Sygn. akt: KIO 2262/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 lipca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2024 roku odwołania wniesionego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2024 roku przez *wykonawcę Częstobud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie*
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego *Akademia Wojsk Lądowych imienia generała Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu*
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy *Mosty Łódź spółka akcyjna z siedzibą w Łodzi*

orzeka:

*1.*Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 1 i 2 – i nakazuje Zamawiającemu
w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod nazwą *„Przebudowa i docieplenie budynku koszarowego nr 10 wraz z modernizacją infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu na terenie Akademii Wojsk Lądowych we Wrocławiu”*unieważnienie czynności z dnia 18 czerwca 2024 roku – „Informacja o podtrzymaniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej ofert”, unieważnienie czynności z dnia
19 czerwca 2024 roku – „Sprostowanie informacji o podtrzymaniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty” oraz unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia
15 lutego 2024 roku – Wezwanie do złożenia wyjaśnień skierowane do Mosty Łódź S.A. oraz pozostałych dokonanych po tej dacie.

*2.*Kosztami postępowania obciąża *wykonawcę Częstobud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie oraz Zamawiającego Akademię Wojsk Lądowych imienia generała Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu*

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez *wykonawcę Częstobud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie* tytułem wpisu od odwołania,
kwotę 4 428 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) poniesioną przez *wykonawcę Częstobud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2zasądza od *Zamawiającego Akademii Wojsk Lądowych imienia generała Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu* na rzecz *wykonawcę Częstobud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie* kwotę 6 746 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy siedemset czterdzieści sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez *wykonawcę Częstobud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie* stosownie do wyniku postępowania,

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 2262/24

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający *Akademia Wojsk Lądowych imienia generała Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu* prowadzi postępowanie pod nazwą *„Przebudowa i docieplenie budynku koszarowego nr 10 wraz z modernizacją infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu na terenie Akademii Wojsk Lądowych we Wrocławiu”*
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiejpod numerem: 2023/S 111-349125, w dniu 12 czerwca 2023 roku.

W dniu 28 czerwca 2024 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt. 1 i pkt. 2, art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz ust. 3 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, wniósł odwołanie wobec niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, polegających na wadliwym

uznaniu oferty Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. (ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź), jako najkorzystniejszej, a w zasadzie „podtrzymaniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców (w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów):

1. art. 253 ust. 1 i 2 w zw. z art. 522 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp - przez brak unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11 stycznia 2024 roku, mimo że czynność ta została zaskarżona odwołaniem Częstobud sp. z o.o. z dnia 22 stycznia 2024 roku, które to odwołanie Zamawiający w dniu 7 lutego 2024 roku uwzględnił w całości, wskazując, że wykona czynności zgodnie z żądaniami odwołania, tj. dokona unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie powtórzy czynność badania i oceny ofert, a pomimo tego Zamawiający nie unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zaś w dniu 18 czerwca 2024 roku opublikował informację o „podtrzymaniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty",
2. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp – przez prowadzenie czynności badania i oceny ofert (w tym wezwanie Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. do składania wyjaśnień i uzupełniania dokumentów) po wyborze najkorzystniejszej oferty dokonanym w dniu 11 stycznia 2024 roku, co prowadziło do nieuprawnionych negocjacji treści oferty pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą MOSTY ŁÓDŹ S.A., podczas gdy Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert w toku badania i oceny ofert, a nie po zakończeniu tej czynności, tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej,
3. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp – przez bezzasadne wezwanie Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. do złożenia wyjaśnień, podczas gdy w istocie Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, ale do przedstawienia nowych kosztorysów oraz oferty podwykonawcy, co stanowiło ponowne wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
4. art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. w sytuacji, gdy potwierdziła się okoliczność, że złożone dowody w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożone przez Wykonawcę są niewystarczające, co wprost potwierdza treść wezwania Zamawiającego z dnia 15 lutego 2024 roku, który wzywa Wykonawcę do uzupełnienia i poprawienia dowodów, mimo że Zamawiający winien uznać dowody za nieprawidłowe, a nie dawać Wykonawcy możliwość ich ponownego złożenia, skoro co do zasady przewiduje się jednokrotną możliwość wezwania do złożenia wyjaśnień RNC, zaś ponowne wezwanie Zamawiający może skierować w przypadku konieczności doprecyzowania, a nie złożenia nowych czy poprawionych dowodów i dokumentów,
5. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu załączników nr 1-3 dołączonych do wyjaśnień Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. z dnia 21 lutego 2024 roku, mimo iż utajnienie dokonane przez Wykonawcę jest niezgodne z przepisami prawa, bowiem Wykonawca nie wykazał, iż zastrzeżone informacje wypełniają przesłanki objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, a ponadto Zamawiający już raz uznał zastrzeżenie dokonane przez Wykonawcę za nieskuteczne w przypadku dokładnie takich samych dokumentów, a uzasadnienia tajemnicy złożone przez Wykonawcę są w obu przypadkach tożsame,
6. art. 226 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. (i w konsekwencji nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej tego Wykonawcy), mimo że oferta tego Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny spowodowany przyjęciem błędnej stawki podatku VAT dla wyposażenia meblowego, które Wykonawca objął stawką 8%, mimo że obowiązujące przepisy ustawy o podatku od towarów i usług dla takiego przedmiotu opodatkowania wprowadzają stawkę 23%, co potwierdzają wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 21 lutego 2024 roku, w których Wykonawca twierdzi, że popełnił w tym zakresie omyłkę i załącza nowe dowody i wyliczenia, jednakże jest to działanie spóźnione i zmierzające do zmiany treści oferty,
7. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A., mimo że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, bowiem Wykonawca powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, podczas gdy z przedłożonych w toku wyjaśniania rażąco niskiej ceny dokumentów nie wynika, żeby ten podmiot udostępnił swój potencjał w sposób realny, bowiem istnieje

uzasadniona wątpliwość czy podmiot ten realnie będzie brał udziału

w realizacji zamówienia, przez co nie można uznać, że w niniejszej sprawie udostępnienie zasobów ma charakter realny i gwarantuje Wykonawcy rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów, zaś uzupełnienie powyższych informacji dokonane wyjaśnieniami z dnia 21 lutego 2024 roku stanowi nieuprawnioną zmianę treści oferty.

Zadaniem Odwołujacego naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 11 stycznia 2024 roku, jak również czynności „podtrzymania decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty" z dnia 18 czerwca 2024 roku, sprostowanej w dniu 19 czerwca 2024 roku,

   w której Zamawiający twierdzi, że dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11 stycznia 2024 roku oraz dokonał ponownego badania

   i oceny ofert, jednakże śladu po takiej czynności nie znajdziemy na stronie internetowej prowadzonego postępowania,
2. odtajnienie dokumentów złożonych przez Wykonawcę MOSTY ŁÓDŹ S.A. jako załączników do wyjaśnień z dnia 21 lutego 2024 roku, a następnie udostępnienie tych dokumentów Odwołującemu,
3. odrzucenie oferty Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. z postępowania,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.
5.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów przez Zamawiającego, z uwagi na to, że oferta Odwołującego znalazła się na drugim miejscu w zestawieniu złożonych ofert. W konsekwencji w przypadku uwzględnienia odwołania i wyeliminowania oferty Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A., Odwołujący może spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia. Tym samym Odwołujący jest Wykonawcą zainteresowanym udzieleniem zamówienia i na skutek nieprawidłowości Zamawiającego może utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał:

W dniu 12 czerwca 2023 roku Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie, którego przedmiotem jest robota budowlana polegająca na przebudowie i docieplenIu budynku koszarowego nr 10 wraz z modernizacją infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu na terenie Akademii Wojsk Lądowych we Wrocławiu.

Do wyznaczonego terminu oferty złożyło 9 Wykonawców. W dniu 6 października 2023 roku Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia postępowania w ten sposób, że odrzucił oferty 6 z 9 Wykonawców (w tym Odwołującego) powołując się na zastosowanie błędnej stawki podatku VAT w ofertach Wykonawców oraz wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Wykonawcę TRASKO INVEST sp. z o.o.

Od tej czynności Wykonawca MOSTY ŁÓDŹ S.A wniósł odwołanie pismem z dnia

13 października 2023 roku. Odwołanie to zostało pozytywnie rozstrzygnięte wyrokiem KIO 3037/23. W konsekwencji wydanego orzeczenia w dniu 4 listopada 2023 roku Zamawiający unieważnił czynności odrzucenia wszystkich ofert (w tym oferty Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. oraz oferty Odwołującego).

W wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert, Zamawiający w dniu 8 grudnia 2023 roku wezwał Wykonawcę MOSTY Łódź. S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Pismem z dnia 15 grudnia 2023 roku Wykonawca MOSTY Łódź S.A. złożył wyjaśnienia, wśród których znalazł się dokument, który potwierdził, że Wykonawca ten zastosował w swojej ofercie błędną stawkę podatku VAT w zakresie wyposażenia.

Dowód nr 1: wyjaśnienia RNC wraz z kosztorysem ofertowym dotyczącym wyposażenia (znajduje się w aktach postępowania)

W dniu 11 stycznia 2024 roku Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. oraz odrzucił ofertę Wykonawcy TRASKO INVEST sp. z o.o.

Od czynności odrzucenia odwołał się wykonawca TRASKO, jednakże odwołanie to nie zostało uwzględnione (wyrok KIO 174/24). Następnie Wykonawca TRASKO wniósł skargę do Sądu Okręgowego (sygn. akt. XXIIIZs 46/24), który to Sąd ni uwzględnił skargi Wykonawcy. W konsekwencji powyższego oferta Wykonawcy TRASKO została prawomocnie

odrzucona z postępowania. Sąd w wyniku rozprawy w dniu 22.05.2024 r. podtrzymał decyzję KIO, w związku z czym oferta TRASKO jest odrzucona.
Z kolei od czynności wyboru Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. (ul. Bratysławska 52, 94 -112 Łódź), odwołał się w dniu 22 stycznia 2024 roku Odwołujący w niniejszej sprawie,
tj. Częstobud sp. z o.o. (KIO 215/24). Odwołujący zaskarżył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej powołując się na fakt, że Wykonawca MOSTY ŁÓDŹ S.A. zastosował
w swojej ofercie błędną stawkę podatku VAT w zakresie wyposażenia, co wynika
z kosztorysów załączonych do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Ponadto Odwołujący podnosił brak realnego udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, w związku z tym, że w ogóle nie wskazano, aby podmiot ten miał wykonywać przedmiotowe zamówienie.
Odwołanie to zostało w dniu 7 lutego 2024 roku uwzględnione przez Zamawiającego, a sam Zamawiający wskazał, że wykona czynności w zakresie określonym w żądaniu odwołania,
tj. unieważni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 11 stycznia 2024 roku oraz powtórzy czynność badania i oceny ofert:
Co istotne – do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem Częstobud sp. z o.o. przystąpił Wykonawca MOSTY ŁÓDŹ S.A., jednakże nie wniósł on sprzeciwu
po uwzględnieniu przez Zamawiającego odwołania. Wykonawca zrezygnował zatem
z ochrony swoich interesów.
W konsekwencji powyższego Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 9 lutego 2024 roku wydała postanowienie o umorzeniu postępowania, w którym stwierdziła, że:

I.Wadliwość postępowania z punktu widzenia art. 522 i art. 253 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że po uwzględnieniu odwołania oraz po wydaniu postanowienia
o umorzeniu postępowania KIO 215/24 przez Krajową Izbę Odwoławczą, Zamawiający
nie dokonał żadnej czynności, w tym w szczególności czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11 stycznia 2024 roku. Brak jest zarówno na stronie prowadzonego postępowania, jak i w dokumentacji jakichkolwiek informacji świadczących
o tym, że Zamawiający dokonał unieważnieniu czynności wyboru.
W konsekwencji powyższego Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie miał prawa dokonywać żadnych dodatkowych czynności w tym postępowaniu noszących znamiona badania i oceny ofert, bowiem ten etap formalnie został zakończony w dniu 11 stycznia 2024 roku wyborem oferty najkorzystniejszej. Aby otworzyć drogę do ponownego badania i oceny ofert Zamawiający powinien unieważnić czynność wyboru, czego jednakże nie uczynił.
Mimo tego, po wyborze najkorzystniejszej oferty oraz po uwzględnieniu odwołania, w którym Zamawiający zobowiązał się do unieważnienia wyboru, Zamawiający podjął czynności takie jak wezwanie Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów.
Następnie, na stronie internetowej prowadzonego postępowania, w dniu 18 czerwca 2024 roku Zamawiający zamieścił informację o „podtrzymaniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty". W dniu 19 czerwca 2024 roku opublikował sprostowanie, w którym wskazał,
że „Zamawiający, działając zgodnie z pismem z dnia 07.02.2024r., skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym uwzględniono odwołanie firmy CZĘSTOBUD
Sp. z o.o., wykonał czynności w zakresie określonym w żądaniu odwołania i unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty a następnie powtórzył czynność badania i oceny ofert. W wyniku ponownego badania i oceny ofert, które nie podlegały odrzuceniu
w postępowaniu, Zamawiający ponownie uznał za najkorzystniejszą ofertę firmy MOSTY ŁÓDŹ S.A.".
Ani na stronie internetowej prowadzonego postępowania, ani w dokumentach zamówienia nie znajdziemy jednak potwierdzenia na to, aby Zamawiający kiedykolwiek dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11 stycznia 2024 roku.
Wynika to także protokołu postępowania, gdzie w pkt. 24 wskazano, że czynności dotyczące prowadzenia postępowania zakończyły się w dniu 11 stycznia 2024 roku. Następnie w pkt. 25 protokołu wskazuje, że:
Brak jest jednak wskazania daty, w której Zamawiający dokonywał nowych czynności. Przede wszystkim jednak, jeśli nowe czynności badania i oceny ofert miały miejsce
to Zamawiający dokonywał ich po wyborze najkorzystniejszej oferty, bowiem nigdy
nie doszło do unieważnienia czynności z dnia 11 stycznia 2024 roku. W konsekwencji powyższego, wszelkie dokumenty i oświadczenia złożone po dacie 11 stycznia 2024 roku (wówczas bowiem dokonano wyboru) w ogóle nie powinny być brane pod uwagę.
O powyższych naruszeniach Odwołujący uzyskał wiedzę z pisma Zamawiającego z dnia

18 czerwca 2024 roku opublikowanego na stronie internetowej prowadzonego postepowania, o treści:
To właśnie ujawnienie działań w tym piśmie stało się podstawą do wniesienia niniejszego odwołania z uwagi na ujawnianie się szeregu naruszeń przepisów prawa, w konsekwencji których najdalej idącą czynnością jest uznanie, że oferta wykonawcy Mosty Łódź S.A. jest oferta najkorzystniejszą.
W wyroku z dnia 27 października 2017 roku (KIO 2108/17) Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że przepisy Pzp nie definiują pojęć badania i oceny oferty. Izba jednoznacznie jednak stwierdza, że nie sposób jednak nie zauważyć, że są to czynności poprzedzające wybór oferty najkorzystniejszej, którego prawidłowość warunkowana jest przeprowadzeniem ich w zgodzie z przepisami Pzp.
Wynika to z analizy art. 223 i art. 239, gdzie wskazuje się, że wyjaśnienia i/lub uzupełnienia lub badanie jest zawsze czynnością przed wyborem oferty najkorzystniejszej. To bowiem
w toku badania ofert Zamawiający może zwrócić się do Wykonawców o wyjaśnienie
ich treści. Zatem błąd popełniony na etapie badania oferty, ujawniony po wyborze oferty najkorzystniejszej – a taka okoliczność została ujawniona w złożonym odwołaniu, które Zamawiający uwzględnił - skutkować musi w pierwszeństwie unieważnieniem takiej czynności, jako stanowiącej efekt niewłaściwie przeprowadzonej procedury badania oferty. W konsekwencji, w tym postępowaniu bez wątpienia mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem czynności z zakresu badania oferty - nie tylko formalnie, ale także merytorycznie, co zostanie wykazane w dalszej części odwołania. Ponadto, Odwołujący wskazuje, że jeśli Zamawiający uznaje, że informacja z dnia 18 czerwca 2024 roku, sprostowana w dniu 19 czerwca 2024 roku stanowi informację o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty to Odwołujący podnosi, że stanowi to naruszenie art. 253 ustawy Pzp w zakresie informowania o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z obowiązującymi przepisami, informacja taka musi bezwzględnie zostać opublikowana na stronie prowadzonego postępowania, a ponadto Zamawiający zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne dla poszczególnych dokonanych czynności. W informacji tej powinny być zatem wskazane okoliczności faktyczne i podstawa prawna uzasadniające prawidłowość dokonanych czynności, dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty oraz punktacji przyznanej poszczególnym ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji,
a także odrzucenia poszczególnych ofert. Dopełnienie tego obowiązku ma istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji ogólnych zasad prowadzenia postępowania, w szczególności zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale również prawa do korzystania przez Wykonawców ze środków ochrony prawnej. Wskazanie podstawy prawnej i przyczyn faktycznych podjętych czynności warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Zdaniem Odwołującego, w tym postępowaniu nie dość,
że oceniano ofertę po jej wyborze to nigdy nie dokonano zgodnie z prawem nowego wyboru. Zamawiający zamieścił na stronie prowadzonego postępowania pismo z dnia 18 czerwca 2024 roku, w którym wskazał, że „podtrzymuje czynność wyboru najkorzystniejszej oferty" – nie dokonuje nowej czynności, a podtrzymuje czynność z dnia 11 stycznia 2024 roku.
Następnie pismem z dnia 19 czerwca 2024 roku wskazano, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty (tj. w piśmie z dnia 18 czerwca 2024 roku, które zdaniem Odwołującego nie może być nazywane informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty zgodną z art. 253 ustawy Pzp) wkradł się błąd polegający na tym, że nie podano
do publicznej wiadomości, że Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej,
a następnie powtórzył czynność badania i oceny ofert.
Jednakże, zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek zamieścić na stronie prowadzonego postępowania informacje dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty, danych identyfikujących Wykonawców, którzy złożyli oferty oraz przyznanej ofertom punktacji w każdym kryterium oceny ofert oraz łącznej oceny, czego Zamawiający zaniechał, w związku z czym również w tym zakresie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp.
Podsumowując ten wątek, Odwołujący wskazuje, że:
• po pierwsze nie doszło do wykonania czynności zgodnie z wniesionym odwołaniem z dnia 22 stycznia 2024 roku i jego uwzględnieniem z dnia 7 lutego 2024 roku, w szczególności dlatego, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11 stycznia 2024 roku
nie została unieważniona,
• po drugie - ani dokumenty, ani złożone w nich oświadczenia jakie pojawiły się po dacie
11 stycznia 2024 roku w sposób formalny nie mogą być brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny ofert, bowiem nie zostały złożone w toku badania i oceny ofert.
W niniejszej sprawie doszło do naruszenia art. 522 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp który wskazuje, że Zamawiający musi wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu
o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W niniejszej sprawie nie ma żadnych wątpliwości, że Zamawiający nie wykonał czynności zgodnych z żądaniami odwołania. Odwołujący podkreśla ponadto, że jeśli nigdy

nie doszło do unieważnienia czynności wyboru z dnia 11 stycznia 2024 roku to w obecnym stanie rzeczy wszystkie zarzuty postawione w odwołaniu z dnia 22 stycznia 2024 roku są aktualne i uzasadnione.

II.Naruszenie przepisów dotyczących jawności postępowania - brak odtajnienia dokumentów złożonych na wezwanie

Podtrzymując w całości argumentację dotyczącą niezgodnego z prawem badania i oceny ofert pomimo braku unieważnienia czynności wyboru, wskazać należy, że Zamawiający naruszył także przepisy dotyczące obowiązku udostępnienia dokumentów na wniosek Wykonawcy, oraz zasadę jawności postępowania w związku z nieuzasadnionym uznaniem, że załączone do wyjaśnień Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. z dnia 21 lutego 2024 roku załączniki mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wskazać należy bowiem, że po otrzymaniu pisma z dnia 18 czerwca 2024 roku

(tj. zawiadomieniu o podtrzymaniu wyboru) Odwołujący w dniu 20 czerwca 2024 roku złożył wniosek o udostępnienie Odwołującemu wszelkich dokumentów jakie pojawiły się

w postępowaniu po dniu 11 stycznia 2024 roku. Zamawiający nie zareagował na wniosek Odwołującego, w związku z czym w dniu 25 czerwca 2024 roku zostało skierowane ponowne pismo. Dokumenty zostały przesłane Odwołującemu dopiero w dniu 26 czerwca 2024 roku po godz. 14:00, jednakże jak wynika z ich analizy nie zostały przesłane w całości.

Analizując przesłane dokumenty należy bowiem zwrócić uwagę, że w dniu 15 lutego 2024 roku Zamawiający skierował do wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do złożenia wyjaśnień do dokumentów złożonych w dniu 15 grudnia 2023 roku, a więc w ramach prowadzonych w grudniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W ramach tego pisma Zamawiający zażądał nowych kosztorysów, wyjaśnień dot. stawki VAT dla wyposażenia oraz nowej oferty podwykonawcy. W tym miejscu wskazać należy, że wezwanie z dnia 15 lutego 2024 roku nie jest ponownym wezwaniem na podstawie art. 224 ustawy Pzp w celu doprecyzowania złożonych wcześniej wyjaśnień RNC. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny zostały ocenione i przyjęte w grudniu ubiegłego roku, o czym szczegółowo w dalszej części pisma.

Co jednak istotne w kontekście zarzutu naruszenia jawności postępowania. Całe wyjaśnienia złożone w grudniu 2023 roku w zakresie rażąco niskiej ceny - łącznie ze wszystkimi załącznikami, na które składały się kosztorysy ofertowe dla poszczególnych branż oraz oferty podwykonawców - uprzednio również zostały uznane przez Wykonawcę Mosty Łódź S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa. Mimo tego Zamawiający odtajnił je w całości (zarówno kosztorysy jak i oferty podwykonawców) i zostały one udostępnione Odwołującemu. Badając przedmiotowe dokumenty w grudniu 2023 roku Zamawiający uznał zatem, że uzasadnienie tajemnicy przedstawione przez Wykonawcę MOSTY ŁÓDŹ S.A. nie pozwala na przyjęcie, że informacje te faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.

Aktualnie, na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 lutego 2024 roku, Wykonawca MOSTY ŁÓDŹ S.A. złożył wyjaśnienia do których dołączył nowe kosztorysy oraz ofertę podwykonawcy i ponownie wniósł o utajnienie tych dokumentów. Do tych dokumentów załączył analogiczne uzasadnienie jak do dokumentów składanych w grudniu 2023 roku w zakresie rażąco niskiej ceny.

Mimo że utajnione dokumenty z grudnia 2023 roku i te z lutego 2024 roku to w istocie te same dokumenty (kosztorysy oraz oferty podwykonawców), a uzasadnienie tajemnicy przedstawione przez Wykonawcę MOSTY ŁÓDŹ S.A. jest tożsame, to Zamawiający odtajnił dokumenty z grudnia 2023 roku, a co do dokumentów z lutego 2024 roku uznał utajnienie za skuteczne.

Zdaniem Odwołującego brak odtajnienia bezprawnie utajnionych załączników i ich przesłania Odwołującemu ma jedynie na celu uniemożliwienie weryfikacji ich przez Odwołującego. To właśnie analiza załączników złożonych wraz z wyjaśnieniami do rażąco niskiej ceny ujawniła, że oferta Wykonawcy MOSTY Łódź S.A. podlega odrzuceniu, a teraz dokumenty te rzekomo Wykonawca MOSTY ŁÓDŹ S.A. poprawił (co jest sprzeczne z prawem), jednakże ich treści Odwołujący już nie może poznać.

Tym samym należy stwierdzić, że:

1) po pierwsze - Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp nie przesyłając dokumentów niezwłocznie na wniosek Odwołującego,

2) po drugie - Zamawiający naruszył przepisy dotyczące braku odtajnienia bezprawnie utajnionych dokumentów, pomimo tego, że w odniesieniu do tych samych dokumentów i identycznego uzasadnienia już raz uznał, że utajnienie jest nieskuteczne; skoro bowiem dokumenty załączone do wyjaśnień z dnia 21 lutego 2024 roku stanowiły wyjaśnienia do pisma z dnia 15 grudnia 2023 roku w zakresie rażąco niskiej ceny to załączniki 1-3 muszą być jawne, bo Zamawiający już raz zbadał zasadność utajnienia i uznał, że jest ono nieskuteczne, a w piśmie z dnia 15 grudnia 2023 roku, jak i w piśmie z dnia 21 lutego 2024 roku znajduje się identyczne uzasadnienie utajnienia,

3) po trzecie - brak jest w ogóle możliwości nieujawnienia dokumentów stanowiących załącznik nr 1- 3 do wyjaśnień z dnia 21 lutego 2024 roku, gdyż w treści uzasadnienia utajnienia poza ogólnikami, przepisanymi, fragmentami wyroków i lakonicznymi stwierdzeniami nie ma żadnego uzasadnienia dlaczego kosztorysy, oferty czy oświadczenie Projektbud

Kępno jest chronione jako tajemnica, tym bardziej, że nazwa podmiotu jest znana już od dnia składania ofert - jest to bowiem podmiot trzeci, którego zobowiązanie załączono do oferty. Czytając uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy złożone przez Wykonawcę Mosty Łódź S.A. to w jego treści nie ma ani jednego sformułowania czy konkretnego argumentu wskazującego jakie interesy Wykonawcy miałyby zostać naruszone, jakie to może przynieść ewentualne szkody lub korzyści. W jaki sposób kosztorysy złożone w grudniu 2023 roku mogą być jawne, zaś nowe kosztorysy złożone w lutym 2024 roku muszą zostać tajne? Utajnienie kosztorysów jest zdaniem Odwołującego dowodem na to, że doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty, którą to zmianę Wykonawca i Zamawiający chcą ukryć.
Również w odniesieniu do utajnionego oświadczenia PROJKETOBUDU brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia. W stosunku do tego podmiotu i braku realności zostały postawione zarówno w odwołaniu z dnia 22 stycznia 2024 roku, jak i w obecnym odwołaniu zarzuty, w związku z czym utajnienie oświadczenia firmy zostało w naszym przekonaniu zrobione jedynie celem utrudnienia odniesienia się do niego. Tym niemniej podkreślamy, że jedyne co wynika w naszym przekonaniu z tego oświadczenia, to fakt, że Wykonawca Mosty Łódź S.A. nie wykazał realności udzielonych zasobów i nie przewidział w ofercie realizacji jakiejkolwiek części zamówienia przez ten podmiot – o czym szerzej poniżej. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o odtajnienie załączników nr 1-3 do wyjaśnień z dnia 21 lutego 2024 roku, bowiem w przekonaniu Odwołującego, brak ich przekazania
ma jedynie uniemożliwić Odwołującemu zweryfikowanie i uzasadnienie postawionych zarzutów.

III.Naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp

Odnosząc się do treści złożonych wyjaśnień należy stwierdzić, że stanowisko zawarte
w piśmie Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. z dnia 21 lutego 2024 roku jedynie potwierdza,
że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, a podmiot trzeci jaki został wskazany w ofercie złożył swoje zobowiązanie jedynie w celu potwierdzenia spełniania warunków a nie realnego i rzeczywistego udziału w realizacji przedmiotu zamówienia. Z punktu widzenia Odwołującego już sama konstrukcja wezwania Zamawiającego z dnia 15 lutego 2024 roku jest wadliwa, bo Zamawiający powołuje się na art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Po pierwsze przepis ten stanowi, że wezwanie do złożenia wyjaśnień może zostać skierowane w toku badania i oceny ofert. Jak już wskazywano powyżej, Zamawiający zamknął czynność badania i oceny ofert czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 11 stycznia 2024 roku, której nigdy nie unieważnił, przez co skierowanie wezwania w dniu 15 lutego 2024 roku obarczone jest błędem już tylko pod tym kątem. Ponadto wskazać należy, że zgodnie z art. 233 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień – podczas gdy w piśmie z dnia 15 lutego 2024 roku Zamawiający tak naprawdę zażądał uzupełnienia dokumentów, wskazując, że oczekuje złożenia kosztorysów w kwotach brutto w podziale umożliwiającym ich wyliczenie i porównanie w zakresie zgodności zastosowanych stawek podatku VAT:
Trudno uznać powyższe wezwanie za wezwanie do złożenia wyjaśnień, bowiem tak naprawdę stanowi ono wezwanie do złożenia nowych dowodów do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca złożył bowiem dniu 15 grudnia 2023 roku wyjaśnienia RNC wraz z dowodami, z których wynikała podstawa do odrzucenia oferty Wykonawcy z postępowania. Zamawiający zamiast tę ofertę odrzucić, to pod pozorem wezwania do wyjaśnień, tak naprawdę wezwał Wykonawcę do poprawienia błędów i złożenia nowych dowodów i oświadczeń. Stanowi to nic innego jak nieuprawnione negocjacje treści oferty. Ponadto wchodzi to w regulację art. 224 ustawy Pzp, zgodnie z którą wezwanie do złożenia wyjaśnień RCN jest co do zasady jednorazowe, a ponowne wezwanie może zostać skierowane do doprecyzowania wątpliwości Zamawiającego, a nie do poprawienia okoliczności, które wprost wskazują na błędy w ofercie Wykonawcy.
W odpowiedzi na tak postawione wezwanie Wykonawca złożył wyjaśnienia w dniu 21 lutego 2024 roku, w których wprost przyznał, że do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny załączył kosztorysy ofertowe świadczące o błędzie w obliczeniu ceny. Wykonawca wskazał bowiem, że:
W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca wprost przyznał, że do wyjaśnień rażąco niskiej ceny załączył kosztorys zawierający nieprawidłową stawkę podatku VAT. Wykonawca tłumaczy tę okoliczność pomyłką złożenia kosztorysów w wersji roboczej, absencji kosztorysanta i innymi wręcz absurdalnymi tłumaczeniami. Konsekwencją tego są - jak

mniemamy – kosztorysy dopasowane do ceny ofertowej i pokazujące już, że zabudowa meblowa jest objęta 23% stawką podatku VAT, a nie jak wyliczono pierwotnie w ofercie błędną 8% stawką podatku VAT.
Czym zatem są te wyjaśnienia jeśli nie zmianą treści oferty i to na dodatek zmianą prowadzoną w wyniku negocjacji Zamawiającego z Wykonawcą, bowiem to Zamawiający zażądał nowych, poprawionych kosztorysów.
Tak złożone wyjaśnienia i dowody nie mogą zostać wzięte pod uwagę, bowiem gdy przyjąć schemat działania Zamawiającego to można by uznać, że w każdym przypadku złożenia błędnej oferty Wykonawca mógłby powiedzieć, że popełnił błąd, np. z uwagi na nieobecność jakiegoś pracownika i zmienia cenę swojej oferty albo przedmiot swojej oferty, czyli taki element, który konkurencja podniesie w zakresie stawianych zarzutów. Z taką sytuacją mamy do czynienia w tym postępowaniu.
Odwołujący Częstobud stawia zasadne – jak wynika z pisma z dnia 21 lutego 2024 roku zarzuty (a więc i w odniesieniu do błędu w obliczeniu ceny, i braku realności udostępnienia zasobów) - Zamawiający uwzględnia odwołanie, a następnie zwraca się do Wykonawcy, wobec którego postawiono zarzuty, aby zmienił swoją ofertę w taki sposób, żeby już nie zawierała błędów. Co więcej, potem Zamawiający nie ujawnia tych dokumentów konkurencji, aby uniemożliwić ich weryfikację po czym na końcu stwierdza, że ma już w postępowaniu ofertę zgodną z wymogami prawa. Jest to jawne naruszenie wszelkich obowiązujących zasad i przepisów, jakimi rządzą się zamówienia publiczne.
W ocenie Odwołującego takie działanie w okolicznościach tej sprawy może nawet wskazywać na istnienie porozumienia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą MOSTY ŁÓDŹ S.A., bowiem jak inaczej intepretować brak przekazywania dokumentów, brak odtajnienia ewidentnie już raz odtajnionych dokumentów, lub wręcz naprawienie oferty Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. poprzez ponowne wzywanie do składania dokumentów już złożonych i zawierających jawne błędy i niezgodności.

IV.Naruszenie art. 223 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp

Niejako kontynuując argumentację z pkt. III należy stwierdzić, że jeśli w ramach wyjaśnień przy piśmie z dnia 21 lutego 2024 roku pojawiają się na nowe kosztorysy ofertowe oraz oferty/oświadczenia podwykonawcy, a wiadomym jest, że termin na złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny upłynął w dniu 15 grudnia 2023 roku, to oferta Wykonawcy MOSY ŁÓDŹ podlega także odrzuceniu z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Jak bowiem czytamy w piśmie z dnia 21 lutego 2024 roku, str. 2 akapit 1:
Realnie mamy więc sytuację, w której dokumenty złożone jako dowody do wyjaśnień RNC w dniu 15 grudnia 2023 roku nie nadają się do oceny przez Zamawiającego (tak twierdzi Wykonawca MOSTY ŁÓDŹ wskazując, że były one błędne), a prawidłowe dowody zostały złożone dopiero w dniu 21 lutego 2024 roku, a zatem po wyznaczonym terminie.
Oceniając zatem wyjaśnienia z dnia 15 grudnia 2023 roku Zamawiający winien stwierdzić, że Wykonawca nie udowodnił prawidłowości skalkulowanej ceny ofertowej, bowiem nie dołączył do nich żadnych dowodów wykazujących podstawy obliczenia ceny.
Uprzedzając ewentualnie jakąkolwiek argumentację, że zarzut taki jest spóźniony należy podnieść, że absolutnie nie, bowiem o tym, że wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny są lakoniczne i bez dowodów, Odwołujący dowiedział się dopiero w dniu 26 czerwca 2024 roku, kiedy to otrzymał dokumenty z wyjaśnieniami z dnia 21 lutego 2024 roku, w których Wykonawca MOSTY ŁÓDŹ S.A. sam przyznał się do tego, że do wyjaśnień RNC załączył dowody nieprawidłowe.
W tym kontekście należy wskazać, że zgodnie z jednolitą linią orzeczniczą przyjmuje się, że biorąc pod uwagę, iż wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.), a także mając na uwadze zasady równego traktowania Wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do Wykonawcy jednokrotnie. Zamawiający może wezwać ponownie do złożenia wyjaśnień tylko tego Wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia,
a nie takiego, który, uchylając się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawienia dowodów, złożył wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy.
Powtórne wezwanie jest zatem możliwe, jeśli złożone wyjaśnienia rodzą u Zamawiającego kolejne wątpliwości, na przykład gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla Zamawiającego
i oczekuje on doprecyzowania niektórych zagadnień, a nie wtedy gdy Wykonawca
w oczywisty sposób składa dowody czy oświadczenia nieprawidłowe, a Zamawiający daje mu szansę na to, aby zmienił swoją ofertę i powołując się na rzekome omyłki załączył prawidłowo sporządzone dokumenty. Takie dokumenty powinny zostać złożone już
na pierwsze wezwanie, a nie dopiero jak Odwołujący wytknął Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. błędy.

V.Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp

Zdaniem Odwołującego, w pełni aktualny i zasadny jest zarzut istnienia w ofercie Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. błędu w obliczeniu ceny, do którego wykonawca MOSTY ŁÓDŹ realnie przyznał się składając wyjaśnienia i dokumenty w dniu 21 lutego 2024 roku. W tych wyjaśnieniach Wykonawca przyznał, że kosztorysy załączone do wyjaśnień RNC zawierają błędy. Poprawienie tych kosztorysów stanowi jednak zamianę treści oferty na skutek nieuprawnionych negocjacji, na co nie może być zgody. W związku z tym należy podnieść, że oferta Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ została skonstruowana z błędem
w obliczeniu ceny.
Przedmiotem tego zamówienia jest robota budowlana polegająca na przebudowie
i docieplenіu budynku koszarowego nr 10 wraz z modernizacją infrastruktury technicznej
i zagospodarowaniem terenu na terenie Akademii Wojsk Lądowych we Wrocławiu. Zgodnie
z załącznikiem nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) obowiązkiem Wykonawcy poza wykonaniem szeregu prac budowlanych jest także (pkt. 3.1. ppkt. 7 OPZ):
W dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 2 do SWZ, w projekcie wykonawczym,
w części dotyczącej aranżacji, Zamawiający wskazał wykaz umeblowania jakiego oczekuje
od Wykonawcy, z którego wynika że mamy do czynienia z meblami typu: łóżko skrzyniowe
z materacem o wymiarach 90x200cm lub podwójne łóżka piętrowe o wymiarach 90x200cm na stelażu stalowym, szafa stalowa w jednolitym kolorze o wymiarach ok. 60x60x180cm podzielone na dwie części, szafka nocna metalowa, stół na nogach stalowych i tym podobne. Jest to wolnostojące, standardowe wyposażenie meblowe.
Przechodząc do oferty Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A., Wykonawca ten wskazał w ofercie cenę za wykonanie zamówienia jako:
Wykonawca dokonał zatem rozbicia i zaoferował część (większość) zakresu zamówienia
po stawce VAT 8% oraz część po stawce 23%. Z formularza ofertowego wynika, że VAT
w wysokości 23% wynosi w ofercie Wykonawcy tylko 121 648,14 zł, a zatem po dokonaniu obliczeń wychodzi, że opodatkowana tą wysokością kwota to 528 909,30 zł netto. Z treści formularza oferty niestety nie sposób wyczytać za jaki zakres zamówienia Wykonawca przyjął stawkę 23%, a za jaką 8%.
Możemy to, jednakże jednoznacznie stwierdzić zapoznając się wyjaśnieniami złożonymi w dniu 15 grudnia 2023 roku w odpowiedzi na wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, do których Wykonawca dołączył kosztorysy ofertowe oraz oferty poddostawców.
Z przedłożonych kosztorysów wynika jaką kwotę Wykonawca przyjął do kalkulacji poszczególnych części zamówienia – i tak w zakresie wyposażenia Wykonawca przedstawił kosztorys ofertowy (załącznik 1.10 do wyjaśnień), w którym cena wynosi 826 976,42 zł netto. Jeśli od tej kwoty obliczymy 23% podatku VAT to kwota VAT wyniesie 190 204,58 zł – podczas gdy w ofercie Wykonawca MOSTY podał kwotę VAT 23% jako 121 649,14 zł. Widzimy zatem jednoznacznie, że to nie wyposażenie meblowe Wykonawca objął stawką 23%, bowiem wyliczenia w sposób oczywisty nie zgadzają się.
Z zsumowania poszczególnych kosztorysów wynika, że Wykonawca MOSTY stawką VAT
w wysokości 23% objął następujące roboty:
1. związane z zagospodarowaniem terenu – załącznik nr 1.1, dział PZT, gdzie wskazano wartość tego typu prac na kwotę 214 073,97 zł netto,
2. zewnętrzne sieci sanitarne – załącznik nr 1.9 do wyjaśnień, tj. kosztorys na kwotę 279 835,33 zł netto,
3. zewnętrzna sieć elektryczna – załącznik nr 1.4, do wyjaśnień, tj. kosztorys na kwotę 35 000,00 zł netto.
Razem daje nam to kwotę 528 909,30 zł netto, od tego VAT 23% = 121 649,14 zł, czyli dokładnie tyle ile Wykonawca podał w swojej ofercie jako wartość VAT 23%.
Z powyższego wynika, że Wykonawca przyjął stawkę 8% dla prac związanych z bryłą budynku, zaś w zakresie prac poza bryłą budynku przyjął stawkę 23%. W orzecznictwie sądowym oraz interpretacjach podatkowych ugruntowane jest stanowisko, że preferencyjna 8% stawka VAT dotyczy robót budowlanych wykonywanych wyłącznie w budynkach, rozumianych jako obiekty budowlane wraz z wbudowanymi w bryle budynku instalacjami i urządzeniami technicznymi – zaś w zakresie instalacji oraz prac poza bryłą budynku należy zastosować stawkę 23%. Wykonawca MOSTY wszystkie prace dotyczące instalacji zewnętrznych opodatkował zatem stawką 23% - co dało kwotę podatku VAT 23% wpisaną w ofercie jako 121 649,14 zł.
To co jednakże istotne w kontekście tej sprawy to fakt, że z powyższego wynika, że Wykonawca MOSTY objął stawką 8% również wyposażenie meblowe, które w swoim kosztorysie wycenił na 826 976,42 zł netto. Wynika to wprost z

powyższych wyliczeń i kwoty podatku VAT 23% wskazanej ofercie, która nie odpowiada kwocie podatku VAT obliczonej od wartości 826 976,42 zł netto (a tyle Wykonawca przeznaczył na wyposażenie meblowe). Gdyby bowiem to wyposażenie meblowe Wykonawca objął stawką 23% i tę kwotę wpisał w ofertę to musiałby podać VAT23% w wysokości co najmniej 190 204,58 zł, a tak się nie stało. Wykonawca zatem wycenił przedmiot zamówienia z błędem, bowiem zastosował preferencyjną stawkę podatku VAT wynoszącą 8% do wyposażenia meblowego, które bezwzględnie zgodnie z przepisami prawa oraz szerokim orzecznictwem na ten temat objęte jest stawką 23%.
Wysokość podatku VAT ma meble może być obniżona do 8% tylko w przypadku zabudowy meblowej, która została dokładnie zaprojektowana pod wymiar danego pomieszczenia oraz spełnia swoją funkcję dopiero po trwałym połączeniu z elementami konstrukcji budynku –
a zatem jest wyposażeniem zamontowanym na stałe. Po analizie dokumentacji projektowej
z łatwością można stwierdzić, że z taką sytuacją nie mamy do czynienia w tej sprawie, bowiem całość wyposażenia meblowego oczekiwanego przez Zamawiającego to meble standardowe, wolnostojące i niemocowane na stałe do konstrukcji budynku.
Minister Finansów w interpretacji ogólnej wydanej w 2020 roku (pismo z dnia 27 maja 2020 roku nr PT3.8101.2.2020) wskazał, że na podstawie art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt. 1 ustawy o VAT, stawka podatku od towarów i usług wynosi 23%. W świetle art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 3 ustawy o VAT dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWIU 56), stawka podatku wynosi 8%. Podstawę do zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8% do czynności polegających na wykonaniu trwałej zabudowy meblowej z uprzednio nabytych komponentów, wykonywanych w obiektach budowlanych zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym przewiduje przepis art. 41 ust. 12 ustawy o VAT. W świetle art. 41 ust. 12 ustawy o VAT stawkę podatku o której mowa w ust. 2 stosuje się do:
1) dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym;
2) robót konserwacyjnych dotyczących:
a) obiektów budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych,
b) lokali mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12 - w zakresie w jakim wymienione roboty nie są objęte tą stawką na podstawie pkt 1.
W celu ustalenia prawidłowej stawki podatku od towarów i usług do czynności polegających na wykonaniu trwałej zabudowy meblowej należy przede wszystkim zbadać, czy czynności te można zakwalifikować jako usługę modernizacji obiektu budowlanego lub jego części (lokalu) objętego społecznym programem mieszkaniowym, czy też w istocie czynności te sprowadzają się do dokonania dostawy towaru w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy o VAT. W zależności od dokonanej kwalifikacji zastosowanie będzie miała stawka podatku VAT w wysokości 8% albo 23% (art. 41 ust. 1 i 2 ustawy o VAT).
Zgodnie z podjętą w dniu 24 czerwca 2013 roku przez Naczelny Sąd Administracyjny w składzie siedmiu sędziów uchwałą sygn. akt I FPS 2/13, czynności polegające na zaprojektowaniu, dopasowaniu oraz trwałym montażu komponentów meblowych w obiekcie budowlanym lub jego części (lokalu) objętym społecznym programem mieszkaniowym mieszczą się w pojęciu modernizacji obiektów budowlanych lub ich części, jeżeli następuje to z wykorzystaniem w sposób istotny elementów obiektu budowlanego/lokalu. Konstrukcyjne połączenie tych komponentów i elementów obiektu budowlanego lub jego części (lokalu) tworzy trwałą zabudowę spełniającą jako całość określoną funkcję użytkową.
Z uwagi na szerokie orzecznictwo sądowe wydane w tym zakresie, Minister Finansów wydając interpretację w 2020 roku, postanowił ujednolicić warunki, które muszą zostać spełnione, by można było zastosować obniżony VAT na meble w wysokości 8%. Wskazał, w takiej sytuacji należy analizować warunki takie jak:

- zabudowa wykonana na wymiar musi w dużym stopniu korzystać z konstrukcji budynku, to jest być przytwierdzona do podłogi, ścian lub sufitu - te elementy pełnią część mebla lub wyznaczają jego zakres,
- zabudowa wykonana na wymiar nie może funkcjonować w obrocie tak, jak ma to miejsce w przypadku wolnostojących mebli dostępnych w sklepach,
- zabudowa wykonana na wymiar musi być zdatna do użytku tylko po trwałym połączeniu części wykonanych na zlecenie z konstrukcją budynku - nie może być możliwe przestawienie jej w inne miejsce.

Innymi słowy obniżony VAT na meble może dotyczyć wykonania mebla na wymiar, przeznaczonego do konkretnego pomieszczenia, na konkretne dokładnie wymierzone miejsce, w którym nastąpi montaż mebla – i taki mebel po zdemontowaniu nie będzie mógł służyć w innym miejscu jak mebel wolnostojący, ponieważ w dużej mierze korzysta z konstrukcji budynku. Mówiąc wprost, musi występować trwałe i funkcjonalne połączenie pomiędzy meblem a ścianami, sufitem oraz podłogą konkretnego lokalu. Taka zabudowa nie może zostać w prosty sposób odłączona od lokalu bez ingerencji w konstrukcję lokalu mieszkalnego.

„Obniżona stawka VAT znajduje zastosowanie wtedy, gdy montaż komponentów meblowych następuje z wykorzystaniem elementów konstrukcyjnych obiektu budowlanego (lokalu). Nie chodzi o jakiekolwiek wykorzystanie elementów konstrukcyjnych obiektu budowlanego (lokalu) przy wykonywaniu zabudowy meblowej, lecz jedynie takie, które przez konstrukcyjne połączenie komponentów meblowych i elementów obiektu budowlanego (lokalu) stworzy trwałą zabudowę spełniającą jako całość określoną funkcję użytkową. Tylko bowiem w takim zakresie można mówić o modernizacji obiektu budowlanego w rozumieniu art. 41 ust. 12 u.p.t.u." (I FSK 72/16, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 października 2017 roku).

Standardowa, podstawowa kwota opodatkowania VAT w wysokości 23% dotyczy więc wszystkich mebli wolnostojących, a nawet mebli wykonanych na indywidualne zamówienie
i z uwzględnieniem konkretnych wymiarów wtedy, gdy istnieje możliwość ich zdemontowania
i zamontowania w innym miejscu. W takiej sytuacji wyposażenie nie spełnia warunku mówiącego o tym, że zabudowa musi być zdatna do użytku tylko w określonej części budynku, do której została przystosowana. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, bowiem w zakresie wyposażenia meblowego Zamawiający wymaga dostarczenia szaf, stołów, biurek, kontenerków, krzeseł, metalowych łóżek itd., które są meblami o standardowych wymiarach i właściwościach oraz co istotne – są wyposażeniem wolnostojącym, niemontowanym na stałe w wyznaczonych miejscach.

„Błędem w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT,
a do błędu w obliczeniu ceny dotyczącym stawki VAT dojdzie w sytuacji, gdy wykonawca przyjmie w ofercie stawkę nieprawidłową w okolicznościach, gdy zamawiający nie określi
w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki VAT" (KIO 838/23).

W konsekwencji powyższego należy stwierdzić, że Wykonawca MOSTY ŁODŹ S.A. zastosował w niniejszej sprawie błędną stawkę podatku VAT do wyposażenia meblowego – powinien on bowiem zastosować stawkę 23%, a nie preferencyjną 8%. Taka okoliczność świadczy o błędzie w obliczeniu ceny, który zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp powoduje konieczność odrzucenia oferty tego Wykonawcy z postępowania.

„Obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 226 ust. 1 p.z.p. jest odrzucenie oferty, jeżeli zawiera ona błąd w obliczeniu ceny. Przykładem błędu w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT, jeżeli stawka taka nie została przez zamawiającego wskazana w treści dokumentacji zamówienia. Stawka VAT jest bowiem elementem cenotwórczym, zatem posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny, bez względu na skalę lub rozmiar stwierdzonego uchybienia" (KIO 3046/21).

W tym kontekście wskazuję również, że powyższe świadczy również o zaoferowaniu przez Wykonawcę ceny rażąco niskiej w części dotyczącej wyposażenia meblowego. Wykonawca do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przedstawił bowiem ofertę J.K. - Usługi Budowlane (załącznik W2) na wyposażeniemeblowe w wysokości 683 460,00 zł netto oraz ofertę innego podmiotu na dodatkową kwotę 53 082,47 zł netto (załącznik W3). Oznacza to, że samym podwykonawcom Wykonawca MOSTY musi zapłacić 736 542,47 zł netto za wyposażenie meblowe, co po dodaniu podatku VAT w wysokości 23% daje kwotę 905 947,24 zł. Wykonawca tymczasem w swojej kalkulacji (załącznik 1.10) wskazał, że na wyposażenie meblowe przeznacza kwotę 826 976,42 zł netto, w czym zawarł jeszcze rolety okienne w kwocie 54 509,82 zł. Na wyposażenie poza roletami Wykonawca przeznaczył zatem 772 466,6 zł netto – przy czym Wykonawca do oferty przyjął stawkę 8%, a zatem brutto jest to 834 263,93 zł. Tyle Wykonawca zgodnie ze swoimi kalkulacjami dostanie od Zamawiającego na wykonanie tej części zamówienia, podczas gdy podwykonawcom będzie musiał zapłacić kwotę 905 947,24 zł. Oznacza to, że Wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia w zakresie wyposażenia meblowego poniżej kosztów jakie będzie musiał podnieść, aby ten zakres wykonać.

Należy podkreślić, że Wykonawca MOSTY ŁÓDŹ na obecnym etapie ogóle nie zaprzecza, że stawka podatku VAT powinna być w wysokości 23%, jedynie obecnie zmienia kosztorysy rzekomo wskazując że poprzednio się pomylił. Kosztorysów tych Odwołujący nie może jednak zobaczyć, bowiem Wykonawca je utajnił, a Zamawiający w sposób bezpodstawny utajnienie to utrzymał. Podkreślić należy jednak, że takie tłumaczenie potwierdza jedynie zasadność zarzutów Odwołującego, a także zasadność zarzutu prowadzenia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą Mosty Łódź nieuprawnionych negocjacji, które prowadzą do zmiany oferty.

Prawdopodobnie w nowo złożonych kosztorysach Wykonawca przyjął już dla wyposażenia meblowego prawidłową

stawkę 23%, jednakże nie zmienia to faktu, że oświadczenie określonej treści zostało przez Wykonawcę MOSTY ŁÓDŹ S.A. złożone w dniu 15 grudnia 2023 roku i takie podlega ocenie, a nie ponownie złożone dokumenty w dniu 21 lutego 2024 roku. Jak wskazuje się w orzecznictwie – *„wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny stanowią integralną część oferty, jako element ją uzupełniający”* (KIO 2354/18). Bez wątpienia zatem informacje pozyskane podczas procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny (mając na uwadze wymagany przepisem duży stopień szczegółowości wyjaśnień) są wystarczające do uznania, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, skoro przedstawione kalkulacje ceny – stanowiące część oferty jako wyjaśnienie do RNC - wskazują na przyjęcie przez Wykonawcę błędnej stawki podatku VAT.

VI.Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp

Z analogiczną sytuacją co do nieuprawnionej zmiany treści oferty mamy do czynienia w przypadku zarzutu dotyczącego nieprawidłowego udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci.
Zamawiający w niniejszym postępowaniu postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (odpowiedź na pytanie nr 218 z dnia 9 sierpnia 2023 roku):
Do formularza ofertowego Wykonawca dołączył zobowiązanie podmiotu - Zakład Projektowo- Budowlany PROJEKTOBUD Kępno A.P., z którego wynika, że to ten podmiot spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia:
Podmiot trzeci wskazał przy tym, że zamierza realizować zamówienie poprzez wykonanie specjalistycznych robót budowlanych:
Wykonawca MOSTY ŁÓDŹ S.A. w formularzu ofertowym rzeczywiście wskazał, że zamówienie wykona za pomocą podwykonawców:
Teoretycznie z powyższego wynika zatem, że:
a) to podmiot trzeci spełnia warunek udziału w postępowaniu, który został postawiony szeroko i dotyczy doświadczenia w realizacji całości przedmiotu tego zamówienia,
b) to podmiot trzeci zobowiązał się do wykonania specjalistycznych robót budowlanych,
a zatem do wykonania znacznej części niniejszego zamówienia, bowiem wg kwalifikacji PKD (Polska Klasyfikacja Działalności) roboty budowlane specjalistyczne określone są w Sekcji F dział 43 i obejmują praktycznie wszystkie roboty budowlane łącznie z instalacjami – oprócz robót związanych ze wznoszeniem budynków i budową obiektów inżynierii lądowej i wodnej (działy 41 i 42).
Co innego wynika jednak z dalszych dokumentów składanych przez Wykonawcę w toku tego postępowania. Jak już wskazano – Wykonawca składał wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, do których dołączył szereg dowodów w postaci ofert podwykonawców.
Co istotne jednak – wśród przedłożonych dowodów nie znalazła się żadna oferta
od podmiotu trzeciego, którzy rzekomo ma realizować roboty budowlane specjalistyczne. Wręcz przeciwnie – Wykonawca załączył dowody do pisma z dnia 15 grudnia 2023 roku,
z których wynika, że część takich prac wykonają również inne podmioty, np.:

Lp.	Podwykonawca/Dostawca	Nazwa	Wartość (netto)	Przynależność do zakresu
1	DFM Polska Sp. z o.o.	Drzwi stalowe	105 798,00 zł	Roboty budowlane
2	DEWRO WRÓBEL Sp. k	Drzwi drewniane	575 737,76 zł	Roboty budowlane
3	ALU-PARTNER Sp. z o.o.	Stolarka aluminiowa	402 571,32 zł	Roboty budowlane
4	Craftex Sp. z o.o.	Elewacja budynku	416 882,00 zł	Roboty budowlane
5	MAGNAT Mirosław Kosiorek	Izolacja - iniekcja	40 100,00 zł	Roboty budowlane
6	DORO	Izolacja pozioma i pionowa	111 360,00 zł	Roboty budowlane

Tak więc jaki zakres zamówienia Wykonawca zamierza zlecić do wykonania podmiotowi trzeciemu, i czy w ogóle zamierza korzystać z tego podmiotu, bowiem żadna oferta co do zakresu prac podmiotu trzeciego nie została złożona. Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie brak jest przedłożenia jakichkolwiek dowodów na to, że to podmiot trzeci wycenił i zaoferował wykonanie zamówienia w znacznej części w tym postepowaniu. Wykonawca nie zamierza zlecić podmiotowi trzeciemu zakresu prac, jaki jest wymagany stosownie do treści art. 118 ust. 2 ustawy Pzp.
Nie zmienia tego faktu nieznana (utajniona) treść oświadczenia podmiotu trzeciego złożona dopiero na skutek wyjaśnień z dnia 21 lutego 2024 roku. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia są bowiem dowodem na brak realności udostępnionych

zasobów na etapie składania ofert, a składanie nowych oświadczeń tylko to potwierdza.
W treści pisma z dnia 21 lutego 2024 roku w sposób lakoniczny Wykonawca tłumaczy, że być może będzie zlecał podmiotowi trzeciemu również te zakresy jakie potwierdził za pomocą ofert innych podmiotów – jeśli przyjmiemy takie wytłumaczenie to należałoby się zastanowić czemu zatem mają służyć te oferty i jaki mają one walor dowodowy w kontekście wiarygodności ceny?
Dalej Wykonawca MOSTY ŁÓDŹ S.A. wskazuje, że „Zakład Projektowo Budowlany PROJETBUD Kępno A.P. – będz uczestniczył przy bezpośredniej realizacji zamówienia wraz z niezbędnym know-how, gdyż będzie wykonywał czynności we wszystkich aspektach realizacji zamówienia jako podmiot posiadający wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia i co zadeklarował zarówno sam Wykonawca
a potwierdził również ww. podmiot załączając Zobowiązanie podmiotu użyczającego zasoby – w momencie składania oferty" – czyli nadal nie wiadomo co i w jakim zakresie będzie robił ten podmiot trzeci, poza tym że zdanie jest długie i nic z niego nie wynika.
Art. 118 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W niniejszej sprawie Wykonawca powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego w zakresie całości warunku dotyczącego doświadczenia. Bez wątpienia zatem w niniejszej sprawie ten podmiot powinien uczestniczyć w realizacji zamówienia. Z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp bezsprzecznie wynika,
że podmiot, który użycza swoich zasobów w zakresie doświadczenia musi następnie rzeczywiście realizować te roboty budowlane, do realizacji których te zasoby są wymagane. Po to bowiem Zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, aby sprawdzić zdolność Wykonawców do należytej realizacji zamówienia. Gdyby podmiot trzeci jedynie formalnie udostępniał swoje zasoby, ale w rzeczywistości nie wykonywał tych robót,
do których wykonania jego zasoby (doświadczenie) są potrzebne, opisywanie warunków udziału w postępowaniu i wykazywanie ich spełnienia miałoby charakter wyłącznie pozorny
i w żadnym wypadku nie służyłoby należytej realizacji zamówienia. Dlatego tak ważne jest, aby podmioty udostępniające swoje zasoby rzeczywiście wykonywały zamówienie
w zakresie, w którym - w myśl opisanych warunków - niezbędne jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia (KIO 442/21).
W doktrynie wskazuje się przy tym jednoznacznie, że „jeżeli Zamawiający określi jeden kompleksowy warunek doświadczenia odnoszący się do pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, Wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie, nie będzie mógł realizować robót budowlanych lub usług, do których wymagany zasób jest niezbędny" (E. Wiktorowska, Warunki dotyczące doświadczenia, cz. 2, M.Zam.Pub. 2018, nr 3, s. 21-25). To podmiot trzeci powinien zatem co do zasady realizować przedmiotowe zamówienie w zakresie, w którym udostępnia swoje doświadczenie – a udostępnione doświadczenie jest bardzo szerokie, więc to podmiot trzeci co do zasady powinien wykonywać to zamówienie w głównej mierze. Odwołujący kwestionuje zatem udział trzeciego w realizacji zamówienia, wskazując, że nie jest on realny, a wyłącznie pozorny, przez co nie odpowiada wymaganiom stawianym przez ustawodawcę w art. 118 ust. 2 ustawy Pzp.
Treść złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest częścią oferty. Z wyjaśnień tych wynika zaś, że Wykonawca nie zamierza realizować zamówienia za pomocą podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powołał. Zmiana treści oferty dokonana jakimkolwiek oświadczeniem złożonym w dniu 21 lutego 2024 roku (którego treści Odwołujący nie zna) jest nieuprawniona, bowiem jest to wyłącznie próba konwalidowania błędu, która na tym etapie jest już spóźniona. W niniejszym postępowaniu należy zatem stwierdzić, że Wykonawca ani nie spełnia sam warunku udziału w postępowaniu (bowiem realizacja jaką legitymuje się w postępowaniu Wykonawca została wykonana w Konsorcjum z firmą TRANSCOM sp. z o.o., a zatem każdy z tych podmiotów musi legitymować się doświadczeniem w zakresie faktycznie wykonanych robót, a ani z treści wykazu, ani załączonych referencji, ani złożonych wyjaśnień nie wynika, że wykonawca Mosty Łódź S.A. rzeczywiście samodzielnie wykonał zakres robót wskazanych w warunku), ani nie spełnia tego warunku za pomocą realnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń
i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi
art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa") skutkujących odrzuceniem każdego z odwołania. Odwołanie zostało złożone
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 czerwca 2024 roku od czynności z dnia

18 czerwca 2024 roku, a kopia zostały przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu,
co zostało potwierdzone oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej,
które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone
w piśmie z dnia 15 lipca 2024 roku „Pismo procesowe przystępującego".
Izba, postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy, dopuściła dowody zawnioskowane
i załączone do pisma.

W zakresie podniesionych wniosków o odrzucenie odwołania:

Izba za niezasadne uznała wnioski zgłoszone przez *Mosty Łódź spółka akcyjna*
z siedzibą w Łodzi (dalej: „Mosty Łódź" lub „uczestnika postępowania odwoławczego")
w piśmie procesowym – oraz poparte przez Zamawiającego w trakcie posiedzenia –
o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 4 oraz pkt 5 ustawy.
Zgodnie z art. art. 528 ustawy - *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:*
3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego;
5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;

W zakresie podstawy prawnej odrzucenia odwołania z art. 528 pkt 4 ustawy, wymaga wskazania, że przesłanki zawarte w przepisie jednoznacznie konstytuują okoliczność powołania tych samych okoliczności, dotyczących tego samego postępowania, przez tego samego odwołującego.

W zakresie przesłanki powołania tych samych okoliczności wskazać należy na poprzednio obowiązującą ustawę i zmiany w roku 2007 r. w ówczesnym ustawy Pzp z 2004 roku odpowiadającym w treści obecnemu brzemieniu art. 528 pkt 4, a gdzie
w ówczesnym przepisie zostało dodane zastrzeżenie, zgodnie z którym odwołanie zostanie odrzucone, gdy odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, co poprzednio. Tym samym, wymaga podkreślenia, że odrzucić odwołania na podstawie ww. przepisu Izba będzie mogła - po spełnieniu oczywiście pozostałych przesłanek – w przypadku, gdy okoliczności w nim powołane są takie same jak w poprzednim odwołaniu. Nie będzie podstawy do odrzucenia odwołania, gdy okoliczności podnoszone w odwołaniu są jedynie częściowo powtórzeniem okoliczności z poprzedniego odwołania.

W przypadku rozpoznawanej sprawy odwoławczej okoliczności podniesione w odwołaniu rozpoznawanym w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie są takie same jak
w poprzednio wniesionym odwołaniu przez Odwołujacego tj. sygn. akt 215/24. Jednocześnie należy podnieść, że uczestnik postepowania odwoławczego nie wykazywał tej jednolitości podnoszonych zarzutów w odniesieniu do tych odwołań. Odwołujący argumentował odnosząc się do odwołania sygn. akt KIO 174/24, które to zostało rozpoznane i został wydany wyrok ale złożone było przez innego wykonawcę. Już ta okoliczność dyskwalifikuje podnoszony wniosek odrzucenia odwołania, bowiem dla skuteczności wniosku niezbędne jest kumulatywne spełnienie wszystkich jego przesłanek.

W odniesieniu do przesłanki dotyczącej tego samego postępowania o udzielnie zamówienia, przesłanka ta została potwierdzona.

W odniesieniu do trzeciej z przesłanek, a odnoszącej się do tego samego odwołującego wnoszącego odwołanie, Izba stwierdza, że uczestnik postępowania odwoławczego odnosił się w swojej argumentacji do postępowania odwoławczego i wyroku Izby sygn. akt 174/24, gdzie Odwołującym był inny podmiot, niż ten który składa przedmiotowe odwołanie. Natomiast w sprawie KIO 215/24 odwołującym był obecny Odwołujący, ale uczestnik tego postępowania odwoławczego nie odnosi się do tego. Natomiast Izba badając z urzędu podstawy odrzucenia odwołania stwierdza, że choć podmiotowo

spójne są odwołania sygn. akt KIO 215/24 oraz obecne, to nie jest spełniona pierwsza z przesłanek odnoszących się do odwołania się do tych samych okoliczności, zakres okoliczności bowiem jest szerszy i nie jest spójny.

W odniesieniu do podstawy odrzucenia z art. 528 pkt 5 ustawy uczestnik postępowania nie wykazał w żaden sposób spełnienia przesłanek z tego przepisu. Uczestnik postępowania ponownie referuje do wyroku Izby sygn. akt KIO 174/24 oraz wyroku sądu okręgowego z dnia 22 maja 2024 roku sygn. akt XXIII Zs 46/24. Jednocześnie uczestnik postępowania odwoławczego w zupełności pomija postanowienie Izby z dnia 9 lutego 2024 roku sygn. akt KIO 215/24, gdzie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na skutek złożonego przez Zamawiającego w dniu 7 lutego 2024 roku oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości.

W ocenie Izby, mając również na uwadze badanie przez Izbę podstaw odrzucenia odwołania z urzędu, Izba stwierdza, że w obliczu zakresu żądań Odwołujacego w sprawie sygn. akt KIO 215/24 nie sposób uznać, że doszło do wykonania przez Zamawiającego czynności zgodnie z żadaniami zawartymi w tym odwołaniu. izba tym samym nie znajduje podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy.

W odniesieniu do podstawy odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 pkt 3 ustawy, tj. odwołania wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie, Izba stwierdza niezasadność wniosku uczestnika popartego przez Zamawiającego.

Argumentacja uczestnika postępowania odwoławczego przedstawiona w piśmie procesowym co do uchybienia terminu do wniesieni odwołania w żaden sposób nie uzasadnia podstawy odrzucenia odwołania. W ocenie Izby, stanowisko uczestnika jakoby termin na wniesienie odwołania należało liczyć od dnia 7 lutego 2024 roku, tj. złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej świadczy o niezrozumieniu istoty różnic prowadzenia postępowania o zamówienie przez Zamawiającego oraz o odrębnym od postępowania o zamówienie postępowaniu odwoławczym. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem odrębnym od postępowania o zamówienie i jest to okoliczność jednoznaczna i oczywista, potwierdzona w orzecznictwie i ugruntowania w doktrynie przedmiotu. Skutkiem uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, do czego ten uprawniony jest na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy, jest umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę. Jednocześnie oświadczenie Zamawiającego złożone w postępowaniu odwoławczym nie wywołuje skutku w postępowaniu o zamówienie, co jednoznacznie statuuje art. 522 ust. 1 zd. 2 ustawy zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, Zamawiający *wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.* Tym samym dopiero czynności podjęte następczo w postępowaniu o zamówienie, po złożeniu oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w postępowaniu odwoławczym, stanowić mogą podstawę do wniesienia odwołania. Czynności podjęte w przedmiotowym o zamówienie miały miejsce w dacie 18 czerwca 2024 roku, czemu wyraz dał Zamawiający przesyłając pismo do Odwołującego. Izba nie stwierdziła uchybienia w terminie złożenia odwołania.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń:

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 7 pkt 16 ustawy - Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o:

pisemności - należy przez to rozumieć sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej;

- art. 16 pkt 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty,

- art. 17 ust. 2 ustawy – Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

- art. 20 ust. 1 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, prowadzi się pisemnie.

- art. 253 ust. 1 ustawy - Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

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

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.
- art. 253 ust. 2 ustawy - Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.
- art. 522 ust. 1 ustawy - W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze
na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem
że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.
- art. 223 ust. 1 ustawy - 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 jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

W zakresie rozpoznania zarzutów (wszystkich poddanych rozpoznaniu) odwołania Izba zważyła:

Izba na wstępie – wspólnie w zakresie rozpoznania zarzutów odwołania – przed odniesieniem się do poszczególnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania okoliczności mających uzasadniać podniesione zarzuty odwołania Izba wyjaśnia i podkreśla,
że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu
o stan faktyczny prowadzonego postępowania o zamówienie.
Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego
jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące Zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają
te czynności, lub ich brak, Zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika z akt sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego.
Nadmienić należy również, że postępowanie odwoławcze przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, czyli spornym, a spór prowadzą strony postępowania odwoławczego przy udziale uczestnika tego postępowania. Izba podkreśla również, że zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy art. 516 ust. 1 odwołanie zawiera: 7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy; 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych
i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Z regulacji tej wynika w sposób jednoznaczny, że na Odwołującym ciążą określone obowiązki w zakresie złożenia odwołania. W ramach rozpoznania ww. zarzutów odwołania niezbędne jest również wskazanie, że uzasadnienie faktyczne podniesione przez Odwołującego, stanowiące nierozerwalny element podniesionych w petitum odwołania zarzutów odwołania zakreśla jednocześnie zakres rozpoznania odwołania przez Izbę.

W zakresie zarzutu 1 tj. naruszenia art. 253 ust. 1 i 2 w zw. z art. 522 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp - przez brak unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia
11 stycznia 2024 roku, mimo że czynność ta została zaskarżona odwołaniem Częstobud sp. z o.o. z dnia 22 stycznia 2024 roku, które to odwołanie Zamawiający w dniu 7 lutego 2024 roku uwzględnił w całości, wskazując, że wykona czynności zgodnie z żądaniami odwołania, tj. dokona unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie powtórzy czynność badania i oceny ofert, a pomimo tego Zamawiający nie unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zaś w dniu 18 czerwca 2024 roku opublikował informację
o „podtrzymaniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty”,
oraz

w zakresie zarzutu 2 tj. naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp – przez prowadzenie czynności badania i oceny ofert (w tym wezwanie Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A.
do składania wyjaśnień i uzupełniania dokumentów) po wyborze najkorzystniejszej oferty dokonanym w dniu 11 stycznia 2024 roku, co prowadziło do nieuprawnionych negocjacji treści oferty pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą MOSTY ŁÓDŹ S.A., podczas
gdy Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert w toku badania i oceny ofert, a nie po zakończeniu tej czynności, tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej,

- Izba zarzuty 1 i 2 odwołania uznała za zasadne.

W zakresie rozpoznania tego zarzutu odwołania Izba ustaliła, że:

Odwołujący w dniu 22 stycznia 2024 roku złożył odwołanie (sygn. akt 215/24) od czynności Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2024 roku.

Pismo z dnia 11 stycznia 2024 roku – informacja Zamawiającego:

*Dotyczy zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „**Przebudowa i docieplenie budynku koszarowego nr 10 wraz z modernizacją infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu na terenie Akademii Wojsk Lądowych we Wrocławiu”.** Numer sprawy: WNP/459/2023*

INFORMACAJ

O ODRZUCENIU OFERT

***Zamawiający, AKADEMIA WOJSK LĄDOWYCH** imienia generała Tadeusza Kościuszki, ul. Czajkowskiego 109, 51–147 Wrocław, w imieniu i na rzecz którego, działa pełnomocnik **B.M.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: **M.&.,** informuje że w dniu 05.10.2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, uznając za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Wykonawcę TRASKO INVEST Sp. z o. o., adres: Aleja Wolności 13, 63-500 Ostrzeszów.*

W dniu 13.10.2023 r. Zamawiajacy został poinformowany o wniesieniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania przez Wykonawcę Mosty Łódź S.A. ul. Bratysławska, 94-112 Łódź.

W świetle argumentacji zawartej w treści odwołania oraz przedstawionej na rozprawie, skład orzekający uwzględnił odwołanie w całości i nakazał Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W świetle powyższego, Zamawiający realizując wyrok KIO unieważnił czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego i dokonał powtórnego badania i oceny ofert.

Po przeprowadzeniu ponownego badania i ocenie ofert Zamawiajacy:

1. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12) Ustawy Pzp, odrzuca oferty złożone przez niżej wymienionych Wykonawców:

1) Lindner Polska Sp. z o. o., ul. Spokojna 5, 01- 044 Warszawa

2) Turpis Sp. z o. o. S. k., ul. Pigwowa 2/B9, 52-210 Wrocław

3) Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Era Sp. z .o. o., ul. św. Mikołaja 19, 50-128 Wrocław

4) EUROBUD Sp. z o. o. ul. Klonowa 2, Klępina, 66-010 Nowogród Bobrzański

5) Demiurg Sp. z o. o., ul. Górnicza 2 143A, 60-107 Poznań

Uzasadnienie prawne

Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z art. art. 226 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp. Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy jeżeli Wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający w dniu 09.11.2023 r. wezwał wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postepowaniu do przedłużenia terminu związania oferta o 60 dni to jest do dnia 14.01.2024r. wraz z przedłużeniem lub złożeniem nowego wadium. W terminie do dnia 15.11.2023r. Wykonawcy nie przedłużyli terminu związania ofertą, co należy uznać za nie wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu oraz nie przedłożyli dokumentu potwierdzającego przedłużenie wadium lub złożenie nowego. Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2017 r. (Sygn. Akt: KIO 151/17): „Analiza powołanych przepisów, zdaniem Izby, prowadzi do wniosku, że obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy aktualizuje się w sytuacji, w której na jego wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą, wykonawca takiej zgody nie wyrazi. Przy czym, w ocenie Izby, nie chodzi o wyrażenie zgody co do zasady, ale na warunkach określonych przez zmawiającego. (...). Pogląd ten znalazł aprobatę w orzecznictwie, wystarczy chociażby wskazać na orzeczenie KIO z dnia 15.04.2015 r., sygn. akt: KIO 592/15, KIO 598/15, KIO 602/15, w którym stwierdzono, że „brak zgody wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą odnosi się nie tylko do sytuacji, w której wykonawca zgody takiej nie wyraża, ale również i takiej, gdzie wykonawca, co prawda wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, ale na okres krótszy niż ten zakreślony przez zamawiającego na mocy przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp”. Dalej należy wskazać, że wezwanie wykonawcy przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie może być przez wykonawcę ignorowane ze względu na skutki, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, (…) obecnie art. 252 ust 2 Ustawy Pzp. Brak wyrażenia zgody, na wezwanie zamawiającego, na przedłużenie terminu związania ofertą przez wykonawcę stanowi powód odrzucenia jego oferty. Oznacza to, że ustawodawca podkreślił wagę i znaczenie tej czynności dla postępowania. Gdyby ustawodawca chciał zrównać sytuację, w której wykonawca nie przedłuża terminu związania ofertą czy to samodzielnie czy też na wezwanie zamawiającego, powodem odrzucenia oferty uczyniłby brak związania

ofertą. Ustawodawca jednak nie zdecydował się na takie rozwiązanie, szczególne znaczenie, biorąc pod uwagę sankcję, przypisując czynności dokonywanej na wezwanie zamawiającego przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą. Zaaprobowanie poglądu, że czynności wykonawcy w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą znoszą następcze czynności zamawiającego w tym zakresie prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). (...) W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą nie może być dorozumiana, chociażby ze względu na zasadę pisemności postępowania art. 9 ust. 1 Ustawy Pzp, (obecnie art. 7 pkt. 16 ustawy Pzp), dlatego też inne czynności wskazujące na wolę przedłużenia terminu związania ofertą nie mogą zastąpić oświadczenia woli, które przynajmniej powinno być utrwalone na piśmie.(…)"

Biorą pod uwagę powyższą argumentację, oferty ww. Wykonawców podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 12) Ustawy Pzp, jeżeli Wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

*1.**na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp odrzuca ofertę złożoną przez Wykonawcę** TRASKO INVEST Sp z o. o., adres: Aleja Wolności 13, 63-500 Ostrzeszów.*

Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z art. art. 226 ust. 1 pkt 14) Ustawy Pzp. Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy jeżeli Wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymał 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.

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający w dniu 09.11.2023 r. wezwał wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu do przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni, to jest do dnia 14.01.2024 r. wraz z przedłużeniem lub złożeniem nowego wadium. W terminie do dnia 15.11.2023r. Wykonawca TRASKO INVEST Sp. z o.o. przedłużył termin związania ofertą, lecz nie przedłuży ważności wadium złożonego wraz z ofertą w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub w wyznaczonym terminie nie złożył nowego wadium. Tym samym Wykonawca zaniechał utrzymanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, to jest do dnia 14.01.2024 r. Podstawą odrzucenia oferty na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp w odniesieniu do okresu ważności wadium jest wyłącznie sytuacja, w której oferta nie pozostaje zabezpieczona wadium w czasie, w którym Wykonawca pozostaje związany ofertą.

Biorą pod uwagę powyższe, oferta ww. Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 14) Ustawy Pzp, jeżeli Wykonawca zaniechał utrzymanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą.

INFORMACJA O PONOWNYM

WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY

***Zamawiający, AKADEMIA WOJSK LĄDOWYCH** imienia generała Tadeusza Kościuszki, ul. Czajkowskiego 109, 51–147 Wrocław, w imieniu i na rzecz którego, działa pełnomocnik **B.M.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: **M.&.,** na podstawie art. 253 ust. 1 pkt. 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) dalej: „Ustawa Pzp" informuje, że po dokonaniu ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożona przez:*

MOSTY ŁÓDŹ S.A.

ul. Bratysławska 52

94 -112 Łódź

z ceną oferty brutto: 14 976 222,73 zł

Uzasadnienie prawne wyboru najkorzystniejszej oferty: art. 239 ust. 1 Ustawy Pzp.

Uzasadnienie faktyczne:

Złożona przez Wykonawcę oferta spełnia wymagania określone w SWZ, nie podlega wykluczeniu i uzyskała najwyższą liczbę według przyjętego w postępowaniu kryterium oceny ofert: Cena – 70%, termin realizacji zamówienia - 20%, udzielona gwarancja - 10%. Oferta Wykonawcy uzyskała maksymalna liczbę punktów – 100 pkt.

Zamawiający poniżej przedstawia punktację przyznaną ofertom, złożonym w postępowaniu oraz łączną punktację:

- w tym miejscu tabela

Umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta zgodnie z art. 264 ust. 1 ustawy Pzp, tj. w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Od niniejszej decyzji przysługują środki ochrony prawnej określone w dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r. poz. 1605).

Od powyższej czynności Odwołujący wniósł odwołanie w **dniu 22 stycznia 2024 roku** prowadzone pod sygn. akt KIO 215/24.

Zamawiający uwzględnił zarzuty w całości, zawarte w powyższym odwołaniu w dniu 7 lutego 2024 roku pismem **z dnia 7 lutego 2024 roku** i podał między innymi, że:

Zamawiający uwzględnia odwołanie
W związku z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w treści odwołania zamawiający wykona:
1. czynności w zakresie określonym w żądaniu odwołania — unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Postanowienie **z dnia 9 lutego 2024 roku sygn. akt KIO 215/24** Izba umorzyła postępowanie odwoławcze wskazując w uzasadnieniu między innymi:

Odwołujący: Częstobud sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie wniósł roku odwołanie dotyczące wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców (w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów):
1.art. 226 ust. 1 pkt. 10 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. (i w konsekwencj nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej tego Wykonawcy), mimo że oferta tego Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny spowodowany przyjęciem błędnej stawki podatku VAT dla wyposażenia meblowego, które Wykonawca objął stawką 8%, mimo że obowiązujące przepisy ustawy o podatku od towarów i usług dla takiego przedmiotu opodatkowania wprowadzają stawkę 23%,
2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty (ewentualnie zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie) Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A., mimo że Wykonawca ten nie wykaza spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, bowiem powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, podczas gdy z przedłożonych w toku postępowania dokumentów nie wynika, żeby ten podmiot udostępnił swój potencjał w sposób realny, bowiem istnieje uzasadniona wątpliwość czy podmiot ten realnie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, przez co nie można uznać, że w niniejszej sprawie udostępnienie zasobów ma charakter realny i gwarantuje Wykonawcy rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów.
Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach tej czynności odrzucenie oferty MOSTY ŁÓDŹ S.A.,
2.ewentualnie wezwanie do złożenia wyjaśnień/uzupełnienia w zakresie potwierdzenia spełniania warunku ze względu na brak jednoznaczności w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w związku z posłużeniem się doświadczeniem podmiotu trzeciego co do warunku zdolności zawodowej, jak również brakiem wykazania warunku samodzielnie przez Wykonawcę z uwagi na realizację referencyjnej roboty w ramach konsorcjum,
Oferta Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny, który winien skutkować jej odrzuceniem.
(…)
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia odwołanie i w związku z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w treści odwołania zamawiający wykona czynności w zakresie określonym w żądaniu odwołania — unieważnienie czynności wyb0ru najkorzystniejszej oferty, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
W wyniku wniesienia odwołania spółki CZĘSTOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie
z Zamawiający dokonał kontroli dokumentacji przetargowej oraz wykonanych czynności.
W celu dochowania należytej staranności oraz zachowania zasady uczciwej konkurencji
i równego traktowania uczestników postępowania Zamawiający pragnie, aby postępowanie było prowadzone w sposób należyty z zachowaniem wszelkich zasad wynikających z ustawy Pzp.
Wykonawca Mosty Łódź SA zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania, a po złożeniu przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu odwołania, nie wniósł sprzeciwu w przedmiocie uwzględnienia.
Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu ustaliła, że postępowanie odwoławcze należy umorzyć na podstawie przepisu art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Izba ustaliła, również, że **pismem z dnia 15 lutego 2024 roku** Zamawiający wezwał uczestnika postępowania odwoławczego - *Mosty Łódź spółka akcyjna*
z siedzibą w Łodzi do:

W odpowiedzi, **pismem z dnia 21 lutego 2024 roku** Mosty Łódź przedstawiły wyjaśnienia wraz z załącznikami, załączniki objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła na podstawie akt postępowania, że pismem z **dnia 7 czerwca 2024 roku** Zamawiający wezwał Mosty Łódź do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

Zamawiający, Akademia Wojsk Lądowych imienia generała Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2023 r. poz. 1605 z póź. zm. – dalej ustawa PZP) wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dokumentów złożonych Zamawiającemu w zakresie

potwierdzenia, że podmiot udostępniający zasoby Wykonawcy będzie realnie brał udział w realizacji inwestycji, a udostępnienie potencjału przez podmiot trzeci nie ma charakteru pozornego

Uczestnik postepowania odwoławczego pismem **z dnia 10 czerwca 2024 roku** złożył wyjaśnienia objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wraz załącznikiem nr 1.

Pismem z dnia **18 czerwca 2024 roku** Zamawiający przesłał do wykonawców następującą informację:

Następnie pismem z dnia 19 czerwca 2024 roku Zamawiający podał:

Numer wych. 179/2024/W

Wrocław, 19.06.2024 r.

SPROSTOWANIE

INFORMACJI O PODTRZYMANIU DECYZJI O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY

w postępowaniu p.n.:

Przebudowa i docieplenie budynku koszarowego nr 10 wraz z modernizacją infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu na terenie Akademii Wojsk Lądowych we Wrocławiu

Numer sprawy WNP/459/2023

Zamawiający, Akademia Wojsk Lądowych imienia generała Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu, wyjaśnia, że pismo opublikowane w dniu 18.06.2024r. zawierało niepełne informacje dot. uznania przez Zamawiającego oferty firmy MOSTY ŁÓDŹ S.A. jako najkorzystniejszej.

Zamawiający, działając zgodnie z pismem z dnia 07.02.2024r., skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym uwzględniono odwołanie firmy CZĘSTOBUD Sp. z o.o., wykonał czynności w zakresie określonym w żądaniu odwołania i unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty a następnie powtórzył czynność badania i oceny ofert.

W wyniku ponownego badania i oceny ofert, które nie podlegały odrzuceniu w postępowaniu, Zamawiający ponownie uznał za najkorzystniejszą ofertę firmy MOSTY ŁÓDŹ S.A.

Izba zważyła:

Izba stwierdza w tym miejscu, co ma zasadnicze i kluczowe znaczenie
dla poddania rozpoznaniu zarzutów podniesionych w odwołaniu, że na podstawie ustalonego stanu faktycznego sprawy o zamówienie publiczne w ramach tegoż postępowania
o zamówienie istnieje w ocenie Izby nadal czynność Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2024 roku, która nie została unieważniona oraz istnieje na dzień orzekania czynność Zamawiającego z dnia 18 czerwca 2024 roku uzupełniona w dniu 19 czerwca 2024 roku. Dokonane zostały również czynności wezwania do Mosty Łódź.

Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego stanowi skodyfikowany, określony przepisami prawa ciąg czynności Zamawiającego, które charakteryzują się w znacznym stopniu określonym formalizmem. Formalizm postępowania o udzielnie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, jak wskazywał Sąd Okręgowy w Gliwicach w jednym z orzeczeń, jednakże odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z odstąpieniem od zasad postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, procedury prowadzenia postępowania oraz wykonywania przez Zamawiającego czynności do których jest obowiązany.

W ramach czynności podejmowanych w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności Zamawiającego w zakresie legalizmu podejmowanych czynności o udzielnie zamówienia publicznego.

Podstawą rozpoznania zarzutów odwołania jest ocena działań Zamawiającego związanych z podejmowanymi czynnościami oraz brakiem podejmowanych czynności pod dacie 9 lutego 2024 roku, w której to zostało wydane postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 215/24.

Mając na uwadze wcześniej wskazane przez Izbę, że czynność z dnia 11 stycznia 2024 roku nie została unieważniona przez Zamawiającego, Izba wyjaśnia, że okoliczność
ta jednoznacznie potwierdzona jest oświadczeniami złożonymi przez Zamawiającego. Izba uznała za niezasadne i niedające podstawy do uznania, że doszło do unieważnienia czynności z dnia 11 stycznia 2024 roku oświadczenie zawarte w piśmie z dnia 7 lutego skierowaniego do Prezesa Izby, a odnoszącego się do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania sygn. akt 215/24.

Po pierwsze, podkreślenia wymaga, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem odrębnym od postępowania o zamówienie i jest to okoliczność jednoznaczna i oczywista, potwierdzona w orzecznictwie i ugruntowania w doktrynie przedmiotu. Postępowanie odwoławcze toczy się obok postępowania o zamówienie publiczne. Skutkiem uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania – co miało miejsce w sprawie o sygn. akt KIO 215/24 - do czego Zamawiający uprawniony jest na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy, jest umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę. Jednocześnie oświadczenie Zamawiającego złożone w postępowaniu odwoławczym nie wywołuje skutku
w postępowaniu o zamówienie, co jednoznacznie statuuje art. 522 ust. 1 zd. 2 ustawy zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, Zamawiający *wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o*

udzielenie zamówienia, zgodnie
z żądaniem zawartym w odwołaniu. Oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania
w postępowaniu odwoławczym nie zastępuje czynności w postępowaniu o zamówienie. Tym samym dopiero czynności podjęte następczo w postępowaniu o zamówienie, po złożeniu oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w postępowaniu odwoławczym, stanowią wykonanie obowiązku wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o zamówienie zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.
W piśmie z dnia 7 lutego 2024 roku Zamawiający jedynie zapowiedział wykonanie określonych czynności w postępowaniu o zamówienie, co również potwierdza, że żadna
z czynności jakie były określone w żądaniu odwołania nie została wykonana przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.
Po drugie, wykonanie czynności w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu musi zostać dokonane w postępowaniu
o udzielnie zamówienia zgodnie z obowiązującymi zasadami zamówień publicznych.
Na podstawie art. 20 ust. 1 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, prowadzi się pisemnie. Tym samym emanacją każdej czynności Zamawiającego jest jej odzwierciedlenie w dokumentacji pisemnej postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 7 pkt 16 ustawy przez pisemności rozumieć należy sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Tym samym, mając na uwadze w szczególności zasadę przejrzystości określona w art. 16 pkt 2 ustawy, czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11 stycznia 2024 roku powinna mieć odzwierciedlenie
w pisemnej postaci w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Czynność takiej
w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia nie ma. Izba podkreśla po raz kolejny, że emanacją takiej czynności w postępowaniu o zamówienie nie jest oświadczenie Zamawiającego złożone w dniu 7 lutego 2024 roku w postępowaniu odwoławczym, w którym to Zamawiający oświadczył, że uwzględnił zarzuty odwołania i zapowiedział wykonanie czynności zgodnie z żądaniami (treść pisma z 7 lutego 2024 roku do Prezesa Izby - „*W związku z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w treści odwołania zamawiający wykona:*
1. czynności w zakresie określonym w żądaniu odwołania — unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert.). Izba, w odniesieniu do pisma z dnia 19 czerwca 2024 roku „Sprostowanie informacji
o podtrzymaniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty”, ponownie podkreśla,
że nie stanowi czynności w postępowaniu o zamówienie działanie Zamawiającego polegające na uwzględnieniu zarzutów odwołania w piśmie skierowanym do Prezesa Izby
w dniu 7 lutego 2024 roku. Tym samym, stwierdzenie, że „*Zamawiający, działając zgodnie*
z pismem z dnia 07.02.2024r., skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej,
w którym uwzględniono odwołanie firmy CZĘSTOBUD Sp. z o.o., wykonał czynności
w zakresie określonym w żądaniu odwołania i unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty a następnie powtórzył czynność badania i oceny ofert nie dowodzi
i nie uzasadnia w żaden sposób tego, że dokonano w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11 stycznia 2024 roku.
Izba nie podziela również argumentacji uczestnika postępowania odwoławczego odnoszącej się do istoty informacji dla „aktywnych uczestników postępowania” oraz tego,
że uwzględnienie zarzutów odwołania przez Zamawiającego stanowi unieważnienie czynności w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Ustawa nie zna pojęcia „aktywnego uczestnika” czy też „aktywnego wykonawcy”, natomiast oświadczenie
o uwzględnieniu zarzutów odwołania nie rodzi domniemania wykonania w postępowaniu
o zamówieniu czynności objętych żądaniami odwołania. W ocenie Izby Zamawiający
nie pomieszał – ja twierdzi uczestnik w piśmie procesowym – określonych czynności,
w ocenie Izby Zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem odwołania z dnia
22 stycznia 2024 roku, które uwzględnił w całości w dniu 7 lutego 2024 roku, a Izba postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego wydała w dniu 9 lutego 2024 roku.
Izba wyjaśnia również w tym miejscu, że w przypadkach merytorycznego rozpoznania przez Izbę odwołania i wydania wyroku w sprawie, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w pierwszej kolejności nakazuje Zamawiającemu unieważnienie danej czynności
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dana czynność Zamawiającego
w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego stanowi jego oświadczenie i odnosi się do podjętych działań lub

zaniechań. Oznacza to, że oświadczenie takie może być zmienione przez unieważnienie danej czynności, albo w wyniku nakazania tego przez Izbę albo samodzielnie przez Zamawiającego, albo jak ma to miejsce w rozpoznawanym przypadku
w wyniku wykonania żądania określonego w odwołaniu, którego zarzuty w całości Zamawiający uwzględnił. Jednocześnie mając na uwadze powyższą argumentację Izby, taka czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej musi zostać udokumentowana w postaci pisemnej.
W postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, które jest skodyfikowanym ciągiem czynności nie ma miejsca na żadne domniemania co do czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Jednoznaczność czynności Zamawiającego, ich przejrzystość stanowi kanon prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego opartego
na zasadach prawa zamówień publicznych. Określona zasada przejrzystości w prawie zamówień publicznych stanowi gwarancję innej z zasad, a mianowicie jawności postępowania o udzielnie zamówienia publicznego oraz zasady równego traktowania wykonawców. Tym samym nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że nie istnieją przepisy prawa, które obligowałoby go do podania informacji o unieważnieniu wcześniej podjętej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Obowiązek publikacji takich informacji wynika wprost z zasad postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, które
to zasady zobowiązują Zamawiającego do pisemnego, transparentnego i jawnego prowadzenia postępowania, co w konsekwencji oznacza obowiązek publikowania informacji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jeżeli Zamawiającego takiego dokonał. W ramach uwzględnienia zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 215/24 Zamawiający jednoznacznie zobowiązany został przez przepis art. 522 ust. 1 zd. 2
do wykonania czynności zgodnie z żądaniami oraz, co istotne zapowiedział również takie wykonanie.
Tym samym po wydaniu postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego w dniu
9 lutego 2024 roku w sprawie o sygn. akt KIO 215/24 Zamawiający obowiązany był
do dokonania czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia
11 stycznia 2024 roku. Takiej czynności nie wykonał.
W zakresie rozpoznania przedmiotowego odwołania w odniesieniu do podniesionych zarzutów znamiennym jest również stanowisko Zamawiającego poparte przez uczestnika,
zawarte w oświadczeniu Zamawiającego z dnia 18 czerwca 2024 roku, w którym podał,
że „podtrzymuje swoją decyzję o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy Mosty Łódź S.A.”. Jednocześnie Zamawiający w piśmie z dnia 19 czerwca 2024 roku, uzupełniająco
do pisma z dnia 18 czerwca 2024 roku podaje, że *„działając zgodnie z pismem z dnia 07.02.2024r., skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym uwzględniono odwołanie firmy CZĘSTOBUD Sp. z o.o., wykonał czynność w zakresie określonym*
w żądaniu odwołania i unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty a następnie powtórzył czynność badania i oceny ofert.”
Skoro Zamawiający jak twierdzi – a czemu Izba stanowczo się sprzeciwia – unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11 stycznia 2024 roku – to należy postawić pytanie, jaką decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej podtrzymał w piśmie z dnia
18 czerwca 2024 roku.
Działania Zamawiającego stanowią w ocenie Izby próbę „ratowania” prowadzonego postępowania, niemniej takie działania są niezgodne z zasadami Prawa zamówień publicznych.
Odnosząc się do pisma z dnia 18 czerwca 2024 roku Izba stwierdza na wstępie,
że ustawa nie zna pojęcia „podtrzymania decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty” w taki sposób jakiego dokonał Zamawiający. Jednoznaczne i określone regulacje ustawowe w art. 253 ustawy wskazują, jakie informacje musza być zawarte w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Oczywiście sama nazwa dokumentu nie świadczy jeszcze o jego nieprawidłowości, lecz w tym przypadku treść dokumentu nie zawiera żadnych określonych przepisem art. 253 informacji, co oznacza, że nie sposób uznać tego dokumentu
za prawidłowo przedstawioną informację. Izba jednocześnie podkreśla, że w treści dokumentu Zamawiający odnosi się do wydanych wyroków lecz pomija postanowienie z dnia 9 lutego 2024 roku. Jednocześnie podtrzymuje decyzję o wyborze, która jak twierdził
w trakcie rozprawy unieważnił, co wskazał również w piśmie z dnia 19 czerwca 2024 roku. Można w tym miejscu postawić retoryczne pytanie – jak można coś jednocześnie unieważnić i podtrzymać?
Mając na uwadze cała powyższą argumentację Izba stwierdza, że Zamawiający
w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie nie dokonał czynności unieważnienia czynności z dnia 11 stycznia 2024 roku, co do której był obowiązany w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania z dnia 22 stycznia 2024 roku

sygn. akt KIO 215/24, tym samym nie zrealizował obowiązku z art. 522 ust. 1 zd.2 ustawy.
W odniesieniu do naruszenia art 223 ust. 1 ustawy przez prowadzenie czynności badania i oceny oferty po wyborze najkorzystniejszej oferty dokonanym w dniu 11 stycznia 2024 roku, co prowadziło do nieuprawnionych negocjacji treści oferty Izba mając na uwadze cała powyższą argumentację uznaje, że Zamawiający w sposób niedopuszczony ustawą prowadził czynności w postępowaniu o udzielnie zamówienia. Skoro nie unieważnił Zamawiający czynności wyboru oferty najkorzystniejszej to nie miał podstawy
do dokonywania czynności polegającej na wezwaniu do składania jakichkolwiek dokumentów oraz składania jakichkolwiek wyjaśnień. Ustawa nie przewiduje żadnego trybu dokonywania takich czynności po wyborze oferty najkorzystniejszej, natomiast jeżeli Zamawiający chce prowadzić badanie i ocenę ofert, to najpierw musi unieważnić swoją czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Tym samym wszelkie działa Zamawiającego, każde z wezwań po dacie 11 stycznia 2024 roku należy uznać za niewłaściwe, a tym samym Izba nakazuje ich unieważnienie,
w szczególności czynności z dnia 15 lutego 2024 roku. Nadmienić należy, że wszelkie czynności dokonane przez Zamawiającego po dacie uwzględnienia zarzutów odwołania
w związku z brakiem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia
11 stycznia 2024 roku winny zostać unieważnione.
Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu 1 i 2 odwołania i nakazała Zamawiającemu:
- unieważnienie czynności z dnia 18 czerwca 2024 roku – „Informacja o podtrzymaniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej ofert", unieważnienie czynności z dnia 19 czerwca 2024 roku – „Sprostowanie informacji o podtrzymaniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty" oraz unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 15 lutego 2024 roku – Wezwanie
do złożenia wyjaśnień skierowane do Mosty Łódź S.A. oraz pozostałych dokonanych po tej dacie.
Izba nie nakazała unieważnienia czynności z dnia 11 stycznia 2024 roku, która objęta była zarzutami odwołania z dnia 22 stycznia 2024 roku, bowiem w tym zakresie zostało wydane postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w dniu 9 lutego 2024 roku sygn. akt 214/24. W tym zakresie zostało wydane orzeczenie Izby.

W zakresie zarzutów 3, 4, 5, 6 i 7 odwołania

Izba stwierdza w tym miejscu, że uwzględniając zarzut 1 i 2 odwołania nie może poddać ocenie merytorycznej zarzutów 3, 4, 5, 6 i 7 odwołania opartych na działaniach związanych w wezwaniem Zamawiającego z dnia 15 lutego 2024 roku skierowanym
do Mosty Łódź S.A, które Izba uznała za niezgodne z ustawą i podlegające unieważnieniu.
Zarzuty 3, 4, 5, 6 i 7 odwołania nie zostały podniesione przez Odwołujacego jako ewentualne na wypadek nieuwzględnienia zarzutów 1 i 2 odwołania, tym samym Izba uznaje te zarzuty za niezasadne.

Koszty:

Izba uwzględniała odwołanie w zakresie zarzutu 1 i 2, natomiast w zakresie zarzutów 3, 4, 5, 6 i 7 odwołania Izba uznała odwołanie za niezasadne.
Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*
Izba zasadziła od Zamawiającego na rzecz Odwołujacego kwotę 5 716, 00 zł tytułem kosztów wpisu oraz 1030,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika stosownie
do wyniku postępowania; w sumie 6 746 zł.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy
z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).
Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca: ……