

Sygn. akt: KIO 38/22
Sygn. akt: KIO 39/22

WYROK

z dnia 25 stycznia 2022 roku
Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołań w sprawie o sygn. akt KIO 38/22 oraz KIO 39/22 wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Eltel Networks Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 38/22 oraz KIO 39/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

I. w sprawie o sygn. akt KIO 38/22:

1. uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 w części, w jakiej dotyczy czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz w zakresie zarzutów nr 3 i 6 i nakazuje zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego oraz zamawiającego

po połowie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Eltel Networks Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą połowę kosztów postępowania poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania;

3.3. znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania poniesione przez odwołującego i zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników;

II. w sprawie o sygn. akt KIO 39/22:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego Eltel Networks Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. 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:

Sygn. akt: KIO 38/22

Sygn. akt: KIO 39/22

Sygn. akt KIO 38/22

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

Centrum Realizacji Inwestycji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę nowej podstacji trakcyjnej Przymłynie

realizowanej w ramach projektu pn.: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże - Szczyrzyc - Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz” (nr referencyjny postępowania: IREZA3.292.11.2021.f, numer postępowania 090/IREZA3/12355/03537/21/P). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 127-338015. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 5 stycznia 2022 r. wykonawca Eltel Networks Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Przystępujący” lub „Konsorcjum”), zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego oraz wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 14 Pzp w zw. z art. 239 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, którego oferta podlegała odrzuceniu, w związku z powyższym nie mogła być brana pod uwagę przy ocenie ofert i w konsekwencji oceniona i wybrana jako najkorzystniejsza;

2. art. 16 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem równego traktowania wykonawców oraz w sposób przejrzysty, co przejawia się w wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu, a tym samym nie mogła uczestniczyć w procesie oceny ofert na równi z ofertami innych wykonawców niepodlegających

odrzuceniu, a ponadto przejawia się w odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu

nieprzejrzystości dokumentacji przetargowej;

3. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców, co przejawia się w tym, że Zamawiający wobec niewypełnienia przez Konsorcjum poz. 10 w RCO zwrócił się do tego wykonawcy o złożenie wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, podczas gdy z uwagi na niewypełnienie poz. 15.3 RCO przez Odwołującego oferta Odwołującego z tego powodu została odrzucona bez uprzedniego podjęcia przez Zamawiającego próby wyjaśnienia tej kwestii w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp;

4. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty

Przystępującego, w sytuacji, gdy treść jego oferty jest niezgodna z warunkami

zamówienia, a mianowicie z pkt 3.6.4 Tom I SWZ - Program Funkcjonalno - Użytkowy (PFU), w ten sposób, że przewiduje wybudowanie budynku podstacji trakcyjnej PT

Przymyślnie jako budynku podpiwniczonego, podczas, gdy ww. zapis PFU wyraźnie stanowi, że zakłada się budowę budynku niepodpiwniczonego;

5. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty Przystępującego, w sytuacji gdy wykonawca ten nie wniósł w sposób prawidłowy wadium, ponieważ wniesione przez niego wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nie obejmuje w zakresie podmiotowym wszystkich członków Konsorcjum, a jedynie podmiot, który jest Liderem Konsorcjum, przy czym, treść gwarancji nawet nie wskazuje na występowanie tego podmiotu w charakterze uczestnika konsorcjum, przez co takie wadium nie daje Zamawiającemu pełnego zabezpieczenia i nie daje gwarancji zaspokojenia się z niego w przypadku spełnienia się przesłanek do zatrzymania wadium, w sytuacji gdy przesłanki te wynikałyby z działania lub zaniechania uczestników konsorcjum nie ujętych w dokumencie gwarancji wadialnej, zwłaszcza, że zgodnie z treścią złożonej gwarancji wadialnej Gwarant zobowiązał się do wypłaty kwoty wadium tylko w przypadku zaistnienia w stosunku do oferenta, tj. Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Sp. z o.o., przesłanek zatrzymania wadium, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp;

6. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia polegającą na niewypełnieniu dokumentu pt. Rozbicie Ceny Ofertowej (dalej RCO) zgodnie z pkt 12.5 Tom I SWZ - IDW, tj. poprzez niewypełnienie pozycji nr 15.3 ROC pt. Strop nad piwnicą przez podanie ceny każdej pozycji tego dokumentu z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i różnych od zera, lecz wpisanie sformułowania „nie dotyczy”, podczas gdy wyżej opisany sposób wypełnienia

RCO nie jest błędny i nie stanowi o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, ponieważ:

6.1. Zamawiający wskazał w pkt 3.6.4 Tom I SWZ - Program Funkcjonalno - Użytkowy (PFU), że projektowany i budowany budynek ma być niepodpiwniczony, co oznacza, że ma nie mieć piwnicy, a zatem przedmiot tego zamówienia nie obejmował wykonania podpiwniczonego budynku i tym samym nie można było wycenić zamówienia w tym zakresie i wpisać jej ceny, ponieważ w takim przypadku treść oferty uzyskałaby niezgodność z warunkami zamówienia, czego Odwołujący uniknął poprzez wpisanie w poz. 15.3 RCO sformułowania „nie dotyczy”;

6.2. RCO wyraźnie dopuszcza możliwość budowy kanału kablowego (poz. 15.2), o czym świadczy umieszczenie rozwiązania w postaci kanału kablowego w nawiasie przy ścianach piwnicy, i które to rozwiązanie zamierza wykonać Odwołujący poprzez przeprowadzenie wszelkich ciągów kablowych w kanale kablowym i dla którego to rozwiązania nie przewiduje się budowy stropu nad piwnicą, ponieważ w takim piwnica nie byłaby projektowana i nie byłaby budowana;

6.3. wpisanie sformułowania „nie dotyczy” w innych pozycjach RCO oferty Odwołującego oraz Konsorcjum, a mianowicie w poz. 12.1 - 12.11 nie skutkowało uznaniem takiego działania za niezgodność oferty Odwołującego ani Konsorcjum z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania ponownej oceny i zbadania ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego i z pominięciem odrzuconej oferty

Przystępującego. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, tj. równowartości kwoty wpisu oraz kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł oraz równowartości opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł, zgodnie z załączonym do odwołania spisem kosztów.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący na wstępie opisał szczegółowo dotychczasowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia (pkt 3-10 uzasadnienia odwołania). Wskazał, iż nie zgadza się z decyzją Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia jego oferty, a ponadto uważa, że oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona, a wybór jego oferty unieważniony, co powinna skutkować ponownym zbadaniem i oceną ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i z pominięciem oferty Konsorcjum. Zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum podlegała odrzuceniu z dwóch powodów. Po pierwsze jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący zauważył, że zgodnie z pkt 2 Tomu I SWZ - IDW, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w Tomie III SWZ - PFU. W pkt 3.6.4 PFU wyraźnie postanowiono, że budynek podstacji trakcyjnej PT Przymłynie, z punktu widzenia architektury ma być budynkiem jednokondygnacyjnym, niepodpiwniczonym. Powyższe oznacza, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, a tym samym oczekiwaniami Zamawiającego, jest zaprojektowanie i budowa tego budynku bez piwnicy. Tymczasem Konsorcjum uzupełniło pozycję RCO o nazwie Strop nad piwnicą podając przy niej wartość netto, co wskazuje, że wykonawca ten zaoferował Zamawiającemu przedmiot, który nie spełnia jego oczekiwań i który został wprost wykluczony z opisu przedmiotu zamówienia. Skoro bowiem Konsorcjum wyceniło pozycję Strop nad piwnicą to oznacza, że taki element zamierza w ramach oferty wykonać, a tym samym zamierza wykonać piwnicę a nad nią strop, czyli elementy nie objęte przedmiotem zamówienia. Odwołujący wskazał również, że w pkt 3.6.4 PFU Zamawiający wymienił pomieszczenia, z których budynek PT Przymłynie ma się składać i wśród nich nie ma piwnicy. Wobec powyższego zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum w tym zakresie jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp podlega odrzuceniu. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 4 maja 2021 r. KIO 1028/21, wywodząc, iż poprzez wskazanie w PFU, że budynek PT Przymłynie ma być budynkiem jednokondygnacyjnym, niepodpiwniczonym, Zamawiający sprecyzował i uszczegółowił, że nie zamawia budynku wielokondygnacyjnego i podpiwniczony.

Po drugie oferta Przystępującego podlega odrzuceniu, ponieważ wykonawca ten nie wniósł w sposób prawidłowy wadium. Stosownie do pkt 11 Tomu I SWZ - IDW wykonawcy mieli obowiązek wnieść wadium. Mogli to uczynić m. in. w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Konsorcjum wniosło wadium w tej formie, jednakże jest ono nieprawidłowe, ponieważ nie daje Zamawiającemu prawidłowej ochrony przed niewłaściwym zachowaniem ze strony wszystkich uczestników Konsorcjum, które mogłoby doprowadzić do nieudzielenia mu zamówienia, a tym samym nie daje Zamawiającemu wymaganego prawem, w szczególności przez Pzp, zabezpieczenia. Przedmiotowa gwarancja ubezpieczeniowa jako wykonawcę (oferenta) wymienia jedynie Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Sp. z o.o. Przy tym nie wskazuje, że podmiot ten zamierza ubiegać się o zamówienie w ramach konsorcjum z innym podmiotem, nie wymienia tego innego podmiotu. Jednocześnie w pkt 2 rzeczony gwarancji gwarant wprost oświadczył, że zobowiązuje się wypłacić beneficjentowi, czyli Zamawiającemu, kwotę wadium w przypadku zaistnienia w stosunku do Zakładu Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Sp. z o.o. jednej z przesłanek wymienionych w art. 98 ust. 6 Pzp do zatrzymania wadium. Zatem tak udzielona gwarancja stanowi zobowiązanie do wypłaty kwoty wadium tylko i wyłącznie w przypadku, gdy podstawa do zatrzymania wadium dotyczyć będzie tylko Zakładu Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Sp. z o.o. Odwołujący zauważył, że przesłanki do zatrzymania wadium wymienione w art. 98 ust. 6 Pzp mogą się spełnić nie tylko w wyniku działania lub zaniechania lidera konsorcjum, ale także w wyniku działań lub zaniechań innych uczestników konsorcjum. Gdyby taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu, wówczas na podstawie udzielonej gwarancji gwarant miałby podstawy do odmowy wypłaty kwoty wadium, ponieważ przesłanka do zatrzymania wadium nie dotyczyłaby Zakładu Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Sp. z o.o., lecz innego podmiotu, którego działań lub zaniechań gwarant nie objął zakresem gwarancji ubezpieczeniowej. Przykładem takiej sytuacji może być niezłożenie przez uczestnika konsorcjum, pomimo wezwania ze strony Zamawiającego, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Innym przykładem uniemożliwiającym udzielenie zamówienia publicznego z powodu działań uczestnika konsorcjum a stanowiącym przesłankę do zatrzymania wadium może być wypowiedzenie przez niego umowy konsorcjum, w wyniku czego niemożliwe stałoby się zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podkreślił ponadto, że oceny prawidłowego wniesienia wadium dokonuje się na chwilę upływu terminu do złożenia oferty, albowiem od tego momentu wadium rozpoczyna okres zabezpieczenia oferty. Nie ma przy tym znaczenia czy pewne zdarzenia powodujące obowiązek zatrzymania wadium, przed którymi gwarancja ubezpieczeniowa nie

zabezpiecza, zdarzyły się czy nie. Ochrona wadialna musi obowiązywać w każdym warunkach i na każdym etapie okresu ważności wadium. Oceny skuteczności ochrony wadialnej dokonuje się abstrakcyjnie a nie na podstawie faktycznych zdarzeń. Zdaniem Odwołującego omawiana gwarancja ubezpieczeniowa nie zabezpiecza Zamawiającego przed ww. sytuacjami, a mianowicie nie przewiduje wypłaty kwoty wadium w przypadku zaistnienia przesłanek do jego zatrzymania po stronie innego podmiotu aniżeli Zakładu Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że oświadczenie gwaranta zawarte w gwarancji ubezpieczeniowej kreuje stosunek zobowiązaniowy między gwarantem i beneficjentem, którego realizacja oparta jest na założeniach opisanych w tym dokumencie. Jeżeli zatem gwarant zobowiązał się wypłacić kwotę wadium w przypadku zaistnienia w stosunku do wymienionego w tym dokumencie podmiotu przesłanek do zatrzymania wadium, to a contrario obowiązek ten nie powstanie, gdy przesłanki te odnoszą się będą do innego podmiotu. Beneficjent gwarancji ani wykonawca nie mogą bowiem oczekiwać od gwaranta świadczeń nie objętych zakresem gwarancji ubezpieczeniowej. Z całą pewnością nie można oczekiwać od gwaranta, że ten obejmie gwarancją wszystkich członków konsorcjum, pomimo tego, że gwarant nie ma świadomości, że podmiot, który do niego występuje o wydanie gwarancji będzie działał w konsorcjum. Takie oczekiwanie byłoby krzywdzące dla gwaranta i stanowiłoby próbę obciążenia go zobowiązaniami, których gwarant, w ramach zasady swobody umów, na siebie nie zaciągnął. W tym stanie rzeczy zdaniem Odwołującego należy uznać, że na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, iż w konsekwencji zachodzących podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum, oferta ta powinna zostać odrzucona. Oferta odrzucona nie może być z kolei przedmiotem oceny z punktu widzenia określonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Nie może być zatem uznana za najkorzystniejszą w rozumieniu art. 239 ust. 2 ustawy Pzp. Wybranie oferty podlegającej odrzuceniu stanowi zatem naruszenie zasady wyrażonej w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą udzielić zamówienia można tylko wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą. Wybranie oferty podlegającej odrzuceniu nigdy natomiast nie będzie pozostawać w zgodzie z ustawą, albowiem taką ofertę się odrzuca a nie wybiera. Ponadto wybór takiej oferty oznacza naruszenie zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Niewątpliwie bowiem ocenianie oferty podlegającej odrzuceniu według tych samych kryteriów co oferty nie podlegające odrzuceniu, jak również wybór oferty podlegającej odrzuceniu zamiast jednej z ofert, które nie podlegają odrzuceniu, jest działaniem niesprawiedliwym i nierównym. W ten sposób faworyzuje się bowiem wykonawców, których oferty nie spełniają wymogów prawnych, kosztem wykonawców, których oferty w świetle przepisów prawa i warunków zamówienia są prawidłowe. Reasumując Odwołujący wskazał, iż oferta Konsorcjum podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 14 Pzp i w związku z tym nie mogła zostać oceniona jako najkorzystniejsza i wybrana przez Zamawiającego.

Następnie Odwołujący wskazał, iż jego oferta nie podlegała odrzuceniu. Powołał się na pkt 13 uzasadnienia odwołania podnosząc, iż zgodnie w pkt 3.6.4 PFU wyraźnie postanowiono, że budynek podstawy trakcyjnej PT Przymłynie, z punktu widzenia architektury ma być budynkiem jednokondygnacyjnym, niepodpiwniczonym. W związku z tym, mając na uwadze, że wymagany przez Zamawiającego dokument RCO w poz. 15.3 wymienia element o nazwie strop nad piwnicą, który z powodu wyżej przytoczonego opisu przedmiotu zamówienia nie może być zaprojektowany ani wybudowany, a tym samym koszty tych prac nie mogą zostać ujęte w oferowanej cenie, a jednocześnie mając na uwadze, że Zamawiający zastrzegł w pkt 12.5 Tomu I SWZ - IDW, że wszystkie pozycje RCO muszą być wypełnione poprzez podanie wartości różnej od zera, świadome wypełnienie poz. 15.3 RCO przez Odwołującego sformułowaniem „nie dotyczy” nie może skutkować uznaniem oferty o takiej treści za niezgodnej z warunkami zamówienia. Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający dał do zrozumienia, że pomimo iż przedmiotem zamówienia nie może być budynek z piwnicą to pomimo tego oferty wykonawców muszą przewidywać wycenę wykonania budynku z piwnicą. Takie wnioskowanie jest nielogiczne i nie może stanowić o racji Zamawiającego w odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający musi prowadzić postępowanie w sposób przejrzysty. Pod tym pojęciem kryje się także obowiązek jasnego i klarownego opisu przedmiotu zamówienia. Zresztą w art. 99 ust. 1 ustawy Pzp zawarto wymóg po stronie Zamawiającego polegający na opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Zdaniem Odwołującego poprzez opisanie w PFU, że projektowany budynek PT Przymłynie ma być budynkiem niepodpiwniczonym, ww. zasady jednoznaczności w zakresie braku podpiwniczenia zostały przez Zamawiającego zachowane i w tym zakresie Zamawiający musi działać konsekwentnie. W tej sytuacji Zamawiający nie może twierdzić, wbrew sporządzonemu przez siebie PFU, że jednak projektowany budynek powinien posiadać piwnicę. Takie zachowanie Zamawiającego zdaniem Odwołującego należy uznać za instrumentalne i nie oparte żadną podstawą prawną. Należy także całkowicie odrzucić ewentualne tłumaczenia ze strony Zamawiającego, jakoby RCO stanowił uzupełnienie czy

doprecyzowanie opisu przedmiotu umowy. Ten bowiem, zgodnie z pkt. 2 Tomu I SWZ - IDW został szczegółowo określony tylko w jednym dokumencie, a mianowicie w Programie Funkcjonalno - Użytkowym. Odwołujący nie zgodził się także z argumentacją Zamawiającego zgodnie z którą brak wyceny stropu nad piwnicą przy jednoczesnym wycenieniu ścian piwnicy (kanału kablowego) stanowi o błędzie inżynierskim. Jak bowiem wynika z RCO w poz. 15.2. przewidziany został element pt. Ściany piwnicy (kanału kablowego). Zamawiający dość instrumentalnie podszedł do RCO Odwołującego uznając, że Odwołujący wycenił w poz. 15.2 ściany piwnicy, podczas gdy wycena Odwołującego w tej pozycji dotyczyła ścian kanału kablowego. W związku z jednoznacznym brzmieniem PFU co do braku podpiwniczenia budynku PT Przymytnie, Odwołujący nie mógł wycenić żadnego elementu piwnicznego, dlatego jego oferta obejmowała wykonanie kanału kablowego, o którym mowa w poz. 15.2 RCO, i który to element Zamawiający dopuszcza. Planowane i oferowane przez Odwołującego rozwiązanie polegać ma bowiem na poprowadzeniu wszelkich ciągów kablowych kanałem kablowym, który nie posiada stropu. Jest to rozwiązanie jak najbardziej dopuszczalne w rozumieniu PFU do niniejszego zamówienia.

Odwołujący podkreślił ponadto, iż Zamawiający, choć miał możliwość na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty, to jednak z takiej możliwości nie skorzystał. Gdyby jednak to uczynił, wówczas uzyskałby od Odwołującego wyczerpujące wyjaśnienia, które być może pozwoliłyby uniknąć wnoszenia odwołania. Brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści RCO jest o tyle istotny, że w tym trybie Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum o wyjaśnienie treści RCO w zakresie braku uzupełnienia przez niego poz. 10 tego dokumentu i obawy Zamawiającego o to, czy w związku z brakiem uzupełnienia tej pozycji Konsorcjum wykona przedmiot zamówienia zgodnie z postanowieniami SWZ. W ocenie Odwołującego rysuje się zatem obraz nierównego traktowania przez Zamawiającego Konsorcjum i Odwołującego, co stanowi oczywiste naruszenie zasady wyrażonej w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego nie było żadnych podstaw do rozróżniania sytuacji Konsorcjum i Odwołującego w zakresie dania im szansy wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego jakie u niego się pojawiły w związku z treścią obu RCO. W tym przypadku brak równego traktowania miał wymierne i niekorzystne dla Odwołującego konsekwencje, ponieważ jego oferta została odrzucona, co nie miałyby miejsca, gdyby Odwołujący miał szansę wyjaśnić treść RCO, tak jak mogło to uczynić Konsorcjum. Co istotne i również warte zdaniem Odwołującego podkreślenia w kontekście uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, w Tomie I SWZ - IDW Zamawiający nie tylko nakazał dołączyć do oferty RCO z wypełnionymi wszystkimi pozycjami tego dokumentu, ale także wskazał w pkt 12.4, że cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności i badania składające się na ich wykonanie, określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót. Jeżeli zatem z jednej strony PFU przewiduje wykonanie budynku bez piwnicy, zaś RCO, którego wszystkie pozycje muszą zostać wycenione, przewiduje budynek z piwnicą, należy uznać, że Zamawiający nie przygotował i nie przeprowadził postępowania w sposób przejrzysty i nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Brak konsekwencji, a nawet wewnętrzna sprzeczność w dokumentacji przetargowej nie może być czynnikiem wpływającym na sytuację Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy bowiem pamiętać, że organizatorem i podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania jest Zamawiający, który ma obowiązek uczynić to w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W ocenie Odwołującego, zarzucenie jego ofercie, w wyżej wymienionych realiach, niezgodności jej treści z warunkami zamówienia, świadczy o tym, że po pierwsze Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, a przy tym działał w sposób nieprzejrzysty, czym naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 pkt 2 ustawy Pzp. O braku konsekwencji i tym samym przejrzystości świadczy również to, że Zamawiający pomimo powoływania się na nakaz uzupełnienia wszystkich pozycji RCO w uzasadnieniu dotyczącym odrzucenia oferty Odwołującego, nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego i Konsorcjum z tego samego powodu wobec braku uzupełnienia przez nich pozycji od 12.1 do 12.11 RCO. Oznacza to, że wymóg wypełnienia wszystkich pozycji nie był tak naprawdę przez Zamawiającego respektowany, albowiem najprawdopodobniej dokument

RCO nie był właściwie dostosowany do warunków omawianego zamówienia, np. mógł być zaczerpnięty przez Zamawiającego z zupełnie innego zamówienia. Reasumując Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Zamawiającego. Miał natomiast podstawy prawne do odrzucenia oferty Konsorcjum. Tym samym nie mógł ocenić jego oferty najkorzystniej i jej wybrać. Odrzucenie oferty Odwołującego powinno zostać unieważnione wraz z unieważnieniem wyboru oferty Konsorcjum, która powinna zostać odrzucona. Ponadto Zamawiający powinien ponownie zbadać i ocenić oferty złożone w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a z wyłączeniem oferty Konsorcjum.

Ponadto Odwołujący w dniu 19 stycznia 2022 r. złożył pismo procesowe w sprawie o sygn. akt KIO 38/22 wraz z wnioskiem dowodowym.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 20 stycznia 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Przystępujący w sprawie o sygn. akt KIO 38/22 złożył dwa pisma procesowe (odpowiednio z dnia 19 i 20 stycznia 2022 r.) zawierające jego stanowisko procesowe oraz wnioski dowodowe. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Sygn. akt KIO 39/22

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Centrum Realizacji Inwestycji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę nowej podstacji trakcyjnej Mszana Dolna realizowanej w ramach projektu pn.: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże - Szczyrzyc - Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz (nr referencyjny postępowania: IREZA3.292.10.2021.f, nr postępowania 9090/IREZA3/12344/03536/21/P). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 127-338017. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 5 stycznia 2022 r. wykonawca Eltel Networks Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Krajowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie,
11

zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego oraz wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 14 Pzp w zw. z art. 239 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, którego oferta podlegała odrzuceniu, w związku z powyższym nie mogła być brana pod uwagę przy ocenie ofert i w konsekwencji oceniona i wybrana jako najkorzystniejsza;
2. art. 16 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem równego traktowania wykonawców oraz w sposób przejrzysty, co przejawia się w wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu, a tym samym nie mogła uczestniczyć w procesie oceny ofert na równi z ofertami innych wykonawców niepodlegających odrzuceniu, a ponadto przejawia się w odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu nieprzejrzystości dokumentacji przetargowej;
3. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców, co przejawia się w tym, że Zamawiający wobec niewypelnienia przez Konsorcjum poz. 10 w RCO zwrócił się do tego wykonawcy o złożenie wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, podczas gdy z uwagi na niewypelnienie poz. 15.3 RCO przez Odwołującego oferta Odwołującego z tego powodu została odrzucona bez uprzedniego podjęcia przez Zamawiającego próby wyjaśnienia tej kwestii w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp;
4. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty Przystępującego, w sytuacji, gdy treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, a mianowicie z pkt 3.6.4 Tom I SWZ - Program Funkcjonalno - Użytkowy (PFU), w ten sposób, że przewiduje wybudowanie budynku podstacji trakcyjnej PT Mszana Dolna jako budynku podpiwniczonego, podczas, gdy ww. zapis PFU wyraźnie stanowi, że zakłada się budowę budynku niepodpiwniczonego;

5. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty Przystępującego, w sytuacji gdy wykonawca ten nie wniósł w sposób prawidłowy wadium, ponieważ wniesione przez niego wadium w formie

gwarancji ubezpieczeniowej nie obejmuje w zakresie podmiotowym wszystkich

członków Konsorcjum, a jedynie podmiot, który jest Liderem Konsorcjum, przy czym, treść gwarancji nawet nie wskazuje na występowanie tego podmiotu w charakterze uczestnika konsorcjum, przez co takie wadium nie daje Zamawiającemu pełnego zabezpieczenia i nie daje gwarancji zaspokojenia się z niego w przypadku spełnienia się przesłanek do zatrzymania wadium, w sytuacji gdy przesłanki te wynikałyby z działania lub zaniechania uczestników konsorcjum nie ujętych w dokumencie gwarancji wadialnej, zwłaszcza, że zgodnie z treścią złożonej gwarancji wadialnej Gwarant zobowiązał się do wypłaty kwoty wadium tylko w przypadku zaistnienia w stosunku do oferenta, tj. Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Sp. z o.o., przesłanek zatrzymania wadium, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp;

6. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia polegającą na niewypełnieniu dokumentu pt. Rozbicie Ceny Ofertowej (dalej RCO) zgodnie z pkt 12.5 Tom I SWZ - IDW, tj. poprzez niewypełnienie pozycji nr 15.3 ROC pt. Strop nad piwnicą przez podanie ceny każdej pozycji tego dokumentu z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i różnych od zera, lecz wpisanie sformułowania „nie dotyczy”, podczas gdy wyżej opisany sposób wypełnienia RCO nie jest błędny i nie stanowi o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, ponieważ:

6.1. Zamawiający wskazał w pkt 3.6.4 Tom I SWZ - Program Funkcjonalno - Użytkowy (PFU), że projektowany i budowany budynek ma być niepodpiwniczony, co oznacza, że ma nie mieć piwnicy, a zatem przedmiot tego zamówienia nie obejmował wykonania podpiwniczonego budynku i tym samym nie można było wycenić zamówienia w tym zakresie i wpisać jej ceny, ponieważ w takim przypadku treść oferty uzyskałaby niezgodność z warunkami zamówienia, czego Odwołujący uniknął poprzez wpisanie w poz. 15.3 RCO sformułowania „nie dotyczy”;

6.2. RCO wyraźnie dopuszcza możliwość budowy kanału kablowego (poz. 15.2), o czym świadczy umieszczenie rozwiązania w postaci kanału kablowego w nawiasie przy ścianach piwnicy, i które to rozwiązanie zamierza wykonać Odwołujący poprzez przeprowadzenie wszelkich ciągów kablowych w kanale kablowym i dla którego to rozwiązania nie przewiduje się budowy stropu nad piwnicą, ponieważ w takim piwnica nie byłaby projektowana i nie byłaby budowana;

6.3. wpisanie sformułowania „nie dotyczy” w innych pozycjach RCO oferty Odwołującego oraz Konsorcjum, a mianowicie w poz. 12.1 - 12.11 nie skutkowało uznaniem takiego działania za niezgodność oferty Odwołującego ani Konsorcjum z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania ponownej oceny i zbadania ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego i z pominięciem odrzuconej oferty

Przystępującego. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, tj. równowartości kwoty wpisu oraz kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł oraz równowartości opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł, zgodnie z załączonym do odwołania spisem kosztów.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał na analogiczną argumentację jak w sprawie o sygn. akt KIO 38/22.

Ponadto Odwołujący w dniu 19 stycznia 2022 r. złożył pismo procesowe w sprawie o sygn. akt KIO 39/22 wraz z wnioskiem dowodowym.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 20 stycznia 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Przystępujący w sprawie o sygn. akt KIO 39/22 złożył dwa pisma procesowe (odpowiednio z dnia 19 i 20 stycznia 2022 r.) zawierające jego stanowisko procesowe oraz

wnioski dowodowe. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 38/22 oraz KIO 39/22.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołań i nakazania Zamawiającemu w obu postępowaniach unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego wykazał, iż 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.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację każdego z postępowań o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych do pism procesowych, które nie znajdują się w dokumentacji postępowań o udzielenie zamówienia, tj.:

- w sprawie o sygn. akt KIO 38/21: ze złożonej przez Odwołującego opinii dr hab. inż. L. B.-O. (wraz z dokumentami potwierdzającymi posiadane przez ww. osobę uprawnienia) oraz złożonych przez Przystępującego: umowy konsorcjum nr 203/2021/KRF z dnia 6 października 2021 r., opinii Virtus Engineering R. P. z dnia 19 stycznia 2022 r., oświadczenia Towarzystwa Ubezpieczeń Europa S.A. z dnia 19 stycznia 2022 r. dotyczącego gwarancji ubezpieczeniowej nr 3880/W/08/2021 (wraz z pełnomocnictwem i informacją z KRS)
- w sprawie o sygn. akt KIO 39/22: ze złożonej przez Odwołującego opinii dr hab. inż. L. B.-O. (wraz z dokumentami potwierdzającymi posiadane przez ww. osobę uprawnienia) oraz złożonych przez Przystępującego: umowy konsorcjum nr 199/2021/KRF z dnia 6 października 2021 r., opinii Virtus Engineering R. P. z dnia 19 stycznia 2022 r., oświadczenia Towarzystwa Ubezpieczeń Europa S.A. z dnia 19 stycznia 2022 r. dotyczącego gwarancji ubezpieczeniowej nr 3879/W/08/2021 (wraz z pełnomocnictwem i informacją z KRS),

na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane przez wnioskujących.

Izba ustaliła, co następuje:

Sygn. akt KIO 38/22

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 38/22 jest budowa nowej podstacji trakcyjnej Przymylnie realizowanej w ramach projektu pn.: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże - Szczyrzyc - Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz”. Zgodnie z pkt 2 Tom I SWZ - IDW przedmiotem zamówienia jest wykonanie następujących elementów: 1. dokumentacji projektowej niezbędnej do prawidłowego wykonania wszystkich robót budowlanych i uzyskania dla niej wszystkich wymaganych opinii, uzgodnień, dopuszczeń, warunków, decyzji (za wyjątkiem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o ile będzie wymagana) i pozwoleń niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, w tym ustanowienia służebności przesyłu na potrzeby realizacji zamówienia; 2. wszystkich robót budowlanych zgodnie z zakresem zamówienia na podstawie opracowanej przez Wykonawcę i zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, o której mowa w ww. pkt 2.1.1, oraz wszystkich robót przygotowawczych

niezbędnych do wykonania zakresu Umowy oraz wszelkich czynności wymaganych Prawem; 3 przeprowadzenie oceny zgodności podsystemu strukturalnego „Energia” objętego zakresem zamówienia na każdym etapie (projektowania, budowy i końcowych prób podsystemu). W pkt 2.2 IDW wskazano, iż szczegółowy opis przedmiotu Zamówienia przedstawiony został w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) stanowiącym Tom III niniejszej SWZ.

W pkt 11 IDW zawarto m.in. następujące wymagania w zakresie wadium:

„11.1. Każdy Wykonawca zobowiązany jest zabezpieczyć swą ofertę wadium w wysokości:

280 000,00 PLN

11.2. Wadium musi być wniesione w formie zgodnej z art. 97 ust. 7 Ustawy.

11.3. Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert, wskazanym w pkt 17.1 IDW i utrzymane nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w pkt 11.11 ppkt 2 i 3 IDW oraz pkt 11.12 IDW.

11.4. Potwierdzeniem skutecznego wniesienia wadium będzie: a) w przypadku wadium w formie pieniężnej - zaksięgowanie na rachunku bankowym Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, Zamawiający zaleca, aby Wykonawca dołączył do oferty dokument potwierdzający wniesienie wadium w formie pieniężnej, b) w przypadku wadium w formie innej niż pieniężna - przekazanie oryginału dokumentu wadialnego (gwarancji lub poręczenia), wystawionego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w formie dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do jego wystawienia (wystawców dokumentu).

11.5. W przypadku wnoszenia przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja ma być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze żądanie Zamawiającego dokonane w formie pisemnej lub oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, do której zastosowanie będzie miało prawo polskie.

11.6. Gwarancje i poręczenia muszą zawierać (oprócz elementów właściwych dla każdej formy, określonych przepisami prawa): a) nazwę i adres Zamawiającego, b) oznaczenie (numer) oraz nazwa Postępowania, c) termin ważności wadium - odpowiadający terminowi związania ofertą, zgodnie z pkt 16.1 IDW.

11.7. Zamawiający zaleca aby dokument wadialny (gwarancje lub poręczenia), został złożony wraz z ofertą, jako załącznik do Formularza złożenia oferty, o którym mowa w pkt

14.10 IDW.

11.8. W przypadku oferty wspólnej, Zamawiający dopuszcza podział kwoty wadium pomiędzy Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia i jego wniesienie w częściach, o ile suma tych części będzie równa kwocie wadium określonej w pkt 11.1 IDW.”

W pkt 12 IDW wskazano sposób obliczenia ceny. Zgodnie z pkt 12.1 podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług. Zgodnie z pkt 12.4 cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności i badania składające się na ich wykonanie, określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót. Ponadto zgodnie z pkt 12.5 Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej („RCO”). Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje Rozbicia Ceny Ofertowej, gdzie zarówno ceny jednostkowe, jak i cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i jest różna od zera. Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO. W pkt 12.6 wskazano, iż sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej (poz. od 17 do 18 RCO) nie może przekroczyć 10% wartości oferty netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kwoty warunkowej). Przekroczenie wskazanej wartości procentowej skutkować będzie odrzuceniem oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Zgodnie z pkt 12.7 ceną oferty jest suma wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Rozbiciu Ceny Ofertowej, powiększona o podatek VAT.

Na skutek dokonanych zmian SWZ, Zamawiający zmodyfikował pierwotnie ustalone kryteria oceny ofert, ustalając ostatecznie całkowitą cenę brutto jako jedyne kryterium o

wadze 100% (vide zmiana treści SWZ nr 12 z dnia 21 września 2021 r.).

Ponadto Izba ustaliła, iż w Tomie III SWZ - PFU, w pkt 3.6.4 „Obiekty kubaturowe wydobywane na potrzeby układu zasilania (budynek PT)” wskazano, że projekt obejmuje budowę budynku podstacji trakcyjnej PT Przymylnie, gdzie będą zainstalowane niezbędne urządzenia do pracy podstacji trakcyjnej i zasilania z niej sieci trakcyjnej oraz skablowanej LPN linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz i części linii kolejowej nr 96 na odcinku zasilania z PT Nowy Sącz (w przypadku jej wyłączenia). Z punktu widzenia architektury przewiduje się wykonanie budynku jako obiektu jednokondygnacyjnego, niepodpiwniczzonego, konstrukcji tradycyjnej murowanej ze stropem żelbetowym, stropodachem dwuspadowym posiadającego ścianę ognioodporną (według obowiązujących przepisów), otoczonego uziomem otokowym w minimalnej odległości 20 m od skrajnej szyny najbliższego toru kolejowego, z wartością rezystancji uziemienia nieprzekraczającą 2 Ω, składający się z: Hali prostownikowo - rozdzielczej, Dyżurki z pomieszczeniem zdalnego sterowania i monitorowania działań systemu, Pomieszczenia z węzłem sanitarnym, Pomieszczenia warsztatowego, Pomieszczenia socjalnego, Pomieszczenia akumulatorni.

W Tomie IV SWZ - RCO w pkt. 15 „Budynek” wskazano m.in.: poz. 15.2 ściany piwnicy (kanału kablowego), poz. 15.3 Strop nad piwnicą, poz. 15.6 Kanały kablowe.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty: oferta Odwołującego z ceną 44 204 346,61 zł, oferta Przystępującego z ceną 44 298 450,00 zł, oferta wykonawcy ELMO S.A. z ceną 50 407 245,00 zł. Odwołujący do oferty załączył RCO, w którym w poz. 15.3 Strop nad piwnicą oraz poz. 12.1-12.11 wpisano „nie dotyczy”. Przystępujący do oferty załączył RCO, w którym nie wypełniono poz. 10 a w poz. 12.1-12.11 wskazano „-.” Ponadto Przystępujący załączył do oferty gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 3880/W/08/2021 wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń Europa S.A., gdzie jako wykonawcę (oferenta) wskazano ZWSE Rzeszów Sp. z o.o., a jako beneficjenta PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. W treści gwarancji wskazano m.in.: pkt 1 „w związku z zamiarem złożenia Zamawiającemu przez Wykonawcę oferty do przetargu na „ZAPROJEKTOWANIE I WYKONANIE ROBÓT DLA ZADANIA PN. BUDOWA NOWEJ PODSTACJI TRAKCYJNEJ PRZYMILNIE REALIZOWANEJ W RAMACH PROJEKTU PN.: „BUDOWA NOWEJ LINII KOLEJOWEJ PODŁĘŻE - SZCZYRZYC - TYMBARK / MSZANA DOLNA ORAZ MODERNIZACJA ISTNIEJĄCEJ LINII KOLEJOWEJ NR 104 CHABÓWKA - NOWY SĄCZ” Nr referencyjny postępowania: IREZA3.292.11.2021.f; Numer postępowania:

9090/IREZA3/12355/03537/21/P (dalej zwanej „Ofertą”), i obowiązkiem złożenia w ramach Oferty wadium, Gwarant wystawia niniejszą gwarancję ubezpieczeniową.”; pkt 2 „Na podstawie niniejszej Gwarancji, Gwarant zapłaci nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie Zamawiającego kwotę gwarancji (wadium) do wysokości: 280 000,00 złotych (słownie złotych: dwieście osiemdziesiąt tysięcy 00/100) w przypadku zaistnienia w stosunku do Oferenta co najmniej jednej z przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 98 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej „pzp”).”

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający pismem z dnia 13 grudnia 2021 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 233 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w stosunku do pozycji nr 10 - Koszty dodatkowe Rozbicia Ceny Ofertowej. Zamawiający wskazał, iż Wykonawca w złożonej ofercie, w Rozbiciu Ceny Ofertowej nie uzupełnił pozycji nr 10. Mając na uwadze prawidłowość wykonania niniejszej inwestycji, Zamawiający zwraca się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień, czy w konsekwencji nie uzupełnienia pozycji nr 10 Rozbicia Ceny Ofertowej, Wykonawca wykona przedmiot zamówienia w całości, zgodnie z postanowieniami SWZ. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący oświadczył, iż w konsekwencji nie uzupełnienia pozycji nr 10 Rozbicia Ceny Ofertowej, wykona przedmiot zamówienia w całości, zgodnie z postanowieniami SWZ.

Zamawiający w dniu 31 grudnia 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Równocześnie poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W Uzasadnieniu faktycznym wskazano, iż zgodnie z udostępnionymi dokumentami postępowania tj. Tom I SWZ - IDW pkt 12.5 wymagał od Wykonawców, aby złożone wraz z ofertą Rozbicie Ceny Ofertowej zawierało wycenione wszystkie pozycje, gdzie zarówno ceny jednostkowe, jak i cena za daną pozycję miały być podane z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i różne od zera. Wykonawca nie wycenił pozycji 15.3 „Strop nad piwnicą” wpisując „Nie dotyczy”, co niezgodne jest z wymaganiami proceduralnymi warunków zamówienia opisanymi w SWZ. Zdaniem Zamawiającego brak wyceny w odniesieniu do pozycji 15.3 „Strop nad piwnicą” przy jednoczesnej wycenie pozycji 15.2 „Ściany piwnicy (kanału kablowego)” stanowi błąd inżynierski z uwagi na fakt, że wykonanie piwnic ściśle wiąże się z koniecznością wykonania stropu nad przedmiotowymi ścianami, umożliwiając jednocześnie posadowienie wyposażenia energetycznego podstacji w urządzenia sterowania czy prostownikowe oraz dojście do nich celem eksploatacji czy obsługi. Zgodnie ze standardami

wiedzy technicznej w budownictwie brak stropu piwnicy skutkuje brakiem możliwości realizacji kolejnych etapów budowy. Brak wyceny w ofercie Wykonawcy pozycji 15.3 „Strop nad piwnicą” nakazuje przyjąć, że w złożonej ofercie nie zostały uwzględnione wszystkie wymagania Zamawiającego odnoszące się do zakresu przedmiotu zamówienia, a zatem oferta Wykonawcy pozostaje niezgodna z określonymi dla postępowania warunkami zamówienia opisanymi w SWZ. Wobec powyższego oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu. W ramach uzasadnienia prawnego wskazano, iż analiza warunków zamówienia opisanych w SWZ prowadzi do wniosku, że Wykonawcy składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązani byli do złożenia wraz z ofertą Rozbicia Ceny Ofertowej, które stanowi integralną część oferty w rozumieniu art. 66 kodeksu cywilnego. Ponadto Wykonawcy zobowiązani zostali do wypełnienia Rozbicia Ceny Ofertowej według wytycznych Zamawiającego zawartych w treści warunków zamówienia. Obowiązek wypełnienia całości Rozbicia Ceny Ofertowej wynika wprost z zapisów Tom I SWZ - IDW pkt 12.5. Dodatkowo pkt 12.4, stanowi, iż cena ofertowa, zawarta w RCO, musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności składające się na prawidłowe wykonanie zamówienia, określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót. Każde odstępstwo od ustalonych przez Zamawiającego zasad winno prowadzić do uznania, że treść oferty nie odpowiada treści warunków zamówienia. W wyroku z dnia 8 maja 2013 r., XII Ga 186/13, Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę na kwestię „treści oferty” podkreślając, że oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Na gruncie przepisów Ustawy treść oferty to oświadczenie woli Wykonawcy wyrażone w

19 formularzu ofertowym, stanowiące jednostronne zobowiązanie Wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez Wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie przez pojęcie treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań Zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę w przypadku niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Zatem odstąpienie od przestrzegania wymagań opisanych w Tom I SWZ - IDW przez Wykonawcę Eltel Networks Energetyka SA poprzez złożenie niekompletnego RCO stanowi o złożeniu przez niego oferty niezgodnej z warunkami zamówienia opisanymi w SWZ, co skutkuje jej odrzuceniem na zasadach art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy.

Sygn. akt KIO 39/22

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 39/22 jest budowa nowej podstacji trakcyjnej Mszana Dolna realizowanej w ramach projektu pn.: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże - Szczyrzyc - Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz.”. Zgodnie z pkt 2 Tom I SWZ - IDW przedmiotem zamówienia jest wykonanie następujących elementów: 1. dokumentacji projektowej niezbędnej do prawidłowego wykonania wszystkich robót budowlanych i uzyskania dla niej wszystkich wymaganych opinii, uzgodnień, dopuszczeń, warunków, decyzji (za wyjątkiem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o ile będzie wymagana) i pozwoleń niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, w tym ustanowienia służebności przesyłu na potrzeby realizacji zamówienia; 2. wszystkich robót budowlanych zgodnie z zakresem zamówienia na podstawie opracowanej przez Wykonawcę i zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, o której mowa w ww. pkt 2.1.1, oraz wszystkich robót przygotowawczych niezbędnych do wykonania zakresu Umowy oraz wszelkich czynności wymaganych Prawem; 3. przeprowadzenie oceny zgodności podsystemu strukturalnego „Energia” objętego zakresem zamówienia na każdym etapie (projektowania, budowy i końcowych prób podsystemu). W pkt 2.2 IDW wskazano, iż szczegółowy opis przedmiotu Zamówienia przedstawiony został w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) stanowiącym Tom III niniejszej SWZ.

W pkt 11 IDW zawarto wymagania w zakresie wadium o treści analogicznej jak w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy postępowanie odwoławczego o sygn. akt KIO 38/22, przy czym wysokość wadium ustalono na kwotę 365 500,00 PLN.

W pkt 12 IDW wskazano sposób obliczenia ceny ustalając w tym zakresie wymagania tożsame jak w ww. postępowaniu.

Na skutek dokonanych zmian SWZ, Zamawiający zmodyfikował pierwotnie ustalone

kryteria oceny ofert, ustalając ostatecznie całkowitą cenę brutto jako jedyne kryterium o wadze 100% (vide zmiana treści SWZ nr 12 z dnia 21 września 2021 r.).

Ponadto Izba ustaliła, iż w Tomie III SWZ - PFU, w pkt 3.6.4 „Obiekty kubaturowe wybudowane na potrzeby układu zasilania (budynek PT)” wskazano, że projekt obejmuje budowę budynku podstacji trakcyjnej PT Mszana Dolna, gdzie będą zainstalowane niezbędne urządzenia do pracy podstacji trakcyjnej i zasilania z niej sieci trakcyjnej oraz skablowanej LPN linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz. Z punktu widzenia architektury przewiduje się wykonanie budynku jako obiektu jednokondygnacyjnego, niepodpiwniczonego, konstrukcji tradycyjnej murowanej ze stropem żelbetowym, stropodachem dwuspadowym posiadającego ścianę ognioodporną (według obowiązujących przepisów), otoczonego uziomem otokowym w minimalnej odległości 20 m od skrajnej szyny najbliższego toru kolejowego, z wartością rezystancji uziemienia nieprzekraczającą 2 Q, składający się z: Hali prostownikowo - rozdzielczej, Dyżurki z pomieszczeniem zdalnego sterowania i monitorowania działań systemu, Pomieszczenia z węzłem sanitarnym, Pomieszczenia warsztatowego, Pomieszczenia socjalnego, Pomieszczenia akumulatorni.

W Tomie IV SWZ - RCO w pkt. 15 „Budynek” wskazano m.in.: poz. 15.2 ściany piwnicy (kanału kablowego), poz. 15.3 Strop nad piwnicą, poz. 15.6 Kanały kablowe.

W postępowaniu wpłynęły cztery oferty: oferta Odwołującego z ceną 53 358 773,80 zł, oferta Przystępującego z ceną 50 316 840,00 zł, oferta wykonawcy ELMO S.A. z ceną 55 351 107,00 zł oraz oferta Konsorcjum Elektromontaż Wschód Sp. z o.o. i Pracownia Projektowa Enspro Sp. z o.o. z ceną 84 368 253,91 zł. Odwołujący do oferty załączył RCO, w którym w poz. 15.3 Strop nad piwnicą oraz poz. 12.1-12.11 wpisano „nie dotyczy”. Przystępujący do oferty załączył RCO, w którym nie wypełniono poz. 10 a w poz. 12.1-12.11 wskazano „-”. Ponadto Przystępujący załączył do oferty gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 3879/W/08/2021 wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń Europa S.A., gdzie jako wykonawcę (oferenta) wskazano ZWSE Rzeszów Sp. z o.o., a jako beneficjenta PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. W treści gwarancji wskazano m.in.: pkt 1 „w związku z zamiarem złożenia Zamawiającemu przez Wykonawcę oferty do przetargu na „ZAPROJEKTOWANIE I WYKONANIE ROBÓT DLA ZADANIA PN. BUDOWA NOWEJ PODSTACJI TRAKCYJNEJ MSZANA DOLNA REALIZOWANEJ W RAMACH PROJEKTU PN.: „BUDOWA NOWEJ LINII KOLEJOWEJ PODŁĘŻE - SZCZYRZYC - TYMBARK / MSZANA DOLNA ORAZ MODERNIZACJA ISTNIEJĄCEJ LINII KOLEJOWEJ NR 104 CHABÓWKA - NOWY SĄCZ” Nr referencyjny postępowania: IREZA3.292.10.2021.f; Numer postępowania: 9090/IREZA3/12344/03536/21/P (dalej zwanej „Ofertą”), i obowiązkiem złożenia w ramach Oferty wadium, Gwarant wystawia niniejszą gwarancję ubezpieczeniową.”; pkt 2 „Na podstawie niniejszej Gwarancji, Gwarant zapłaci nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie Zamawiającego kwotę gwarancji (wadium) do wysokości: 365 500,00 złotych (słownie złotych: trzysta sześćdziesiąt pięć tysięcy pięćset 00/100) w przypadku zaistnienia w stosunku do Oferenta co najmniej jednej z przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 98 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej „pzp”).”

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający pismem z dnia 7 grudnia 2021 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 233 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w stosunku do pozycji nr 10 - Koszty dodatkowe Rozbicia Ceny Ofertowej. Zamawiający wskazał, iż Wykonawca w złożonej ofercie, w Rozbiciu Ceny Ofertowej nie uzupełnił pozycji nr 10. Mając na uwadze prawidłowość wykonania niniejszej inwestycji, Zamawiający zwraca się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień, czy w konsekwencji nie uzupełnienia pozycji nr 10 Rozbicia Ceny Ofertowej, Wykonawca wykona przedmiot zamówienia w całości, zgodnie z postanowieniami SWZ. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący oświadczył, iż w konsekwencji nie uzupełnienia pozycji nr 10 Rozbicia Ceny Ofertowej, wykona przedmiot zamówienia w całości, zgodnie z postanowieniami SWZ.

Zamawiający w dniu 31 grudnia 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Równocześnie poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W Uzasadnieniu faktycznym i prawnym wskazano analogiczną argumentację jak w sprawie o sygn. akt KIO 38/22.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 38/22 podlega uwzględnieniu w części, zaś odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 39/22 podlega oddaleniu w całości.

Izba stwierdziła zasadność zarzutów naruszenia art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (zarzut nr 2 w części, zarzut nr 3 i zarzut nr 6 odwołania), uznając za nieprawidłową czynność odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W ramach uwag natury ogólnej należy wskazać, że określone w art. 16 ustawy Pzp zasady stanowią naczelną zasadę udzielania zamówień publicznych, którym muszą odpowiadać wszystkie czynności podejmowane przez zamawiającego w ramach przygotowania i prowadzenia postępowania. Zamawiający zobowiązany jest do ich respektowania na każdym etapie postępowania, zarówno podczas opracowywania dokumentów zamówienia, jak i na etapie badania i oceny ofert. Jedną z gwarancji realizacji wyżej wskazanych zasad jest istniejący po stronie zamawiającego obowiązek jednoznaczności i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, ale i wszelkich wymagań (podmiotowych i przedmiotowych), jakie spełnić muszą wykonawcy w postępowaniu oraz ukształtowanie ich w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji i jest proporcjonalny. Tak ustalone w dokumentach zamówienia zasady muszą być następnie respektowane w toku badania i oceny ofert. Ukształtowana w postępowaniu treść SWZ jest wiążąca nie tylko dla wykonawców, ale także dla zamawiającego. Ponadto zamawiający zobowiązany jest w toku postępowania o udzielenie zamówienia, podczas badania i oceny ofert traktować wykonawców znajdujących się w takiej samej lub podobnej sytuacji w sposób równy, z zastosowaniem jednej miary. Jak wskazuje się w orzecznictwie, zasada równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny (por. m.in. wyrok TSUE z dnia 10 października 2013 r., C-336/21 Manova A/S). Poszanowanie uczciwej konkurencji zobowiązuje zamawiającego do traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie w sposób jednakowy, a proporcjonalność i przejrzystość do transparentnego stosowania środków adekwatnych do zamierzonego celu. Obowiązkiem zamawiającego jest traktowanie wszystkich wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji prawnej lub faktycznej w identyczny sposób (por. m.in. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 marca 2019 r., sygn. akt I GSK 1056/18).

Dalej wskazać należy, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia warunkom. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ramach powyższego katalogu mieścić się będzie zatem m.in. sytuacja, kiedy wykonawca oferuje świadczenie, które nie odpowiada wymaganiom określonym w opisie przedmiotu zamówienia, natomiast zadaniem zamawiającego jest wykazać niezgodność tego świadczenia z konkretnymi wymogami wynikającymi z SWZ. Izba dokonuje weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy poprzez pryzmat uzasadnienia faktycznego i prawnego wskazanego przez zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Sporządzenie takiego uzasadnienia jest obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego 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 legły u podstaw decyzji zamawiającego. Co istotne, zamawiający nie może zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o odrzuceniu oferty po wniesieniu odwołania. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 27 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1672/21, byłoby to sprzeczne z zasadą równouprawnienia stron postępowania i równości środków procesowych, gdyż wobec związania swoimi zarzutami, odwołujący nie mógłby odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez zamawiającego, po wniesieniu odwołania.

Przenosząc powyższe okoliczności na grunt rozpoznawanej sprawy, skład orzekający uznał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców. Izba stwierdziła, iż Zamawiający w odmienny sposób potraktował wykonawców znajdujących się w podobnej sytuacji faktycznej. Izba ustaliła, iż zarówno Przystępujący, jak i Odwołujący nie wypełnili wszystkich pozycji RCO, pomimo wynikającego z pkt 12.5 RCO obowiązku dokonania wyceny wszystkich pozycji RCO. Jakkolwiek słusznie zauważył Zamawiający podczas rozprawy, że brak wypełnienia przez obu wykonawców poz. 12.1-12.11 RCO wynikał z dopuszczonego w ramach wyjaśnień treści SWZ odstępstwa od wymagań PFU, to odstępstwa takiego nie przewidziano w zakresie poz. 10 PFU, której nie wypełnił Przystępujący oraz poz. 15.3 PFU, której nie wypełnił Odwołujący. Obaj wykonawcy nie zastosowali się zatem do pkt 12.5 IDW, zostali jednak przez Zamawiającego potraktowani w sposób odmienny. Manowicie, Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty i wskazania, czy w konsekwencji nie uzupełnienia pozycji nr 10 RCO, wykonawca wykona przedmiot zamówienia w całości, zgodnie z postanowieniami SWZ. Przystępujący w odpowiedzi oświadczył, że wykona przedmiot zamówienia w całości, zgodnie z postanowieniami SWZ, a Zamawiający dokonał wyboru jego oferty. Jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie przyczyną takiego stanu rzeczy była fakt, że Zamawiający nie zdefiniował w dokumentach zamówienia, co należy wypełnić w poz. 10 „koszty dodatkowe,” dlatego uznał, że brak wypełnienia tej pozycji przez Przystępującego nie może skutkować odrzuceniem jego oferty. Zamawiający po przeprowadzeniu procedury wyjaśnień uznał zatem, że pomimo braku wyceny poz. 10 RCO (i pomimo faktu, że pozostali wykonawcy wycenili tę pozycję RCO) oferta Przystępującego odpowiada warunkom zamówienia. Zgodności tej czynności z ustawą Pzp Izba w niniejszym postępowaniu nie ocenia, wobec braku objęcia jej zakresem zaskarżenia.

W diametralnie inny sposób Zamawiający zachował się natomiast względem Odwołującego. Odwołujący, który nie wypełnił innej niż Przystępujący pozycji RCO (poz. 15.3), nie został przez Zamawiającego w ogóle wezwany do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w tym przede wszystkim do wyjaśnienia, dlaczego Odwołujący nie wycenił pozycji 15.3 RCO. W ocenie Izby Zamawiający powinien był skierować do Odwołującego takie wezwanie, skoro bowiem profesjonalny wykonawca świadomie nie wycenił poz. 15.3 i wskazał w tym miejscu „nie dotyczy”, to znaczy, że prawdopodobnie uznał, iż całość wymagań wynikających z PFU podlegała wycenie w innych pozycjach RCO. Zamawiający nie poddał tej kwestii weryfikacji i nie wezwał Odwołującego do wyjaśnień mimo, iż w analogicznym przypadku takie wezwanie wystosował do innego wykonawcy (Przystępującego). W ocenie składu orzekającego analogia pomiędzy sytuacją Odwołującego i Przystępującego niewątpliwie zachodziła, bowiem obaj wykonawcy nie wycenili jednej z pozycji RCO w sytuacji, gdy Zamawiający nie wprowadził w tym zakresie możliwości odstępstw od ustalonych w PFU wymagań, a przedmiotowe pozycje zostały wycenione przez innych wykonawców. Sam fakt, że w przypadku Odwołującego była to poz. 15.3, a w przypadku Przystępującego poz. 10 RCO nie uzasadnia odmiennego traktowania wykonawców. Tymczasem Zamawiający po wyjaśnieniach uznał ofertę Przystępującego za zgodną z warunkami zamówienia, a ofertę Odwołującego odrzucił bez uprzedniego wezwania w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty, nie znając de facto powodów, dla których wykonawca uznał, że przedmiotowej pozycji RCO nie należy wypełniać.

Powyższą nieprawidłowość w działaniu Zamawiającego w sposób wyraźny widać, jeśli zwróci się uwagę na treść uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, które jest oderwane od istoty sporu, jaki zawist przed Izbą - tj. okoliczności, że Odwołujący, kierując się literalnym brzmieniem opisu poszczególnych pozycji PFU oraz wymaganiami

PFU, dostrzegając w tym zakresie rozbieżności, wycenił cały przedmiot zamówienia, ale wypełnił RCO uwzględniając koszty związane z wykonaniem kanałów kablowych wyłącznie w poz. 15.2 i 15.6 RCO, a nie w poz. 15.2, 15.3 i 15.6, jak oczekiwał tego Zamawiający. Niewątpliwie, gdyby Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie przyczyn niewypełnienia poz. 15.3 RCO (jak zwrócił się do Przystępującego w zakresie poz. 10), to dysponowałby pełnymi danymi pozwalającymi na dokonanie oceny prawidłowości działania Odwołującego, jak i oceny czy faktycznie treść RCO mogła budzić wątpliwości wykonawców. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego do tej sytuacji faktycznej się nie odnosi. Podkreślić należy, że nawet gdyby Zamawiający w tym stanie faktycznym w dalszym ciągu uznawał zasadność odrzucenia oferty Odwołującego, to uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego byłoby inne, a Odwołujący miałby wówczas możliwość odniesienia się do niej w odwołaniu.

Mając to na uwadze należy wskazać, że rozpoznanie przez Izbę okoliczności podniesionych przez Zamawiającego dopiero w postępowaniu odwoławczym, kiedy na skutek wniesienia odwołania Zamawiający powziął wiedzę o przyczynach niewypełnienia przez Odwołującego poz. 15.3 RCO, byłoby działaniem nieuprawnionym i wykraczającym

poza podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego zakomunikowane wykonawcy. Taką argumentacją wykraczającą poza przyczyny odrzucenia oferty przedstawione Odwołującemu są chociażby twierdzenia zawarte w pkt III.6-III.9 odpowiedzi na odwołanie (str. 6-7), jak np. kwestii korelacji poz. 15.2 do poz. 15.3 RCO, czy podnoszona okoliczność, iż pokrycie kanałów kablowych blachą jest równoznaczne z wykonaniem stropu nad piwnicą. Przy czym mieć należy na względzie, że to Zamawiający sam doprowadził do takiej sytuacji, nie wzywając Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i decydując się odrzucić jego ofertę bez uprzedniego wezwania.

Izba wskazuje ponadto, iż nie uznała za zasadną argumentacji Zamawiającego podniesionej na rozprawie, że w odwołaniu brak jest zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień, wobec czego twierdzenia Odwołującego w tym zakresie należy pominąć. Jakkolwiek w odwołaniu wprost nie wskazano naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, to jednak postawiono tam zarzuty dalej idące, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 16 ustawy Pzp, których podstawa faktyczna wskazywała na odrzucenie oferty Odwołującego bez uprzedniego wezwania go do wyjaśnień, w sytuacji gdy takie wezwanie zostało wystosowane do wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Argumentacja Odwołującego nie jest zatem spóźniona i odpowiada podstawom faktycznym objętym zakresem zaskarżenia. W ocenie Izby Zamawiający jedynie w sposób formalny próbował podważyć twierdzenia Odwołującego w powyższym zakresie, jednocześnie nie wykazując, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Co znamienne, w odpowiedzi na odwołanie do kwestii naruszenia ww. zasady z uwagi na brak wystosowania do Odwołującego wezwania na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w ogóle się nie odniesiono.

Przechodząc dalej, w ocenie Izby o nierównym traktowaniu wykonawców świadczy także fakt, iż Zamawiający w uzasadnieniu prawnym odrzucenia oferty Odwołującego powołał się na pkt 12.5 IDW i wynikającą z niego konieczność wypełnienia całości RCO oraz wskazał, że odrzuca ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodną z warunkami zamówienia opisanymi w SWZ z uwagi na złożenie niekompletnego RCO, będącego treścią oferty. Zamawiający odrzucił zatem ofertę Odwołującego z powodu braku wyceny poz. 15.3 RCO, a jednocześnie uznał za zgodną z warunkami zamówienia ofertę Przystępującego, w której nie wyceniono poz. 10 RCO mimo obowiązku wynikającego z pkt 12.5 IDW. Z powyższego wynika, iż Zamawiający nie traktował wykonawców jedną miarą - wobec jednego wykonawcy wyciągnął z powodu braku wyceny wszystkich pozycji RCO negatywne konsekwencje, a wobec innego nie. Nie stanowi przy tym w ocenie Izby okoliczności usprawiedliwiającej odmienne traktowanie wykonawców podniesiony podczas rozprawy przez Zamawiającego fakt, że w SWZ nie zdefiniowano objętych pozycją 10 RCO robót dodatkowych. Skoro bowiem Zamawiający uznawał, że niejednoznaczność czy też niekompletność wymagań ujętych w SWZ nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawcy (w tym wypadku Przystępującego), to powinien okoliczność tę wziąć pod uwagę także dokonując oceny oferty Odwołującego. Wywiedziona przez Zamawiającego niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia była bowiem wynikiem dokonania przez wykonawcę literalnej interpretacji treści dokumentów zamówienia. Zamawiający jednak nie miał świadomości powyższego, gdyż nie wezwał wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty przed jej odrzuceniem.

Jak wyjaśnił Odwołujący podczas rozprawy, wycenił on w poz. 15.2 RCO ściany kanału kablowego, natomiast w poz. 15.6 RCO „Kanały kablowe” wszystkie inne koszty niezbędne do wykończenia kanału kablowego, w tym blachy, co wynikało z faktu, że w pkt 3.6.4. PFU wskazano, iż budynek ma być niepodpiwniczony, PFU nie zawierał elementu „strop nad piwnicą”, a treść RCO odnosiła się do piwnicy, przy czym poz. 15.2 wskazywała także na ściany kanału kablowego, natomiast poz. 15.3 „strop nad piwnicą” już do kanału kablowego się nie odnosiła. Mając na względzie, że zgodnie z PFU budynek ma nie posiadać piwnicy, zdaniem Odwołującego dostrzec można literalną niespójność opisu pozycji 15.3 RCO z treścią PFU. Odwołujący wskazał także na definicję legalną pojęcia „piwnica” wynikającą z § 3 pkt 21 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1065 ze zm.). Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego to tego zagadnienia nie odnosi się, a ze stanowiska Zamawiającego nie sposób wywieść, dlaczego w jego ocenie w desygnacie tego pojęcia mieścić się mają kanały kablowe ani dlaczego zdaniem Zamawiającego Odwołujący błędnie zinterpretował treść RCO, a jako profesjonalny wykonawca powinien wykładać ją inaczej.

W uzasadnieniu tym Zamawiający przyjął jedynie, że Odwołujący w ogóle nie wycenił „stropu nad piwnicą”, uznając to za błąd inżynierski z uwagi na fakt, że wykonanie ścian piwnicy wiąże się z koniecznością wykonania stropu nad ścianami, a brak stropu piwnicy skutkuje brakiem możliwości realizacji kolejnych etapów budowy. Brak tu jest jakiegokolwiek odniesienia do kwestii kanałów kablowych oraz faktu, że PFU wskazywało na obowiązek

zaprojektowania i wykonania budynku bez piwnicy. Ponadto Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego wskazał, iż „Brak wyceny w ofercie wykonawcy poz. 15.3 „Strop nad piwnicą” nakazuje przyjąć, że w złożonej ofercie nie zostały uwzględnione wszystkie wymagania Zamawiającego odnoszące się do zakresu przedmiotu zamówienia”, jednocześnie nie wyjaśniając o jakie to „wymagania odnoszące się do zakresu przedmiotu zamówienia” mu chodzi, nie powołał się na żadną konkretną treść PFU kształtującą takie wymagania. Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający w oparciu wyłącznie o własne przekonanie przyjął, że Odwołujący nie wycenił wszystkich elementów zamówienia, podczas gdy w istocie - w świetle twierdzeń Odwołującego przedstawionych na etapie postępowania odwoławczego - zostały one przez niego wycenione w poz. 15.2 i 15.6 RCO, ponieważ zdaniem Odwołującego w poz. 15.3 RCO „strop nad piwnicą” nie mieści się zadanie kanału kablowego, które w jego ocenie należało wycenić w poz. 15.6 RCO. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie przystaje zatem do rzeczywistego stanu rzeczy, tj. sytuacji, w której Odwołujący wycenił przykrycie kanałów kablowych, tyle że w innej pozycji RCO niż oczekiwał tego Zamawiający.

Reasumując, w ocenie Izby nie może być uznane za prawidłowe i zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców działanie Zamawiającego, który odrzucił ofertę Odwołującego z powodu niezgodności w z warunkami zamówienia bez uprzedniego wezwania do wyjaśnienia treści oferty, do tego w sytuacji gdy takie wezwanie zostało skierowane do innego wykonawcy znajdującego się w analogicznej sytuacji faktycznej, a ponadto w obliczu istniejących na gruncie dokumentów zamówienia niejednoznaczności, będących przyczyną braku wyceny poz. 15.3 RCO przez Odwołującego, do której do kwestii uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego w ogóle się nie odnosi. Jak wskazuje się jednolicie w orzecznictwie odrzucenie oferty z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia może mieć miejsce wyłącznie wtedy, gdy niezgodność ta jest możliwa do stwierdzenia w sposób jednoznaczny. W przedmiotowym przypadku

Zamawiający stwierdził tę niezgodność jedynie w oparciu o własne przypuszczenie, że Odwołujący nie wycenił całego zakresu zamówienia, odstępując w sposób nieuzasadniony okolicznościami stanu faktycznego, od procedury wyjaśnienia treści oferty Odwołującego.

Mając powyższe na względzie Izba uznała zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp za potwierdzone, a czynność odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 31 grudnia 2021 r. za nieprawidłową. W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 w części, w jakiej dotyczył czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz w zakresie zarzutów nr 3 i 6 i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Za bezzasadne Izba uznała zarzuty nr 1, nr 2 w części dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego oraz zarzuty nr 4 i 5 odwołania. Omawiane zarzuty referowały do prawidłowości wniesienia przez Przystępującego wadium oraz zgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do kwestii zgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia Izba zważyła, że zdaniem Odwołującego fakt wycenienia przez Przystępującego poz. 15.3 „Strop nad piwnicą” jest równoznaczny z tym, że przyjął on konieczność zaprojektowania i wybudowania budynku posiadającego piwnicę, co jest sprzeczne z wynikającym z pkt 3.6.4 PFU PFU wymaganiem, aby budynek podstacji był niepodpiwniczony. W ocenie Izby tak postawiona przez Odwołującego teza jest zbyt daleko idąca. W szczególności w świetle zarzucanych przez samego Odwołującego rozbieżności pomiędzy treścią PFU a sporną pozycją RCO nie sposób wywodzić na tym gruncie negatywnych skutków wobec Przystępującego. Odwołujący wykazał się tutaj niekonsekwencją, bowiem z jednej strony na gruncie nieprzejrzystości dokumentacji przetargowej dążył do unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, z drugiej zaś strony w oparciu o tożsame okoliczności domagał się odrzucenia oferty Przystępującego.

W ślad za jednolitym w tym względzie orzecznictwem należy jednak podkreślić, że ewentualne nieścisłości czy niejednoznaczności dokumentów zamówienia nie powinny rodzić negatywnych skutków wobec wykonawców. Jak wskazano w wyroku TSUE z dnia 7 kwietnia 2016 r., C-324/14 Partner A. D., obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia. Z uwagi na powyższe, w ocenie Izby nie można uznać za zasadne stanowiska Odwołującego, który w oparciu o tożsame uzasadnienie faktyczne sprowadzające się do nieprecyzyjności dokumentów zamówienia wywodzi odmienne skutki w postaci konieczności uznania jego własnej oferty za zgodną z warunkami zamówienia, ale już uznania oferty jego konkurenta za niezgodną z tymi warunkami.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje tutaj na dostrzegalną rozbieżność w stanowisku Zamawiającego i Przystępującego prezentowanym w postępowaniu odwoławczym, Zamawiający przyznał bowiem, że zgodnie z pkt 3.6.4 PFU projektowany i budowany budynek ma być niepodpiwniczony, podczas gdy z załączonej przez Przystępującego opinii prywatnej wynika, że postanowienia PFU nie ograniczają wykonawców co do zaprojektowania budynku podstacji jako niepodpiwniczonego w części lub całości i pozostawiają wykonawcom w tym względzie dowolność. Wnioski przedmiotowej opinii nie korelują zatem ze stanowiskiem Zamawiającego, iż poz. 15.2 i 15.3 RCO nie odnoszą się stricte do piwnicy, a do kanału kablowego.

Izba za niezasadny uznała również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Odwołujący wywodził podstawę do odrzucenia oferty Przystępującego wyłącznie z faktu, iż w treści załączonej do oferty gwarancji ubezpieczeniowej jako oferenta wskazano Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, a nie wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i nie wskazano, że wykonawca ZWSE Rzeszów działa jako lider konsorcjum. Jednocześnie Odwołujący pominął jednak okoliczność, że w treści SWZ nie określono odrębnych wymagań w zakresie wadium w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, za wyjątkiem pkt 11.8 IDW, w którym Zamawiający w przypadku oferty wspólnej dopuścił podział kwoty wadium pomiędzy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i jego wniesienie w częściach, o ile suma tych części będzie równa kwocie wadium określonej w pkt 11.1 IDW. Powyższe ma istotne znaczenie, gdyż z pkt 11.8 IDW wprost wynika, że w 30

przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia możliwe było wniesienie wadium w częściach przez poszczególnych wykonawców tworzących konsorcjum, a jedynym warunkiem w tym zakresie było to, aby suma tych części zgadzała się z wymaganą w pkt 11.1 IDW kwotą wadium (w tym przypadku 280 000 zł). Postanowienie pkt 11.8 IDW należy odnieść zarówno do sytuacji wnoszenia wadium w formie pieniężnej, jak i do jego wniesienia w innych dopuszczonych w art. 97 ust. 7 ustawy Pzp formach (gwarancji, poręczenia), gdyż treść IDW nie różnicuje tych przypadków. Przystępujący - jako konsorcjum złożone z dwóch wykonawców - mógł zatem wnieść wadium na różne sposoby, np. przez każdego z członków konsorcjum w równych częściach, w proporcji odpowiedniej do planowanego zaangażowania w realizację zamówienia, ale i w jakiegokolwiek innej proporcji. Skoro więc Zamawiający dopuścił możliwość wniesienia wadium w częściach przez poszczególnych członków konsorcjum, to za uprawnione w świetle postanowień IDW należy uznać wniesienie wadium w całości przez jednego z członków konsorcjum (w tym wypadku lidera).

Zamawiający w IDW nie określił żadnych dodatkowych wymagań związanych z wystawieniem wadium w przypadku jego wnoszenia przez jednego z członków konsorcjum, w szczególności nie wskazał, aby w sytuacji gdy o zamówienie publiczne będzie ubiegało się kilku wykonawców, wspólnie składających ofertę, wadium składane przez nich w postaci gwarancji ubezpieczeniowej winno spełniać dodatkowe wymagania, w tym by niezbędne było wymienienie w treści tej gwarancji wszystkich członków konsorcjum. Wymóg taki nie wynika także z ustawy Pzp. Z kolei jedyne wymaganie IDW, jakie odnosi się do złożenia oferty wspólnej, wskazuje na okoliczności przeciwne twierdzeniom Odwołującego - na dopuszczalność wniesienia wadium przez jednego członka konsorcjum. Odwołujący ani w treści odwołania, ani podczas rozprawy nie odniósł się do sposobu ukształtowania przez Zamawiającego wymagań SWZ.

Należy także zauważyć, że sam fakt niewskazania w treści gwarancji, że dany podmiot

działa w imieniu konsorcjum nie przesądza automatycznie o jej wadliwości i nie oznacza, że w przypadku zaistnienia okoliczności uprawniających zamawiającego do żądania wypłaty wadium, występujących po stronie członka konsorcjum niewymienionego w treści dokumentu, ubezpieczyciel takiej wypłaty odmówi (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 2434/20, KIO 2437/20, wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 2978/20, wyrok z dnia 19 października 2021 r., sygn. akt KIO 2658/21). Treść gwarancji powinna podlegać wykładni na podstawie art. 65 k.c., a ocena w tym zakresie winna być dokonywana w sposób zindywidualizowany, tj. z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy. Wskazać również trzeba, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zakres odpowiedzialności dłużnika głównego (czyli lidera) jest wyznaczany przez solidarną odpowiedzialność wszystkich członków konsorcjum. Zgodnie z art. 58 ust. 1 i 5 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Stosownie zaś do art. 445 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jak przesądził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17, solidarna odpowiedzialność wykonawców składających wspólnie ofertę rozciąga się nie tylko na etap realizacji zamówienia, ale dotyczy również zobowiązań powstałych w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ww. wyroku zwrócono też uwagę, iż ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji ubezpieczeniowej jako dłużnik był jedynie jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta.

Izba miała ponadto na uwadze, iż Odwołujący poza teoretycznym wywoдем zawartym w odwołaniu nie wykazał, aby faktycznie interes Zamawiającego nie został należycie zabezpieczony przez wniesienie wadium w sposób, w jaki uczynił to Przystępujący. Odwołujący skupił się na nieskonkretyzowanych wątpliwościach co do możliwości odmowy wypłaty świadczenia przez gwaranta, niemniej nie udowodnił, aby realnie sytuacja taka mogła mieć miejsce. Odwołujący nie złożył żadnego dowodu, który pozwoliłby na przyjęcie, że na rynku ubezpieczeniowym czy bankowym funkcjonuje praktyka lub chociaż prawdopodobieństwo jej zaistnienia, prowadząca do niezrealizowania gwarancji z tego tylko powodu, że nie wymienia w swojej treści wszystkich członków wchodzących w skład konsorcjum, które złożyło ofertę w postępowaniu, przy założeniu, że pozostałe wymogi dotyczące wadium wynikające z ustawy Pzp, jak i z SWZ zostały spełnione. Przystępujący złożył zaś dowód w postaci oświadczenia gwaranta, w którym potwierdzono, że wypłata kwoty wadium z gwarancji nastąpi także w sytuacji, gdy okoliczność zatrzymania wadium zostanie spowodowana przez drugiego konsorcjanta. Przystępujący złożył także umowę konsorcjum, z której wynika, że wedle ustaleń stron to lider konsorcjum był odpowiedzialny za wniesienie wadium. Umowa potwierdzała także wynikającą z ustawy solidarną odpowiedzialność członków konsorcjum.

W okolicznościach stanu faktycznego przedmiotowej sprawy Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania prawidłowości wniesienia wadium przez Przystępującego w objętym odwołaniem zakresie, uznając twierdzenia Odwołującego za niewykazane. Nie była zaś przedmiotem sporu okoliczność, iż gwarancja ubezpieczeniowa załączona do oferty Przystępującego spełniała pozostałe wymagania określone w pkt 11 IDW, w szczególności

była gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze żądanie Zamawiającego, zawierającą nazwę i adres Zamawiającego, oznaczenie (numer) oraz nazwę postępowania, a termin ważności wadium odpowiadający terminowi związania ofertą. Tym samym zarzut nr 5 odwołania podlegał oddaleniu.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 38/22 zasługuje na uwzględnienie w części i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 38/22 orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), rozdzielając je pomiędzy Odwołującego i Zamawiającego po połowie z uwagi na fakt, iż uwzględnieniu podlegały zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego, zaś oddaleniu zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. W konsekwencji Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 000 zł stanowiącą połowę kosztów postępowania poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz zniósła wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania poniesione

przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Sygn. akt KIO 39/22

Stanowisko Izby w odniesieniu do zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 39/22 jest analogiczne, jak w sprawie o sygn. akt KIO 38/22. Izba przyznała rację Odwołującemu, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, uznając jednocześnie za bezzasadne zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego. Przyczyny takiego stanu rzeczy szczegółowo omówiono w części uzasadnienia dotyczącej sprawy o sygn. akt KIO 38/22 i argumentację tę skład orzekający podtrzymuje, uznając za niecelowe jej ponowne przywoływanie w tym miejscu.

Natomiast zauważyć należy, że w postępowaniu na budowę podstacji trakcyjnej Mszana Dolna (sygn. akt KIO 39/22), ranking ofert przedstawiał się odmiennie niż w postępowaniu na budowę podstacji trakcyjnej Przymłynie (sygn. akt KIO 38/22). Mianowicie, to oferta Przystępującego zajmowała pierwsze miejsce w rankingu oceny ofert, jako zawierająca najniższą cenę 50 316 840,00, przy ustaleniu ceny jako jedynego kryterium oceny ofert o wadze 100%, oferta Odwołującego zajmowała zaś drugie miejsce z ceną 53 358 773,80 zł. Inny stan faktyczny miał miejsce w postępowaniu na budowę podstacji trakcyjnej Przymłynie, gdzie to oferta Odwołującego miała cenę najkorzystniejszą 44 204 346,61 zł, a oferta Przystępującego była druga w rankingu z ceną 44 298 450,00 zł.

Powyższa okoliczność miała zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia. Zgodnie bowiem z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Przedmiotowa regulacja odnosi kwestię wpływu określonego naruszenia przepisów do wyniku konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, w którym do zarzucanego naruszenia doszło. Przez wynik postępowania rozumie się co do zasady wybór oferty najkorzystniejszej, a zatem przez wpływ na wynik postępowania należy rozumieć przede wszystkim wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 maja 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 2057/17, wydany na kanwie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r., niemniej zachowujący aktualność w obecnym stanie prawnym). Jak wskazano m.in. w wyroku Izby z dnia 6 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 683/21, o istotnym wpływie na wynik postępowania można mówić w przypadku, gdy popełnione naruszenia przepisów ustawy mają lub mogą nieść konsekwencje w postaci wyboru innego wykonawcy. Istotność należy zatem oceniać w świetle wyniku postępowania, to znaczy czy byłby on inny, gdyby zamawiający nie dopuścił się naruszeń.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący podniósł dwie grupy zarzutów - zarzuty dotyczące odrzucenia jego oferty oraz zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty jego konkurenta (Przystępującego), którego ofertę w postępowaniu na budowę podstacji trakcyjnej wybrano jako najkorzystniejszą. W świetle ustalenia jako jedyne kryterium oceny ofert o wadze 100% całkowitej ceny brutto, oferta Przystępującego z najniższą ceną zajmowała pierwsze miejsce w rankingu i była to okoliczność niezależna od tego, czy oferta Odwołującego została prawidłowo przez Zamawiającego odrzucona, czy nie. Nawet bowiem gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego, to oferta Odwołującego byłaby druga w rankingu oceny ofert. Mając na uwadze, iż Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, stwierdzić należy, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pozostaje w tej konfiguracji procesowej bez wpływu na wynik postępowania, ponieważ oferta Odwołującego i tak nie byłaby ofertą najkorzystniejszą. Nawet w przypadku unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, wynik postępowania pozostałby taki sam - najkorzystniejszą ofertą w dalszym ciągu byłaby oferta

Przystępującego. W tym stanie rzeczy Izba zważyła, że naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego nie miało wpływu i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia na budowę podstacji trakcyjnej Mszana Dolna, co przesądzało o braku możliwości uwzględnienia odwołania w części, w jakiej stwierdzono naruszenie.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 39/22 podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 39/22orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: