

WYROK

Warszawa, dnia 7 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Członkowie: **Anna Chudzik**
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 4 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **JL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży** w postępowaniu o sygn. akt KIO 4581/24,

B.w dniu 4 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. K. z siedzibą w Głogowie Małopolskim** w postępowaniu o sygn. akt KIO 4585/24,

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Stołeczną Policji w Warszawie**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 4581/24 i sygn. akt KIO 4585/24 wykonawcy **Arcus Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Celestynowie**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 4581/24 wykonawcy **Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. K. z siedzibą w Głogowie Małopolskim**,

orzeka:

KIO 4581/24

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **JL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży**

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę JL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży, tytułem wpisu od odwołania.

KIO 4585/24

1.Uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadnione zarzuty, tj. zarzut nr 2.1) dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, art. 223 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 16 pkt 1 ustawy PZP, zarzut nr 2.3) dotyczący naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy PZP, a także zarzut nr 2.4) dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, art. 223 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 16 pkt 1 ustawy PZP i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- odrzućenie oferty wykonawcy **Arcus Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Celestynowie**,
- odrzućenie oferty wykonawcy **ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2.W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

3.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 1/4 i Zamawiającego w części 3/4 i:

a.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego

poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

b.Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 200 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy dwieście złotych zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 4581/24

KIO 4585/24

Uzasadnienie

I.KIO 4581/24:

Zamawiający – Komenda Stołeczna Policji w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa nowej siedziby Komisarzatu Policji Warszawa Włochy wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną - etap II”; numer referencyjny: WZP-2786/24/193/IR.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00551410/01 z dnia 17 października 2024 r.

W dniu 4 grudnia 2024 r. wykonawca JL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Arcus Technologie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z/s w Celestynowie oraz odrzuceniu oferty Odwołującego.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1)art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Arcus Technologie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z/s w Celestynowie;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na nieprawidłowy sposób wniesienia wadium, tzn.: niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w rozdziale X ust. 6 SWZ polegający na wskazaniu jako beneficjenta gwarancji „KOMENDA GŁÓWNA POLICJI ul. Puławska 14/150, 02-520 Warszawa postępowanie prowadzi KOMENDA STOŁECZNA POLICJI ul. Nowolipie 2, 00- 150 Warszawa” zamiast „Skarb Państwa — Komendant Stołeczny Policji”, w sytuacji, gdy Odwołujący wniósł wadium w prawidłowy sposób i prawidłowo określił beneficjenta gwarancji;
- 3)art. 65 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U.,z 2024 r. poz. 1061, 1237 ze zm.), zwanej dalej „KC” w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie i wadliwe przyjęcie, że oznaczenie w gwarancji wadialnej jako beneficjenta: „KOMENDA GŁÓWNA POLICJI ul. Puławska 14/150, 02-520 Warszawa” postępowanie prowadzi KOMENDA STOŁECZNA POLICJI ul. Nowolipie 2, 00-150 Warszawa” zamiast „Skarb Państwa — Komendant Stołeczny Policji”, czyni niemożliwym skuteczne zrealizowanie roszczeń Zamawiającego wobec Gwaranta, w sytuacji gdy gwarancja prawidłowo zabezpiecza roszczenia Zamawiającego i będzie mógł on dochodzić roszczeń od gwaranta w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosilo uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Arcus Technologie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z/s w Celestynowie;
- 2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3)powtórzenia czynności badania i oceny ofert Odwołującego;
- 4)na podstawie art. 573 Pzp zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę JL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 grudnia 2024 r. (pismo z dnia 16 grudnia 2024 r.) wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy:

1. Arcus Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Celestynowie,
2. Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. K. z siedzibą w Głogowie Małopolskim.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący - Arcus Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Celestynowie - pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2024 r. (pismo z dnia 16 grudnia 2024 r.) wnosil o oddalenie odwołania jako bezpodstawnego.

Przystępujący - Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. K. z siedzibą w Głogowie Małopolskim -

pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2024 r. (pismo z dnia 17 grudnia 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania jako bezpodstawnego.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 16 pkt 1 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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, 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 wnioski o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w ;

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 65 § 1 i 2 KC:

§ 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

§ 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskami przystępujących, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestników postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałooby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępujących, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Arcus Technologie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na nieprawidłowy sposób wniesienia wadium, tzn.: niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w rozdziale X ust. 6 SWZ polegający na wskazaniu jako beneficjenta gwarancji „KOMENDA GŁÓWNA POLICJI ul. Puławska 14/150, 02-520 Warszawa” postępowanie prowadzi KOMENDA STOŁECZNA POLICJI ul. Nowolipie 2, 00- 150 Warszawa” zamiast „Skarb Państw — Komendant Stołeczny Policji”, w sytuacji, gdy Odwołujący wniósł wadium w prawidłowy sposób i prawidłowo określił beneficjenta gwarancji, jak również art. 65 § 1 i 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez niezastosowanie i wadliwe przyjęcie, że oznaczenie w gwarancji wadialnej jako beneficjenta: „KOMENDA GŁÓWNA POLICJI ul. Puławska 14/150, 02-520 Warszawa postępowanie prowadzi KOMENDA STOŁECZNA POLICJI ul. Nowolipie 2, 00-150 Warszawa” zamiast „Skarb Państwa — Komendant Stołeczny Policji”, czyni niemożliwym skuteczne zrealizowanie roszczeń Zamawiającego wobec Gwaranta, w sytuacji gdy gwarancja prawidłowo zabezpiecza roszczenia Zamawiającego i będzie mógł on dochodzić roszczeń od gwaranta w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, są w ocenie Izby niezasadne.

Izba w pierwszej kolejności zważa, iż w rozdziale I w ust. 1 SWZ jako Zamawiający została wskazana „Komenda Główna Policji”, zaś w ust. 4 postępowanie prowadzi podmiot, któremu powierzono przeprowadzenie postępowania: „Komenda Stołeczna Policji”. Jednocześnie należy zauważyć, że w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 1.2) jako nazwa zamawiającego

została wskazana Komenda Stołeczna Policji.

Nadto, Izba wskazuje, iż w ramach udzielonych wyjaśnień z dnia 30 października 2024 r., Zamawiający na pytanie nr 21: „Prosimy o wskazanie beneficjenta wadium, którego dane mają zostać umieszczone na gwarancji wadialnej wystawionej w formie elektronicznej. Czy jest to **Komenda Główna Policji** ul. Puławska 148/150, 02 520 Warszawa, czy jest to **KOMENDA STOŁECZNA POLICJI** ul. Nowolipie 2, 00 150 Warszawa”, udzielił następującej odpowiedzi „Zamawiający informuje, że wymagania dotyczące wadium i Beneficjenta określa Rozdz. X SWZ, zaś Zamawiającym jest Komenda Stołeczna Policji”.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, mimo, że w rozdziale I ust. 1 SWZ jako Zamawiający została wskazana Komenda Główna Policji, to na podstawie pozostałych dokumentów postępowania, zwłaszcza udzielonych wyjaśnień przez Zamawiającego, Izba doszła do przekonania, że Zamawiającym w niniejszym postępowaniu jest Komenda Stołeczna Policji.

Poza tym, Izba zważa, iż sam Odwołujący wskazuje, że w Rozdz. X SWZ został wskazany rachunek pieniężny, na który ma być wpłacone wadium, gdzie Zamawiający jest określony jako Komenda Stołeczna Policji, jednocześnie twierdząc, że postanowienia SWZ w zakresie sposobu określenia beneficjenta były niejasne. Jednakże, jak słusznie zauważyła Zamawiająca w odpowiedzi na odwołanie, Odwołujący „nie przywołuje już postanowień Rozdz. X pkt 6 gdzie dokładnie został opisany Beneficjent gwarancji oraz pomija wyjaśnienia Zamawiającego na zadane w tym zakresie pytanie”.

Izba chciałyby w tym miejscu podkreślić, iż w myśl rozdziału X ust. 6 SWZ (Wymagania dotyczące wadium) Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż: „*Z treści gwarancji (poręczenia) musi jednoznacznie wynikać nieodwoływalne i bezwarunkowe, na każde żądanie zgłoszone przez Zamawiającego, zobowiązanie gwaranta (poręczyciela) do zapłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy. Ponadto powinien być wskazany termin obowiązywania gwarancji (poręczenia), który nie może być krótszy niż termin związania ofertą. Jako Beneficjenta należy wpisać Skarb Państwa - Komendant Stołeczny Policji*”.

W przedmiotowej sprawie, Odwołujący do oferty dołączył gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr PO/01176831/2024 z dnia 13 listopada 2024 r., w której to treści jako beneficjenta gwarancji wskazano: „KOMENDA GŁÓWNA POLICJI ul. Puławska 14/150, 02-520 Warszawa postępowanie prowadzi KOMENDA STOŁECZNA POLI ul. Nowolipie 2, 00-150 Warszawa”.

W ocenie Izby, z treści ww. gwarancji jednoznacznie wynika, iż jako beneficjenta gwarancji Odwołujący wskazał Komendę Główną Policji, a nie Komendę Stołeczną Policji, która została opisana w gwarancji ubezpieczeniowej jako podmiot prowadzący postępowanie. Co istotne, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący, Komenda Stołeczna Policji jest również odrębną jednostką organizacyjną (budżetową) Skarbu Państwa od Komendy Głównej Policji, co potwierdzają statuty obydwu Komend.

Tym samym, zdaniem Izby, w świetle zapisów załączonego do oferty Odwołującego dokumentu gwarancji ani Komendant Stołeczny Policji (zgodnie z zapisem rozdziału X ust. 6 SWZ), ani Komenda Stołeczna Policji, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie mogliby dochodzić roszczeń z tytułu gwarancji zapłaty wadium w przypadku zaistnienia okoliczności określonych w art. 98 ust. 6 ustawy PZP. Faktem jest, że Odwołujący pozyskał od Gwaranta dokument (tj. oświadczenie z dnia 3 grudnia 2024 r. do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr PO/01176831/2024 z dnia 13 listopada 2024 r. – dowód dołączony do odwołania), z treści którego wynika, że Beneficjent: „Skarb Państwa – Komendant Stołeczny Policji będzie mógł skutecznie dochodzić swoich roszczeń z gwarancji PO/01176831/2024 z dnia 13 listopada 2024r., wystawionej na KOMENDA GŁÓWNA POLICJI, ul. Puławska 14/150, 02-520 Warszawa; postępowanie prowadzi KOMENDA STOŁECZNA POLICJI, ul. Nowolipie 2, 00-150 Warszawa”, jednakże co należy podkreślić, że w oświadczeniu tym został zmieniony Beneficjent gwarancji, a którą to okoliczność całkowicie pomija Odwołujący w treści odwołania.

Należy bowiem zauważyć, że w miejsce dotychczasowego zapisu: „BENEFICJENTKOMENDA GŁÓWNA POLICJwprowadzono zapis: „BENEFICJENTSkarb Państwa – Komendant Stołeczny Policjiz siedzibą: ul. Nowolipie 2 , 00- 150 Warszawa, Regon: 012126482, Nip: 525 – 19 – 30 – 070”.

Tym samym, w ocenie Izby, z ww. dowodu dołączonego do odwołania wynika, iż po upływie terminu składania ofert, Towarzystwo Ubezpieczeniowe GENERALI dokonało zmiany beneficjenta Gwarancji.

Nadto Izba zważa, iż Odwołujący powołuje się w treści odwołania naart. 65 § 1 KC, zgodnie którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, zaś w myśl art. 65 § 2 KC, w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

W ocenie Izby, rację ma Odwołujący, że gwarancja podlega wykładni, jak każde oświadczenie woli, jednakże Odwołujący pomija fakt, że treść gwarancji nie może budzić żadnych wątpliwości. Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2009 r., KIO/UZP 62/09, w którym Izba wskazała, iż: „Niemniej jednak

wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji nie była kwestionowana. Treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 1995 roku, sygn. akt: II CRN 123/95, OSNC, z. 2 z 1996 roku, poz. 29)”, czy też na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2011 r. o sygn. akt KIO 2334/11, w którym Izba wskazała, iż: „wadium może podlegać wykładni jak każde oświadczenia woli, niemniej jednak podstawy do interpretacji muszą być niebudzące wątpliwości”.

W ocenie Izby, w realiach niniejszej sprawy Odwołujący w gwarancji ubezpieczeniowej wyraźnie wskazał, kto jest beneficjentem gwarancji (tj. **KOMENDA GŁÓWNA POLICJ**, a co za tym idzie zdaniem Izby brak jest pola do wykładni oświadczenia woli, ze względu na fakt, iż określenie beneficjenta gwarancji ubezpieczeniowej nie budzi żadnych wątpliwości. Tym samym, rację ma Przystępujący Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. K, iż: „wykładnia nie doprowadziłaby do usunięcia wątpliwości, ale wprost do zmiany treści gwarancji na inną”.

Poza tym, Zamawiający słusznie wskazuje w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w Komentarzu do Ustawy – Prawo zamówień publicznych, że: „nie są dopuszczalne czynności naprawcze wykonawcy dotyczące wadium (np. uzupełnienie lub zmiana gwarancji wadialnej)”.

Konkludując, zdaniem Izby, błędne oznaczenie beneficjenta gwarancji jest sprzeczne nie tylko z postanowieniami SWZ (tj. rozdziałem X ust. 6), ale również skutkuje tym, iż treść gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 13 listopada 2024 r. nie dawała wymaganych SWZ uprawnień Komendantowi Stołecznemu Policji dochodzenia roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności określonych w art. 98 ust. 6 ustawy PZP.

W ocenie Izby, dowód przedłożony wraz z odwołaniem w postaci oświadczenia ubezpieczyciela z dnia 3 grudnia 2024 r., przesądza de facto o tym, że wniesione przez Odwołującego wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 13 listopada 2024 r. było nieprawidłowe, a tym samym Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego. W ocenie Izby, przeciwnie działanie stanowiłoby naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji, jak również stawiłoby w lepszej sytuacji wykonawcę, który nie zastosował się do wymogów SWZ, względem wykonawców, którzy wnieśli wadium zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wyrażonymi w SWZ.

Nie można również tracić z pola widzenia, że w przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 17 ofert, z czego 15 Wykonawców złożyło dokumenty wadialne w formie gwarancji, w których w 14 przypadkach prawidłowo został oznaczony Beneficjent gwarancji, a co za tym idzie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie można mówić o tym, że zapisy SWZ były w tym zakresie nieprecyzyjne.

Nadto, Izba zważa, iż dowód wniesiony na posiedzeniu przez Odwołującego w postaci maila z dnia 20 grudnia 2024 r. wraz z załącznikiem w postaci zrzutu ekranu obejmującą oświadczenie przedstawiciela Generali T.U. S.A., nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Z tego też względu w ocenie Izby, zarzuty postawione przez Odwołującego Izba uznała jako niezasadne.

II. KIO 4585/24:

Zamawiający – Komenda Stołeczna Policji w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Budowa nowej siedziby Komisarjatu Policji Warszawa Włochy wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną - etap II*”; numer referencyjny: WZP-2786/24/193/IR.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00551410/01 z dnia 17 października 2024 r.

W dniu 4 grudnia 2024 r. wykonawca Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. K. z siedzibą w Głogowie Małopolskim wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- zaniechaniu odrzucenia oferty Arcus Technologie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Celestynowie (dalej jako „Arcus”) oraz
- zaniechaniu odrzucenia oferty ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „ZAB-BUD”), ewentualnie zaniechaniu wezwania Arcus do wyjaśnienia w zakresie istotnej części składowej ceny oraz zaniechania poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie ZAB-BUD.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

oferta Arcus

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, a także art. 223 ust. 1 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Arcus, a w konsekwencji jej wybór, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie Tabeli Elementów Scalonych i zawiera błędy w obliczeniu ceny, a Zamawiający dopuścił do uzupełnienia jej treści w drodze udzielenia odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, co stanowi niedozwolone negocjowanie i zmianę treści oferty, a w konsekwencji także art. 16 pkt 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców,

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Arcus, a w konsekwencji jej wybór, podczas gdy oferta ta jest

niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie zaoferowanych instalacji: strukturalnych, CCTV, SSWIN, KD oraz INTERKOM,

ewentualnie, Izba oddaliła powyższy, tj. z pkt 2), zarzut zaniechania odrzucenia oferty Arcus:

3) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Arcus do wyjaśnienia w zakresie istotnej części składowej ceny tj. cen wskazanych w poz. 6.6. TES oraz poz. 6.7-6.10 TES, mimo że powinny wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości, albowiem ceny ww. instalacji w ofercie Arcus są niższe niż koszty własne zakupu wymaganych urządzeń i oprogramowania.

oferta ZAB-BUD

4) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, a także art. 223 ust. 1 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty ZAB-BUD, a w konsekwencji ustalenie jej pozycji w rankingu ofert na miejscu drugim, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny, a Zamawiający dopuścił do uzupełnienia jej treści w drodze udzielenia odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, co stanowi niedozwolone negocjowanie i zmianę treści oferty, a w konsekwencji także art. 16 pkt 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców,

ewentualnie, gdyby Izba oddaliła powyższy, tj. z pkt 4), zarzut zaniechania odrzucenia oferty ZAB-BUD:

5) art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp w związku z art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie złożonej przez ZAB-BUD, oraz uznanie wyjaśnień treści oferty ZAB-BUD, w wyniku którego to zaniechania i działania Zamawiający przyjął do oceny oferty w kryterium cena nieprawidłową wartość ceny ZAB-BUD, tj. cenę zaniżoną o kwotę 4 097 893,11 zł brutto i ustalił pozycję tej oferty w rankingu ofert na miejscu drugim, a w konsekwencji także art. 16 pkt 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosilo uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- powtórzenia czynności oceny i badania ofert;
- odrzucenia ofert Arcus i ZAB-BUD.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. K. z siedzibą w Głogowie Małopolskim, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 grudnia 2024 r. (pismo z dnia 16 grudnia 2024 r.) wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Arcus Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Celestynowie.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący - Arcus Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Celestynowie - pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2024 r. (pismo z dnia 16 grudnia 2024 r.) wnosil o oddalenie odwołania jako bezpodstawnego.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

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

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP, Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty, tj. zarzut nr 2.1) dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, art. 223 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 16 pkt 1 ustawy PZP, zarzut nr 2.3) dotyczący naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy PZP, a także zarzut nr 2.4) dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, art. 223 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 16 pkt 1 ustawy PZP, znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w powyższym zakresie.

Izba zważyła, że zarzut nr 2.1) dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, art. 223 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 16 pkt 1 ustawy PZP, jest w ocenie Izby zasadny.

Izba zważyła, że w rozdziale XIII ust. 2 SWZ (Sposób obliczenia ceny) Zamawiający wskazał, iż: „Cenę oferty stanowią ryczałtowe wynagrodzenie Wykonawcy brutto, uwzględniające wszelkie koszty i czynności opisane w zał. nr 5 i 9 do SWZ”. Podobnie w § 2 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ, Zamawiający wprowadził zapis, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym.

Z kolei we wzorze oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ wykonawcy byli zobowiązani oświadczyć, że oferują wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto zgodnie z ceną wskazaną w tabeli elementów scalonych (załącznik nr 6 do SWZ). I tak wykonawca Arcus Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Celestynowie oświadczył w pkt I lit. a we wzorze oferty, że oferuje „wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto w PLN 24.878.776,63 – zgodnie z ceną wskazaną w TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH (załącznik nr 6 do SWZ)”, zaś wykonawca CAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oświadczył w pkt I lit. a we wzorze oferty, że oferuje „wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto w PLN 24 971 227,10 2 – zgodnie z ceną wskazaną w TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH (załącznik nr 6 do SWZ)”.

Izba zważyła, iż zgodnie z rozdziałem III ust. 6 SWZ (Opis przedmiotu zamówienia, termin wykonania zamówienia), Zamawiający wskazał, iż: „Wykonawca wraz z ofertą składa TABELĘ ELEMENTÓW SCALONYCH (załącznik nr 6 do SWZ). W przypadku nie złożenia wraz z ofertą TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH (załącznik nr 6 do SWZ), Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy jako niezgodną z warunkami zamówienia”.

Z kolei w myśl § 4 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy, Zamawiający wymagał dostarczenia Zamawiającemu „uzgodnionych z Zamawiającym Kosztorysów (wraz ze szczegółowym zestawieniem robocizny, materiałów i sprzętu oraz ze wskazaniem przyjętej stawki roboczogodziny, wskaźnikiem narzutów kosztów pośrednich, kosztu zakupu materiałów i zysku) w terminie **10 dni**, licząc od daty zawarcia umowy; z tym, że wartości elementów scalonych, przyjęte w w/w Kosztorysach winny być takie same jak odpowiednie wartości, takich samych elementów scalonych, w Tabeli Elementów Scalonych”. Podobnie ma się rzecz w przypadku Harmonogramu Rzeczowo-Finansowym (HRF), gdzie Zamawiający w § 4 ust. 1 pkt 2 lit. e wymagał sporządzenia na podstawie Załącznika nr 3 do umowy (wzór HRF) i dostarczenia Zamawiającemu do uzgodnienia i akceptacji **HRF-u**wg zasad określonych poniżej: „HRF będzie uwzględniał w szczególności:

- uszczegółowienie elementów scalonych, ujętych w Tabeli Elementów Scalonych, stanowiącej Załącznik nr 2 do umowy, z tym, że wartości elementów scalonych przyjęte w HRF-ie winny być takie same jak odpowiednie wartości, takich samych elementów scalonych w Tabeli Elementów Scalonych (...)”.

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia ujęte przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, w pierwszej

kolejności należy zadać sobie pytanie, jaką rolę w przedmiotowym postępowaniu pełniła Tabela Elementów Scalonych (TES). W ocenie Izby, Zamawiający wymagając sporządzenia i złożenia wraz z ofertą TES o określonej treści, w której to Tabeli podanie cen za poszczególne elementy składające się na przedmiot zamówienia miało za zadanie nie tylko umożliwienie merytorycznej weryfikacji ofert w zakresie zgodności z przedmiotem zamówienia, ale także miało istotne znaczenie na etapie realizacji umowy (co wynika z § 4 ust. 1 pkt 1 i 2, § 4 ust. 2 oraz § 8 ust. 2 wzoru umowy), Izba doszła do przekonania, że TES była Tabelą o merytorycznie istotnym charakterze. Tabela Elementów Scalonych stanowiła bowiem podstawą do sporządzenia kosztorysów, HRF, które mogły jedynie uszczegóławiać TES, ze względu na fakt, iż: „wartości elementów scalonych, przyjęte w w/w Kosztorysach winny być takie same jak odpowiednie wartości, takich samych elementów scalonych, w Tabeli Elementów Scalonych”, czy też „wartości elementów scalonych przyjęte w HRF-ie winny być takie same jak odpowiednie wartości, takich samych elementów scalonych w Tabeli Elementów Scalonych”.

Tym samym, w ocenie Izby, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostaje fakt ryczałtowego charakteru ceny, a co za tym idzie Izba nie popiera argumentacji Zamawiającego, jak i Przystępującego, że w niniejszym postępowaniu znaczenie ma wyłącznie wynagrodzenie ryczałtowe, zwłaszcza że Zamawiający w dokumentach zamówienia nie wskazał, że Tabela Elementów Scalonych ma mieć charakter pomocniczy, czy „jedynie informacyjny”. Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 961/23, w którym to Izba podkreśliła, że: „okoliczność, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający przewidział rozliczenie ryczałtowe, jest bez znaczenia dla rozpoznawanego zarzutu, bowiem wymóg złożenia kosztorysu był określony przez zamawiającego w treści SWZ i jego spełnienie było obowiązkiem wszystkich wykonawców składających oferty (...)”, czy też na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2024 r. o sygn. akt KIO 3075/24, w którym Izba wskazała: „Jeżeli Odwołujący nie wskazał cen częściowych, których wskazania Zamawiający wymagał w Tabeli ceny, stanowiącej treść oferty, a których samodzielnie Zamawiający uzupełnić nie może, bo to nie wynika z żadnego dokumentu składającego się na treść oferty, to złożona oferta nie jest zgodna z treścią SWZ oraz nie może zostać uzupełniona. W tej sytuacji ofertę należało odrzucić w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. (...). Niezgodność ta jest nieusuwalna, bowiem sam Zamawiający nie może poprawić braków oferty w postaci wpisania cen częściowych za poszczególne elementy robót, nie ma także żadnej podstawy prawnej do wezwania Wykonawcy do dokonania tych poprawek (uzupełnień), bowiem Tabela ceny stanowi treść oferty Wykonawcy. (...). Braki w Tabeli ceny nie mogą zostać uzupełnione, gdyż prowadziłoby to do wytworzenia nowej treści oferty, której pierwotnie nie zawierała, co pozostaje poza możliwościami, jakie daje Zamawiającemu art. 223 ust. 1 i 2 p.z.p., który z obiektywnych względów nie jest w stanie uzupełnić pozycji Tabeli cen kwotami częściowymi”.

Izba zważa, iż w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący Arcus Technologie sp. z o.o. w załączonej do oferty Tabeli Elementów Scalonych, nie wyspecyfikował wszystkich elementów składających się na TES, zgodnie z dokonaną modyfikacją załącznika nr 6 do SWZ przez Zamawiającego z dnia 7 listopada 2024 r.

W związku z powyższym, Zamawiający w dniu 19 listopada 2024 r. na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnienia treści złożonej oferty poprzez wskazanie „w której pozycji i na jaką kwotę TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH Wykonawca zawarł:

W pkt ARCHITEKTURA I KONSTRUKCJA:

- IZOLACJE, W TYM CIEPLNE I AKUSTYCZNE;
- DŹWIG OSOBOWY;

W pkt ELEWACJA:

- DOCIEPLENIA;
- TYNKI, WYPRAWY I OBLICOWANIA;
- SYSTEMY ELEWACYJNE;

W pkt BRANŻA SANITARNA:

- INSTALACJA PPOŻ - HYDRANTÓW WEWNĘTRZNYCH;
- SYSTEM GASZENIA GAZEM;
- INSTALACJA KANALIZACJI deszcz. z dachu, w tym zb. retencyjny, zb. hybryd, zestaw hydrof;
- INSTALACJA KANALIZACJI deszcz. z garażu, w tym odwodnienia liniowe, separator;
- INSTALACJA WODY "SZAREJ" do splukiwania toalet, pisuarów i podlewania zieleni;
- INSTALACJA CENTRALNEGO OGRZEWANIA;
- INSTALACJA CENTRALNEGO OGRZEWANIA - RUROCIĄGI (PRZEWODY);
- INSTALACJA CENTRALNEGO OGRZEWANIA – GRZEJNIKI;
- KLIMATYZACJA;
- KLIMATYZACJA - RUROCIĄGI, UZBROJENIE;
- KLIMATYZACJA - JEDNOSTKI ZEWNĘTRZNE I WEWNĘTRZNE”.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, w dniu 22 listopada 2024 r. Przystępujący oświadczył, że zaoferowana cena uwzględnia wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie z uwzględnieniem wymagań szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, wymaganej technologii, jak i materiałów spełniających wszystkie wymagane parametry z uwzględnieniem wymaganych dopuszczeń i certyfikatów zgodnie z wymaganiami postępowania, obowiązującymi przepisami prawa i sztuką budowlaną. Jednocześnie Przystępujący wskazał miejsca, w których zawarł wycenę wskazanych pozycji:

„W pkt ARCHITEKTURA I KONSTRUKCJA:

- Izolacje, w tym cieplne i akustyczne:

poz.3.2 - 358 974,22 zł

poz.3.5. - 626 030,64 zł,

- Dźwig osobowy: poz.3.9. - 249 304,73zł

W pkt ELEWACJA:

- Docieplenia: poz.3.7. - 994 874,03 zł

- Tynki wyprawy i oblicowania: poz.3.7. - 168 852,66 zł

- Systemy elewacyjne: poz.3.7. - 791 973,31 zł

W pkt BRANŻA SANITARNA:

- Instalacja ppoż - hydrantów wewnętrznych: poz.4.7. – 5 800 zł

- System gaszenia gazem: poz.4.4. - 212 563,28 zł

- Instalacja kanalizacji deszcz z dachu, w tym zbiornik retencyjny: poz.4.9. - 123 187,2 zł

- Instalacji kanalizacji deszcz z garażu w tym odwodnienia liniowe: pkt.4.9. - 181 567,29 zł

- Instalacja wody "szarej": poz.4.9. - 102 375,51 zł

- Instalacja centralnego ogrzewania - rurociągi(przewody): poz.4.5. - 167 803,65zł

- Instalacja centralnego ogrzewania - grzejniki: poz. 4.5. - 88 897,76 zł

- Klimatyzacja - rurociągi: pkt. 4.10.3. - 100 212,77 zł

- Klimatyzacja – jednostki wewnętrzne i zewnętrzne: pkt. 4.10.3. - 453 287,23 zł”.

Biorąc powyższe pod uwagę, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że ze względu na istotny merytorycznie charakter Tabeli Elementów Scalonych, Przystępujący składając wraz z ofertą TES, która nie zawiera 12 elementów scalonych, w tym m.in. ceny za System Gaszenia Gazem (poz. 4.15 – po modyfikacji), skutkuje tym, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, a niezgodność ta ma charakter zasadniczy i nieusuwalny.

Tym samym, rację ma Odwołujący, że „Brak zaoferowania całego przedmiotu zamówienia stanowi ewidentnie podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp”, a w konsekwencji wskazane braki oferty Przystępującego w zakresie Tabeli Elementów Scalonych powodują, że: „oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny – polegający na wpisaniu do Formularza oferty ceny wyliczonej niezgodnie z obowiązującą w postępowaniu TES”.

Nadto, Izba zważa, iż zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby, wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP z dnia 19 listopada 2024 r., jak również złożona odpowiedź Przystępującego z dnia 22 listopada 2024 r. świadczy niewątpliwie, że doszło do negocjowania treści oferty, ponieważ w wyniku wezwania Zamawiającego, Przystępujący de facto dokonał wytworzenia nowej treści oferty (TES) o informacje, które nie znajdowały się w pierwotnej ofercie (TES). Tytułem przykładu, Izba zważa, iż Przystępujący w swoich wyjaśnieniach wskazał, iż System Gaszenia Gazem (poz. 4.15) został skalkulowany w „poz.4.4. - 212 563,28 zł”, która to pozycja została opisana jako „Węzeł Ciepły”. Jednakże należy w tym miejscu zwrócić uwagę, iż dokumenty zamówienia zawierają odrębne projekty tych instalacji, które nie są ze sobą powiązane technicznie lub funkcjonalnie.

Co istotne, jak słusznie zauważył Odwołujący, systemy te „nie znajdują się w jednym pomieszczeniu czy kondygnacji, czy chociaż w jednym pionie (osi) budynku (węzeł ciepły znajduje się w pomieszczeniu na kon. -1, w pomieszczeniu nr -1.2, w osiach C-D 7-8, a system gaszenia gazem – w pomieszczeniu serwerowni – kon. 0, pom. nr 0.14, w osiach E-F 3-4), a co nie było kwestionowane ani przez Zamawiającego ani Przystępującego na rozprawie.

W konsekwencji powyższego, w ocenie Izby, nie sposób uznać wyjaśnienia Przystępującego jako wiarygodne.

Izba chciałaby w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2021 r. o sygn. akt KIO 3297/20, w którym Izba wskazała, iż: „*Procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzaniem zmian do treści oferty. Wyjaśnienia nie mogą rozszerzać treści oferty, mają stanowić swoistą wykładnię elementów oferty przedmiotowo istotnych, ale elementy te muszą z oferty wynikać, muszą być w niej ujęte*”, a Izba w pełni się zgadza z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

Konkludując, zdaniem Izby, okazał się zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji art. 16 pkt 1 ustawy PZP.

Odnosząc się do zarzutu 2.2), tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez brak odrzucenia oferty Arcus, a w konsekwencji jej wybór, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie zaoferowanych instalacji: strukturalnych, CCTV, SSWIN, KD oraz INTERKOM, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważa, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba zważa, iż zgodnie z warunkami zamówienia, w tym udzielonymi odpowiedziami przez Zamawiającego na pytania 79, 80, 238, 239, 427, wykonawcy zobowiązani byli w ramach instalacji strukturalnej (poz. 6.6. TES) zaoferować dostawę i montaż urządzeń aktywnych firmy CISCO oraz w ramach systemów bezpieczeństwa - CCTV, SSWIN, KD oraz INTERKOM (poz. 6.7-6.10 TES) zaoferować urządzenia producenta systemu Genetec Synergis wraz z oprogramowaniem i licencjami.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Tabela Elementów Scalonych zarówno przed modyfikacją, jak i modyfikacji w zakresie poz. 6.6 TES oraz poz. 6.7 – 6.10 TES nie uległy zmianie. W ocenie Izby, Przystępujący niewątpliwie dokonał wyceny ww. pozycji w złożonej wraz z ofertą TES, tj. poz. 6.6 INSTALACJA STRUKTURALNA w kwocie 300 607,08 : brutto,

poz. 6.7 INSTALACJA CCTV w kwocie 125 177,10 zł brutto, poz. 6.8 INSTALACJA SSWIN w kwocie 145 949,34 zł brutto, poz. 6.9 INSTALACJA KD w kwocie 260 010,93 zł brutto, poz. 6.10 INSTALACJA INTERKOM w kwocie 126 757,65 brutto.

Tym samym, zdaniem Izby, nie można mówić, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, ze względu na fakt, iż Przystępujący dokonał wyceny poszczególnych pozycji w zakresie poz. 6.6 TES oraz poz. 6.7 – 6.10 TES.

Twierdzenia Odwołującego, iż Przystępujący w poz. 6.6 TES w kwocie 300 607,08 zł brutto nie uwzględnił w wycenie dostawy urządzeń CISCO, czy też wycena pozycji dotyczących systemów bezpieczeństwa zawartych w poz. 6.7- 6.10 TES w łącznej kwocie 657 895,02 zł brutto, nie obejmuje kompletnej instalacji CCTV, SSWIN, KD i INTERKOM, n oznacza, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, lecz jest podstawą do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych, tj. cen wskazanych w poz. 6.6 TES oraz poz. 6.7- 6.10 TES.

Z tego też względu zarzut ten, jest w ocenie Izby, niezasadny.

Przechodząc do zarzutu ewentualnego, tj. zarzutu 2.3) dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia w zakresie istotnej części składowej ceny, tj. cen wskazanych w poz. 6.6. TES oraz poz. 6.7-6.10 TES, jest w ocenie Izby zasadny.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający jednoznacznie wskazał w dokumentacji postępowania (dokumentacji projektowej) m.in. na rysunku T-31 zawartym w pliku T-T-31, jakiego wyposażenia wymaga, tj. urządzenia aktywne (Switche). Jednocześnie Zamawiający udostępnił wykonawcom plik „Wytyczne do projektowania system 25.04.2022”, które uszczegółwiają wskazane elementy pokazane w pliku T-T-31 wraz z obowiązkiem dostarczenia licencji. Tym samym, w ramach poz. 6.6 (TES) w cenie należało uwzględnić dostawę urządzeń aktywnych w pozycjach dostawy szaf serwerowych wraz z wyposażeniem, jak również uwzględnić instalację strukturalną.

Izba zważa, iż na podstawie dowodów dołączonych do pisma procesowego Odwołującego z dnia 30 grudnia 2024 r. dotyczących cennika urządzeń i licencji według cen katalogowych firmy CISCO w postaci załącznika nr 1 i 2 (pliki zawierające ceny katalogowe wraz z tłumaczeniem) na wymagane przez Zamawiającego urządzenia i licencje na kwotę ponad 184 000 USD, co daje ponad 905 000 zł brutto z dowodami w postaci załącznika nr 3 (oferta Quman dla Baudziedzic uwzględniająca rabat na produkty CISCO) i załącznika nr 4 (oferta NETPROF dla Baudziedzic uwzględniająca rabat na produkty CISCO), z których wynika odpowiednio kwota 488 169, 65 zł brutto i 496 934,76 zł brutto, Izba doszła do przekonania, iż porównując koszty cennikowe urządzeń z licencjami, jak również koszty uwzględniające rabat na poziomie ok. 50% z ceną zaoferowaną przez Przystępującego na kwotę 300 607,08 zł brutto, powinno w ocenie Izby skutkować powzięciem wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia w ramach zaoferowanej ceny przez Przystępującego w poz. 6.6 (TES).

Tym samym, twierdzenie Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, iż „Uzyskanie ok. 20-30% rabatu na materiały umożliwi wykonanie instalacji/systemów w kwotach wymienionych w tabeli TES” jest w ocenie Izby twierdzeniem gołosłownym, niemającym pokrycia w materiale dowodowym.

Podobnie ma się sytuacja w przypadku poz. 6.7 – 6.10 (TES), gdzie porównując dowody załączone do pisma procesowego Odwołującego z dnia 30 grudnia 2024 r. w postaci załączników nr 6 i 7 (oferta firmy EST dla Quman wraz z tłumaczeniem) na kwotę 687 482,69 zł brutto stanowiącą kwotę za same urządzenia z rabatami i załączników nr 8 i 9

(oferta firmy EST dla Baudziedzic wraz z tłumaczeniem) na kwotę 921 510,31 zł brutto stanowiącą kwotę za same urządzenia z ceną łączną za poz. 6.7 – 6.10 (TES) Przystępującego w kwocie 657 895,02 zł brutto, Izba również doszła do przekonania, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia w ramach zaoferowanej ceny przez Przystępującego w poz. 6.7 – 6.10 (TES).

Z tego też względu, w ocenie Izby, zarzut ten jest zasadny, jednakże ze względu na fakt, iż zarzut 2.1) okazał się zdaniem Izby zasadny, Izba nie nakazywała wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych, tj. cen wskazanych w poz. 6.6 (TES) oraz poz. 6.7 – 6.10 (TES).

Odnosząc się z kolei do zarzutu 2.4), tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, a także art. 223 ust. 1 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty ZAB-BUD, a w konsekwencji ustalenie jej pozycji w rankingu ofert na miejscu drugim, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny, a Zamawiający dopuścił do uzupełnienia jej treści w drodze udzielenia odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, co stanowi niedozwolone negocjowanie i zmianę treści oferty, a w konsekwencji także art. 16 pkt 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców, jest w ocenie Izby zasadny.

Izba zważa, iż wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył wraz z ofertą załącznik nr 6 do SWZ (TES) Tabelę Elementów Scalonych, zgodnie z modyfikacją załącznika nr 6 do SWZ z dnia 7 listopada 2024 r. Jednakże, co istotne, w złożonym TES, wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. nie wskazał ceny w poz. 1 TES (ROZBIÓRKI, W TYM WYCINKA DRZI WYWÓZ GRUZU).

W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 21 listopada 2024 r. na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP wezwał wykonawcę ZAB-BUD Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnienia treści złożonej oferty poprzez wskazanie, czy „Wykonawca uwzględnił w TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH następujące elementy:

- ROZBIÓRKI, W TYM WYCINKA DRZEW, WYWÓZ GRUZU;

W pkt ARCHITEKTURA I KONSTRUKCJA:

- ŚCIANKI DZIAŁOWE W TECHNOLOGII MOKREJ;

- ŚCIANKI DZIAŁOWE W TECHNOLOGII SUCHEJ;

- IZOLACJE, W TYM CIEPLNE I AKUSTYCZNE;

- TYNKI, WYPRAWY I OBLICOWANIA;

- WARSTWY WYRÓWNAWCZE POD POSADZKI;

- OKNA, WITRYNY, DRZWI WEWNĘTRZNE;

- SUFITY W TECHNOLOGIACH SUCHYCH;

- ROBOTY MALARSKIE;

- POSADZKI;

- BALUSTRADY WEWNĘTRZNE;

- DŹWIG OSOBOWY;

- INNE ROBOTY WYKOŃCZENIOWE, W TYM ELEM. ŚLUSARSKO-KOWALSKIE? Jeśli tak to w której pozycji i na kwotę TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH? ”.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, w dniu 26 listopada 2024 r. wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. oświadczył, że „treść jego oferty jest zgodna z warunkami zamówienia, obejmuje wszystkie elementy wynikające z dokumentów zamówienia, uwzględnia wszelkie odpowiedzi i zmiany dokonane przez Zamawiającego w toku postępowania. Przedmiot naszej oferty spełnia wszystkie wymagania wynikające z dokumentów zamówienia, w szczególności ze Specyfikacji Warunków Zamówienia, Opisu przedmiotu zamówienia, Projektu umowy oraz pozostałej dokumentacji. Ponadto Wykonawca oświadcza, że zaoferował realną cenę ryczałtową, obejmującą wszystkie koszty prawidłowej realizacji zamówienia. Równocześnie Wykonawca oświadcza, że dysponuje wiedzą, doświadczeniem oraz kwalifikacjami umożliwiającymi prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia oraz jest gotowy do jego realizacji. Podkreślenia wymaga, iż wynagrodzenie dla wykonawcy jest wynagrodzeniem ryczałtowym, a tabela elementów scalonych ma charakter wyłącznie pomocniczy. Niemniej jednak, raz jeszcze podkreślamy, iż nasza oferta uwzględnia pełen zakres wymaganych robót, w szczególności zakres „Rozbiórki, w tym wycinka drzew, wywóz gruzu” został ujęty w pozycjach 2.1 oraz 2.2, a przyjętą wartość za ten zakres wynosi 65 000,00 zł brutto z czego 30 000,00 zł ujęte w poz. 2.1 oraz 35 000,00 w poz. 2.2. W odniesieniu do dalszej części wezwania wyjaśniamy, iż wartość poz. 3 „Architektura i Konstrukcja” została określona prawidłowo na kwotę 14 370 934,10 zł brutto i obejmuje ona wszystkie wymagane elementy (poz. 3.1 – 3.8), w tym wskazywane przez Zamawiającego: ścianki działowe w technologii mokrej, ścianki działowe w technologii suchej, izolacje, w tym cieplne i akustyczne, tynki, wyprawy i oblicowania, warstwy wyrównawcze pod posadzki, okna, witryny, drzwi wewnętrzne, sufity w technologiach suchych, roboty malarskie, posadzki, balustrady wewnętrzne, dźwig osobowy, inne roboty wykończeniowe, w tym elem. ślusarsko-kowalskie.”

Biorąc powyższe pod uwagę, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że ze względu na istotny merytorycznie charakter Tabeli Elementów Scalonych (co zostało szerzej omówione przez Izbę w ramach zarzutu 2.1), wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. składając wraz z ofertą TES, która nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia (brak wyceny poz. 1 TES), skutkuje tym, iż oferta ww. wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, a niezgodność ta ma charakter zasadniczy i nieusuwalny.

Tym samym, rację ma Odwołujący, że „Brak zaferowania całego przedmiotu zamówienia stanowi ewidentnie podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp”, a w konsekwencji brak wyceny określonego elementu TES w ramach oferty wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. powoduje, że: „oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny – polegający na wpisaniu do Formularza oferty ceny wyliczonej bez takiego elementu”.

Nadto, Izba zważa, iż zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Co prawda, w odpowiedzi z dnia 26 listopada 2024 r. wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. wskazał, że „(...) zakres „Rozbiórki, w tym wycinka drzew, wywóz gruzu” został ujęty w pozycjach 2.1 oraz 2.2, a przyjętą wartość za ten zakres wynosi 65 000,00 zł brutto z czego 30 000,00 zł ujęte w poz. 2.1 oraz 35 000,00 w poz. 2.2.”, jednakże co należy podkreślić, iż wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. nie wskazał w TES ceny dla poz. 1, a tym samym nie ma ona odzwierciedlenia w treści złożonej oferty.

W ocenie Izby, wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP z dnia 21 listopada 2024 r., jak również złożona odpowiedź wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. z dnia 26 listopada 2024 r. świadczy niewątpliwie, że doszło do negocjowania i zmiany treści oferty, ponieważ w wyniku wezwania Zamawiającego, wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. w wyniku wyjaśnień doprowadził do dodania do złożonej przez siebie oferty informacji merytorycznych, których w ofercie nie było.

W konsekwencji powyższego, zdaniem Izby, okazał się zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy, a także art. 16 pkt 1 ustawy PZP.

Nadto, Izba zważa, iż nie orzekła, co do zarzutu 2.5), ze względu na fakt, iż zarzut ten został postawiony przez Odwołującego jako zarzut ewentualny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 4581/24, a także na podstawie § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437) obciążając kosztami postępowania Odwołującego w części 1/4 i Zamawiającego w części 3/4 w sprawie o sygn. akt KIO 4585/24.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....