

WYROK

Warszawa, dnia 19 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Członkowie: Krzysztof Sroczyński

Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2024 r. przez wykonawcę **Lafrentz Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu**

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: **Ayesa Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rudzie Śląskiej**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Lafrentz Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Lafrentz Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Lafrentz Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** na rzecz zamawiającego – **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie – Generalnej Dyrektji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

.....
.....
.....

Sygn. akt: KIO 1858/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S11 Kępno – A1 na odcinku Kępno - granica woj. opolskiego (z wyłączeniem obwodnicy Olesna) - 3 odcinki: - odcinek I : Kępno - Siemianice, - odcinek II : Siemianice - Gotartów, - odcinek III : Gotartów – początek obwodnicy Olesna.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 maja 2024 r. wykonawca Lafrentz Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

1. czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Ayesa jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia, o których mowa w: pkt. 1,1 „Przedmiot

zamówienia" Tom III Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: "SWZ") Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: "OPZ"); umowie o wykonanie zamówienia wskazanej w Tomie II Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: "SWZ") – Projektowane postanowienia umowy (dalej jako: "PPU")•,

2.ewentualnie zaniechania czynności wezwania Ayesa Poiska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej jako „Ayesa”) do złożenia wyjaśnień dotyczących zgodności złożonej oferty w zakresie deklarowanego zabezpieczenia należytego wykonania umowy z warunkami zamówienia w sytuacji, w której zamawiający przy należyтым badaniu ofert powinien był powziąć wątpliwości w tym zakresie;

3.czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Ayesa jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której to oferta odwołującego powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez brak odrzucenia oferty Ayesa z postępowania w sytuacji, w której oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, o których mowa w pkt. 1.1 Tom III SWZ OPZ oraz umowie wskazanej w Tomie II SWZ PPU

2.ewentualnie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której przy rzetelnej i starannej analizie treści oferty Ayesa, zamawiający powinien był wezwać wykonawcę do wyjaśnienia niezgodności oferty z warunkami zamówienia;

3.art. 239 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 ustawy P.z.p. mające wpływ na wynik postępowania poprzez naruszające zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności badania i oceny ofert, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wybranego wykonawcę jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona, a w jej miejsce winna zostać uznana za najkorzystniejszą oferta złożona przez odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty Ayesa jako oferty najkorzystniejszej;

2.odrzućenie oferty Ayesa jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.;

3.przeprowadzenie ponownego badania oraz oceny ofert bez uwzględnienia oferty Ayesa jako podlegającej odrzuceniu.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania odwołujący podniósł, że naruszenie przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy P.z.p. ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem gdyby zamawiający ich nie naruszył, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Co za tym idzie, odwołujący mógłby uzyskać zamówienie objęte postępowaniem. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w postępowaniu, którego wynikiem będzie zawarcie z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w przypadku uwzględnienia odwołania szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia znacznie wzrosną. Oferta odwołującego zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą. Z kolei naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. może wyrządzić odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści, tj. przychodów z niezyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego odwołujący wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone było zgodnie z przepisami prawa.

Odwołujący wniósł ostatecznie o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w szczególności wpisu w wysokości 15 000 zł oraz uzasadnionych kosztów poniesionych przez odwołującego, w szczególności kosztów związanych ze stawiennictwem na rozprawie, których szczegółowe zestawienie zostanie przedłożone na rozprawie, jak również kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, iż jest to kolejne odwołanie złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Uprzednie zostało złożone przez Ayesa w związku z odrzuceniem jego oferty przez zamawiającego i znalazło rozstrzygnięcie w wyroku KIO z dnia 09 kwietnia 2024 r. o sygnaturze akt KIO 867/24. Izba rozstrzygała ówczesnie w zakresie odrzucenia oferty z powodu zarzutu rażąco niskiej ceny oferty [art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p.] oraz w zakresie niezgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia o których mowa w art. 22.1 OPZ [art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.], a także w zakresie zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty [art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p.]. Do tego postępowania, po stronie zamawiającego, przystąpił za pismem z dnia 21 marca 2024 r. odwołujący. Wyrokiem z dnia 09 kwietnia 2024 r. Izba nakazała

Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Ayesa oraz ponowne badanie i ocenę złożonych ofert. W konsekwencji powyższego zamawiający pismem z dnia 23 kwietnia 2024 r. przekazał oferentom informację o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Lafrentz Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz czynności odrzucenia oferty wykonawcy Ayesa i powtórzeniu czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. Kolejno pismem z dnia 17 maja 2024 r. zamawiający poinformował oferentów o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, którą w jego ocenie złożyła Ayesa.

W zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez brak odrzucenia oferty Ayesa z postępowania w sytuacji, w której oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, o których mowa w pkt. 1.1 Tom III SWZ OPZ oraz umowie wskazanej w Tomie II SWZ PPU, odwołujący podniósł, że Ayesa zobowiązana była do uwzględnienia w cenie oferty kosztów gwarancji należytego wykonania Umowy zakładając 88 miesięcy jej obowiązywania + 14 dni. Zgodnie ze wskazaniem, koszty gwarancji należytego wykonania Umowy oraz ryzyka zostały uwzględnione w pozycjach 1 oraz 4 formularza cenowego, a z obliczeń wynika, iż Ayesa przyjęła do oferty 64 miesiące udzielenia Zamawiającemu zabezpieczenia + 14 dni. Jednocześnie, zgodnie ze wskazaniem Ayesa na podstawie kosztów gwarancji z innych prowadzonych kontraktów, przyjęła koszty gwarancji na poziomie 4500,00 zł miesięcznie przez okres 64 miesięcy, co w konsekwencji daje kwotę na poziomie 288 000,00 zł. W ocenie odwołującego nieprawidłowa była nie tylko kalkulacja kosztorysu ofertowego, co podlegało uprzednio ocenie KIO, ale przede wszystkim niezgodność oferty z istotnymi postanowieniami SWZ, co nie podlegało ocenie ze względu na zakres uprzednich zarzutów odwoławczych.

Odwołujący wskazał, że z istotnych postanowień umowy wynika, że przypadku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji, która to forma została przyjęta przez Ayesa, zobowiązana jest do przyjęcia do wyliczenia kosztu gwarancji maksymalnego czasu świadczenia usługi, tj. 88 miesięcy + 14 dni. Tymczasem Ayesa do wyliczenia kosztu gwarancji przyjęła minimalny czas świadczenia usługi, tj. 64 miesiące. Ayesa udzielając również wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, na wezwanie zamawiającego z dnia 15 stycznia 2024 r. oraz w dokumentacji postępowania przed KIO wskazała, w których pozycjach kosztorysu ofertowego ujęła koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy i wskazała stosowne wyliczenia.

Odwołujący stwierdził, że prawidłowa oferta Ayesa powinna opierać się na następujących założeniach, zgodnych z SWZ:

$$(88 \text{ m-cy} + 14 \text{ dni}/30 \text{ dni}) \times 4500,00 = 398.100,00 \text{ zł}$$

tymczasem błędne założenia przyjęte przez Ayesa były następujące:

$$64 \text{ m-ce} \times 4500,00 \text{ zł/mc} = 288.000,00 \text{ zł.}$$

Odwołujący podniósł, że niezależnie od możliwości wezwania wykonawcy przez zamawiającego do wyjaśnień oferty, które w niniejszej sprawie nie mogłyby być odmienne od tych złożonych przez Ayesa w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 15 stycznia 2024 r. i co stanowi zarzut ewentualny odwołania, od zamawiającego bezwzględnie należało oczekiwać należytej staranności przy ponownym badaniu ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający zobowiązany był ponadto przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty Ayesa oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli, w tym wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 k.c.) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądzałoby o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty Ayesa odpowiada warunkom zamówienia. Zgodnie również z obowiązkiem zamawiającego do badania każdej uzyskanej informacji, aby wykluczyć błędy w wyborze najkorzystniejszej oferty, nie może on bezkrytycznie podchodzić do informacji pozyskanych w trakcie prowadzonego postępowania, szczególnie informacji, które uzyskał w poprzednim postępowaniu odwoławczym. Każda informacja musi być przez zamawiającego zbadana, aby wykluczyć błędy w wyborze oferty najkorzystniejszej, a celem nadrzędnym jest wybór oferty zgodnej z warunkami zamówienia, a nie ewentualne sanowanie jej błędów na późniejszym etapie, czy to przed zawarciem umowy, czy też już po zawarciu umowy w trakcie jej realizacji. Takie działanie wypaczałoby bowiem zasadę uczciwej konkurencji. Ponadto z przepisu 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. nie wynika możliwość, aby po etapie badania i oceny ofert możliwa była zmiana złożonej oferty, albowiem co do zasady oferta jest niezmiennalna (z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie, co w niniejszym stanie faktycznym nie ma zastosowania) i stanowi w swojej zasadniczej treści *essentialia negotii* zawieranej umowy. Co za tym idzie nie jest możliwa zamiana oferty przedmiotu świadczenia po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, którą zgodnie z przepisem art. 239 ust. 2 ustawy P.z.p. jest oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Zgodnie z warunkami zamówienia bezwzględnie należało przyjąć, że oferta

Ayesa powinna uwzględnić obowiązki wynikające z SWZ, tożsamo jak powinni to zrobić inni wykonawcy, przez co jakakolwiek odmienność w tym zakresie powoduje niezgodność oferty z warunkami zamówienia, co stanowi bezwzględną przesłankę do jej odrzucenia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie działania zamawiającego polegającego na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień oferty odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. 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. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. ma zastosowanie w sytuacji gdy zachodzą jakiegokolwiek wątpliwości w kwestii badania oferty. Mając na uwadze stan faktyczny sprawy i podnoszone już na etapie pierwszego odwołania w postępowaniu wątpliwości w zakresie zgodności oferty Ayesa z warunkami zamówienia powinny prowadzić do działania zamawiającego zmierzającego do wyjaśnienia treści złożonej oferty, szczególnie jeżeli dotyczą jej istotnego elementu jakim jest prawidłowe i zgodne z umową zabezpieczenie realizacji zamówienia publicznego. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi w ocenie odwołującego naruszenie podstawowej zasady niezmienności oferty i gwarancji zachowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, czyli przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców. Niejasność powstała w zakresie treści warunków zamówienia a złożonej oferty przez Ayesa, która zresztą została potwierdzona wycenieniami w kosztorysie ofertowym bez wątpienia powinna stanowić podstawę do wezwania przez zamawiającego przez wyborem kolejnej oferty, w tym przypadku Ayesa jako najkorzystniejszej, do szczegółowych wyjaśnień.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w związku z art 16 ustawy P.z.p. odwołujący wskazał, że dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty może mieć miejsce w sytuacji, w której oferta ta nie podlega odrzuceniu. Oferta Ayesa jest w ocenie odwołującego niezgodna z warunkami zamówienia, co zamawiający powinien badać w pierwszej kolejności, aby przesłanki odrzucenia oferty wykluczyć szczególnie, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wieńczy wszystkie czynności dokonywane przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego celem jest wybór oferty wykonawcy spełniającej wymogi Zamawiającego. Każde działanie i zaniechanie zamawiającego powinno być oceniane - przez pryzmat kluczowej zasady wskazanej w art. 16 ustawy Pzp, czyli uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, przejrzystości, jawności, proporcjonalności itp. są również sposobami realizacji zasady uczciwej konkurencji. Konieczne jest w tym zakresie badanie ofert, które zostały złożone w oparciu o te same warunki zamówienia. Bezspornie oferta Ayesa opiera się na założeniach niezgodnych z warunkami zamówienia, które nie podlegały dowolnej modyfikacji przez oferentów i dla wszystkich wykonawców muszą być tożsame. Skoro więc Ayesa wskazała na kwotę jaką przyjęła dla obliczenia wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz cenę jednostkową bezspornie należy stwierdzić, że złożyła ofertę sprzeczną z warunkami zamówienia w zakresie czasu na jaki należało udzielić zabezpieczenia. W konsekwencji powyższego, zaniechania zamawiającego w zakresie należytego badania oferty Ayesa, w tym ewentualnie wezwania do wyjaśnień złożonej oferty doprowadziły do jej wadliwej oceny jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta powinna zostać uznana za niezgodną z warunkami zamówienia i podlegać odrzuceniu.

W ocenie odwołującego oferta złożona przez Ayesa nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą ponieważ w swej treści zawiera oświadczenia i założenia sprzeczne z warunkami zamówienia, przez co nie może być porównywana z innymi ofertami, które są zgodne z wymaganiami SWZ. W kontekście powyższych zarzutów, uznać należy, iż proces oceny i badania ofert przebiegł nieprawidłowo i doszło do wyboru oferty z najniższą ceną, która powinna podlegać odrzuceniu. Tym samym proces wyboru najkorzystniejszej oferty na art. 239 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. był nieprawidłowy, bowiem uwzględnił ofertę, której należało nie uwzględnić przy wyborze. Tym samym wybór najkorzystniejszej oferty jako oferty Ayesa, winien zostać unieważniony przez zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 czerwca 2024 roku wniósł o:

- 1)oddalenie odwołania w całości;
- 2)obciążenie kosztami postępowania odwołującego;
- 3)zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w kwocie określonej w rachunku i w spisie kosztów złożonym na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczonym na dzień 18 czerwca 2024 r. z uwzględnieniem kosztów zastępstwa prawnego radcy prawnego w kwocie 3.600,00 złotych.

Zamawiający podniósł, że w odwołaniu nie zaskarżono jednocześnie zaniechania zamawiającego co do dokonania czynności odrzucenia oferty Ayesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie

Śląskiej z postępowania, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., w sytuacji, w której zdaniem odwołującego oferta przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, o których mowa w pkt 1.1 „Przedmiot zamówienia” Tom III Specyfikacji Warunków Zamówienia — Opis Przedmiotu Zamówienia oraz w umowie o wykonanie zamówienia wskazanej w Tomie II Specyfikacji Warunków Zamówienia — Projektowane postanowienia umowy. Taki brak objęcia przez odwołującego przedmiotem odwołania także zaniechania zamawiającego co do dokonania czynności odrzucenia oferty Ayesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej z postępowania, pozostaje w sprzeczności i niekonsekwencji z treścią zarzutów odwołania odwołującego, dotyczących twierdzenia, że przedmiotowa oferta Ayesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej powinna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ocenie zamawiającego odwołanie jest merytorycznie niezasadne i powinno zostać oddalone. Zarzuty odwołania oraz wnioski odwołującego nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym sprawy, a tym samym nie zasługują na uwzględnienie w żadnym zakresie.

Zamawiający podniósł, że niezasadny jest zarzut naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez brak odrzucenia oferty Ayesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej (tj. przystępującego) z postępowania, w sytuacji, w której oferta ta jest zdaniem odwołującego niezgodna z warunkami zamówienia, o których mowa w pkt. 1.1 Tomu III Specyfikacji Warunków Zamówienia — Opis Przedmiotu Zamówienia (SWZ OPZ) oraz w umowie wskazanej w Tomie II Specyfikacji Warunków Zamówienia — Projektowane postanowienia umowy (SWZ PPU).

Zamawiający wskazał w tym zakresie, iż:

1) Zamawiający uwzględniając poprzednio wydany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prawomocny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09 kwietnia 2024 r. sygn. akt KIO 867/24 także w odniesieniu do oferty spółki Ayesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej w sposób prawidłowy dokonał czynności przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny tej oferty i zasadnie nie stwierdził istnienia podstaw do jej odrzucenia, jako rzekomo niezgodnej z warunkami zamówienia.

2) Warunki zamówienia, o których mowa w pkt. 1.1 Tomu III Specyfikacji Warunków Zamówienia — Opis Przedmiotu Zamówienia (SWZ OPZ) oraz w treści § 3 i § 9 umowy wskazanej w Tomie II Specyfikacji Warunków Zamówienia Projektowane postanowienia umowy (SWZ PPU) odnoszą się do wymaganego przez zamawiającego zakresu obowiązków wykonawcy objętych przedmiotowym zamówieniem publicznym (pkt. 1.1 Tomu III SWZ OPZ) oraz określają przewidywany przez zamawiającego czas świadczenia przez wykonawcę usługi będącej przedmiotem tego zamówienia (§ 3 umowy wskazanej w Tomie II SWZ PPU) i wskazują wymagany przez zamawiającego okres świadczenia usługi, który ma być objęty zabezpieczeniem należytego wykonania umowy do wniesienia którego — zgodnie z przepisem art. 449 ust. 3 ustawy P.z.p. dopiero przed zawarciem umowy, a nie już w momencie składania ofert zobowiązany będzie wykonawca, z którym umowa ta będzie zawierana przez zamawiającego. Co istotne, zamawiający w zapisach postanowień punktu 23 Tomu I Specyfikacji Warunków Zamówienia Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami (SWZ IDW) dotyczących „Zabezpieczenia należytego wykonania umowy” nie przewidział innego niż określony w art. 449 ust. 3 ustawy P.z.p. terminu wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy wymaganego przed zawarciem umowy.

3) Powoływany przez odwołującego (w punkcie 8 uzasadnienia odwołania z dnia 27 maja 2024 r.) dokument pisemnych wyjaśnień Ayesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej z dnia 22 stycznia 2024 r. (stanowiących odpowiedź tego wykonawcy na wezwanie zamawiającego z dnia 15 stycznia 2024 r. dotyczące złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty) zawiera tylko i wyłącznie wyjaśnienia obrazujące zastosowany przez tego wykonawcę (tj. przystępującego) sposób kalkulacji niektórych elementów ceny jego oferty. Treść tego dokumentu „wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty” z dnia 22 stycznia 2024 r. w żaden sposób nie zawiera tym samym żadnych oświadczeń Ayesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej, które modyfikowałyby treść jego oferty, a tym bardziej które określałyby sposób, termin i kwotę (wartość) zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jaka zostanie wniesiona przez tego wykonawcę w momencie, gdy będzie on do tego zobowiązany, tj. w terminie określonym w art. 449 ust. 3 ustawy P.z.p., czyli najpóźniej przed zawarciem umowy z zamawiającym. Skutki prawne związane z ewentualnym brakiem skutecznego i prawidłowego wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy wymaganego przepisami ustawy P.z.p. i postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) wynikają bezpośrednio z treści przepisów ustawowych, a w szczególności zostały one uregulowane w art. 263 i art. 98 ust. 6 pkt 2 lit b ustawy P.z.p. Z przepisów tych wynika, odpowiednio, że jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie

zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie (art. 263 ustawy P.z.p.). Jednocześnie zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4 cyt. ustawy P.z.p., występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, m.in. jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 98 ust. 6 pkt 2 lit b ustawy P.z.p.).

4)Wymagana przez zamawiającego wysokość i wartość kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy do której wniesienia zobowiązany będzie właściwy wykonawca przed zawarciem z nim umowy, określona została precyzyjnie i jednoznacznie w postanowieniu punktu 23.1. Tomu I Specyfikacji Warunków Zamówienia — Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami (SWZ IDW) dotyczącym: „Zabezpieczenia należytego "konania umowy", zgodnie z którego zapisem: „Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy na kwotę stanowiącą 5% ceny brutto podanej w ofercie w formach określonych w art. 450 ust. 1 ustawy Pzp.”.

Tym samym bez istotnego znaczenia dla zamawiającego — w aspekcie spełniania przez oferty poszczególnych wykonawców (w tym przez ofertę wykonawcy Ayesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej) warunków zamówienia dotyczących wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy pozostaje to, w jaki sposób poszczególni wykonawcy skalkulowali koszt związany z przyszłym obowiązkiem wniesienia tego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (który stanie się wymagalny dopiero przed zawarciem umowy). Sposób prawidłowości dokonania takiej kalkulacji, jako elementu kosztów wykonawców, mógł mieć istotne znaczenie tylko przy badaniu kwestii tego czy oferta danego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (co już zostało przesądzone w niniejszej sprawie w odniesieniu do oferty wykonawcy Ayesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej w prawomocnym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09 kwietnia 2024 r. sygn. akt KIO 867 / 24), ale nie ma i nie może on mieć żadnego istotnego znaczenia dla możliwości oceny, czy oferta danego wykonawcy jest czy też nie jest zgodna z warunkami zamówienia (nawet jeśli bowiem dany wykonawca w sposób błędny lub niewłaściwy skalkulował koszt, jaki będzie musiał ponieść w związku z potrzebą wniesienia wobec zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, to i tak w razie zaistnienia przesłanek do wniesienia takiego zabezpieczenia, będzie on zobowiązany je wnieść, pod rygorem ustawowo przewidzianych skutków, braku spełnienia tego obowiązku). Co więcej to, jak dany wykonawca przy składaniu oferty przewidywał i kalkulował przyszły sposób i koszty wniesienia wobec zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy i jego konkretną formę wniesienia (spośród tych dopuszczonych przez ustawodawcę w przepisie art. 450 ust. 1 ustawy P.z.p.) nie ma dla niego wiążącego znaczenia na przyszłość, albowiem w każdym czasie wykonawca taki, aż do momentu w którym będzie zobowiązany do wniesienia takiego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, może w sposób swobodny i samodzielny (według własnego wyboru) podjąć decyzję o ewentualnej zmianie formy tego zabezpieczenia (z tej planowanej uprzednio przy kalkulowaniu ceny oferty) na inną dopuszczoną przez przepisy ustawy P.z.p.

W ocenie zamawiającego niezasadny jest także (postawiony ewentualnie) zarzut odwołania w zakresie rzekomego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której zdaniem odwołującego przy rzetelnej i starannej analizie treści oferty Ayesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej, zamawiający powinien był wezwać tego wykonawcę do wyjaśnienia niezgodności jego oferty z warunkami zamówienia.

Zamawiający podniósł że regulacja ta przewiduje wymóg ewentualnego żądania przez zamawiającego od poszczególnych wykonawców wyjaśnień, tylko w takiej sytuacji, gdy zachodzi wątpliwość co do treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Tymczasem w niniejszej sprawie wątpliwość taka nie zaistniała w zakresie dotyczącym kwestii obowiązku wniesienia przez wykonawców zabezpieczenia należytego wykonania umowy (ani co do jego obowiązywania, ani co do jego wysokości ani też co do możliwych form jego ustanowienia i co do terminu, w jakim obowiązek ten trzeba będzie wykonać i pod jakimi warunkami). W szczególności żaden z elementów treści oferty wykonawcy Ayesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej (ani żaden z dokumentów towarzyszących tej ofercie) nie wskazuje, iż wykonawca ten złożył ofertę której treść byłaby niezgodna z warunkami zamówienia. To zaś, że wykonawca ten tj. przystępujący w treści swoich pisemnych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty objętych dokumentem z dnia 22 stycznia 2024 r. przy podawaniu kalkulacji obrazującej przyjęty przez niego sposób ustalenia kosztów uzyskania takiego zabezpieczenia mającego mieć postać gwarancji, błędnie przyjął zbyt krótki okres czasu na jaki takie zabezpieczenie w formie gwarancji będzie musiał uzyskać (zamiast 88 miesięcy przyjmując tylko 64 miesiące) mogło

mieć znaczenie tylko dla oceny tego czy cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, natomiast nie mogło w żadnym razie stanowić podstawy do stwierdzenia, że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań zamówienia opisanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ).

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z przepisem art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. przedmiotem ewentualnego wezwania kierowanego przez zamawiającego do wykonawcy może być tylko kwestia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, a nie – jak niezasadnie wskazuje odwołujący – kwestia wyjaśnienia niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

W ocenie zamawiającego niezasadny jest zarzut odwołania w zakresie rzekomego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 239 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 16 ustawy P.z.p. mające wpływ na wynik postępowania poprzez naruszające zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności badania i oceny ofert, poprzez rzekome dokonanie wyboru oferty złożonej przez wybranego wykonawcę (tj. przystępującego), jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta zdaniem odwołującego powinna zostać odrzucona, a w jej miejsce winna zostać uznana za najkorzystniejszą oferta złożona przez odwołującego.

Zamawiający wskazał, że brak zasadności tego zarzutu jest konsekwencją tego, iż brak było jakichkolwiek uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że oferta wykonawcy Ayesa podlega odrzuceniu. Skoro zaś oferta wykonawcy Ayesa nie podlegała odrzuceniu i była jednocześnie najkorzystniejsza, to zamawiający zasadnie i prawidłowo dokonał wyboru tej oferty. W szczególności – wbrew twierdzeniom odwołania – zamawiający takim swoim uzasadnionym działaniem nie naruszył przepisów art. 239 ust. 1 i ust. 2 ani art. 16 ustawy P.z.p.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Ayesa Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rudzie Śląskiej (dalej także: „przystępujący”, „przystępujący Ayesa”, „Ayesa”). Przystępujący Ayesa w piśmie z dnia 29 maja 2024 roku, w którym zgłosił przystąpienie, wniósł o:

- odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie, tj. na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p. oraz
- odrzucenie odwołania z uwagi na to, że dotyczy ono czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby wydany w sprawie o sygn. akt KIO 867/24, tj. na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy P.z.p.; ewentualnie
- oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość zamówienia oszacowana została na kwotę 45 459 748,78 zł, stąd też przekracza ona kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy P.z.p.

Informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Ayesa Polska sp. z o.o. przesłano wykonawcom w dniu 17 maja 2024 r. Platformy Zakupowej.

(dowód: pismo zamawiającego z dnia 7 czerwca 2024 roku).

Zgodnie z § 3 ust. 3 projektu umowy „Terminy realizacji Umowy”

Zamawiający określa, iż minimalny czas świadczenia Usługi z zastrzeżeniem § 38 ust.4 i § 40 Umowy, będzie wynosił 64 miesiące, a maksymalny czas świadczenia Usługi z zastrzeżeniem § 40 Umowy, będzie wynosił 88 miesięcy.

Zgodnie z § 9 projektu umowy „Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy”

1. Tytułem zabezpieczenia należytego wykonania Umowy ustala się zabezpieczenie w wysokości 5 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 tj. kwotę złotych (słownie złotych:).

2a. Przed zawarciem Umowy Konsultant wniósł, ustaloną w ust. 1, kwotę zabezpieczenia w formie..... na cały maksymalny czas świadczenia Usługi, (dotyczy zarówno zabezpieczenia w pieniądzu, jak i zabezpieczenia w formie innej niż w pieniądzu) o którym mowa w § 3 ust. 3 Umowy.

2b. Przed zawarciem Umowy Konsultant wniósł, ustaloną w ust. 1, kwotę zabezpieczenia w formiena (dotyczy zabezpieczenia w formie innej niż w pieniądzu) (okres nie krótszy niż 5 lat)

Jednocześnie Konsultant zobowiązuje się do przedłużenia zabezpieczenia wniesionego w formie innej niż w pieniądzu lub wniesienia nowego zabezpieczenia na kolejne okresy (dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia – Projektowane postanowienia umowy)

W postępowaniu ofertę złożył przystępujący, oferując cenę 32 094 193,20 zł (dowód: zestawienie ofert z dnia 8 stycznia 2024 roku).

Przystępujący w treści formularza ofertowego złożył oświadczenie, iż zapoznał się ze specyfikacją warunków zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez zamawiającego i uznaje się za związanego określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania (dowód: formularz ofertowy Ayesa).

Zamawiający pismem z dnia 15 stycznia 2024 r. wzywającym przystępującego do wyjaśnienia ceny czy nie jest ona rażąco niska wymagał między innymi wyjaśnienia, jakie elementy przystępujący uwzględnił w formularzu cenowym w pozycji 1 „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa przejęcia” oraz pozycji 4 „Koszty administracyjne od wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności” (dowód: pismo z dnia 15 stycznia 2024 roku).

W udzielonej odpowiedzi przystępujący stwierdził, iż oprócz kosztów wynikających wprost z opisów poz. 1.1-1.6 oraz 4.1-4.6, w poz. 1 i 4 ujęte zostały koszty polisy, gwarancji należytego wykonania umowy, ortofotomapy, help desk, szkoleń, koszty Zarządu, zysk oraz rezerwa na nieprzewidziane koszty. Zgodnie z ofertą (formularzem cenowym) łączna wartość netto (nazywana w wyjaśnieniach przychodem) pozycji 1 i 4 wynosi 4 508 700,0 zł i taką wartość przystępujący potwierdził w wyjaśnieniach przedkładając kalkulacje wszystkich kosztów objętych pozycjami 1 i 4. W złożonej tabeli przystępujący wskazał, że uwzględnił koszty gwarancji należytego wykonania umowy w wysokości 288 000,00 zł (dowód: pismo z dnia 22 stycznia 2024 roku)

Pismem z dnia 8 marca 2024 roku zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i 5 ustawy P.z.p. Zamawiający wskazał na następujące okoliczności, jakie – w jego ocenie – świadczyły o tym, że cena Ayesa jest rażąco niska:

- uwzględniono koszty środka transportu tylko dla jednego odcinka,
- zaniżono koszt wpisując błędnie wartość tzw. rezerwy,
- błędnie wpisano wartość z formularza ofertowego dla jednego odcinka, a nie koszt wynikający z przedłożonej w wyjaśnieniach kalkulacji dla trzech odcinków.

Ponadto stwierdzono inne, drobne błędy będące wynikiem niewłaściwego sumowania kosztów lub błędnym przepisaniem (tzw. czeski błąd). Po uwzględnieniu wszystkich kosztów wykazanych w wyjaśnieniach przez wykonawcę i korektę obliczeń (kolumna 3) rzeczywiste koszty ujęte w poz. 1 i 4 wykonawcy wyniosły 4 816 517,61 zł i są o ponad 300 000 zł wyższe od kosztów podanych w ofercie – formularzu cenowym (dowód: pismo z dnia 8 marca 2024 roku).

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 kwietnia 2024 r. sygn. akt KIO 867/24 uwzględniła odwołanie Ayesa i nakazała zamawiającemu m.in unieważnienie czynności odrzucenia oferty Ayesa i dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert. (dowód: wyrok z dnia 9 kwietnia 2024 roku, sygn. akt KIO 867/24).

Pismem z dnia 17 maja 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego.

W uzasadnieniu czynności zamawiający wskazał, co następuje:

Najkorzystniejsza oferta została wybrana zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w pkt 21 Tomu I (IDW) Specyfikacji Warunków Zamówienia tj.:

- Cena - 60 pkt,

- Jakość – 26 pkt (w tym podkryteria : - 1.1 „Wykonywanie cyklicznych zdjęć – ortofotoraport w postaci ortofotomapy oraz DSM (numeryczny model pokrycia terenu) wraz z przeglądarką www udostępnioną on-line”, - 1.2. „Kontrola jakości”, - 1.3. „Help Desk”, 1.4. „Szkolenia” oraz - Doświadczenie personelu Konsultanta – 14 pkt (w tym podkryteria : - 2.1 „Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej” oraz – 2.2 „Główny Specjalista ds. rozliczeń”).

Wybrana oferta otrzymała najwyższą łączną ilość punktów we wszystkich kryteriach tj. 100,00, nie podlega ona odrzuceniu, a składający ją Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Ponadto Zamawiający w tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do niniejszego pisma przedstawia informacje o Wykonawcach (nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców), którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu wraz z punktacją przyznaną ofertom (dowód: pismo z dnia 17 maja 2024 roku).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba nie stwierdziła okoliczności uzasadniających odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 ustawy P.z.p., w tym w szczególności na podstawie art. 528 pkt 3 i 4 ustawy P.z.p., o co wnosił przystępujący Ayesa w piśmie z dnia 29 maja 2024 roku, w którym zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Stosownie do treści art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W myśl art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 17 maja 2024 roku poprzez Platformę Zakupową. Odwołanie zostało wniesione w dniu 27 maja 2024 roku, a zatem z zachowaniem terminu określonego ustawą.

Bez znaczenia w tej sytuacji pozostaje okoliczność, że odwołujący posiadał wiedzę o podstawach odrzucenia oferty przystępującego już w dacie pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej (8 marca 2024 roku). W ocenie Izby odwołujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, wnosząc odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z innych powodów niż wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 8 marca 2024 roku, nie mógłby wykazać wszystkich przesłanek do wniesienia odwołania określonych art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p., w tym w szczególności poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba w tym zakresie odsyła do stanowiska wyrażonego w wyroku z dnia 19 czerwca 2024 roku sygn. akt KIO 1211/24, które to stanowisko uznaje za własne.

Zgodnie z art. 528 pkt 4 ustawy P.z.p. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli 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.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 9 kwietnia 2024 r. sygn. akt KIO 867/24 uwzględniła odwołanie wykonawcy Ayesa i nakazała zamawiającemu m.in. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Ayesa i dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert. Z analizy treści pisma zamawiającego z dnia 8 marca 2024 roku, w którym poinformował on o odrzuceniu oferty Ayesa, oraz wskazanego wyroku wynika, że przedmiotem rozstrzygnięcia były inne okoliczności niż podniesione w przedmiotowym odwołaniu. Izba nie oceniała wówczas niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia ze względu na nieprawidłową kalkulację kosztu gwarancji należytego wykonania umowy. Koszt ten nie został również wskazany przez zamawiającego jako okoliczność uzasadniająca stwierdzenie, że cena wykonawcy Ayesa jest rażąco niska.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez brak odrzucenia oferty Ayesa z postępowania w sytuacji, w której oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, o których mowa w pkt. 1.1 Tom III SWZ OPZ oraz umowie wskazanej w Tomie II SWZ PPU.

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

W myśl art. 7 pkt 29 ustawy P.z.p. przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych

wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

W ocenie Izby postawiony przez zamawiającego wymóg określający wysokość i warunki wniesienia należytego wykonania umowy należy do warunków zamówienia, o których mowa w art. 7 pkt 29 ustawy P.z.p.

W myśl art. 449 ust. 3 ustawy P.z.p. zabezpieczenie wnosi się przed zawarciem umowy, chyba że ustawa stanowi inaczej lub zamawiający określi inny termin w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z pkt. 23.1. Tomu I Specyfikacji Warunków Zamówienia — Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami (SWZ IDW) „Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy na kwotę stanowiącą 5% ceny brutto podanej w ofercie w formach określonych w art. 450 ust. 1 ustawy Pzp.” Zabezpieczenie należytego wykonania umowy, zgodnie z § 9 projektu umowy, winno zostać wniesione na cały maksymalny okres realizacji zamówienia.

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, że obowiązek wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy realizuje się już po wyborze najkorzystniejszej oferty i przed zawarciem umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek ten wobec przystępującego w momencie składania oferty jeszcze się zatem nie zrealizował. Przystępujący obowiązany jest wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy stosownie do postanowień zawartych w § 9 wzoru umowy. W sytuacji, gdy tego nie zrobi, zamawiający dokonuje czynności, o których mowa w art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. b oraz w art. 263 ustawy P.z.p., polegające na zatrzymaniu wadium oraz dokonaniu oceny pozostałych ofert albo unieważnieniu postępowania.

Okoliczność, że wykonawca nieprawidłowo skalkulował koszty gwarancji należytego wykonania umowy pozostaje bez wpływu na zobowiązanie tego wykonawcy do wniesienia należytego wykonania umowy zgodnie z wymogami SWZ. Nie oznacza ona również, że złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, co uzasadniałoby odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. O niezgodności oferty przystępującego można by było mówić w sytuacji, w której przystępujący w treści oferty oświadczyłby, że wnieśli zabezpieczenie należytego wykonania umowy na innych warunkach niż wskazane w SWZ. Tymczasem, w rozpoznawanym przypadku, w żadnym miejscu oferty przystępujący nie oświadczył, że nie wnieśli zabezpieczenia należytego wykonania umowy na wymagany okres. Wręcz przeciwnie – przystępujący w treści formularza ofertowego złożył oświadczenie, iż zapoznał się ze specyfikacją warunków zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez zamawiającego i uznaje się za związanego określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania. Tego rodzaju oświadczenie obejmuje również deklarację wykonawcy w zakresie zaakceptowania warunków wnoszenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Podkreślić należy, że zamawiający nie wymagał składania innych oświadczeń, które mogłyby odnosić się do obowiązku wykonawcy dotyczącego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Izba zauważa, że okoliczność, iż przystępujący Ayesa nieprawidłowo skalkulował koszty gwarancji należytego wykonania umowy mogłaby wypełniać przesłanki odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p.) bądź też błędów w obliczeniu ceny (art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p.). Odwołujący w odwołaniu nie podniósł jednakże tych podstaw odrzucenia oferty przystępującego. Niezależnie od powyższego Izba podkreśla, że oferta przystępującego była już badana przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w wyroku z dnia 9 kwietnia 2024 roku sygn. akt KIO 867/24 stwierdziła, że cena zaoferowana przez przystępującego nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

Izba uznała za nieuzasadniony ewentualny zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której przy rzetelnej i starannej analizie treści oferty Ayesa, zamawiający powinien był wezwać wykonawcę do wyjaśnienia niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. 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 jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Celem wyjaśnień składanych w wyniku wezwania wystosowanego do wykonawcy na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, jak również przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego. Uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. oznacza, że zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z

warunkami zamówienia, których rozwianie może nastąpić wyłącznie przy udziale wykonawcy.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający takich wątpliwości nie miał, a Izba nie dostrzegła nieprawidłowości w zaniechaniu wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba podtrzymuje stanowisko w zakresie braku niezgodności treści oferty przystępującego z warunkami zamówienia opisane wyżej, przy okazji rozpoznawania zarzutu głównego odwołania.

Oddalenie wskazanych wyżej zarzutów jest równoznaczne z uznaniem za nieuzasadniony zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 ustawy P.z.p., który oparty był na tych samych okolicznościach faktycznych, co pozostałe zarzuty odwołania.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....

.....

.....