kamer monitoringu, konfiguracji urządzeń) oraz jasnego oświadczenia odwołującego złożonego w pkt. 16 Formularza ofertowego (całość prac instalacyjnych, które należy zrównać z pracami montażowymi), które nie wymaga żadnych ze strony odwołującego wyjaśnień, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z treścią SWZ.

Ze względu na potwierdzenie się jedynie częściowo jednego z trzech postawionych zarzutów, przy przedwczesności żądania odrzucenia oferty przystępującego i bezzasadności zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego, skład orzekający Izby kosztami postępowania odwoławczego obciążył odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku 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: .....