

Sygn. akt: 71/24

Sygn. akt: 72/24

Sygn. akt: 74/24

## WYROK

Warszawa, dnia 31 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołań w sprawach o sygn. akt: KIO 71/24, KIO 72/24 i KIO 74/24 wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum firm: **EKOTRADE Sp. z o.o., EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o., AGOPOLEKOTRADE Sp. z o.o. ZPChr w Warszawie** (ul. Melomanów 4 00712 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Koleje Państwowe S.A. z/s w Warszawie** (Al. Jerozolimskie 142A, 02305 Warszawa),

- przy udziale uczestników po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

A. Konsorcjum firm: **DGP Security Partner Sp. z o.o., Derśław Sp. z o.o., STEKOP S.A., „STEKOP OCHRON Sp. z o.o., SOLID SECURITY Sp. z o.o., SOLID Sp. z o.o. z/s w Legnicy** (Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica) w sprawie o sygn. akt KIO 71/24;

B. Konsorcjum firm: **Impel Defender Sp. z o.o., Impel Safety Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o., Impel Provider Sp. z o.o., Impel FM Partner Sp. z o.o., Impel Technical Security Sp. z o.o., ITM Poland S.A., Garda Sp. z o.o., Garda Security & Service Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu** (ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław) w sprawach o sygn. akt: KIO 71/24, KIO 72/24 i KIO 74/24,

### orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie części 7 w sprawie o sygn. akt: KIO 71/24; W pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 71/24 oraz oddala w całości odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 72/24 i KIO 74/24;
  2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum firm: **EKOTRADE Sp. z o.o., EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o., AGOPOL EKOTRADE Sp. z o.o. ZPChr z/s w Warszawie** (ul. Melomanów 4 00712 Warszawa) i:
    - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45.000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **10.800 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy osiemset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
    - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **PKP Polskie Koleje Państwowe S.A. z/s w Warszawie** (Al. Jerozolimskie 142A, 02305 Warszawa) kwotę **10.800 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez zamawiającego tytułem 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: 71/24

Sygn. akt: 72/24

Sygn. akt: 74/24

### Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, Konsorcjum firm:

- 1) **EKOTRADE Sp. z o.o., EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o., AGOPOL EKOTRADE Sp. z o.o. ZPChr w Warszawie** (Odwołujący 1) w sprawie o sygn. akt: KIO 71/24;
- 2) **EKOTRADE Sp. z o.o., EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o., AGOPOL EKOTRADE Sp. z o.o. ZPChr, SIGN P Sp. z o.o., SIGN 4 Security Sp. z o.o., SIGN Polska Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Warszawie** (Odwołujący 2) w sprawie o sygn. akt: KIO 72/24
- 3) **EKOTRADE Sp. z o.o., EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o., AGOPOL EKOTRADE Sp. z o.o. ZPChr, Ag**

**Ochrony VIP-Guard Sp. z o.o., z/s w Warszawie** (Odwołujący 3) w sprawie o sygn. akt: KIO 74/24

w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez zamawiającego: **PKP Polskie Koleje Państwowe S.A. z/s w Warszawie** Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Świadczenie usług ochrony fizycznej osób i mienia na dworcach kolejowych 2024-2026”. Znak postępowania: KFZ/2023/WNP-015670. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE nr 00665979-2023 Dz.U. S: 211/2023 z dnia 2.11.2023 r. W odwołaniach w uzasadnieniu stanowiska Odwołujący podali:

1. Przedmiot zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług ochrony fizycznej osób i mienia na dworcach kolejowych w latach 2024-2026.

Postępowanie zostało podzielone na 8 Zadań w ramach dworców zarządzanych przez poszczególne Oddziały Gospodarowania Nieruchomościami:

Zadanie nr 1 – Dworce Oddział Gospodarowania Nieruchomościami Gdańsk,

Zadanie nr 2 – Dworce Oddział Gospodarowania Nieruchomościami Katowice,

Zadanie nr 3 – Dworce Oddział Gospodarowania Nieruchomościami Kraków,

Zadanie nr 4 – Dworce Oddział Gospodarowania Nieruchomościami Poznań,

Zadanie nr 5 – Dworce Oddział Gospodarowania Nieruchomościami Warszawa,

Zadanie nr 6 – Dworce Oddział Gospodarowania Nieruchomościami Wrocław,

Zadanie nr 7 – Dworzec Kraków Główny,

Zadanie nr 8 – Kompleks dworcowy Warszawa Centralna, Warszawa Śródmieście, Warszawa Śródmieście WKD.

Wykonawca jest zobowiązany do zrealizowania zamówienia na zasadach i warunkach określonych we wzorach Umów stanowiących Załącznik nr 9a (dla Zadania nr 1-6) i Załącznik nr 9b (dla Zadania nr 7-8), dalej jako „Wzory umów/Umowy” do SWZ oraz w Opisie Przedmiotu

Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1a do SWZ (dla Zadania 1-6) dalej zwanym „OPZ dla 16”) oraz Załącznik nr 1b do SWZ (dla Zadania nr 7-8) dalej zwanym „OPZ dla 7-8”).

Zamawiający zgodnie z Rozdziałem XI SWZ- Informacja o możliwości powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom:

1. Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj.:

Ponadto Wykonawca zobowiązany był wskazać w oświadczeniu JEDZ, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do SWZ, oraz Formularzu Oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać nazwy podwykonawców (o ile są znane na obecnym etapie).

Zgodnie z § 18 ust. 1 i ust. 2 Wzoru umowy dla Zadań 1 -6 stanowiącego Załącznik nr 9a do SWZ (PODWYKONAWCY):

*1. W przypadku dworców objętych usługą ochrony stałej, Wykonawca zobowiązany jest wykonywać czynności ochronne przy użyciu własnych zasobów osobowych.*

*2. Na dworcach objętych usługą ochrony czasowej, podjazdowej i usługi zamykania/otwierania dworców, Zamawiający dopuszcza realizację usługi przez podwykonawców. Realizacja usługi przez podwykonawców dopuszczalna jest także w przypadku GI, z wyłączeniem dworców o kategorii Premium.*

Zgodnie z § 18 ust. 1 Wzoru umowy dla Zadań 7-8 stanowiącego Załącznik nr 9b do SWZ (PODWYKONAWCY):

*Wykonawca zobowiązany jest wykonywać czynności ochronne przy użyciu własnych zasobów osobowych - Zamawiający wyraża zgodę na zlecenie podwykonawstwa tylko w przypadku posterunku stałego wewnętrznego - pracownika dedykowanego do obsługi platformy dla osób z niepełnosprawnością.*

**Sygn. akt: 71/24**

Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w zakresie Części nr 1, nr 3 i nr 7. Odwołujący 1 podał, że wnosi odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie:

Części nr 1 – wykonawcy Konsorcjum z Liderem Impel Defender Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1 50-304 Wrocław,

Części nr 3 – wykonawcy Konsorcjum z Liderem DGP Security Partner Sp. z o.o. ul. Żytnia 15/23 01-014 Warszawa,

Części nr 7 – wykonawcy Konsorcjum z Liderem DGP Security Partner Sp. z o.o. ul. Żytnia 15/23 01-014 Warszawa,

- naruszenie art. 239 ust 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, przy:

2. odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie Części nr 1,3,7 wobec uznania, że jej treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia – naruszenie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp w zw z art. 16 Pzp,

ewentualnie

3.zaniechaniu wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty w zakresie

Części nr 1,3,7 –naruszenie art. 223 ust 1 Pzp

co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej we wskazanych częściach postępowania.

(...)

Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w Częściach 1,3,7

Postępowania , jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,

2.powtórzenie czynności oceny ofert w Postępowaniu i w jej wyniku:

-unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Częściach 1,3,7 Postępowania, ewentualnie

-wezwanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty,

co ma bezpośredni wpływ na wynik Postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej we wskazanych częściach postępowania.

Odwołujący 1 podał: „Zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej, przysługują wykonawcy, jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferty Odwołującego w zakresie Części 1,3,7 zgodnie z rankingiem ofert z czynności ich otwarcia, zostały uplasowane na pierwszej pozycji a ponadto oferty Odwołującego mieszczą się w kwocie jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Mając na względzie powyższe, uwzględnienie odwołania i przywrócenie Odwołującego do postępowania skutkuje bezpośrednio na wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym”.

(...) W uzasadnieniu stanowiska w zakresie Zadań nr 1, nr 3 i nr 7 podał:

Zamawiający wyspecyfikował w postępowaniu listę dworców o kategorii Premium w Załączniku nr 1a do SWZ stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy tj. Opis Przedmiotu Zamówienia dla Zadań 1-6, Zamawiający wskazał w ust. 8 w Tabeli:

1) dla Zadania nr 1 OGN Gdańsk:

L.p. 1 Dworzec kolejowy/ miejscowość Bydgoszcz Główna o kategorii dworca: PREMIUM;

L.p. 5 Dworzec kolejowy / miejscowość Gdańsk Główny o kategorii dworca: PREMIUM;

L.p. 7 Dworzec kolejowy/ miejscowość Gdynia Główna o kategorii dworca: PREMIUM 2) Dla Zadania nr 3 OGN Kraków:

L.p. 11 Dworzec kolejowy/ miejscowość Lublin Główny o kategorii dworca: PREMIUM; w Załączniku nr 1b do SWZ stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy tj. Opis Przedmiotu Zamówienia dla Zadań 7-8, Zamawiający wskazał w ust. 7 w Tabeli: Zadanie 7 – Dworzec Kraków Główny – Dworzec PREMIUM.

W świetle powyższego okolicznością bezsporną jest, że w szczególności w odniesieniu do realizacji usługi Grup Interwencyjnych w przypadku dworców kategorii Premium wskazanych w Zadaniach nr 1-6 (tabela OPZ dla 1-6 ) oraz realizacji usług ochrony stałej dla dworców, dla których przewidziano ten rodzaj usługi w OPZ dla 7-8 oraz Grupy Interwencyjne – wykonawca nie mógł zgodnie z ograniczeniem zastosowanym przez Zamawiającego w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia posługiwać się podwykonawstwem tych konkretnych rodzajów usług.

Ograniczenie o którym mowa powyżej jest standardowym ograniczeniem jakie stosuje Zamawiający w postępowaniu którego przedmiotem są usługi ochrony fizycznej dworców.

W szczególności tożsame ograniczenie Zamawiający wprowadził w postępowaniu „Świadczenie usług ochrony fizycznej osób i mienia na dworcach kolejowych znajdujących się w zarządzie Zamawiającego” Numer referencyjny KFZ/2021/WNP-013068.

Zgodnie z SWZ tego przetargu Zamawiający sformułował następujące wyłączenie podwykonawstwa:

Odwołujący ubiegając się o aktualne zamówienie jak również poprzednie, ani nie kwestionował powyższego wymogu na etapie poprzedzającym złożenie ofert ani też nie przewidywał w złożonej ofercie jak również w fazie wykonywania zamówienia, realizacji usług w zakresie wyłączonym z podwykonawstwa, siłami podmiotów trzecich.

W tym zakresie obszerna argumentacja Zamawiającego zawarta w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego w czynności z dnia 28.12.2023r., zawierająca uzasadnienie przyczyn wprowadzenia wymogu świadczenia wskazanych do osobistego wykonania usług siłami własnymi jest całkowicie bezprzedmiotowa i zbędna.

Odwołujący wskazuje, że w wyniku udzielonego mu przez Zamawiającego zamówienia w przetargu z roku 2021 do dnia dzisiejszego świadczy na rzecz Zamawiającego usługi ochrony fizycznej w zakresie części nr 1, 3, 6 i w ich trakcie

świadczy usługi w zakresie realizacji usługi Grup Interwencyjnych Dworców Premium siłami własnymi z wyłączeniem podwykonawstwa.

2. Wymaganie SWZ w zakresie informacji dotyczących podwykonawstwa składanych wraz z ofertą.

Zgodnie z SWZ – Załącznik nr 2 Formularz ofertowy, Zamawiający oczekiwał od wykonawców podania w pkt 9 informacji w przedmiocie zamiaru powierzenia realizacji wskazanych przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcom ( o ile dotyczy) podając dane w postaci nazwy podwykonawcy jak również zakresu czynności jakie wykonawca przewiduje powierzyć podwykonawcom.

3. Dane zawarte w Formularzu ofertowym Odwołującego w odniesieniu do przewidywanego zamiaru powierzenia podwykonawcom wskazanego zakresu rzeczowego usług na etapie realizacji zamówienia.

Jak wynika z treści Formularza ofertowego Odwołującego wypełniając pkt 9 Formularza wskazał:

W odniesieniu do treści JEDZ wykonawca nie składał go jeszcze w postępowaniu bowiem Zamawiający żąda go przed wyborem najkorzystniejszej oferty wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

Nie ulega żadnej wątpliwości, że oświadczenie nie wskazuje na zamiar powierzenia podwykonawcom zakresu usług w którym podwykonawstwo było wyłączone w przetargu to jest w odniesieniu do realizacji usług grup interwencyjnych dla dworców kategorii Premium.

Wykluczone jest w tych okolicznościach aby na podstawie tak złożonego oświadczenia możliwe było jednoznaczne uznanie, że treść oferty Odwołującego pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia w odniesieniu do wymogu osobistego wykonania kluczowych części zamówienia – realizacji usług grup interwencyjnych dworców Premium.

W ocenie Odwołującego poza literalnym brzmieniem oświadczenia zawartego w pkt 9 Formularza ofertowego, oczywistym jest, że wykonawca w sytuacji wykluczonego zakresu podwykonawstwa nie przewiduje w tym właśnie zakresie powierzenia podwykonawcom realizacji usług.

Prawidłowość sposobu rozumienia zastrzeżenia z pkt 9. Formularza ofertowego aktualnego postępowania potwierdza także treść analogicznego oświadczenia jakie zostało złożone przez Odwołującego w poprzednim przetargu na tożsame usługi.

Zgodnie z treścią Formularza oferty Odwołującego z postępowania KFZ/2021/WNP-013068, przy tożsamym wyłączeniu podwykonawstwa jak w aktualnym przetargu w odniesieniu do Grup interwencyjnych dworców kategorii Premium wykonawca złożył następujące oświadczenie:

Co więcej w poprzednim przetargu Odwołujący składał dodatkowo oświadczenie JEDZ wskazując w jego treści w zakresie podwykonawstwa na tożsamy zamiar realizacji reakcji usług grup interwencyjnych:

W świetle tożsamych wymagań SWZ obydwu przetargów w zakresie podwykonawstwa jak również tożsamej treści oferty Odwołującego trudno uznać za racjonalne i zasługujące na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego, który w obecnym postępowaniu stwierdza na podstawie tożsamo brzmiącego oświadczenia wykonawcy, że akurat w bieżącym roku Odwołujący zaoferował i ma zamiar faktycznie powierzyć podwykonawcom realizację niedozwolonych usług. Gdyby faktycznie Zamawiający odczytywał i interpretował opisany zakres usług jakie Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom, jako odnoszący się w szczególności do wykluczonego z podwykonawstwa, to oferta Odwołującego musiałaby być odrzucona także w poprzednim postępowaniu z tej samej przyczyny zaś zaniechanie jej odrzucenia miałoby bezpośredni wpływ na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności potwierdzają wyłącznie, że zaskarżona odwołaniem czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest wadliwa i winna być unieważniona.

Jak wynika z zestawienia obydwu przetargów zarówno w przypadku postępowania KFZ/2021/WNP-013068 jak również aktualnego, przy takim samym wyłączeniu z podwykonawstwa dokładnie tych samych kluczowych części zamówienia, oświadczenie Odwołującego o przewidywanym zamiarze podwykonawstwa nie odnosi się do tego właśnie zakresu ale do wszystkich pozostałych obiektów poza Premium dla których takiego ograniczenia Zamawiający nie formułuje.

W ocenie Odwołującego w świetle wiążących Zamawiającego na etapie oceny ofert wymagań SWZ, Zamawiający nie mógł stwierdzić niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia ponieważ ta nie występuje."

(...)

4. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego.

Wobec faktu, że podstawa odrzucenia oferty Odwołującego jest związana z treścią Formularza ofertowego, który jest jeden w odniesieniu do wszystkich części postępowania objętych zarzutami odwołania zarówno uzasadnienie odrzucenia jak i uzasadnienie faktyczne i prawne są uniwersalne podobnie jak argumentacja i zarzuty Odwołującego. Zamawiający, co wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego czynnością z dnia 28.12.2023r. w sposób szczegółowy prezentuje przyczyny dla których ustanowił ograniczenie podwykonawstwa. Okoliczności jakie podnosi Zamawiający w uzasadnieniu są całkowicie bez znaczenia z punktu widzenia przedmiotu rozstrzygnięcia sprawy przez

Izbę bowiem Odwołujący na żadnym etapie postępowania nie kwestionował ani nie kwestionuje klarownego wymagania SWZ, przy czym co oczywiste nawet nie byłoby to obecnie możliwe z przyczyn formalnoprawnych wobec upływu terminu składania ofert w postępowania wymagania, w tym dotyczące podwykonawstwa mają wiążący charakter zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Odwołujący potwierdza, że znane mu są wymagania oraz ograniczenia w zakresie podwykonawstwa kluczowych części zamówienia zawarte w treści SWZ i nie są one przez niego w żaden sposób kwestionowane – analogicznie jak miało to miejsce w poprzednim przetargu. Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wskazuje, że rozważał dopuszczalność zastosowania wobec oświadczenia zawartego w Formularzu ofertowym trybu uzupełniania podmiotowych środków dowodowych o którym mowa w art. 128 Pzp. Powyższy tryb w ocenie Odwołującego nie byłby z oczywistych przyczyn dopuszczalny mając na względzie fakt, że oświadczenie zawarte jest na Formularzu ofertowym.

W ocenie Odwołującego w okolicznościach sprawy uzupełnianie treści oświadczenia wykonawcy zawartego w pkt 9 Formularza ofertowego byłoby poza powyższą przeszkodą prawną oczywiście zbędne skoro treść złożonego oświadczenia nie wskazuje na zamiar powierzenia przez Odwołującego realizacji wyłączonych z podwykonawstwa usług. Z kolei ew. zastosowanie w sprawie trybu udzielania wyjaśnień o którym mowa w art. 128 ust 3 Pzp także zważywszy na charakter oświadczenia nie byłoby prawidłowe.

Dalsza część uzasadnienia zawiera stanowisko Zamawiającego względem ewentualnej dopuszczalności zastosowania w sprawie trybu udzielania wyjaśnień treści oferty zgodnie z art. 223 ust 1 Pzp. Zamawiający uznaje, że wobec braku możliwości dokonywania w trybie art. 223 ust 1 Pzp zmian lub uzupełnienia treści oferty również ta procedura nie mogłaby być zastosowana w sprawie.

W ocenie Odwołującego, o ile faktycznie Zamawiający w bieżącym postępowaniu (w przeciwieństwie do poprzedniego) nabrali jednak w trakcie oceny ofert dodatkowych wątpliwości odnośnie tego czy wykonawca nie przewidział w ofercie zamiaru powierzenia podwykonawcom także zabronionego zakresu rzeczowego świadczeń umownych, miał pełne prawo a wręcz obowiązek do skierowania do wykonawcy przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty wezwania do udzielenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust 1 Pzp.

Wbrew obawom Zamawiającego w ich wyniku co najwyżej doszłoby do potwierdzenia, że oświadczenie o zamiarze powierzenia reakcji grup interwencyjnych nie odnosi się (ponieważ zgodnie z SWZ nie mogło) do zakresu niedozwolonego w SWZ.

W wyniku ew. złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień oferty przez Odwołującego nie doszłoby ani do jakiegokolwiek zmiany, uzupełnienia treści oferty ani też do niedozwolonych negocjacji. Nie sposób w stanie faktycznym niniejszej sprawy stwierdzić, czy przesądzić, o merytorycznej niezgodności treści oferty Wykonawcy. Biorąc pod uwagę treść złożonej przez Wykonawcę oferty, Zamawiający nie mógł stwierdzić, że niezgodność ta jest oczywista i niewątpliwa, taka niezgodność nie wynikała bowiem z informacji zawartych w ofercie”.

(...)

Dodatkowo podnieść należy, że odrzucenie oferty Wykonawcy powinno zostać poprzedzone jednoznacznym stwierdzeniem niezgodności treści oferty Wykonawcy pod kątem merytorycznym, zatem jeżeli wskazane wcześniej okoliczności prowadziły do jakichkolwiek wątpliwości, co Wykonawca wykazał przytaczając szereg okoliczności faktycznych dających podstawę do stwierdzenia, że treść oferty jest zgodna z wymaganiami określonymi w SWZ, Zamawiający powinien dążyć do ich wyjaśnienia w pierwszej kolejności. Wszelkie okoliczności, które są dla Zamawiającego niejasne, winny być wyjaśnione w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp”.

(...)

Ponadto, wezwanie do wyjaśnień nie byłoby w żaden sposób związane z uzupełnieniem ani zmianą treści oferty, gdyż ta była i jest kompletna i prawidłowa – zgodna z wymaganiami SWZ. Zamawiający zaś w toku wyjaśnień mógł uzyskać informacje, jeżeli nie miał na ich temat wiedzy, niezbędne do oceny oferty celem potwierdzenia zgodności z SWZ – o ile faktycznie miał uzasadnione wątpliwości w tym zakresie. Zatem należy uznać, że Zamawiający arbitralnie podjął decyzję o odrzuceniu oferty Wykonawcy, chociaż nie dochował należytej staranności i nie wyjaśnił, nie zbadał wszystkich okoliczności istotnych w stanie faktycznym sprawy.

(...)

Odwołujący wskazuje ponadto, że poza brakiem w treści oświadczenia z pkt 9. Formularza ofertowego zamiaru powierzenia realizacji zakresu usług zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę, należy zwrócić również uwagę na użyte w pkt 9 określenie zakresu czynności przewidzianych do ew. podzlecenia określonego jako – „reakcja grup interwencyjnych” nie zaś „realizacja usługi Grup Interwencyjnych”. SWZ postępowania nie używa ani nie definiuje zakresu rzeczowego określenia „reakcja grup interwencyjnych” używając pojęcia „realizacji usługi Grup Interwencyjnych”. Tak sformułowany jak w ofercie Odwołującego przewidywany ewentualnie do podzlecenia zakres czynności nie oznacza automatycznie, że reakcja grup interwencyjnych obejmuje prace polegające na fizycznym świadczeniu usług grupy interwencyjnej na chronionym obiekcie. Brak jest również tożsamości określenia: „reakcja grup interwencyjnych” z

„realizacji usługi Grup Interwencyjnych”.

(...)

SWZ przedmiotowego postępowania nie definiuje także pojęcia „realizacji usługi Grup Interwencyjnych”. Analizując od strony techniczno-organizacyjnej jak przebiega proces skierowania grupy interwencyjnej do realizacji usług GI na chronionym obiekcie oraz fizycznej realizacji usługi Grup Interwencyjnych, wskazać należy na następujące działania:

1. Znajdujący się na obiekcie chronionym nadajnik systemu alarmowego lub pracownik ochrony inicjuje sygnał alarmowy.
2. Sygnał alarmowy zostaje skierowany do centrum monitorowania alarmów firmy ochroniarskiej.
3. Centrum monitorowania alarmów odbiera sygnał alarmowy i lokalizuje obiekt, z którego sygnał został nadany.
4. Dyspozytor centrum monitorowania alarmów decyduje o skierowaniu grupy interwencyjnej do obiektu, z którego wygenerowano sygnał alarmowy.
5. Dyspozytor przekazuje informacje o alarmie wybranej grupie interwencyjnej.
6. Grupa interwencyjna kieruje się do obiektu, z którego wygenerowano sygnał alarmowy.
7. Grupa interwencyjna dociera do obiektu i podejmuje interwencję.

Powyższe potwierdza, że pojęcie „reakcja grupy interwencyjnej” nie pokrywa się z zastrzeżonym do osobistego wykonania świadczeniem określonym jako „realizacja usługi Grup Interwencyjnych”

Zamawiający zdaje się (co wynika z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego) utożsamiać realizację usługi Grup Interwencyjnych z punktami nr 6 i 7, zatem wyłącznie te czynności zostały zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę na dworcach Premium.

Tymczasem Odwołujący rozważył zaangażowanie podwykonawców do czynności opisanych w punktach nr 2, 3, 4 i 5. Przy czym te czynności nie zostały zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawców w SWZ.

Odwołujący celowo posłużył się określeniem „reakcja grup interwencyjnych” a nie „realizacja usługi Grupy Interwencyjnej”, która jest zastrzeżona do osobistego wykonania przez Wykonawcę na dworcach Premium.

W świetle powyższego określenie „reakcja grupy interwencyjnej” rozumieć należy jako ciąg czynności techniczno-organizacyjnych umożliwiających zadysponowanie (oddelegowanie, skierowanie) określonej grupy interwencyjnej do podjęcia interwencji w określonym chronionym miejscu zaś właściwa realizacja usługi Grupy Interwencyjnej na chronionym obiekcie nie zostanie podzlecona.

Podkreślić należy, iż przedmiot zamówienia obejmuje kilkaset obiektów dworcowych na terenie całego kraju. Odwołujący przewidział, że może ew. potrzebować podwykonawców do odpowiedniego zadysponowania grup interwencyjnych na tak dużym obszarze.

Odwołujący nie zamierza kierować grup interwencyjnych podwykonawców do realizacji zamówienia w zakresie wykluczonym przez Zamawiającego, przy czym odmienne oświadczenie i zamiar nie wynika z treści oferty.

W ocenie Odwołującego w świetle powyższych okoliczności faktycznych, ewentualne postępowanie wyjaśniające nie prowadziło do zmiany treści oferty, a jedynie wskazania jak należy rozumieć opis czynności zawarty w pkt 9 formularza ofertowego. Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom wyłącznie czynności techniczno-organizacyjne związane z reakcją GI nie zaś same czynności realizacji usługi GI na chronionym obiekcie, co w świetle oświadczenia jakie złożył w postępowaniu nie może być potraktowane jako zmiana treści oferty, czy prowadzenie negocjacji z Zamawiającym.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego w przedmiotowej sprawie czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp została dokonana w sposób wadliwy.

W przypadku o ile faktycznie zakres rzeczowy czynności jakie przewidział wykonawca do ewentualnego powierzenia podwykonawcom budziłby wątpliwości Zamawiającego w kontekście zastrzeżonego zakresu czynności do osobistego wykonania przez wykonawcę, nic nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu procedury o której mowa w art. 223 ust 1 Pzp. Ewentualne zastosowanie procedury wyjaśniającej w żaden sposób nie spowoduje zmiany czy też uzupełnienia ani też negocjowania treści oferty. W wyniku czynności Zamawiającego naruszających przepisy ustawy Pzp doszło ponadto do naruszenia zasady przejrzystości postępowania zaś dodatkowym wymiernym skutkiem odrzucenia oferty Odwołującego jest naruszenie zasady efektywności postępowania i wybór ofert droższych (różnica na poziomie części objętych odwołaniem ponad 5,5 mln zł).

#### **Sygn. akt: 72/24**

Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w zakresie Części nr 4. Odwołujący 2 podał, że wnosi odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie Części nr 4 – wykonawcy Konsorcjum z Liderem Impel Defender Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1 50-304 Wrocław - naruszenie art. 239 ust 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, przy:

2.odrzućeniu oferty Odwołującego w zakresie Części nr 4 wobec uznania, że jej treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia – naruszenie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp w zw z art. 16 Pzp, ewentualnie

3.zaniechaniu wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty w zakresie Części nr 4 - naruszenie art. 223 ust 1 Pzp

co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej we wskazanej części postępowania.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniósł odopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem. Także wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części 4 Postępowania , jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,

2.powtórzenie czynności oceny ofert w Postępowaniu i w jej wyniku:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Części 4 Postępowania, ewentualnie

–wezwanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty,

co ma bezpośredni wpływ na wynik Postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej we wskazanej części postępowania.

Odwołujący 2 wskazał: (...) *Oferta Odwołującego w zakresie Części 4 zgodnie z rankingiem ofert z czynności ich otwarcia, została uplasowana na pierwszej pozycji a ponadto mieści się w kwocie jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotu zamówienia. Mając na względzie powyższe, uwzględnienie odwołania i przywrócenie Odwołującego do postępowania skutkuje bezpośrednio na wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym*".

W uzasadnieniu podnoszonych w przedmiotowym odwołaniu zarzutów przypisanych dla zadania 4 podał:

(...)

Zamawiający wyspecyfikował w postępowaniu listę dworców o kategorii Premium w Załączniku nr 1a do SWZ stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy tj. Opis Przedmiotu Zamówienia dla Zadań 1-6, Zamawiający wskazał w ust. 8 w Tabeli:

Dla Zadania nr 4 OGN Poznań:

L.p.10 i 11 Dworzec kolejowy/ miejscowość Poznań Główny „Nowy” o kategorii dworca: PREMIUM;

L.p. 12 Dworzec kolejowy/ miejscowość Poznań Zachodni + tunel pod Poznań Główny "Stary" + plac przed budynkiem "Starego Dworca Poznań Główny" od strony ul. Dworcowej (punkty active guard) o kategorii dworca: PREMIUM;

L.p. 14 Dworzec kolejowy/ miejscowość Szczecin Główny o kategorii dworca: PREMIUM

W świetle powyższego okolicznością bezsporną jest, że w szczególności w odniesieniu do realizacji usługi Grup Interwencyjnych w przypadku dworców kategorii Premium wskazanych w Zadaniach nr 1-6 (tabela OPZ dla 1-6) – wykonawca nie mógł zgodnie z ograniczeniem zastosowanym przez Zamawiającego w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia posługiwać się podwykonawstwem tych konkretnych rodzajów usług.

Ograniczenie o którym mowa powyżej jest standardowym ograniczeniem jakie stosuje Zamawiający w postępowaniu którego przedmiotem są usługi ochrony fizycznej dworców.

W szczególności tożsame ograniczenie Zamawiający wprowadził w postępowaniu „Świadczenie usług ochrony fizycznej osób i mienia na dworcach kolejowych znajdujących się w zarządzie Zamawiającego” Numer referencyjny KFZ/2021/WNP-013068.

Zgodnie z SWZ tego przetargu Zamawiający sformułował następujące wyłączenie podwykonawstwa:(*przypisek Izby:argumentacja jak w sprawie KIO 71/24*)

(....)

2.Wymaganie SWZ w zakresie informacji dotyczących podwykonawstwa składanych wraz z ofertą.

Zgodnie z SWZ – Załącznik nr 2 Formularz ofertowy, Zamawiający oczekiwał od wykonawców podania w pkt 9 informacji w przedmiocie zamiaru powierzenia realizacji wskazanych przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcom ( o ile dotyczy) podając dane w postaci nazwy podwykonawcy jak również zakresu czynności jakie wykonawca przewiduje powierzyć podwykonawcom.

3.Dane zawarte w Formularzu ofertowym Odwołującego w odniesieniu do przewidywanego zamiaru powierzenia podwykonawcom wskazanego zakresu rzeczowego usług na etapie realizacji zamówienia.

Jak wynika z treści Formularza ofertowego Odwołującego wypełniając pkt 9 Formularza wskazał:

W odniesieniu do treści JEDZ wykonawca nie składał go jeszcze w postępowaniu bowiem Zamawiający żąda go przed wyborem najkorzystniejszej oferty wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

Nie ulega żadnej wątpliwości, że oświadczenie nie wskazuje na zamiar powierzenia podwykonawcom zakresu usług w którym podwykonawstwo było wyłączone w przetargu to jest w odniesieniu do realizacji usług grup interwencyjnych dla dworców kategorii Premium.

Wykluczone jest w tych okolicznościach aby na podstawie tak złożonego oświadczenia możliwe było jednoznaczne uznanie, że treść oferty Odwołującego pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia w odniesieniu do wymogu osobistego wykonania kluczowych części zamówienia – realizacji usług grup interwencyjnych dworców Premium.

W ocenie Odwołującego poza literalnym brzmieniem oświadczenia zawartego w pkt 9 Formularza ofertowego, oczywistym jest, że wykonawca w sytuacji wykluczonego zakresu podwykonawstwa nie przewiduje w tym właśnie zakresie powierzenia podwykonawcom

realizacji usług.

Prawidłowość sposobu rozumienia zastrzeżenia z pkt 9. Formularza ofertowego aktualnego postępowania potwierdza także treść analogicznego oświadczenia jakie zostało złożone przez Odwołującego w poprzednim przetargu na tożsame usługi.

Zgodnie z treścią Formularza oferty Odwołującego z postępowania KFZ/2021/WNP-013068, przy tożsamym wyłączeniu podwykonawstwa jak w aktualnym przetargu w odniesieniu do Grup interwencyjnych dworców kategorii Premium wykonawca złożył następujące oświadczenie: *(przypisek Izby: argumentacja jak w sprawie KIO 71/24)*

(...)

W świetle tożsamych wymagań SWZ obydwu przetargów w zakresie podwykonawstwa jak również tożsamej treści oferty Odwołującego trudno uznać za racjonalne i zasługujące na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego, który w obecnym postępowaniu stwierdza na podstawie tożsamo brzmiącego oświadczenia wykonawcy, że akurat w bieżącym roku Odwołujący zaoferował i ma zamiar faktycznie powierzyć podwykonawcom realizację niedozwolonych usług.

Gdyby faktycznie Zamawiający odczytywał i interpretował opisany zakres usług jakie Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom, jako odnoszący się w szczególności do wykluczonego z podwykonawstwa, to oferta Odwołującego musiałaby być odrzucona także w poprzednim postępowaniu z tej samej przyczyny zaś zaniechanie jej odrzucenia miałoby bezpośredni wpływ na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności potwierdzają wyłącznie, że zaskarżona odwołaniem czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest wadliwa i winna być unieważniona.

Jak wynika z zestawienia obydwu przetargów zarówno w przypadku postępowania KFZ/2021/WNP-013068 jak również aktualnego, przy takim samym wyłączeniu z podwykonawstwa dokładnie tych samych kluczowych części zamówienia, oświadczenie Odwołującego o przewidywanym zamiarze podwykonawstwa nie odnosi się do tego właśnie zakresu ale do wszystkich pozostałych obiektów poza Premium dla których takiego ograniczenia Zamawiający nie formułuje.

W ocenie Odwołującego w świetle wiążących Zamawiającego na etapie oceny ofert wymagań SWZ, Zamawiający nie mógł stwierdzić niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia ponieważ ta nie występuje.

(...)

#### 4. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego.

Wobec faktu, że podstawa odrzucenia oferty Odwołującego jest związana z treścią Formularza ofertowego, który jest jeden w odniesieniu do wszystkich części postępowania objętych zarzutami odwołania zarówno uzasadnienie odrzucenia jak i uzasadnienie faktyczne i prawne są uniwersalne podobnie jak argumentacja i zarzuty Odwołującego.

Zamawiający, co wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego czynnością z dnia 28.12.2023r. w sposób szczegółowy prezentuje przyczyny dla których ustanowił ograniczenie podwykonawstwa. Okoliczności jakie podnosi Zamawiający w uzasadnieniu są całkowicie bez znaczenia z punktu widzenia przedmiotu rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę bowiem Odwołujący na żadnym etapie postępowania nie kwestionował ani nie kwestionuje klarownego wymagania SWZ, przy czym co oczywiste nawet nie byłoby to obecnie możliwe z przyczyn formalnoprawnych wobec upływu terminu składania ofert w postępowania wymagania, w tym dotyczące podwykonawstwa mają wiążący charakter zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Odwołujący potwierdza, że znane mu są wymagania oraz ograniczenia w zakresie podwykonawstwa kluczowych części zamówienia zawarte w treści SWZ i nie są one przez niego w żaden sposób kwestionowane – analogicznie jak miało to miejsce w poprzednim przetargu.

Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wskazuje, że rozważał dopuszczalność zastosowania wobec oświadczenia zawartego w Formularzu ofertowym trybu uzupełniania podmiotowych środków dowodowych o którym mowa w art. 128 Pzp. Powyższy tryb w ocenie Odwołującego nie byłby z oczywistych przyczyn dopuszczalny mając na względzie fakt, że oświadczenie zawarte jest na Formularzu ofertowym.

W ocenie Odwołującego w okolicznościach sprawy uzupełnianie treści oświadczenia wykonawcy zawartego w pkt 9 Formularza ofertowego byłoby poza powyższą przeszkodą prawną oczywiście zbędne skoro treść złożonego oświadczenia nie wskazuje na zamiar powierzenia przez Odwołującego realizacji wyłączonych z podwykonawstwa



usług. Z kolei ew zastosowanie w sprawie trybu udzielania wyjaśnień o którym mowa w art. 128 ust 3 Pzp także zważywszy na charakter oświadczenia nie byłoby prawidłowe.

Dalsza część uzasadnienia zawiera stanowisko Zamawiającego względem ewentualnej dopuszczalności zastosowania w sprawie trybu udzielania wyjaśnień treści oferty zgodnie z art. 223 ust 1 Pzp. Zamawiający uznaje, że wobec braku możliwości dokonywania w trybie art. 223 ust 1 Pzp zmian lub uzupełnienia treści oferty również ta procedura nie mogłaby być zastosowana w sprawie.

W ocenie Odwołującego, o ile faktycznie Zamawiający w bieżącym postępowaniu (w przeciwieństwie do poprzedniego) nabral jednak w trakcie oceny ofert dodatkowych wątpliwości odnośnie tego czy wykonawca nie przewidział w ofercie zamiaru powierzenia podwykonawcom także zabronionego zakresu rzeczowego świadczeń umownych, miał pełne prawo a wręcz obowiązek do skierowania do wykonawcy przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty wezwania do udzielenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust 1 Pzp.

Wbrew obawom Zamawiającego w ich wyniku co najwyżej doszłoby do potwierdzenia, że oświadczenie o zamiarze powierzenia reakcji grup interwencyjnych nie odnosi się (ponieważ zgodnie z SWZ nie mogło) do zakresu niedozwolonego w SWZ.

W wyniku ew złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień oferty przez Odwołującego nie doszłoby ani do jakiegokolwiek zmiany, uzupełnienia treści oferty ani też do niedozwolonych negocjacji.

Nie sposób w stanie faktycznym niniejszej sprawy stwierdzić, czy przesądzić, o merytorycznej niezgodności treści oferty Wykonawcy. Biorąc pod uwagę treść złożonej przez Wykonawcę oferty, Zamawiający nie mógł stwierdzić, że niezgodność ta jest oczywista i niewątpliwa, taka niezgodność nie wynikała bowiem z informacji zawartych w ofercie.

(...)

Dodatkowo podnieść należy, że odrzucenie oferty Wykonawcy powinno zostać poprzedzone jednoznacznym stwierdzeniem niezgodności treści oferty Wykonawcy pod kątem merytorycznym, zatem jeżeli wskazane wcześniej okoliczności prowadziły do jakichkolwiek wątpliwości, co Wykonawca wykazał przytaczając szereg okoliczności faktycznych dających podstawę do stwierdzenia, że treść oferty jest zgodna z wymaganiami określonymi w SWZ, Zamawiający powinien dążyć do ich wyjaśnienia w pierwszej kolejności.

(...)

Ponadto, wezwanie do wyjaśnień nie byłoby w żaden sposób związane z uzupełnieniem ani zmianą treści oferty, gdyż ta była i jest kompletna i prawidłowa – zgodna z wymaganiami SWZ. Zamawiający zaś w toku wyjaśnień mógł uzyskać informacje, jeżeli nie miał na ich temat wiedzy, niezbędne do oceny oferty celem potwierdzenia zgodności z SWZ – o ile faktycznie miał uzasadnione wątpliwości w tym zakresie. Zatem należy uznać, że Zamawiający arbitralnie podjął decyzję o odrzuceniu oferty Wykonawcy, chociaż nie dochował należytej staranności i nie wyjaśnił, nie zbadał wszystkich okoliczności istotnych w stanie faktycznym sprawy.

Powyższe potwierdza także orzecznictwo Izby odnoszące się wprost do kwestii wyjaśnień oferty w odniesieniu do zakresu podwykonawstwa w sytuacji gdy w SWZ przewidziano ograniczenie kluczowych świadczeń do osobistego wykonania przez Wykonawcę.(...)

Podkreślenia wymaga, że orzecznictwo Izby stoi na jednolitym stanowisku odnośnie podstaw odrzucenia oferty wykonawcy w związku z niezgodnością z warunkami zamówienia, także w przypadku dotyczącym wymogów osobistego wykonania części zamówienia, wskazując na obowiązek ścisłego nie zaś rozszerzającego interpretowania podstaw odrzucenia oferty.

(...)

Odwołujący wskazuje ponadto, że poza brakiem w treści oświadczenia z pkt 9. Formularza ofertowego zamiaru powierzenia realizacji zakresu usług zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę, należy zwrócić również uwagę na użyte w pkt 9 określenie zakresu czynności przewidzianych do ew podzlecenia określonego jako – „reakcja grup interwencyjnych” nie zaś „realizacja usługi Grup Interwencyjnych”. SWZ postępowania nie używa ani nie definiuje zakresu rzeczowego określenia „reakcja grup interwencyjnych” używając pojęcia „realizacji usługi Grup Interwencyjnych”. Tak sformułowany jak w ofercie Odwołującego przewidywany ewentualnie do podzlecenia zakres czynności nie oznacza automatycznie, że reakcja grup interwencyjnych obejmuje prace polegające na fizycznym świadczeniu usług grupy interwencyjnej na chronionym obiekcie. Brak jest również tożsamości określenia: „reakcja grup interwencyjnych” z „realizacji usługi Grup Interwencyjnych”.

SWZ przedmiotowego postępowania nie definiuje także pojęcia „realizacji usługi Grup Interwencyjnych”.

Analizując od strony techniczno-organizacyjnej jak przebiega proces skierowania grupy interwencyjnej do realizacji usług GI na chronionym obiekcie oraz fizycznej realizacji usługi Grup Interwencyjnych, wskazać należy na następujące działania:

1. Znajdujący się na obiekcie chronionym nadajnik systemu alarmowego lub pracownik ochrony inicjuje sygnał alarmowy.
2. Sygnał alarmowy zostaje skierowany do centrum monitorowania alarmów firmy

ochroniarskiej.

3. Centrum monitorowania alarmów odbiera sygnał alarmowy i lokalizuje obiekt, z którego sygnał został nadany.

4. Dyspozytor centrum monitorowania alarmów decyduje o skierowaniu grupy interwencyjnej do obiektu, z którego wygenerowano sygnał alarmowy.

5. Dyspozytor przekazuje informacje o alarmie wybranej grupie interwencyjnej.

6. Grupa interwencyjna kieruje się do obiektu, z którego wygenerowano sygnał alarmowy.

7. Grupa interwencyjna dociera do obiektu i podejmuje interwencję.

Powyższe potwierdza, że pojęcie „reakcja grupy interwencyjnej” nie pokrywa się z zastrzeżonym do osobistego wykonania świadczeniem określonym jako „realizacja usługi Grup Interwencyjnych”

Zamawiający zdaje się (co wynika z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego) utożsamiać realizację usługi Grup Interwencyjnych z punktami nr 6 i 7, zatem wyłącznie te czynności zostały zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę na dworcach Premium.

Tymczasem Odwołujący rozważa zaangażowanie podwykonawców do czynności opisanych w punktach nr 2, 3, 4 i 5. Przy czym te czynności nie zostały zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawców w SWZ.

Odwołujący celowo posłużył się określeniem "reakcja grup interwencyjnych" a nie "realizacja usługi Grupy Interwencyjnej", która jest zastrzeżona do osobistego wykonania przez Wykonawcę na dworcach Premium.

W świetle powyższego określenie "reakcja grupy interwencyjnej" rozumieć należy jako ciąg czynności techniczno-organizacyjnych umożliwiających zadysponowanie (oddelegowanie, skierowanie) określonej grupy interwencyjnej do podjęcia interwencji w określonym chronionym miejscu zaś właściwa realizacja usługi Grupy Interwencyjnej na chronionym obiekcie nie zostanie podzlecona.

Podkreślić należy, iż przedmiot zamówienia obejmuje kilkaset obiektów dworcowych na terenie całego kraju. Odwołujący przewidział, że może ew. potrzebować podwykonawców do odpowiedniego zadysponowania grup interwencyjnych na tak dużym obszarze.

Odwołujący nie zamierza kierować grup interwencyjnych podwykonawców do realizacji zamówienia w zakresie wykluczonym przez Zamawiającego, przy czym odmienne oświadczenie i zamiar nie wynika z treści oferty.

W ocenie Odwołującego w świetle powyższych okoliczności faktycznych, ewentualne postępowanie wyjaśniające nie prowadziłoby do zmiany treści oferty, a jedynie wskazania jak należy rozumieć opis czynności zawarty w pkt 9 formularza ofertowego. Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom wyłącznie czynności techniczno-organizacyjne związane z reakcją GI nie zaś same czynności realizacji usługi GI na chronionym obiekcie, co w świetle oświadczenia jakie złożył w postępowaniu nie może być potraktowane jako zmiana treści oferty, czy prowadzenie negocjacji z Zamawiającym.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego w przedmiotowej sprawie czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp została dokonana w sposób wadliwy.

W przypadku o ile faktycznie zakres rzeczowy czynności jakie przewidział wykonawca do ewentualnego powierzenia podwykonawcom budziłby wątpliwości Zamawiającego w kontekście zastrzeżonego zakresu czynności do osobistego wykonania przez wykonawcę, nic nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu procedury o której mowa w art. 223 ust 1 Pzp. Ewentualne zastosowanie procedury wyjaśniającej w żaden sposób nie spowoduje zmiany czy też uzupełnienia ani też negocjowania treści oferty.

W wyniku czynności Zamawiającego naruszających przepisy ustawy Pzp doszło ponadto do naruszenia zasady przejrzystości postępowania zaś dodatkowym wymiernym skutkiem odrzucenia oferty Odwołującego jest naruszenie zasady efektywności postępowania i wybór oferty droższej (różnica na poziomie części objętej odwołaniem blisko 3 mln zł).

#### **Sygn. akt: 74/24**

Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w zakresie Części nr 6. Odwołujący 3 podał, że wnosi odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie Części nr 6 – wykonawcy Konsorcjum z Liderem Impel Defender Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1 50-304 Wrocław - naruszenie art. 239 ust 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, przy:

2. odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie Części nr 6 wobec uznania, że jej treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia – naruszenie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp w zw z art. 16 Pzp, ewentualnie

3. zaniechaniu wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty w zakresie Części nr 6 - naruszenie art. 223 ust 1 Pzp

co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na wybór

oferty najkorzystniejszej we wskazanej części postępowania.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniósł odopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem. Także wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części 6 Postępowania, jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,

2. powtórzenie czynności oceny ofert w Postępowaniu i w jej wyniku:

– unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Części 4 Postępowania, ewentualnie

– wezwanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty,

co ma bezpośredni wpływ na wynik Postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej we wskazanej części postępowania.

Odwołujący 3 wskazał: (...) Oferta Odwołującego w zakresie Części 6 zgodnie z rankingiem ofert z czynności ich otwarcia, została uplasowana na pierwszej pozycji. Mając na względzie powyższe, uwzględnienie odwołania i przywrócenie Odwołującego do postępowania skutkuje bezpośrednio na wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

W uzasadnieniu podnoszonych w przedmiotowym odwołaniu zarzutów przypisanych dla zadania 6 podał:

(...)

Odwołujący ubiegając się o aktualne zamówienie jak również poprzednie, ani nie kwestionował powyższego wymogu na etapie poprzedzającym złożenie ofert ani też nie przewidywał w złożonej ofercie jak również w fazie wykonywania zamówienia, realizacji usług w zakresie wyłączonym z podwykonawstwa, siłami podmiotów trzecich. W tym zakresie obszerna argumentacja Zamawiającego zawarta w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego w czynności z dnia 28.12.2023r., zawierająca uzasadnienie przyczyn wprowadzenia wymogu świadczenia wskazanych do osobistego wykonania usług siłami własnymi jest całkowicie bezprzedmiotowa i zbędna. Odwołujący wskazuje, że w wyniku udzielonego mu przez Zamawiającego zamówienia w przetargu z roku 2021 do dnia dzisiejszego świadczy na rzecz Zamawiającego usługi ochrony fizycznej w zakresie części nr 1, 3, 6 i w ich trakcie świadczy usługi w zakresie realizacji usługi Grup Interwencyjnych Dworców Premium siłami własnymi z wyłączeniem podwykonawstwa.

2. Wymaganie SWZ w zakresie informacji dotyczących podwykonawstwa składanych wraz z ofertą.

Zgodnie z SWZ – Załącznik nr 2 Formularz ofertowy, Zamawiający oczekiwał od wykonawców podania w pkt 9 informacji w przedmiocie zamiaru powierzenia realizacji wskazanych przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcom (o ile dotyczy) podając dane w postaci nazwy podwykonawcy jak również zakresu czynności jakie wykonawca przewiduje powierzyć podwykonawcom.

3. Dane zawarte w Formularzu ofertowym Odwołującego w odniesieniu do przewidywanego zamiaru powierzenia podwykonawcom wskazanego zakresu rzeczowego usług na etapie realizacji zamówienia.

Jak wynika z treści Formularza ofertowego Odwołującego wypełniając pkt 9 Formularza wskazał:

W odniesieniu do treści JEDZ wykonawca nie składał go jeszcze w postępowaniu bowiem Zamawiający żąda go przed wyborem najkorzystniejszej oferty wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona. Nie ulega żadnej wątpliwości, że oświadczenie nie wskazuje na zamiar powierzenia podwykonawcom zakresu usług w którym podwykonawstwo było wyłączone w przetargu to jest w odniesieniu do realizacji usług grup interwencyjnych dla dworców kategorii Premium. Wykluczone jest w tych okolicznościach aby na podstawie tak złożonego oświadczenia możliwe było jednoznaczne uznanie, że treść oferty Odwołującego pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia w odniesieniu do wymogu osobistego wykonania kluczowych części zamówienia – realizacji usług grup interwencyjnych dworców Premium.

W ocenie Odwołującego poza literalnym brzmieniem oświadczenia zawartego w pkt 9 Formularza ofertowego, oczywistym jest, że wykonawca w sytuacji wykluczonego zakresu podwykonawstwa nie przewiduje w tym właśnie zakresie powierzenia podwykonawcom realizacji usług.

Prawidłowość sposobu rozumienia zastrzeżenia z pkt 9. Formularza ofertowego aktualnego postępowania potwierdza także treść analogicznego oświadczenia jakie zostało złożone przez Odwołującego w poprzednim przetargu na tożsame usługi.

Zgodnie z treścią Formularza oferty Odwołującego z postępowania KFZ/2021/WNP-013068, przy tożsamym wyłączeniu podwykonawstwa jak w aktualnym przetargu w odniesieniu do Grup interwencyjnych dworców kategorii Premium wykonawca złożył następujące oświadczenie: *(przypisek Izby: tak jak w sprawie KIO 71/24)*

(....)

W świetle tożsamyh wymagań SWZ obydwu przetargów w zakresie podwykonawstwa jak również tożsamej treści oferty Odwołującego trudno uznać za racjonalne i zasługujące na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego, który w obecnym postępowaniu stwierdza na podstawie tożsamo brzmiącego oświadczenia wykonawcy, że akurat w bieżącym roku Odwołujący zaoferował i ma zamiar faktycznie powierzyć podwykonawcom realizację niedozwolonych usług.

Gdyby faktycznie Zamawiający odczytywał i interpretował opisany zakres usług jakie Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom, jako odnoszący się w szczególności do wykluczonego z podwykonawstwa, to oferta Odwołującego musiałaby być odrzucona także w poprzednim postępowaniu z tej samej przyczyny zaś zaniechanie jej odrzucenia miałyby bezpośredni wpływ na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności potwierdzają wyłącznie, że zaskarżona odwołaniem czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest wadliwa i winna być unieważniona.

Jak wynika z zestawienia obydwu przetargów zarówno w przypadku postępowania KFZ/2021/WNP-013068 jak również aktualnego, przy takim samym wyłączeniu z podwykonawstwa dokładnie tych samych kluczowych części zamówienia, oświadczenie Odwołującego o przewidywanym zamiarze podwykonawstwa nie odnosi się do tego właśnie zakresu ale do wszystkich pozostałych obiektów poza Premium dla których takiego ograniczenia Zamawiający nie formułuje.

W ocenie Odwołującego w świetle wiążących Zamawiającego na etapie oceny ofert wymagań SWZ, Zamawiający nie mógł stwierdzić niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia ponieważ ta nie występuje.

Wskazać w tym miejscu trzeba na orzecznictwo Izby ograniczające dopuszczalność dokonywania czynności odrzucenia ofert wykonawców wyłącznie do przypadków jednoznacznych niezgodności z warunkami zamówienia.

(...)

#### 4. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego.

Wobec faktu, że podstawa odrzucenia oferty Odwołującego jest związana z treścią Formularza ofertowego, który jest jeden w odniesieniu do wszystkich części postępowania objętych zarzutami odwołania zarówno uzasadnienie odrzucenia jak i uzasadnienie faktyczne i prawne są uniwersalne podobnie jak argumentacja i zarzuty Odwołującego.

Zamawiający, co wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego czynnością z dnia 28.12.2023r. w sposób szczegółowy prezentuje przyczyny dla których ustanowił ograniczenie podwykonawstwa. Okoliczności jakie podnosi Zamawiający w uzasadnieniu są całkowicie bez znaczenia z punktu widzenia przedmiotu rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę bowiem Odwołujący na żadnym etapie postępowania nie kwestionował ani nie kwestionuje klarownego wymagania SWZ, przy czym co oczywiste nawet nie byłoby to obecnie możliwe z przyczyn formalnoprawnych wobec upływu terminu składania ofert w postępowaniu wymagania, w tym dotyczące podwykonawstwa mają wiążący charakter zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Odwołujący potwierdza, że znane mu są wymagania oraz ograniczenia w zakresie podwykonawstwa kluczowych części zamówienia zawarte w treści SWZ i nie są one przez niego w żaden sposób kwestionowane – analogicznie jak miało to miejsce w poprzednim przetargu.

Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wskazuje, że rozważał dopuszczalność zastosowania wobec oświadczenia zawartego w Formularzu ofertowym trybu uzupełniania podmiotowych środków dowodowych o którym mowa w art. 128 Pzp. Powyższy tryb w ocenie Odwołującego nie byłby z oczywistych przyczyn dopuszczalny mając na względzie fakt, że oświadczenie zawarte jest na Formularzu ofertowym.

W ocenie Odwołującego w okolicznościach sprawy uzupełnianie treści oświadczenia wykonawcy zawartego w pkt 9 Formularza ofertowego byłoby poza powyższą przeszkodą prawną oczywiście zbędne skoro treść złożonego oświadczenia nie wskazuje na zamiar powierzenia przez Odwołującego realizacji wyłączonych z podwykonawstwa usług. Z kolei ew. zastosowanie w sprawie trybu udzielania wyjaśnień o którym mowa w art. 128 ust 3 Pzp także zważywszy na charakter oświadczenia nie byłoby prawidłowe.

Dalsza część uzasadnienia zawiera stanowisko Zamawiającego względem ewentualnej dopuszczalności zastosowania w sprawie trybu udzielania wyjaśnień treści oferty zgodnie z art. 223 ust 1 Pzp. Zamawiający uznaje, że wobec braku możliwości dokonywania w trybie art. 223 ust 1 Pzp zmian lub uzupełnienia treści oferty również ta procedura nie mogłaby być zastosowana w sprawie.

W ocenie Odwołującego, o ile faktycznie Zamawiający w bieżącym postępowaniu (w przeciwieństwie do poprzedniego) nabrał jednak w trakcie oceny ofert dodatkowych wątpliwości odnośnie tego czy wykonawca nie przewidział w ofercie zamiaru powierzenia podwykonawcom także zabronionego zakresu rzeczowego świadczeń umownych, miał pełne prawo a wręcz obowiązek do skierowania do wykonawcy przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty wezwania do udzielenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust 1 Pzp.

Wbrew obawom Zamawiającego w ich wyniku co najwyżej doszłoby do potwierdzenia, że oświadczenie o zamiarze powierzenia reakcji grup interwencyjnych nie odnosi się (ponieważ zgodnie z SWZ nie mogło) do zakresu niedozwolonego w SWZ.

W wyniku ew. złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień oferty przez Odwołującego nie doszłoby ani do

jakiegokolwiek zmiany, uzupełnienia treści oferty ani też do niedozwolonych negocjacji. Nie sposób w stanie faktycznym niniejszej sprawy stwierdzić, czy przesądzić, o merytorycznej niezgodności treści oferty Wykonawcy. Biorąc pod uwagę treść złożonej przez Wykonawcę oferty, Zamawiający nie mógł stwierdzić, że niezgodność ta jest oczywista i niewątpliwa, taka niezgodność nie wynikała bowiem z informacji zawartych w ofercie.

(...)

Dodatkowo podnieść należy, że odrzucenie oferty Wykonawcy powinno zostać poprzedzone jednoznacznym stwierdzeniem niezgodności treści oferty

Wykonawcy pod kątem merytorycznym, zatem jeżeli wskazane wcześniej okoliczności prowadziły do jakichkolwiek wątpliwości, co Wykonawca wykazał przytaczając szereg okoliczności faktycznych dających podstawę do stwierdzenia, że treść oferty jest zgodna z wymaganiami określonymi w SWZ, Zamawiający powinien dążyć do ich wyjaśnienia w pierwszej kolejności.

(...)

Ponadto, wezwanie do wyjaśnień nie byłoby w żaden sposób związane z uzupełnieniem ani zmianą treści oferty, gdyż ta była i jest kompletna i prawidłowa – zgodna z wymaganiami SWZ. Zamawiający zaś w toku wyjaśnień mógł uzyskać informacje, jeżeli nie miał na ich temat wiedzy, niezbędne do oceny oferty celem potwierdzenia zgodności z SWZ – o ile faktycznie miał uzasadnione wątpliwości w tym zakresie. Zatem należy uznać, że Zamawiający arbitralnie podjął decyzję o odrzuceniu oferty Wykonawcy, chociaż nie dochował należytej staranności i nie wyjaśnił, nie zbadał wszystkich okoliczności istotnych w stanie faktycznym sprawy.

(...)

Podkreślenia wymaga, że orzecznictwo Izby stoi na jednolitym stanowisku odnośnie podstaw odrzucenia oferty wykonawcy w związku z niezgodnością z warunkami zamówienia, także w przypadku dotyczącym wymogów osobistego wykonania części zamówienia, wskazując na obowiązek ścisłego nie zaś rozszerzającego interpretowania podstaw odrzucenia oferty.

(...)

Odwołujący wskazuje ponadto, że poza brakiem w treści oświadczenia z pkt 9. Formularza ofertowego zamiaru powierzenia realizacji zakresu usług zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę, należy zwrócić również uwagę na użyte w pkt 9 określenie zakresu czynności przewidzianych do ew podzlecenia określonego jako – „reakcja grup interwencyjnych” nie zaś „realizacja usługi Grup Interwencyjnych”. SWZ postępowania nie używa ani nie definiuje zakresu rzeczowego określenia „reakcja grup interwencyjnych” używając pojęcia „realizacji usługi Grup Interwencyjnych”. Tak sformułowany jak w ofercie Odwołującego przewidywany ewentualnie do podzlecenia zakres czynności nie oznacza automatycznie, że reakcja grup interwencyjnych obejmuje prace polegające na fizycznym świadczeniu usług grupy interwencyjnej na chronionym obiekcie. Brak jest również tożsamości określenia: „reakcja grup interwencyjnych” z „realizacji usługi Grup Interwencyjnych”.

(...)

Analizując od strony techniczno-organizacyjnej jak przebiega proces skierowania grupy interwencyjnej do realizacji usług GI na chronionym obiekcie oraz fizycznej realizacji usługi Grup Interwencyjnych, wskazać należy na następujące działania:

1. Znajdujący się na obiekcie chronionym nadajnik systemu alarmowego lub pracownik ochrony inicjuje sygnał alarmowy.
2. Sygnał alarmowy zostaje skierowany do centrum monitorowania alarmów firmy ochroniarskiej.
3. Centrum monitorowania alarmów odbiera sygnał alarmowy i lokalizuje obiekt, z którego sygnał został nadany.
4. Dyspozytor centrum monitorowania alarmów decyduje o skierowaniu grupy interwencyjnej do obiektu, z którego wygenerowano sygnał alarmowy.
5. Dyspozytor przekazuje informacje o alarmie wybranej grupie interwencyjnej.
6. Grupa interwencyjna kieruje się do obiektu, z którego wygenerowano sygnał alarmowy.
7. Grupa interwencyjna dociera do obiektu i podejmuje interwencję.

Powyższe potwierdza, że pojęcie „reakcja grupy interwencyjnej” nie pokrywa się z zastrzeżonym do osobistego wykonania świadczeniem określonym jako „realizacja usługi Grup Interwencyjnych”

Zamawiający zdaje się (co wynika z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego) utożsamiać realizację usługi Grup Interwencyjnych z punktami nr 6 i 7, zatem wyłącznie te czynności zostały zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę na dworcach Premium.

Tymczasem Odwołujący rozważa zaangażowanie podwykonawców do czynności opisanych w punktach nr 2, 3, 4 i 5. Przy czym te czynności nie zostały zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawców w SWZ.

Odwołujący celowo posłużył się określeniem "reakcja grup interwencyjnych" a nie "realizacja usługi Grupy Interwencyjnej", która jest zastrzeżona do osobistego wykonania przez Wykonawcę na dworcach Premium.

W świetle powyższego określenie "reakcja grupy interwencyjnej" rozumieć należy jako ciąg czynności techniczno-

organizacyjnych umożliwiających zadysponowanie (oddelegowanie, skierowanie) określonej grupy interwencyjnej do podjęcia interwencji w określonym chronionym miejscu zaś właściwa realizacja usługi Grupy Interwencyjnej na chronionym obiekcie nie zostanie podzlecona.

Podkreślić należy, iż przedmiot zamówienia obejmuje kilkaset obiektów dworcowych na terenie całego kraju. Odwołujący przewidział, że może ew. potrzebować podwykonawców do odpowiedniego zadysponowania grup interwencyjnych na tak dużym obszarze.

Odwołujący nie zamierza kierować grup interwencyjnych podwykonawców do realizacji zamówienia w zakresie wykluczonym przez Zamawiającego, przy czym odmienne oświadczenie i zamiar nie wynika z treści oferty.

W ocenie Odwołującego w świetle powyższych okoliczności faktycznych, ewentualne postępowanie wyjaśniające nie prowadziło do zmiany treści oferty, a jedynie wskazania jak należy rozumieć opis czynności zawarty w pkt 9 formularza ofertowego. Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom wyłącznie czynności techniczno-organizacyjne związane z reakcją GI nie zaś same czynności realizacji usługi GI na chronionym obiekcie, co w świetle oświadczenia jakie złożył w postępowaniu nie może być potraktowane jako zmiana treści oferty, czy prowadzenie negocjacji z Zamawiającym.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego w przedmiotowej sprawie czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp została dokonana w sposób wadliwy.

W przypadku o ile faktycznie zakres rzeczowy czynności jakie przewidział wykonawca do ewentualnego powierzenia podwykonawcom budziłby wątpliwości Zamawiającego w kontekście zastrzeżonego zakresu czynności do osobistego wykonania przez wykonawcę, nic nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu procedury o której mowa w art. 223 ust 1 Pzp. Ewentualne zastosowanie procedury wyjaśniającej w żaden sposób nie spowoduje zmiany czy też uzupełnienia ani też negocjowania treści oferty. W wyniku czynności Zamawiającego naruszających przepisy ustawy Pzp doszło ponadto do naruszenia zasady przejrzystości postępowania zaś dodatkowym wymiernym skutkiem odrzucenia oferty Odwołującego jest naruszenie zasady efektywności postępowania i wybór oferty droższej (różnica na poziomie części objętej odwołaniem ponad 3 mln zł).

**Odwołujący w każdym z odwołań** w zakresie podnoszonych w danym odwołaniu zarzutów wskazali przykładowo na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w szczególności: (a)ograniczające dopuszczalność dokonywania czynności odrzucenia ofert wykonawców wyłącznie do przypadków jednoznacznych niezgodności z warunkami zamówienia; (b) kwestii wyjaśnień treści oferty; (c) podwykonawstwa:

- ✓KIO 1603/22: „Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne. Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Odrzucając ofertę za niezgodność z warunkami zamówienia w trybie art. 226 ust. pkt 5 Prawa zamówień publicznych zamawiający powinien mieć pewność, że niezgodność taka występuje, co w niniejszej sprawie nie zostało przez zamawiającego stwierdzone.”
- ✓KIO 708/23: „Aby odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. było zasadne, konieczne jest wskazanie konkretnej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy a jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia”.
- ✓KIO 1090/23 : „Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określone w SWZ. Ponadto zastosowanie wskazanej przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia”.
- ✓KIO 891/23: „Aby odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. było zasadne konieczne jest wskazanie konkretnej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy a jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia”.
- ✓KIO 1603/22: „Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne. Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Odrzucając ofertę za niezgodność z warunkami zamówienia w trybie art. 226 ust. pkt 5 Prawa zamówień publicznych zamawiający powinien mieć pewność, że niezgodność taka występuje, co w niniejszej sprawie nie zostało przez zamawiającego stwierdzone.”
- ✓KIO 2922/22: „Przywołując dyspozycje art. 223 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zamawiający dokonując badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Powyższa dyspozycja prawna jednak nie oznacza, że zamawiający jest jedynym i ostatecznym autorytatywnym decydem do skorzystania

bądź nie skorzystania z przysługującego jemu prawa wyjaśnień treści oferty. Na obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy do wyjaśnień co do treści złożonej oferty wskazują dalsze regulacje tego artykułu (223), a wynikające z pkt 3) ust. 2 art. 223 Prawa zamówień publicznych, który reguluje wprost obowiązek zamawiającego. Czyli prawo zamawiającego, o którym mowa w ust. 1 art. 223 należy łączyć z obowiązkiem zamawiającego.”

- ✓ KIO 2209/23: „Podkreślenia wymaga, że orzecznictwo Izby stoi na jednolitym stanowisku odnośnie podstaw odrzucenia oferty wykonawcy w związku z niezgodnością z warunkami zamówienia, także w przypadku dotyczącym wymogów osobistego wykonania części zamówienia, wskazując na obowiązek ścisłego nie zaś rozszerzającego interpretowania podstaw odrzucenia oferty”.
- ✓ KIO 606/15: „Nie budzi w zasadzie wątpliwości, że oświadczenie wykonawcy dotyczące części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, ma walor treści oferty, a w razie zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę właśnie tej części zamówienia, taka sprzeczność mieści się w zakresie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. Jednakże dla zastosowania tego przepisu zawsze konieczne jest, aby niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. była ewidentna i jednoznaczna”. (...) W tej sprawie tak nie jest, gdyż Odwołujący jedynie domniemywa i spekuluje na podstawie ogólnej treści oświadczenia Wykonawcy C. o zamiarze powierzenia podwykonawcy części usługi sprzątnięcia, bliżej niesprecyzowanej, że będzie to dotyczyło zastrzeżonego do osobistego wykonywania przez wykonawcę utrzymania w czystości wewnętrznych części budynku. Ponieważ Przystępujący temu zaprzeczył, a Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swojego twierdzenia zawartego w odwołaniu, choć to na nim z mocy art. 190 ust. 1 P.z.p. spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu, zarzut należało uznać za niezasadny. Należy również zauważyć, że zarzutu tego nie potwierdza treść koncepcji wykonania usługi zawarta w ofercie C., gdyż w ogóle nie wspomina o podwykonawcy, co jest zresztą przedmiotem innych zarzutów odwołania.”
- ✓ KIO 2209/23: „W wyjaśnieniach z 21 kwietnia 2023 r. złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący MTM wyjaśnił, że wypełnienie powyższej rubryki powyższe nastąpiło wyłącznie z ostrożności, o czym świadczy brak identyfikacji firmy ewentualnego podwykonawcy a jednocześnie Wykonawca informuje, że w zakresie wskazanym powyżej jako „Roboty ogólnobudowlane, roboty branży sanitarnej, roboty branży elektrycznej” chodzi ewentualnie wyłącznie o roboty ponad warunek udziału w postępowaniu o którym mowa w 15.1.4. ppkt 1) lit. b) IDW - który to warunek spełnia Lider Konsorcjum - MTM Budownictwo Sp. z o.o. i w zakresie koniecznym do spełnienia warunku wykona je samodzielnie, zaś w odniesieniu do „usługi dostawy wyposażenia technologicznego i materiałów budowlanych” wskazanie ewentualnego podwykonawstwa dotyczyło wyłącznie usług transportowych i logistycznych procesu dostaw wyposażenia technologicznego i materiałów budowlanych na potrzeby realizacji zamówienia i zakres tych czynności w żaden sposób nie wchodzi w zakres prac koniecznych do osobistego wykonania o których mowa w SWZ. W oparciu o powyższe Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się. Treść oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp jednoznacznie wskazywała na zamiar zrealizowania kluczowej części przedmiotu zamówienia przez lidera Konsorcjum, zatem ten z podmiotów, który wykazał odpowiednie dla tej części doświadczenie. Podkreślenia wymaga, że zamiar powierzenia podwykonawcy dostawy wyposażenia technologicznego mógł budzić pewne wątpliwości w obliczu zastrzeżonej przez Zamawiającego kluczowej części przedmiotu zamówienia, ale z całą pewnością nie odpowiadała zastrzeżonemu zakresowi prac. Dlatego brak jest podstaw do uznania, że Przystępujący MTM wbrew postanowieniom IDW zamierzał powierzyć podwykonawcy realizację części zastrzeżonej do osobistej realizacji przez wykonawcę. W konsekwencji Izba uznała, że nie doszło do zarzucanego Zamawiającemu naruszenia”.
- ✓ KIO 2052/20: „Zasadą jest swoboda wykonawcy w powierzaniu wykonania części zamówienia podwykonawcy, a wyjątkiem od tej zasady - uprawnienie zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania określonych części zamówienia. W konsekwencji Zamawiający, korzystając z możliwości przewidzianej przepisem art. 36a ust. 2 p.z.p., zobowiązany jest jednoznacznie sprecyzować w SIWZ zakaz powierzenia części zamówienia podwykonawcy, wskazując w sposób niepozostawiający żadnych wątpliwości, jakie elementy przedmiotu zamówienia muszą być wykonane osobiście przez wykonawcę. Zakaz wyrażony w tym zakresie w SIWZ, jako wyjątek ograniczający możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia od zasady, a w konsekwencji konkurencyjność postępowania, podlega ścisłej wykładni.”

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołania** (pismo z dnia 18/01/24) podał w szczególności:

**Sygn. akt: KIO 71/24**

I. Odrzucenie oferty Odwołującego 1 w zakresie Zadań nr 1, 3 i 7 wobec uznania, że jej treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia

A. Opis stanu faktycznego

3. Zgodnie z Rozdziałem XI SWZ Informacja o możliwości powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom

Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia:

1. Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj.:

- 1) realizacji usług ochrony stałej dla dworców, dla których przewidziano ten rodzaj usługi w OPZ dla 1-6;
- 2) realizacji usługi Grup Interwencyjnych w przypadku dworców kategorii Premium wskazanych w Zadaniach nr 1-6 (tabela OPZ dla 1-6),
- 3) realizacji usług ochrony stałej dla dworców, dla których przewidziano ten rodzaj usługi w OPZ dla 7-8 oraz Grupy Interwencyjne.

2. Wykonawca zobowiązany jest wskazać w oświadczeniu JEDZ, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do SWZ, oraz Formularzu Oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać nazwy podwykonawców (o ile są znane na obecnym etapie).

4. Zgodnie z § 18 ust. 1 i ust. 2 Wzoru umowy dla Zadań 1-6, stanowiącego Załącznik nr 9a do SWZ (PODWYKONAWCY):

1. W przypadku dworców objętych usługą ochrony stałej, Wykonawca zobowiązany jest wykonywać czynności ochronne przy użyciu własnych zasobów osobowych.

2. Na dworcach objętych usługą ochrony czasowej, podjazdowej i usługi zamykania/otwierania dworców, Zamawiający dopuszcza realizację usługi przez podwykonawców. Realizacja usługi przez podwykonawców dopuszczalna jest także w przypadku GI, z wyłączeniem dworców o kategorii Premium.

5. Zgodnie z § 18 ust. 1 Wzoru umowy dla Zadań 7-8, stanowiącego Załącznik nr 9b do SWZ (PODWYKONAWCY):

Wykonawca zobowiązany jest wykonywać czynności ochronne przy użyciu własnych zasobów osobowych - Zamawiający wyraża zgodę na zlecenie podwykonawstwa tylko w przypadku posterunku stałego wewnętrznego - pracownika dedykowanego do obsługi platformy dla osób z niepełnosprawnością.

6. W Załączniku nr 1a do SWZ, stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy, tj. Opis Przedmiotu Zamówienia dla Zadań 1-6, Zamawiający wskazał w ust. 8 w Tabeli:

1) dla Zadania nr 1 OGN Gdańsk:

-L.p. 1 Dworzec kolejowy/ miejscowość Bydgoszcz Główna o kategorii dworca: PREMIUM;

-L.p. 5 Dworzec kolejowy / miejscowość Gdańsk Główny o kategorii dworca: PREMIUM;

-L.p. 7 Dworzec kolejowy/ miejscowość Gdynia Główna o kategorii dworca: PREMIUM

2) Dla Zadania nr 3 OGN Kraków:

-L.p. 11 Dworzec kolejowy/ miejscowość Lublin Główny o kategorii dworca: PREMIUM;

7. W Załączniku nr 1b do SWZ, stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy, tj. Opis Przedmiotu Zamówienia dla Zadań 7-8, Zamawiający wskazał w ust. 7 w Tabeli:

Zadanie 7 – Dworzec Kraków Główny – Dworzec PREMIUM.

8. Zgodnie z ust. 18 pkt 25 Opisu Przedmiotu Zamówienia dla Zadań 7-8 (Załącznik nr 1b do SWZ, stanowiący Załącznik nr 1 do Umowy):

„Do zadań osób wykonujących usługę ochrony dworców należy w szczególności:

(..)

25) wykonywanie czynności ochronnych przy użyciu własnych zasobów osobowych. Wykonawca może zlecić obsługę platformy dla osób niepełnosprawnych podwykonawcom”.

9. Zgodnie z tabelą zawartą w ust. 8 pkt 4 lit. a) Opisu Przedmiotu Zamówienia dla Zadań 7-8 (Załącznik nr 1b do SWZ, stanowiący Załącznik nr 1 do Umowy):

<b>Zadanie nr 7</b>	<b>Dworzec Kraków Główny</b>
<b>Dworzec</b>	<b>Usługa ochrony - stałej całodobowej</b>
<b>Kraków Główny</b>	9 (dziewięciu) pracowników na dworcu
<b>Zadanie nr 8</b>	<b>Usługa ochrony - stałej całodobowej</b>
<b>Dworzec</b>	<b>Kompleks dworcowy Warszawa Centralna, Warszawa Śródmieście, Warszawa Śródmieście WKD</b>
<b>Warszawa Centralna Warszawa Śródmieście Warszawa Śródmieście WKD</b>	Łącznie 18 (osiemnastu) pracowników na kompleksie dworcowym, w tym 1 pracownik wyłącznie do obsługi platformy dla osób niepełnosprawnych na dworcu Warszawa Śródmieście  w godz. 06:00 - 18:00

10. Mając powyższe na uwadze należy uznać, że w Zadaniach nr 7-8 Zamawiający dopuścił podwykonawstwo tylko w przypadku posterunku stałego wewnętrznego w Zadaniu nr 8 – pracownika dedykowanego do obsługi platformy dla osób z niepełnosprawnością na dworcu Warszawa Śródmieście. W Zadaniu nr 7 nie było dopuszczalne powierzenie jakiegokolwiek podwykonawstwa w zakresie reakcji Grup Interwencyjnych. Zadanie nr 7 nie obejmuje bowiem obsługi



platformy dla osób niepełnosprawnych (Dworzec Kraków Główny nie posiada takiej platformy). Zakres podwykonawstwa został zatem jednoznacznie określony w dokumentacji postępowania.

11. Odwołujący w Formularzu ofertowym (zgodnym z wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ) oświadczył:

B. Stanowisko Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Konsorcjum

12. Odwołujący przyznał w Odwołaniu, iż literalne brzmienie pkt 9 Formularza ofertowego wskazuje na zamiar powierzenia podwykonawcom zakresu czynności, określonych w tym punkcie („reakcja grup interwencyjnych”), poprzez stwierdzenie:

„W ocenie Odwołującego poza literalnym brzmieniem oświadczenia zawartego w pkt 9 Formularza ofertowego, (...)” (str. 9 Odwołania).

13. W ocenie Zamawiającego należy brać pod uwagę przede wszystkim literalne brzmienie oferty Wykonawcy. Wykładnia nie może być sprzeczna z literalnym brzmieniem oferty, złożonej przez Odwołującego.

14. W doktrynie dominuje stanowisko, zgodnie z którym *„Odnosząc się do zasad wykładni, w tym z uwzględnieniem ustalonych zwyczajów, w orzecznictwie KIO wskazuje się, że nie jest uprawnione dokonywanie wykładni oświadczenia woli wprost przeciwnej do jasnego brzmienia tego oświadczenia. Cywilnoprawne reguły wykładni oświadczeń woli, jakkolwiek obowiązujące także przy udzielaniu zamówień publicznych nie mogą być tak rozumiane, że będą prowadzić do skutków niedających się pogodzić z naczelnymi zasadami udzielania zamówień. Aby istniały podstawy do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie ust. 1, treść oferty powinna być niejasna lub budzić wątpliwości. W przeciwnym wypadku mogą być one uznane za niedozwolone negocjacje treści oferty. Z takimi negocjacjami będziemy mieć do czynienia, gdy wykonawca w wyjaśnieniach zmieni wcześniejszą ofertę”*.

15. Zamawiający uznaje, iż niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia jest oczywista, ewidentna, jednoznaczna i niewątpliwa. Odrzucenie oferty Konsorcjum nie nastąpiło z powodów błahych lub czysto formalnych, nie wpływających na treść złożonej oferty. Kwestie związane z podwykonawstwem stanowią w przedmiotowym Postępowaniu istotny element treści złożonej oferty. Niezgodność oferty Konsorcjum w tym zakresie ma istotne znaczenie dla Zamawiającego.

16. Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania wezwania z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał analizy złożonych dokumentów, stwierdzając, iż wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty we wskazanej sytuacji będzie dopuszczało możliwość dostosowania oświadczenia woli Wykonawcy do wymagań Zamawiającego, co z punktu widzenia zasad udzielania zamówień publicznych, wskazanych w art. 16 ustawy Pzp, jest niedopuszczalne.

17. Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem art. 223 ust. 2 i art. 187 ustawy Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z powyższego wynika, że „możliwa jest zmiana treści oferty (w sensie technicznym) jedynie będąca skutkiem poprawienia w tekście oferty oczywistej omyłki pisarskiej albo omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny (...)”.

18. Powyższa instytucja (art. 233 ust. 1 ustawy Pzp) umożliwia Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, przy czym skierowane do wykonawcy wezwanie nie może służyć jej uzupełnieniu czy zmianie, a z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym. „Co do zasady, rolą art. 223 ust. 1 [p.z.p.] jest ustalenie treści oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, które zostało sformułowane niedokładnie, niejasno lub zostało przypadkowo zniekształcone. Instytucja wyjaśnienia oferty nie może zatem prowadzić do zmiany jej treści, co jasno wynika z brzmienia tego przepisu. Zmianą treści oferty będzie np. wprowadzenie do niej zapisów, które mają istotne znaczenie dla jej pozytywnej oceny”.

19. Jednocześnie zauważyć należy, iż w art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp jest mowa o powierzeniu podwykonawcom części zamówienia. Powyższe oznacza, że wykonawca – gdy wymaga tego Zamawiający – winien dołożyć należytej staranności i jednoznacznie wskazać w ofercie przedmiot części zamówienia, który zostanie powierzony do realizacji podwykonawcy.

Odwołujący tej należytej staranności nie zachował.

20. Zasadność oceny Zamawiającego znajduje odzwierciedlenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2022 r. (KIO 3676/21), (...).

21. Zamawiający wskazuje, iż Odwołujący mógł i powinien w pkt 9 Formularza ofertowego jasno, jednoznacznie i wprost określić, iż nie zamierza powierzać podwykonawcom reakcji grup interwencyjnych w zakresie dworców Premium oraz w zakresie Zadania nr 7. Zamawiający nie ma obowiązku domyślenia się, jakie intencje kierowały Odwołującym, który złożył takie, a nie inne oświadczenie w treści Formularza ofertowego. Zamawiający nie ma obowiązku domyślenia się, czy Konsorcjum zamierza powierzyć podwykonawcom reakcję Grup Interwencyjnych dworców Premium oraz w zakresie Zadania nr 7. Odwołujący mógł w jasny, oczywisty sposób dookreślić zakres podwykonawstwa, jak uczynili to pozostali wykonawcy, czego zaniechał. Dla Zamawiającego treść oświadczenia Konsorcjum zawartego w Formularzu ofertowym

była i jest jednoznaczna – Odwołujący zamierzał powierzyć podwykonawcom również reakcję Grup Interwencyjnych dla dworców Premium oraz w całości w zakresie Zadania nr 7.

22.Odwołujący w Formularzu ofertowym (ani w Odwołaniu) w żaden sposób nie odniósł się do postanowień OPZ dotyczących Zadania nr 7 (braku możliwości powierzenia jakiegokolwiek podwykonawstwa).

23.Należy zaznaczyć, że pozostali wykonawcy, biorący udział w przedmiotowym Postępowaniu, jasno, wprost i jednoznacznie określili w swoich ofertach zakres podwykonawstwa, szczegółowo dookreślając, iż jest on zgodny z dokumentacją Postępowania i warunkami zamówienia. Poniżej fragmenty Formularzy ofertowych pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu:

#### **Zadanie nr 1 - Dworce Odział Gospodarowania Nieruchomościami Gdańsk:**

##### Oferta nr 1

Konsorcjum firm w składzie: Impel Defender Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Lider Konsorcjum); Impel Safety Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Partner Konsorcjum); Impel Facility Services Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Partner Konsorcjum); Impel Provider Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Partner Konsorcjum); Impel FM Partner Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Partner Konsorcjum); Impel Technical Security Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Partner Konsorcjum); ITM Poland S.A. ul. Kostrzyńska 34, 65- 127 Zielona Góra (Partner Konsorcjum); Garda Sp. z o.o. ul. Plac Kaszubski 15 lok. 3, 81-350 Gdynia (Partner Konsorcjum); Garda Security & Service Sp. z o.o. ul. Plac Kaszubski 15 lok. 3, 81- 350 Gdynia (Partner Konsorcjum);

#### **Zadanie nr 3 - Dworce Odział Gospodarowania Nieruchomościami Kraków**

##### Oferta nr 4

Konsorcjum firm w składzie:

DGP Security Partner Sp. z o.o. ul. Żytnia 15/23, 01-014 Warszawa (Lider Konsorcjum); „DERSŁAW” Sp. z o. o. Zawada 26, 28-230 Połaniec (Partner Konsorcjum); „STEKOP” Spółka Akcyjna ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa (Partner Konsorcjum); „STEKOP-OCHRONA” Sp. z o.o. ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa (Partner Konsorcjum); SOLID SECURITY Sp. z o.o. ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa (Partner Konsorcjum); SOLID Sp. z o.o.ul. Walerego Sławka 3, 30-633 Kraków (Partner Konsorcjum);

#### **Zadanie nr 7 – Dworzec Kraków Główny**

##### Oferta nr 2

Konsorcjum firm w składzie: Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. ul. Jana Kazimierza 64/128, 01-248 Warszawa (Lider Konsorcjum); Agencja Ochrony Kowalczyk Security Sp. z o.o. ul. Chmielna 34, 00-020 Warszawa (Partner Konsorcjum); bez podwykonawców

##### Oferta nr 4

Konsorcjum firm w składzie:

DGP Security Partner Sp. z o.o. ul. Żytnia 15/23, 01-014 Warszawa (Lider Konsorcjum); „DERSŁAW” Sp. z o. o. Zawada 26, 28-230 Połaniec (Partner Konsorcjum); „STEKOP” Spółka Akcyjna ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa (Partner Konsorcjum); „STEKOP-OCHRONA” Sp. z o.o. ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa (Partner Konsorcjum); SOLID SECURITY Sp. z o.o. ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa (Partner Konsorcjum); SOLID Sp. z o.o. ul. Walerego Sławka 3, 30-633 Kraków (Partner Konsorcjum);

24.Wskazane przez pozostałych oferentów zakresy są właściwe i zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego, które zostały wyartykułowane we wzorach umów. Zakres czynności podany przez Odwołującego „reakcja grup interwencyjnych” nie jest zgodny z wymogiem Zamawiającego, jak również znacząco odstaje od klarownych informacji, udzielanych przez innych oferentów.

(...)

31.Przywołane przez Odwołującego orzeczenia KIO dotyczą odmiennych stanów faktycznych. Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2023 r. (KIO 2209/23) obejmował stan faktyczny, w którym istniały pewne wątpliwości w zakresie zamiaru powierzenia podwykonawcy dostawy wyposażenia technologicznego, przy równoczesnym zastrzeżeniu przez zamawiającego obowiązku wykonania przez wykonawcę kluczowej części przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym takie wątpliwości nie istnieją – Odwołujący wprost wskazał w Formularzu ofertowym zakres podwykonawstwa, obejmujący zastrzeżony przez

Zamawiającego zakres usług. Analogicznie- wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2015 r. (KIO 606/15) również obejmuje odmienny stan faktyczny – wątpliwości zamawiającego dotyczyły powierzenia podwykonawcom niesprecyzowanej części usługi sprzątnięcia, stanowiącej przedmiot zamówienia. W ocenie Zamawiającego przywołane przez Odwołującego orzeczenia KIO nie mogą stanowić potwierdzenia dla też Odwołującego.

32.W odniesieniu do zarzutów Odwołującego, iż w poprzednim postępowaniu, prowadzonym przez Zamawiającego, Zamawiający nie miał wątpliwości wobec podobnej oferty Konsorcjum (a obecnie wątpliwości powziął), należy wskazać, że czynności i decyzje Zamawiającego podjęte w uprzednim, odrębnym postępowaniu, nie mogą być przenoszone na nowe, aktualne postępowanie. Innymi słowy – Zamawiający nie jest związany swoimi uprzednimi decyzjami, które zostały podjęte w innym postępowaniu, w innym czasie, odmiennym stanie faktycznym, przy odmiennym stanie wiedzy i doświadczenia Zamawiającego (jego pracowników). Uprzednie postępowanie oraz aktualne postępowanie są odrębne, niepowiązane ze sobą. Odwołujący nie może powoływać się na decyzje podjęte przez Zamawiającego w ramach poprzedniego postępowania, gdyż żaden przepis prawa nie obowiązuje Zamawiającego do zachowania się w tożsamy, identyczny sposób. Wprost przeciwnie – Zamawiający jest zobligowany do stosowania aktualnie obowiązujący przepisów prawa oraz do niezależnej oceny aktualnie złożonych ofert (a nie ofert złożonych w uprzednim postępowaniu). Zamawiający nie jest nawet uprawniony do powoływania się na własne decyzje, które zostały podjęte w innym postępowaniu. Jeśli przyjąć perspektywę Odwołującego, to Zamawiający nigdy nie mógłby podejmować w różnych,

licznie prowadzonych postępowaniach, odmiennych (różnych) decyzji. Jest to stanowisko zdecydowanie błędne.

33. Stanowisko Zamawiającego potwierdza również samo Odwołanie, w którym Odwołujący dokonuje nieuprawnionej (niezgodnej z dokumentacją postępowania) wykładni/interpretacji pojęć, o czym szczegółowo poniżej.

C. Wykładnia pojęć dokonana przez Konsorcjum w ramach Odwołania

34. Odwołujący, w ramach Odwołania, dokonał wykładni pojęć, która jest niezgodna z dokumentacją postępowania i warunkami zamówienia.

35. Zdaniem Odwołującego, skoro SWZ Postępowania nie definiuje pojęcia „realizacja usługi Grup Interwencyjnych”, to jest on uprawniony do samodzielnych ustaleń w zakresie procesu skierowania Grupy Interwencyjnej do realizacji usług Grupy Interwencyjnej. Odwołujący wskazuje na 7 działań, stwierdzając, iż Zamawiający zdaje się utożsamiać realizację usługi Grupy Interwencyjnej z punktami 6 i 7 tych działań („6. Grupa interwencyjna kieruje się do obiektu, z którego wygenerowano sygnał alarmowy. 7. Grupa interwencyjna dociera do obiektu i podejmuje interwencję”), zatem – zdaniem Odwołującego – wyłącznie te czynności zostały zastrzeżone do osobistego wykonania poprzez wykonawcę na dworcach Premium. Twierdzenie to nie znajduje żadnego uzasadnienia w treści projektów Umów i w SWZ.

36. W SWZ, w kryterium oceny ofert „czas reakcji Grupy Interwencyjnej”, Zamawiający wyraźnie wskazuje, że czas ten liczony jest od momentu wezwania. Zgodnie z ust.

2 pkt 2) rozdziału XVIII SWZ:

2) *Czas reakcji Grupy Interwencyjnej (R):*

*A. dla Zadań nr 1 – 6, Czas reakcji Grupy Interwencyjnej od momentu wezwania nie może być dłuższy niż (...)*

*B. dla Zadań nr 7-8, Czas reakcji Grupy Interwencyjnej od momentu wezwania na dworce wskazane w Zadaniach 7-8 nie może być dłuższy niż (...).*

Moment wezwania jest zatem tożsamy z punktem 1 działań, wskazanych przez Odwołującego (str. 18 Odwołania), tj. z punktem: „Znajdujący się na obiekcie chronionym nadajnik systemu alarmowego lub pracownik ochrony inicjuje sygnał alarmowy”.

Gdyby Zamawiający utożsamiał realizację usługi Grup Interwencyjnych wyłącznie z pkt 6 i 7 działań wskazanych przez Odwołującego, to wówczas czas reakcji Grupy Interwencyjnej (w kryteriach oceny ofert) zostałby określony nie od „momentu wezwania”, ale np. od „momentu wyjazdu Grupy Interwencyjnej”. Stanowisko Odwołującego jest zatem niezgodne z dokumentacją postępowania i warunkami zamówienia.

37. Tym samym Odwołujący dokonuje interpretacji pojęcia „realizacja usługi Grup Interwencyjnych”, do czego nie jest uprawniony. Należy zaznaczyć, że dokonany przez Odwołującego podział „realizacji usługi Grupy Interwencyjnej” na 7 działań nie znajduje oparcia ani w przepisach ustawy Pzp, ani w dokumentacji postępowania, a ponadto nie znajduje odzwierciedlenia w Formularzu ofertowym Odwołującego.

38. Odwołujący podejmuje próbę wykazania, że pojęcie „reakcji grupy interwencyjnej” jest odmienne od pojęcia „realizacji usługi Grupy Interwencyjnej”, celem wykazania, że Odwołujący nie naruszył zakazu powierzenia podwykonawstwu w zakresie realizacji usługi Grupy Interwencyjnej dla dworców kategorii Premium oraz dla Zadania nr 7.

39. Wymaga podkreślenia, że „Odwołujący rozważa zaangażowanie podwykonawców do czynności opisanych w punktach nr 2, 3, 4 i 5. Przy czym czynności te nie zostały zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawców w SWZ” (str. 18 Odwołania). Ponadto „Odwołujący celowo posłużył się określeniem „reakcja grup interwencyjnych” a nie „realizacja usługi Grupy Interwencyjnej”, która jest zastrzeżona do osobistego wykonania przez Wykonawcę na dworcach Premium” (str. 18 Odwołania).

40. Z powyższego wynika, że Odwołujący, w zakresie dworców Premium, zamierza powierzyć podwykonawcom część czynności dotyczących „reakcji grup interwencyjnych”, gdyż – jego zdaniem – nie zostały one zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę na dworcach Premium.

41. Tymczasem Zamawiający nie rozdziela działań, które należy wykonać (od odebrania sygnału alarmowego do wejścia pracowników Grupy Interwencyjnej na obiekt) na pojedyncze elementy. W projektach umów zostało wskazane całe zadanie – realizacji usługi Grupy Interwencyjnej. Zamawiający wskazał w SWZ, że dopuszczalna jest realizacja usługi Grupy Interwencyjnej przez podwykonawców (z ograniczeniami wskazanymi w SWZ). Usługa ta nie została jednak rozbita na elementy składowe. Odwołujący nie jest uprawniony do wyodrębniania elementów, które stanowią lub nie stanowią części/elementy usługi Grupy Interwencyjnej. Podejmując takie działania,

Odwołujący samodzielnie próbuje określać, jakie elementy/czynności/działania wchodzi w zakres usług, które mogą zostać przekazane podwykonawcy. Odwołujący próbuje zatem modyfikować warunki zamówienia, uzurpując sobie prawo ustalenia, co wchodzi (a co nie wchodzi) w zakres kluczowych części zamówienia, które nie mogą zostać powierzone podwykonawcom.

42. Ponadto, jak to już wskazano powyżej, Odwołujący rozważa zaangażowanie podwykonawców do czynności opisanych w punktach nr 2, 3, 4 i 5, czyli czynności dotyczących „reakcji grup interwencyjnych”, również dla dworców Premium. W Formularzu ofertowym Odwołujący jako zakres czynności wskazał „reakcję grup interwencyjnych”.

Odwołujący niewłaściwie przyjmuje, że usługa Grupy Interwencyjnej składa się z wielu elementów, z których część może powierzyć podwykonawcy, a część wykonać osobiście. Zamawiający w żadnym z dokumentów nie dzieli usługi Grupy Interwencyjnej na elementy i nie wyraża zgody, by w odniesieniu do dworców Premium oraz Zadania nr 7, jakiegokolwiek czynności związane z realizacją usługi Grup Interwencyjnych były przekazywane podwykonawcom.

43. W ocenie Zamawiającego argumentacja zawarta w Odwołaniu jest niespójna. Z jednej strony Odwołujący wskazuje, że w zakresie dworców Premium i Zadania nr 7 nie zamierza posługiwać się podwykonawcami (wbrew literalnemu oświadczeniu w pkt 9 Formularza ofertowego), a z drugiej strony Odwołujący przyznaje wprost, że część czynności, dotyczących reakcji Grup Interwencyjnych w ramach dworców Premium, zamierza jednak powierzyć podwykonawcom.

44. Odwołujący stwierdza w Odwołaniu, że celowo posłużył się określeniem „reakcja grupy interwencyjnej”, a nie „realizacja usługi Grupy Interwencyjnej”, w związku z czym w sposób świadomy (niewynikający z omyłki, niezrozumienia) wskazał w ofercie treść niezgodną z warunkami zamówienia. Odwołanie potwierdza zatem pierwotne ustalenia Zamawiającego, że oferta Konsorcjum jest niezgodna z warunkami zamówienia i że została odrzucona słusznie, zgodnie z przepisami prawa. Wszelkie wyjaśnienia w tym zakresie miałyby charakter negocjacji treści oferty.

45. Ponadto, skoro Odwołujący przyjął podział na 7 działań/czynności, to dlaczego nie znalazło to odzwierciedlenia w treści złożonej oferty (w Formularzu ofertowym). Odwołujący powinien zatem w pkt 9 Formularza ofertowego precyzyjnie dookreślić, że podwykonawstwo dotyczy jedynie niektórych działań/czynności (np. czynności przygotowawczych), a nie wszystkich czynności, tj. „reakcji grupy interwencyjnej”. W ocenie Zamawiającego argumentacja Odwołującego została stworzona wyłącznie na potrzeby Odwołania.

46. Należy również zaznaczyć, że Odwołujący złożył jedną ofertę na Zadania numer 1, 3 i 7. W Zadaniach numer 7-8 podwykonawstwo, zgodnie z § 18 ust. 1 Wzoru umowy dla Zadań 7-8, stanowiącego Załącznik nr 9b do SWZ, dotyczy wyłącznie posterunku stałego wewnętrznego w Zadaniu nr 8 – pracownika dedykowanego do obsługi platformy dla osób z niepełnosprawnością. Dla Zadań 7-8 nie dopuszcza się podwykonawstwa dla realizacji usługi Grup Interwencyjnych. Wskazanie przez Odwołującego w pkt 9 Formularza ofertowego „reakcja grup interwencyjnych”, bez dookreślenia, że podwykonawstwo nie dotyczy Zadania nr 7, stanowi o dopuszczeniu przez Odwołującego podwykonawstwa również w zakresie Grup Interwencyjnych w Zadaniu nr 7.

47. Podsumowując, należy uznać, że zarzut Odwołującego jest zupełnie bezzasadny.

II. Zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty w zakresie Zadań 1, 3 i 7

48. Wymaga podkreślenia, że Zamawiający nie jest zobligowany do zastosowania wezwania w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. „Ten sposób rozumienia przepisu potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 4.07.2003 r., UZP/ZO/0-936/03, niepubl., w którym uwzględniając odwołanie, stwierdzono: „Zamawiający może, ale nie musi, z tego uprawnienia skorzystać (...). Jednakże (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...), jeżeli istnieją ku temu przesłanki”.

49. Jak to już zostało wskazane w części I.B Odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania wezwania z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty we wskazanej sytuacji będzie dopuszczało możliwość dostosowania oświadczenia woli Konsorcjum do wymagań Zamawiającego. Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty. Stanowisko Zamawiającego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, przywołanym w części I.B Odpowiedzi na odwołanie.

50. Podsumowując, należy uznać, że zarzut Odwołującego jest zupełnie bezzasadny.

III. Wybór jako najkorzystniejszych w zakresie Zadań 1, 3 i 7 ofert innych wykonawców

51. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu wybór jako najkorzystniejszej w zakresie:

Zadania nr 1 – oferty wykonawcy Konsorcjum z Liderem Impel Defender Sp. z o.o., ul. Stonimskiego 1, 50-304 Wrocław,

Zadania nr 3 – oferty wykonawcy Konsorcjum z Liderem DGP Security Partner Sp. z o.o., ul. Żytnia 15/23, 01-014 Warszawa,

Zadania nr 7 – oferty wykonawcy Konsorcjum z Liderem DGP Security Partner Sp. z o.o., ul. Żytnia 15/23, 01-014 Warszawa.

52. Należy podkreślić, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, celem potwierdzenia, iż Zamawiający, wybierając oferty wskazanych powyżej wykonawców, naruszył dyspozycję art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

53. Zamawiający, w Zadaniach nr 1, 3 i 7, wybrał najkorzystniejsze oferty, gdyż oferta Odwołującego została prawidłowo odrzucona. Odwołujący nie wykazał/nie uzasadnił, dlaczego wybór ofert w/w wykonawców jest wadliwy i narusza art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

54. Nie sposób również zgodzić się z zarzutem naruszenia zasad przejrzystości i efektywności postępowania, poprzez wybór droższych ofert. Oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, zaś Zamawiający, zgodnie z art. 239 ustawy Pzp, wybrał w poszczególnych Zadaniach najkorzystniejsze oferty, na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w dokumentach zamówienia.

55.Podsumowując, należy uznać, że zarzut Odwołującego jest zupełnie bezzasadny.

**Sygn. akt: KIO 72/24**

I. Odrzucenie oferty Odwołującego 2 w zakresie Zadania nr 4 wobec uznania, że jej treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia

(...)

5.W Załączniku nr 1a do SWZ, stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy, tj. Opis Przedmiotu Zamówienia dla Zadań 1-6, Zamawiający wskazał w ust. 8 w Tabeli:

Dla Zadania nr 4 OGN Poznań:

–L.p.10 i 11 Dworzec kolejowy/ miejscowość Poznań Główny „Nowy” o kategorii dworca: PREMIUM;

–L.p. 12 Dworzec kolejowy/ miejscowość Poznań Zachodni + tunel pod Poznań Główny "Stary" + plac przed budynkiem "Starego Dworca Poznań Główny" od strony ul. Dworcowej (punkty active guard) o kategorii dworca: PREMIUM;

–L.p. 14 Dworzec kolejowy/ miejscowość Szczecin Główny o kategorii dworca: PREMIUM.

6.Odwołujący w Formularzu ofertowym (zgodnym z wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ) oświadczył:

B. Stanowisko Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Konsorcjum

7.Odwołujący przyznał w Odwołaniu, iż literalne brzmienie pkt 9 Formularza ofertowego wskazuje na zamiar powierzenia podwykonawcom zakresu czynności, określonych w tym punkcie („reakcja grup interwencyjnych”), poprzez stwierdzenie: „W ocenie Odwołującego poza literalnym brzmieniem oświadczenia zawartego w pkt 9 Formularza ofertowego, (...)” (str. 9 Odwołania).

8.W ocenie Zamawiającego należy brać pod uwagę przede wszystkim literalne brzmienie oferty Wykonawcy. Wykładnia nie może być sprzeczna z literalnym brzmieniem oferty, złożonej przez Odwołującego.

9.W doktrynie dominuje stanowisko, zgodnie z którym „*Odnosząc się do zasad wykładni, w tym z uwzględnieniem ustalonych zwyczajów, w orzecznictwie KIO wskazuje się, że nie jest uprawnione dokonywanie wykładni oświadczenia woli wprost przeciwnej do jasnego brzmienia tego oświadczenia. Cywilnoprawne reguły wykładni oświadczeń woli, jakkolwiek obowiązujące także przy udzielaniu zamówień publicznych nie mogą być tak rozumiane, że będą prowadzić do skutków niedających się pogodzić z naczelnymi zasadami udzielania zamówień. Aby istniały podstawy do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie ust. 1, treść oferty powinna być niejasna lub budzić wątpliwości. W przeciwnym wypadku mogą być one uznane za niedozwolone negocjacje treści oferty. Z takimi negocjacjami będziemy mieć do czynienia, gdy wykonawca w wyjaśnieniach zmieni wcześniejszą ofertę*”.

10.Zamawiający uznaje, iż niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia jest oczywista, ewidentna, jednoznaczna i niewątpliwa. Odrzucenie oferty Konsorcjum nie nastąpiło z powodów błahych lub czysto formalnych, nie wpływających na treść złożonej oferty. Kwestie związane z podwykonawstwem stanowią w przedmiotowym Postępowaniu istotny element treści złożonej oferty. Niezgodność oferty Konsorcjum w tym zakresie ma istotne znaczenie dla Zamawiającego.

11.Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania wezwania z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał analizy złożonych dokumentów, stwierdzając, iż wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty we wskazanej sytuacji będzie dopuszczało możliwość dostosowania oświadczenia woli Wykonawcy do wymagań Zamawiającego, co z punktu widzenia zasad udzielania zamówień publicznych, wskazanych w art. 16 ustawy Pzp, jest niedopuszczalne.

12.Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem art. 223 ust. 2 i art. 187 ustawy Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z powyższego wynika, że „możliwa jest zmiana treści oferty (w sensie technicznym) jedynie będąca skutkiem poprawienia w tekście oferty oczywistej omyłki pisarskiej albo omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny (...)”.

13.Powyższa instytucja (art. 233 ust. 1 ustawy Pzp) umożliwia Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, przy czym skierowane do wykonawcy wezwanie nie może służyć jej uzupełnieniu czy zmianie, a z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym. „Co do zasady, rolą art. 223 ust. 1 [p.z.p.] jest ustalenie treści oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, które zostało sformułowane niedokładnie, niejasno lub zostało przypadkowo zniekształcone. Instytucja wyjaśnienia oferty nie może zatem prowadzić do zmiany jej treści, co jasno wynika z brzmienia tego przepisu. Zmianą treści oferty będzie np. wprowadzenie do niej zapisów, które mają istotne znaczenie dla jej pozytywnej oceny”.

14.Jednocześnie zauważyć należy, iż w art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp jest mowa o powierzeniu podwykonawcom części zamówienia. Powyższe oznacza, że wykonawca – gdy wymaga tego Zamawiający – winien dołożyć należytej staranności i jednoznacznie wskazać w ofercie przedmiot części zamówienia, który zostanie powierzony do realizacji podwykonawcy.

Odwołujący tej należytej staranności nie zachował.

(...)

16. Zamawiający wskazuje, iż Odwołujący mógł i powinien w pkt 9 Formularza ofertowego jasno, jednoznacznie i wprost określić, iż nie zamierza powierzać podwykonawcom reakcji grup interwencyjnych w zakresie dworców Premium. Zamawiający nie ma obowiązku domyślania się, jakie intencje kierowały Odwołującym, który złożył takie, a nie inne oświadczenie w treści Formularza ofertowego. Zamawiający nie ma obowiązku domyślania się, czy Konsorcjum zamierza powierzyć podwykonawcom reakcję Grup Interwencyjnych dworców Premium. Odwołujący mógł w jasny, oczywisty sposób dookreślić zakres podwykonawstwa, jak uczynili to pozostali wykonawcy, czego zaniechał. Dla Zamawiającego treść oświadczenia Konsorcjum zawartego w Formularzu ofertowym była i jest jednoznaczna – Odwołujący zamierzał powierzyć podwykonawcom również reakcję Grup Interwencyjnych dla dworców Premium.

17. Należy zaznaczyć, że pozostali wykonawcy, biorący udział w przedmiotowym Postępowaniu, jasno, wprost i jednoznacznie określili w swoich ofertach zakres podwykonawstwa, szczegółowo dookreślając, iż jest on zgodny z dokumentacją Postępowania i warunkami zamówienia. Poniżej fragmenty Formularzy ofertowych pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu:

Zadanie nr 4 – Dworce Odział Gospodarowania Nieruchomościami Poznań

Oferta nr 1

Konsorcjum firm w składzie: Impel Defender Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Lider Konsorcjum); Impel Safety Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Partner Konsorcjum); Impel Facility Services Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Partner Konsorcjum); Impel Provider Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Partner Konsorcjum); Impel FM Partner Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Partner Konsorcjum); Impel Technical Security Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Partner Konsorcjum); ITM Poland S.A. ul. Kostrzyńska 34; 65-127 Zielona Góra (Partner Konsorcjum); Biuro Ochrony ALKON Sp. z o.o. ul. T. Firlika 41, 71637 Szczecin (Partner Konsorcjum); Alkon ACC Sp. z o.o. ul. T. Firlika 41, 71-637 Szczecin (Partner Konsorcjum);

18. Wskazane przez pozostałych oferentów zakresy są właściwe i zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego, które zostały wyartykułowane we wzorze umowy.

Zakres czynności podany przez Odwołującego „reakcja grup interwencyjnych” nie jest zgodny z wymogiem Zamawiającego, jak również znacząco odstaje od klarownych informacji, udzielanych przez innych oferentów.

(...)

25. Przywołane przez Odwołującego orzeczenia KIO dotyczą odmiennych stanów faktycznych. Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2023 r. (KIO 2209/23) obejmował stan faktyczny, w którym istniały pewne wątpliwości w zakresie zamiaru powierzenia podwykonawcy dostawy wyposażenia technologicznego, przy równoczesnym zastrzeżeniu przez zamawiającego obowiązku wykonania przez wykonawcę kluczowej części przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym takie wątpliwości nie istnieją – Odwołujący wprost wskazał w Formularzu ofertowym zakres podwykonawstwa, obejmujący zastrzeżony przez

Zamawiającego zakres usług. Analogicznie - wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2015 r. (KIO 606/15) również obejmuje odmienny stan faktyczny – wątpliwości zamawiającego dotyczyły powierzenia podwykonawcom niesprecyzowanej części usługi sprzątania, stanowiącej przedmiot zamówienia. W ocenie Zamawiającego przywołane przez Odwołującego orzeczenia KIO nie mogą stanowić potwierdzenia dla też Odwołującego.

26. W odniesieniu do zarzutów Odwołującego, iż w poprzednim postępowaniu, prowadzonym przez Zamawiającego, Zamawiający nie miał wątpliwości wobec podobnej oferty Konsorcjum (a obecnie wątpliwości powziął), należy wskazać, że czynności i decyzje Zamawiającego podjęte w uprzednim, odrębnym postępowaniu, nie mogą być przenoszone na nowe, aktualne postępowanie. Innymi słowy – Zamawiający nie jest związany swoimi uprzednimi decyzjami, które zostały podjęte w innym postępowaniu, w innym czasie, odmiennym stanie faktycznym, przy odmiennym stanie wiedzy i doświadczenia Zamawiającego (jego pracowników). Uprzednie postępowanie oraz aktualne postępowanie są odrębne, niepowiązane ze sobą. Odwołujący nie może powoływać się na decyzje podjęte przez Zamawiającego w ramach poprzedniego postępowania, gdyż żaden przepis prawa nie obowiązuje Zamawiającego do zachowania się w tożsamy, identyczny sposób. Wprost przeciwnie – Zamawiający jest zobligowany do stosowania aktualnie obowiązujący przepisów prawa oraz do niezależnej oceny aktualnie złożonych ofert (a nie ofert złożonych w uprzednim postępowaniu). Zamawiający nie jest nawet uprawniony do powoływania się na własne decyzje, które zostały podjęte w innym postępowaniu. Jeśli przyjąć perspektywę Odwołującego, to Zamawiający nigdy nie mógłby podejmować w różnych, licznie prowadzonych postępowaniach, odmiennych (różnych) decyzji. Jest to stanowisko zdecydowanie błędne.

27. Stanowisko Zamawiającego potwierdza również samo Odwołanie, w którym Odwołujący dokonuje nieuprawnionej (niezgodnej z dokumentacją postępowania) wykładni/interpretacji pojęć, o czym szczegółowo poniżej.

C. Wykładnia pojęć dokonana przez Konsorcjum w ramach Odwołania

28. Odwołujący, w ramach Odwołania, dokonał wykładni pojęć, która jest niezgodna z dokumentacją postępowania i warunkami zamówienia.

29. Zdaniem Odwołującego, skoro SWZ Postępowania nie definiuje pojęcia „realizacja usługi Grup Interwencyjnych”, to

jest on uprawniony do samodzielnych ustaleń w zakresie procesu skierowania Grupy Interwencyjnej do realizacji usług Grupy Interwencyjnej. Odwołujący wskazuje na 7 działań, stwierdzając, iż Zamawiający zdaje się utożsamiać realizację usługi Grupy Interwencyjnej z punktami 6 i 7 tych działań („6. Grupa interwencyjna kieruje się do obiektu, z którego wygenerowano sygnał alarmowy. 7. Grupa interwencyjna dociera do obiektu i podejmuje interwencję”), zatem – zdaniem Odwołującego – wyłącznie te czynności zostały zastrzeżone do osobistego wykonania poprzez wykonawcę na dworcach Premium. Twierdzenie to nie znajduje żadnego uzasadnienia w treści projektu Umowy i w SWZ.

30.W SWZ, w kryterium oceny ofert „czas reakcji Grupy Interwencyjnej”, Zamawiający wyraźnie wskazuje, że czas ten liczony jest od momentu wezwania. Zgodnie z ust.

2 pkt 2) rozdziału XVIII SWZ:

„2) Czas reakcji Grupy Interwencyjnej (R):

A.dla Zadań nr 1 – 6, Czas reakcji Grupy Interwencyjnej od momentu wezwania nie może być dłuższy niż (...)

B.dla Zadań nr 7-8, Czas reakcji Grupy Interwencyjnej od momentu wezwania na dworce wskazane w Zadaniach 7-8 nie może być dłuższy niż (...).”

Moment wezwania jest zatem tożsamy z punktem 1 działań, wskazanych przez Odwołującego (str. 18 Odwołania), tj. z punktem: „Znajdujący się na obiekcie chronionym nadajnik systemu alarmowego lub pracownik ochrony inicjuje sygnał alarmowy”.

Gdyby Zamawiający utożsamiał realizację usługi Grup Interwencyjnych wyłącznie z pkt 6 i 7 działań wskazanych przez Odwołującego, to wówczas czas reakcji Grupy Interwencyjnej (w kryteriach oceny ofert) zostałby określony nie od „momentu wezwania”, ale np. od „momentu wyjazdu Grupy Interwencyjnej”. Stanowisko Odwołującego jest zatem niezgodne z dokumentacją postępowania i warunkami zamówienia.

31.Tym samym Odwołujący dokonuje interpretacji pojęcia „realizacja usługi Grup Interwencyjnych”, do czego nie jest uprawniony. Należy zaznaczyć, że dokonany przez Odwołującego podział „realizacji usługi Grupy Interwencyjnej” na 7 działań nie znajduje oparcia ani w przepisach ustawy Pzp, ani w dokumentacji postępowania, a ponadto nie znajduje odzwierciedlenia w Formularzu ofertowym Odwołującego.

32.Odwołujący podejmuje próbę wykazania, że pojęcie „reakcji grupy interwencyjnej” jest odmienne od pojęcia „realizacji usługi Grupy Interwencyjnej”, celem wykazania, że Odwołujący nie naruszył zakazu powierzenia podwykonawstwu w zakresie realizacji usługi Grupy Interwencyjnej dla dworców kategorii Premium.

33.Wymaga podkreślenia, że „Odwołujący rozważa zaangażowanie podwykonawców do czynności opisanych w punktach nr 2, 3, 4 i 5. Przy czym czynności te nie zostały zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawców w SWZ” (str. 18 Odwołania). Ponadto „Odwołujący celowo posłużył się określeniem „reakcja grup interwencyjnych” a nie „realizacja usługi Grupy Interwencyjnej”, która jest zastrzeżona do osobistego wykonania przez Wykonawcę na dworcach Premium” (str. 18 Odwołania).

34.Z powyższego wynika, że Odwołujący, w zakresie dworców Premium, zamierza powierzyć podwykonawcom część czynności dotyczących „reakcji grup interwencyjnych”, gdyż – jego zdaniem – nie zostały one zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę na dworcach Premium.

35.Tymczasem Zamawiający nie rozdziela działań, które należy wykonać (od odebrania sygnału alarmowego do wejścia pracowników Grupy Interwencyjnej na obiekt) na pojedyncze elementy. W projekcie umowy zostało wskazane całe zadanie – realizacji usługi Grupy Interwencyjnej. Zamawiający wskazał w SWZ, że dopuszczalna jest realizacja usługi Grupy Interwencyjnej przez podwykonawców (z ograniczeniami wskazanymi w SWZ). Usługa ta nie została jednak rozbita na elementy składowe. Odwołujący nie jest uprawniony do wyodrębniania elementów, które stanowią lub nie stanowią części/elementy usługi Grupy Interwencyjnej. Podejmując takie działania, Odwołujący samodzielnie próbuje określać, jakie elementy/czynności/działania wchodzi w zakres usług, które mogą zostać przekazane podwykonawcy. Odwołujący próbuje zatem modyfikować warunki zamówienia, uzurpując sobie prawo ustalenia, co wchodzi (a co nie wchodzi) w zakres kluczowych części zamówienia, które nie mogą zostać powierzone podwykonawcom.

36.Ponadto, jak to już wskazano powyżej, Odwołujący rozważa zaangażowanie podwykonawców do czynności opisanych w punktach nr 2, 3, 4 i 5, czyli czynności dotyczących „reakcji grup interwencyjnych”, również dla dworców Premium. W Formularzu ofertowym Odwołujący jako zakres czynności wskazał „reakcję grup interwencyjnych”. Odwołujący niewłaściwie przyjmuje, że usługa Grupy Interwencyjnej składa się z wielu elementów, z których część może powierzyć podwykonawcy, a część wykonać osobiście. Zamawiający w żadnym z dokumentów nie dzieli usługi Grupy Interwencyjnej na elementy i nie wyraża zgody, by w odniesieniu do dworców Premium jakiegokolwiek czynności, związane z realizacją usługi Grup Interwencyjnych, były przekazywane podwykonawcom.

37.W ocenie Zamawiającego argumentacja zawarta w Odwołaniu jest niespójna. Z jednej strony Odwołujący wskazuje, że w zakresie dworców Premium nie zamierza posługiwać się podwykonawcami (wbrew literalnemu oświadczeniu w pkt 9 Formularza ofertowego), a z drugiej strony Odwołujący przyznaje wprost, że część czynności, dotyczących reakcji Grup Interwencyjnych w ramach dworców Premium, zamierza jednak powierzyć podwykonawcom.

38.Odwołujący stwierdza w Odwołaniu, że celowo posłużył się określeniem „reakcja grupy interwencyjnej”, a nie „realizacja usługi Grupy Interwencyjnej”, w związku z czym w sposób świadomy (niewynikający z omyłki, niezrozumienia) wskazał w ofercie treść niezgodną z warunkami zamówienia. Odwołanie potwierdza zatem pierwotne ustalenia Zamawiającego, że oferta Konsorcjum jest niezgodna z warunkami zamówienia i że została odrzucona słusznie, zgodnie z przepisami prawa. Wszelkie wyjaśnienia w tym zakresie miałyby charakter negocjacji treści oferty.

39.Ponadto, skoro Odwołujący przyjął podział na 7 działań/czynności, to dlaczego nie znalazło to odzwierciedlenia w treści złożonej oferty (w Formularzu ofertowym). Odwołujący powinien zatem w pkt 9 Formularza ofertowego precyzyjnie dookreślić, że podwykonawstwo dotyczy jedynie niektórych działań/czynności (np. czynności przygotowawczych), a nie wszystkich czynności, tj. „reakcji grupy interwencyjnej”. W ocenie Zamawiającego argumentacja Odwołującego została stworzona wyłącznie na potrzeby Odwołania.

40.Podsumowując, należy uznać, że zarzut Odwołującego jest zupełnie bezzasadny.

II.Zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty w zakresie Zadania nr 4

41.Wymaga podkreślenia, że Zamawiający nie jest zobligowany do zastosowania wezwania w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. „Ten sposób rozumienia przepisu potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 4.07.2003 r., UZP/ZO/0-936/03, niepubl., w którym uwzględniając odwołanie, stwierdzono: „Zamawiający może, ale nie musi, z tego uprawnienia skorzystać (...). Jednakże (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...), jeżeli istnieją ku temu przesłanki ”.

42.Jak to już zostało wskazane w części I.B Odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania wezwania z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty we wskazanej sytuacji będzie dopuszczało możliwość dostosowania oświadczenia woli Konsorcjum do wymagań Zamawiającego. Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty. Stanowisko Zamawiającego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, przywołanym w części I.B Odpowiedzi na odwołanie.

43.Podsumowując, należy uznać, że zarzut Odwołującego jest zupełnie bezzasadny.

III.Wybór jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 4 oferty innego wykonawcy

44.Odwołujący zarzucił Zamawiającemu wybór jako najkorzystniejszej w zakresie:

Zadania nr 4 – oferty wykonawcy Konsorcjum z Liderem Impel Defender Sp. z o.o., ul. Stolinimskiego 1, 50-304 Wrocław.

45.Należy podkreślić, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, celem potwierdzenia, iż Zamawiający, wybierając ofertę wskazanego powyżej wykonawcy, naruszył dyspozycję art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

46.Zamawiający, w Zadaniu nr 4, wybrał najkorzystniejszą ofertę, gdyż oferta Odwołującego została prawidłowo odrzucona. Odwołujący nie wykazał/nie uzasadnił, dlaczego wybór oferty w/w wykonawcy jest wadliwy i narusza art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

47.Nie sposób również zgodzić się z zarzutem naruszenia zasad przejrzystości i efektywności postępowania, poprzez wybór droższej oferty. Oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, zaś Zamawiający, zgodnie z art. 239 ustawy Pzp, wybrał w Zadaniu nr 4 najkorzystniejszą ofertę, na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w dokumentach zamówienia.

48.Podsumowując, należy uznać, że zarzut Odwołującego jest zupełnie bezzasadny.

### **Sygn. akt: KIO 74/24**

I.Odrzucenie oferty Odwołującego 3 w zakresie Zadania nr 6 wobec uznania, że jej treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia

(...)

5.W Załączniku nr 1a do SWZ, stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy, tj. Opis Przedmiotu Zamówienia dla Zadań 1-6, Zamawiający wskazał w ust. 8 w Tabeli:

Dla Zadania nr 6 OGN Wrocław:

- L.p. 7 Dworzec kolejowy/ miejscowość Opole Główne o kategorii dworca: PREMIUM;
- L.p. 9 Dworzec kolejowy/ miejscowość Wrocław Główny o kategorii dworca: PREMIUM;
- L.p. 24 Dworzec kolejowy/ miejscowość Opole Główne o kategorii dworca: PREMIUM;

6.Odwołujący w Formularzu ofertowym (zgodnym z wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ) oświadczył:

B. Stanowisko Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Konsorcjum

7.Odwołujący przyznał w Odwołaniu, iż literalne brzmienie pkt 9 Formularza ofertowego wskazuje na zamiar powierzenia podwykonawcom zakresu czynności, określonych w tym punkcie („reakcja grup interwencyjnych”), poprzez stwierdzenie: „W ocenie Odwołującego poza literalnym brzmieniem oświadczenia zawartego w pkt 9 Formularza ofertowego, (...)” (str. 9 Odwołania).

8.W ocenie Zamawiającego należy brać pod uwagę przede wszystkim literalne brzmienie oferty Wykonawcy. Wykładnia nie może być sprzeczna z literalnym brzmieniem oferty, złożonej przez Odwołującego.



9. W doktrynie dominuje stanowisko, zgodnie z którym „Odnosząc się do zasad wykładni, w tym z uwzględnieniem ustalonych zwyczajów, w orzecznictwie KIO wskazuje się, że nie jest uprawnione dokonywanie wykładni oświadczenia woli wprost przeciwnej do jasnego brzmienia tego oświadczenia. Cywilnoprawne reguły wykładni oświadczeń woli, jakkolwiek obowiązujące także przy udzielaniu zamówień publicznych nie mogą być tak rozumiane, że będą prowadzić do skutków niedających się pogodzić z naczelnymi zasadami udzielania zamówień. Aby istniały podstawy do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie ust. 1, treść oferty powinna być niejasna lub budzić wątpliwości. W przeciwnym wypadku mogą być one uznane za niedozwolone negocjacje treści oferty. Z takimi negocjacjami będziemy mieć do czynienia, gdy wykonawca w wyjaśnieniach zmieni wcześniejszą ofertę”.

10. Zamawiający uznaje, iż niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia jest oczywista, ewidentna, jednoznaczna i niewątpliwa. Odrzucenie oferty Konsorcjum nie nastąpiło z powodów błahych lub czysto formalnych, nie wpływających na treść złożonej oferty. Kwestie związane z podwykonawstwem stanowią w przedmiotowym Postępowaniu istotny element treści złożonej oferty. Niezgodność oferty Konsorcjum w tym zakresie ma istotne znaczenie dla Zamawiającego.

11. Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania wezwania z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał analizy złożonych dokumentów, stwierdzając, iż wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty we wskazanej sytuacji będzie dopuszczało możliwość dostosowania oświadczenia woli Wykonawcy do wymagań Zamawiającego, co z punktu widzenia zasad udzielania zamówień publicznych, wskazanych w art. 16 ustawy Pzp, jest niedopuszczalne.

12. Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem art. 223 ust. 2 i art. 187 ustawy Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z powyższego wynika, że „możliwa jest zmiana treści oferty (w sensie technicznym) jedynie będąca skutkiem poprawienia w tekście oferty oczywistej omyłki pisarskiej albo omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny (...).

13. Powyższa instytucja (art. 233 ust. 1 ustawy Pzp) umożliwia Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, przy czym skierowane do wykonawcy wezwanie nie może służyć jej uzupełnieniu czy zmianie, a z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym. „Co do zasady, rolą art. 223 ust. 1 [p.z.p.] jest ustalenie treści oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, które zostało sformułowane niedokładnie, niejasno lub zostało przypadkowo zniekształcone. Instytucja wyjaśnienia oferty nie może zatem prowadzić do zmiany jej treści, co jasno wynika z brzmienia tego przepisu. Zmianą treści oferty będzie np. wprowadzenie do niej zapisów, które mają istotne znaczenie dla jej pozytywnej oceny”.

14. Jednocześnie zauważyć należy, iż w art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp jest mowa o powierzeniu podwykonawcom części zamówienia. Powyższe oznacza, że wykonawca – gdy wymaga tego Zamawiający – winien dołożyć należytej staranności i jednoznacznie wskazać w ofercie przedmiot części zamówienia, który zostanie powierzony do realizacji podwykonawcy.

Odwołujący tej należytej staranności nie zachował.

(...)

16. Zamawiający wskazuje, iż Odwołujący mógł i powinien w pkt 9 Formularza ofertowego jasno, jednoznacznie i wprost określić, iż nie zamierza powierzać podwykonawcom reakcji grup interwencyjnych w zakresie dworców Premium. Zamawiający nie ma obowiązku domyślania się, jakie intencje kierowały Odwołującym, który złożył takie, a nie inne oświadczenie w treści Formularza ofertowego. Zamawiający nie ma obowiązku domyślania się, czy Konsorcjum zamierza powierzyć podwykonawcom reakcję Grup Interwencyjnych dworców Premium. Odwołujący mógł w jasny, oczywisty sposób dookreślić zakres podwykonawstwa, jak uczynili to pozostali wykonawcy, czego zaniechał. Dla Zamawiającego treść oświadczenia Konsorcjum zawartego w Formularzu ofertowym była i jest jednoznaczna – Odwołujący zamierzał powierzyć podwykonawcom również reakcję Grup Interwencyjnych dla dworców Premium.

17. Należy zaznaczyć, że pozostali wykonawcy, biorący udział w przedmiotowym Postępowaniu, jasno, wprost i jednoznacznie określili w swoich ofertach zakres podwykonawstwa, szczegółowo dookreślając, iż jest on zgodny z dokumentacją Postępowania i warunkami zamówienia. Poniżej fragmenty Formularzy ofertowych pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu:

#### **Zadanie nr 6 – Dworzec Odział Gospodarowania Nieruchomościami Wrocław**

Oferta na 1

Konsorcjum firm w składzie: Impel Defender Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Lider Konsorcjum); Impel Safety Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Partner Konsorcjum); Impel Facility Services Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Partner Konsorcjum); Impel Provider Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Partner Konsorcjum); Impel FM Partner Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Partner Konsorcjum); Impel Technical Security Sp. z o.o. ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (Partner Konsorcjum); ITM Poland S.A. ul. Kostrzyńska 34, 65-127 Zielona Góra (Partner Konsorcjum); GWARANT Agencja Ochrony Sp. z o.o. ul. Cygana 2, 45-131 Opole (Partner Konsorcjum); Silezjan System Security - Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. ul. Centralna 24, 52-114 Wrocław (Partner Konsorcjum);

18. Wskazane przez pozostałych oferentów zakresy są właściwe i zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego, które

zostały wyartykułowane we wzorze umowy. Zakres czynności podany przez Odwołującego „reakcja grup interwencyjnych” nie jest zgodny z wymogiem Zamawiającego, jak również znacząco odstaje od klarownych informacji, udzielanych przez innych oferentów.

(...)

25. Przywołane przez Odwołującego orzeczenia KIO dotyczą odmiennych stanów faktycznych. Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2023 r. (KIO 2209/23) obejmował stan faktyczny, w którym istniały pewne wątpliwości w zakresie zamiaru powierzenia podwykonawcy dostawy wyposażenia technologicznego, przy równoczesnym zastrzeżeniu przez zamawiającego obowiązku wykonania przez wykonawcę kluczowej części przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym takie wątpliwości nie istnieją – Odwołujący wprost wskazał w Formularzu ofertowym zakres podwykonawstwa, obejmujący zastrzeżony przez

Zamawiającego zakres usług. Analogicznie - wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2015 r. (KIO 606/15) również obejmuje odmienny stan faktyczny – wątpliwości zamawiającego dotyczyły powierzenia podwykonawcom niesprecyzowanej części usługi sprzątnięcia, stanowiącej przedmiot zamówienia. W ocenie Zamawiającego przywołane przez Odwołującego orzeczenia KIO nie mogą stanowić potwierdzenia dla też Odwołującego.

26. W odniesieniu do zarzutów Odwołującego, iż w poprzednim postępowaniu, prowadzonym przez Zamawiającego, Zamawiający nie miał wątpliwości wobec podobnej oferty Konsorcjum (a obecnie wątpliwości powziął), należy wskazać, że czynności i decyzje Zamawiającego podjęte w uprzednim, odrębnym postępowaniu, nie mogą być przenoszone na nowe, aktualne postępowanie. Innymi słowy – Zamawiający nie jest związany swoimi uprzednimi decyzjami, które zostały podjęte w innym postępowaniu, w innym czasie, odmiennym stanie faktycznym, przy odmiennym stanie wiedzy i doświadczenia Zamawiającego (jego pracowników). Uprzednie postępowanie oraz aktualne postępowanie są odrębne, niepowiązane ze sobą. Odwołujący nie może powoływać się na decyzje podjęte przez Zamawiającego w ramach poprzedniego postępowania, gdyż żaden przepis prawa nie obliuguje Zamawiającego do zachowania się w tożsamy, identyczny sposób. Wprost przeciwnie – Zamawiający jest zobligowany do stosowania aktualnie obowiązujących przepisów prawa oraz do niezależnej oceny aktualnie złożonych ofert (a nie ofert złożonych w uprzednim postępowaniu). Zamawiający nie jest nawet uprawniony do powoływania się na własne decyzje, które zostały podjęte w innym postępowaniu. Jeśli przyjąć perspektywę Odwołującego, to Zamawiający nigdy nie mógłby podejmować w różnych, licznie prowadzonych postępowaniach, odmiennych (różnych) decyzji. Jest to stanowisko zdecydowanie błędne.

27. Stanowisko Zamawiającego potwierdza również samo Odwołanie, w którym Odwołujący dokonuje nieuprawnionej (niezgodnej z dokumentacją postępowania) wykładni/interpretacji pojęć, o czym szczegółowo poniżej.

C. Wykładnia pojęć dokonana przez Konsorcjum w ramach Odwołania

28. Odwołujący, w ramach Odwołania, dokonał wykładni pojęć, która jest niezgodna z dokumentacją postępowania i warunkami zamówienia.

29. Zdaniem Odwołującego, skoro SWZ Postępowania nie definiuje pojęcia „realizacja usługi Grup Interwencyjnych”, to jest on uprawniony do samodzielnych ustaleń w zakresie procesu skierowania Grupy Interwencyjnej do realizacji usług Grupy Interwencyjnej. Odwołujący wskazuje na 7 działań, stwierdzając, iż Zamawiający zdaje się utożsamiać realizację usługi Grupy Interwencyjnej z punktami 6 i 7 tych działań („6. Grupa interwencyjna kieruje się do obiektu, z którego wygenerowano sygnał alarmowy. 7. Grupa interwencyjna dociera do obiektu i podejmuje interwencję”), zatem – zdaniem Odwołującego – wyłącznie te czynności zostały zastrzeżone do osobistego wykonania poprzez wykonawcę na dworcach Premium. Twierdzenie to nie znajduje żadnego uzasadnienia w treści projektu Umowy i w SWZ.

30. W SWZ, w kryterium oceny ofert „czas reakcji Grupy Interwencyjnej”, Zamawiający wyraźnie wskazuje, że czas ten liczony jest od momentu wezwania. Zgodnie z ust.

2 pkt 2) rozdziału XVIII SWZ:

„2) Czas reakcji Grupy Interwencyjnej (R):

A. dla Zadań nr 1 – 6, Czas reakcji Grupy Interwencyjnej od momentu wezwania nie może być dłuższy niż (...)

B. dla Zadań nr 7-8, Czas reakcji Grupy Interwencyjnej od momentu wezwania na dworce wskazane w Zadaniach 7-8 nie może być dłuższy niż (...).”

Moment wezwania jest zatem tożsamy z punktem 1 działań, wskazanych przez Odwołującego (str. 18 Odwołania), tj. z punktem: „Znajdujący się na obiekcie chronionym nadajnik systemu alarmowego lub pracownik ochrony inicjuje sygnał alarmowy”.

Gdyby Zamawiający utożsamiał realizację usługi Grup Interwencyjnych wyłącznie z pkt 6 i 7 działań wskazanych przez Odwołującego, to wówczas czas reakcji Grupy Interwencyjnej (w kryteriach oceny ofert) zostałby określony nie od „momentu wezwania”, ale np. od „momentu wyjazdu Grupy Interwencyjnej”. Stanowisko Odwołującego jest zatem niezgodne z dokumentacją postępowania i warunkami zamówienia.

31. Tym samym Odwołujący dokonuje interpretacji pojęcia „realizacja usługi Grup Interwencyjnych”, do czego nie jest uprawniony. Należy zaznaczyć, że dokonany przez Odwołującego podział „realizacji usługi Grupy Interwencyjnej” na 7

działań nie znajduje oparcia ani w przepisach ustawy Pzp, ani w dokumentacji postępowania, a ponadto nie znajduje odzwierciedlenia w Formularzu ofertowym Odwołującego.

32. Odwołujący podejmuje próbę wykazania, że pojęcie „reakcji grupy interwencyjnej” jest odmienne od pojęcia „realizacji usługi Grupy Interwencyjnej”, celem wykazania, że Odwołujący nie naruszył zakazu powierzenia podwykonawstwa w zakresie realizacji usługi Grupy Interwencyjnej dla dworców kategorii Premium.

33. Wymaga podkreślenia, że „Odwołujący rozważa zaangażowanie podwykonawców do czynności opisanych w punktach nr 2, 3, 4 i 5. Przy czym czynności te nie zostały zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawców w SWZ” (str. 18 Odwołania). Ponadto „Odwołujący celowo posłużył się określeniem „reakcja grup interwencyjnych” a nie „realizacja usługi Grupy Interwencyjnej”, która jest zastrzeżona do osobistego wykonania przez Wykonawcę na dworcach Premium” (str. 18 Odwołania).

34. Z powyższego wynika, że Odwołujący, w zakresie dworców Premium, zamierza powierzyć podwykonawcom część czynności dotyczących „reakcji grup interwencyjnych”, gdyż – jego zdaniem – nie zostały one zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę na dworcach Premium.

35. Tymczasem Zamawiający nie rozdziela działań, które należy wykonać (od odebrania sygnału alarmowego do wejścia pracowników Grupy Interwencyjnej na obiekt) na pojedyncze elementy. W projekcie umowy zostało wskazane całe zadanie – realizacji usługi Grupy Interwencyjnej. Zamawiający wskazał w SWZ, że dopuszczalna jest realizacja usługi Grupy Interwencyjnej przez podwykonawców (z ograniczeniami wskazanymi w SWZ). Usługa ta nie została jednak rozbita na elementy składowe. Odwołujący nie jest uprawniony do wyodrębniania elementów, które stanowią lub nie stanowią części/elementy usługi Grupy Interwencyjnej. Podejmując takie działania, Odwołujący samodzielnie próbuje określać, jakie elementy/czynności/działania wchodzi w zakres usług, które mogą zostać przekazane podwykonawcy. Odwołujący próbuje zatem modyfikować warunki zamówienia, uzurpując sobie prawo ustalenia, co wchodzi (a co nie wchodzi) w zakres kluczowych części zamówienia, które nie mogą zostać powierzone podwykonawcom.

36. Ponadto, jak to już wskazano powyżej, Odwołujący rozważa zaangażowanie podwykonawców do czynności opisanych w punktach nr 2, 3, 4 i 5, czyli czynności dotyczących „reakcji grup interwencyjnych”, również dla dworców Premium. W Formularzu ofertowym Odwołujący jako zakres czynności wskazał „reakcję grup interwencyjnych”. Odwołujący niewłaściwie przyjmuje, że usługa Grupy Interwencyjnej składa się z wielu elementów, z których część może powierzyć podwykonawcy, a część wykonać osobiście. Zamawiający w żadnym z dokumentów nie dzieli usługi Grupy Interwencyjnej na elementy i nie wyraża zgody, by w odniesieniu do dworców Premium jakiegokolwiek czynności, związane z realizacją usługi Grup Interwencyjnych, były przekazywane podwykonawcom.

37. W ocenie Zamawiającego argumentacja zawarta w Odwołaniu jest niespójna. Z jednej strony Odwołujący wskazuje, że w zakresie dworców Premium nie zamierza posługiwać się podwykonawcami (wbrew literalnemu oświadczeniu w pkt 9 Formularza ofertowego), a z drugiej strony Odwołujący przyznaje wprost, że część czynności, dotyczących reakcji Grup Interwencyjnych w ramach dworców Premium, zamierza jednak powierzyć podwykonawcom.

38. Odwołujący stwierdza w Odwołaniu, że celowo posłużył się określeniem „reakcja grupy interwencyjnej”, a nie „realizacja usługi Grupy Interwencyjnej”, w związku z czym w sposób świadomy (niewynikający z omyłki, niezrozumienia) wskazał w ofercie treść niezgodną z warunkami zamówienia. Odwołanie potwierdza zatem pierwotne ustalenia Zamawiającego, że oferta Konsorcjum jest niezgodna z warunkami zamówienia i że została odrzucona słusznie, zgodnie z przepisami prawa. Wszelkie wyjaśnienia w tym zakresie miałyby charakter negocjacji treści oferty.

39. Ponadto, skoro Odwołujący przyjął podział na 7 działań/czynności, to dlaczego nie znalazło to odzwierciedlenia w treści złożonej oferty (w Formularzu ofertowym). Odwołujący powinien zatem w pkt 9 Formularza ofertowego precyzyjnie dookreślić, że podwykonawstwo dotyczy jedynie niektórych działań/czynności (np. czynności przygotowawczych), a nie wszystkich czynności, tj. „reakcji grupy interwencyjnej”. W ocenie Zamawiającego argumentacja Odwołującego została stworzona wyłącznie na potrzeby Odwołania.

40. Podsumowując, należy uznać, że zarzut Odwołującego jest zupełnie bezzasadny.

II. Zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty w zakresie Zadania nr 4

41. Wymaga podkreślenia, że Zamawiający nie jest zobligowany do zastosowania wezwania w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. „Ten sposób rozumienia przepisu potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 4.07.2003 r., UZP/ZO/0-936/03, niepubl., w którym uwzględniając odwołanie, stwierdzono: „Zamawiający może, ale nie musi, z tego uprawnienia skorzystać (...). Jednakże (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...), jeżeli istnieją ku temu przesłanki”.

42. Jak to już zostało wskazane w części I.B Odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania wezwania z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty we wskazanej sytuacji będzie dopuszczało możliwość dostosowania oświadczenia woli Konsorcjum do wymagań Zamawiającego. Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty. Stanowisko Zamawiającego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, przywołanym w części I.B

Odpowiedzi na odwołanie.

43.Podsumowując, należy uznać, że zarzut Odwołującego jest zupełnie bezzasadny.

III.Wybór jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 4 oferty innego wykonawcy

44.Odwołujący zarzucił Zamawiającemu wybór jako najkorzystniejszej w zakresie:

Zadania nr 4 – oferty wykonawcy Konsorcjum z Liderem Impel Defender Sp. z o.o., ul. Stolinimskiego 1, 50-304 Wrocław.

45.Należy podkreślić, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, celem potwierdzenia, iż Zamawiający, wybierając ofertę wskazanego powyżej wykonawcy, naruszył dyspozycję art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

46.Zamawiający, w Zadaniu nr 4, wybrał najkorzystniejszą ofertę, gdyż oferta Odwołującego została prawidłowo odrzucona. Odwołujący nie wykazał/nie uzasadnił, dlaczego wybór oferty w/w wykonawcy jest wadliwy i narusza art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

47.Nie sposób również zgodzić się z zarzutem naruszenia zasad przejrzystości i efektywności postępowania, poprzez wybór droższej oferty. Oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, zaś Zamawiający, zgodnie z art. 239 ustawy Pzp, wybrał w Zadaniu nr 4 najkorzystniejszą ofertę, na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w dokumentach zamówienia.

48.Podsumowując, należy uznać, że zarzut Odwołującego jest zupełnie bezzasadny.

**Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego** wnosząc o oddalenie odwołań przystąpienie zgłosili:

A.w sprawie sygn. akt KIO 71/24 Konsorcjum: DGP Security Partner Sp. z o. o., , Derślaw Sp. z o.o. , STEKOP S.A. „STEKOP OCHRONA” Sp. z o.o., SOLID SECURITY Sp. z o.o., SOLID Sp. z o.o. z/s w Legnicy (Przystępujący 1 Przystępujący DGP);

B.w sprawach o sygn. akt: KIO 71/24, KIO 72/24/ KIO 74/24 Konsorcjum: Impel Defender Sp. z o. o., Impel Safety Sp. z o. o., Impel Facility Services Sp. z o. o., Impel Provider Sp. z o. o., Impel FM Partner Sp. z o. o., Impel Technica Security Sp. z o. o., ITM Poland S.A., Garda Sp. z o.o., Garda Security & Service Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu (Przystępujący 2 lub Przystępujący Impel).

W piśmie procesowym z dnia 19/01/2024 Przystępujący 1 (DGP) podał w szczególności:

(...)

1. Zarzut odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części nr 1, 3 i 7 oraz zarzut wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako Pzp) poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie części nr 1, 3 i 7 oraz naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej w tychże częściach. Z przedmiotowymi zarzutami nie sposób się zgodzić. Odwołujący nie kwestionuje, że Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia. Nie ma zatem możliwości realizacji zamówienia przy pomocy podwykonawców m.in. w zakresie:

1)usług grup interwencyjnych w przypadku dworców kategorii Premium w Zadaniach nr 1-6 oraz

2)grup interwencyjnych w Zadaniach 7- 8.

Zadanie nr 3 obejmuje realizację usług ochrony Dworców Oddziału Gospodarowania Nieruchomościami Kraków. Na zakres przedmiotowy tego zadania składa się ochrona wielu obiektów, w tym jeden dworzec oznaczony jako dworzec Premium – Lublin Główny. Poprzez oznaczenie Premium możliwość powierzenia podwykonawcom wykonania usług grupy interwencyjnej dla tego dworca, została wyłączona. Natomiast zadanie nr 7 obejmuje realizację usług ochrony jedynie na jednym dworze – Dworcu Głównym Kraków. W zakresie tego zadania Zamawiający w ogólności wyłączył możliwość realizacji grup interwencyjnych przy pomocy podwykonawców.

Odwołujący w Formularzu ofertowym w pkt 9) wskazał, że zamierza powierzyć realizację następujących części zamówienia podwykonawcom: „reakcja grup interwencyjnych” oraz „otwieranie i zamykanie dworców”.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że Odwołujący zobowiązany był do precyzyjnego wskazania, jaki zakres zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom, w tym w sposób umożliwiający Zamawiającemu weryfikację zgodności oferty z zapisami dokumentów zamówienia w zakresie obowiązku osobistego wykonania części zamówienia.

Art. 462 ust. 2 Pzp wprowadza możliwość żądania przez Zamawiającego wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw podwykonawców, jeżeli są już znani. Co ważne, Zamawiający w SWZ podkreślił konieczność określenia przez wykonawców w składanych ofertach części zamówienia, które zamierzają powierzyć do realizacji podwykonawcom, a nie tylko w Formularzu ofertowym. Zgodnie z Rozdziałem XI ust. 2 SWZ: „Wykonawca zobowiązany jest wskazać w oświadczeniu JEDZ, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do SWZ, oraz Formularzu Oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać nazwy podwykonawców (o ile są znane na obecnym etapie)”. Zapis dotyczący konieczności wskazania części zamówienia, których wykonanie wykonawca

zamierza powierzyć podwykonawcom i podania nazwy podwykonawców (Rozdział XI ust. 2 SWZ) pojawił się bezpośrednio pod zapisem określającym obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia (Rozdział XI ust. 3 SWZ). Już w treści SWZ Zamawiający podkreślał więc znaczenie oświadczenia wykonawcy w zakresie udziału podwykonawców, dla oceny złożonej przez niego oferty. Odwołujący zobowiązany był precyzyjnie określić zakres zamówienia, który zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcom. Skoro Odwołujący (jak wskazał w odwołaniu) miał świadomość ograniczeń w zakresie podwykonawstwa, to musiał również mieć świadomość konieczności zweryfikowania przez Zamawiającego, czy złożone oferty są zgodne z tymi warunkami. Odwołujący powinien był więc wskazać zakres zamówienia powierzony podwykonawcom w taki sposób, aby Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do spełniania przez ofertę Odwołującego warunków zamówienia. Zamawiający nie może domyślać więc bowiem, jakiej treści oświadczenie chciał złożyć wykonawca. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej: „Treść oferty musi być czytelna i jednoznaczna nie tylko dla wykonawcy składającego ofertę, ale przede wszystkim dla Zamawiającego, jak i innych wykonawców biorących udział w postępowaniu”. W wyroku z dnia 21 marca 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła także, że wykonawca – jako podmiot profesjonalny jest zobowiązany do przedstawienia treści oferty w taki sposób, aby potwierdzić wymagania określone przez zamawiającego („Złożenie oferty wiąże się bowiem z określonymi przez Zamawiającego wymaganiami. To tym wymaganiom - wymaganiom Zamawiającego wykonawca zobowiązany jest sprostać. Profesjonalny wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne zobligowany jest więc do szczegółowego zapoznania się z treścią dokumentacji, tak by składana przez niego oferta i dokumenty w pełni odpowiadały wymogom postawionym przez Zamawiającego w dokumentacji oraz przepisach prawa”).

*Po drugie*, wbrew twierdzeniom Odwołującego, z treści złożonego przez niego oświadczenia w Formularzu ofertowym wynika, że zamierza on powierzyć do realizacji podwykonawcom całość usług w zakresie reakcji grup interwencyjnych. Ze wskazania, że Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom zakres zamówienia (zakres czynności) obejmujący reakcję grup interwencyjnych, nie da się wywieść nic innego niż chęć powierzenia do realizacji podwykonawcom całości usług grup interwencyjnych.

Sformułowanie to zostało bezpośrednio umieszczone w miejscu, w którym powinno wskazać się części zamówienia, których realizację zamierza się zlecić podwykonawcom. Ponadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego, treść złożonego przez niego Formularza Oferty nie pozwala bez żadnych wątpliwości stwierdzić, że miał on zamiar powierzenia podwykonawcom realizację usług grup interwencyjnych jedynie w zakresie, w jakim nie został zastrzeżony do osobistego wykonania. Nie można bowiem domniemywać, że stwierdzenie „reakcja grup interwencyjnych” w tabeli przygotowanej specjalnie do wskazania części zamówienia, które zamierza się powierzyć podwykonawcom, dotyczy tak naprawdę jedynie części usług grup interwencyjnych. Taka interpretacja jest sprzeczna z zasadami doświadczenia życiowego oraz zasadami logicznego myślenia. Gdyby celem Odwołującego rzeczywiście było powierzenie podwykonawcom realizacji usług grup interwencyjnych jedynie w pewnym zakresie, to wskazałby to Formularzu ofertowym. Odwołujący miał bowiem możliwość wskazania, przykładowo, że zakres czynności obejmie „reakcja grup interwencyjnych na dworcach: .....”, „reakcja grup interwencyjnych w zadaniach ....”, „usługi grup interwencyjnych poza zakresem zastrzeżonym do osobistego wykonania przez wykonawcę”, „usługi grup interwencyjnych poza obiektami ....”, „usługi grup interwencyjnych poza dworcami kategorii Premium”. Odwołujący – chociaż nieprecyzyjnie – mógł także wskazać np. „częściowa realizacja usług grup interwencyjnych”, „usługi grup interwencyjnych na części dworców”, „realizacja części grup interwencyjnych”. Gdyby Odwołujący wskazał w jakikolwiek sposób zamiar powierzenia podwykonawcom jedynie części usług w zakresie grup interwencyjnych (jak np. w wskazano w zdaniu poprzednim), dopiero wtedy Zamawiający miałby podstawę do powzięcia wątpliwości, w zakresie których części/dworców/zadań Odwołujący ma zamiar wprowadzić podwykonawców (o czym szerzej poniżej). Oczywistym jest, że gdy ktoś ma na celu wskazanie jedynie części jakiegoś pojęcia/zakresu to bezpośrednio wskazuje on na wybraną część/zakres.

*Po trzecie*, Odwołujący opiera swoją argumentację również na rzekomej świadomości ograniczeń Zamawiającego w zakresie powierzenia podwykonawcom realizacji części zamówienia. Skoro jednak Odwołujący był świadomy tych ograniczeń, to powinien sformułować treść oferty w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Niewątpliwym jest, że jeżeli Odwołujący byłby świadomy zakazu powierzenia podwykonawcom realizacji części zamówienia oraz obowiązku wskazania części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom, to zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, dokładnie sprecyzowałby te części zamówienia. Nie dokonał on jednak takiej czynności, czego konsekwencją jest niezgodność jego oferty z warunkami zamówienia. Na obecnym etapie postępowania, Odwołujący – w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia – nie może przedstawiać znaczenia złożonego oświadczenia w Formularzu ofertowym w sposób odmienny od rzeczywistego celu oświadczenia złożonego w dniu złożenia oferty.

*Po czwarte*, Odwołujący opiera swe stwierdzenia w dużym stopniu na czynnościach oraz decyzjach podejmowanych przez Zamawiającego w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego analogicznego przedmiotu. Powoływanie się przez Odwołującego na dokumentację oraz działania Zamawiającego podejmowane we wcześniejszym

postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego jest bezzasadne. Niemożliwość powoływania się na analizę dokonaną w poprzednim postępowaniu potwierdziła również Krajowa Izba Odwoławcza wskazując, że: *„powoływanie się przez odwołującego na odmienne rozumienie przez zamawiającego sposobu oceny ofert pozostaje bez znaczenia dla oceny prawidłowości przyznanej punktacji w analizowanym postępowaniu o zamówienie publiczne”*.

Nie jest prawdą – jak twierdzi Odwołującym – że zgodne z Pzp działania Zamawiającego podejmowane w przedmiotowym postępowaniu, lecz odmienne od tych podejmowanych w poprzednim postępowaniu, są nieracjonalne i niezastługujące na uwzględnienie. Fakt, że we wcześniejszym postępowaniu Zamawiający nie zauważył pewnej nieprawidłowości, nie świadczy o tym, że przedmiotowego postępowania nie może poprowadzić w sposób zgodny z warunkami zamówienia oraz Pzp. Zamawiający nie ma obowiązku przeglądania dokumentacji z poprzednio prowadzonych postępowań oraz weryfikowania czy działania podejmowane obecnie nie pozostają w sprzeczności z działaniami podejmowanymi w poprzednio prowadzonych postępowaniach. Aktualnie prowadzone postępowanie jest bowiem całkowicie niezależne. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zauważył niezgodność oferty złożonej przez Odwołującego z warunkami zamówienia, a co za tym idzie był zobowiązany do jej odrzucenia.

Po piąte, sprzeczna z zasadami logicznego myślenia jest przedstawiona przez Odwołującego interpretacja w zakresie wykładni użytego przez niego pojęcia „reakcja grup interwencyjnych”. Odwołujący – wyłącznie na potrzeby argumentacji odwołania – próbuje sztucznie oddzielić czynności w ramach „reakcji grup interwencyjnych” od „realizacji usług grup interwencyjnych”. Odwołujący próbuje przez to wykazać, że reakcja grup interwencyjnych nie została objęta obowiązkiem osobistego wykonania przez wykonawcę.

Wyjaśnienia wymaga, co oznaczają usługi grup interwencyjnych określane jako element zamówień na usługi ochrony osób i mienia. Na usługi w zakresie grup interwencyjnych składają się nie tylko same przyjazdy pracowników ochrony w określone miejsce (na wezwanie). Aby pracownicy grupy interwencyjnej wiedzieli gdzie i kiedy mają się udać, muszą otrzymać zgłoszenie pochodzące z centrum monitorowania. Monitorowanie sygnałów pochodzących z czujników alarmowych jest nieodłącznym elementem usług w zakresie grup interwencyjnych. Nie miałoby żadnego logicznego zastosowania samo monitorowanie sygnałów z systemów alarmowych, jak również samo utrzymywanie grupy interwencyjnej, do której nie docierałyby informacje o uruchomionych sygnałach alarmowych. Powszechnie przez usługi grup interwencyjnych/usługi w zakresie grup interwencyjnych rozumie się kompleksową usługę poczynając od monitorowania sygnałów alarmowych po przyjazd specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej i podjęcie interwencji. Przez „reakcję grup interwencyjnych” nie można więc rozumieć wyłącznie czynności wykonywanych przez centrum monitorowania i jego pracowników. Czynności te stanowią jedynie element kompletnej usługi – usługi grup interwencyjnych. Również literalne brzmienie użytego sformułowania „reakcja grup interwencyjnych” zaprzecza twierdzeniom przedstawionym przez Odwołującego. Biorąc pod uwagę powszechne rozumienie słowa reakcja, to (przyjmując próbę sztucznego podziału usługi grupy interwencyjnej na części) reakcją grupy interwencyjnej będą właśnie czynności wykonywane przez specjalistyczną uzbrojoną formację ochronną, tj. przyjazd na miejsce, w którym wymagana jest interwencja. Nie są więc prawdziwe twierdzenia Odwołującego, jakoby reakcja grup interwencyjnych oznaczała część zamówienia nieobjętą obowiązkiem osobistego wykonania przez wykonawcę. Użycie przez Odwołującego sformułowania „reakcja” nie zmienia zasad oceny jego oświadczenia w zakresie części zamówienia powierzanej podwykonawcom.

Po szóste, Odwołujący w treści odwołania potwierdził, że zamierza skierować do realizacji zamówienia podwykonawców w zakresie tych czynności, które zostały zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę. Jak już wskazano powyżej, nie można oddzielić jako odrębnych elementów czynności w zakresie monitorowania sygnałów alarmowych od czynności w zakresie przyjazdu pracowników na miejsce wezwania (w ramach usług grup interwencyjnych). W związku z tym wszystkie te czynności wykonawca powinien wykonywać osobiście, zgodnie z wymaganiami określonymi w tym zakresie przez Zamawiającego. Odwołujący przyznała, że *„Odwołujący rozważa zaangażowanie podwykonawców do czynności opisanych w punktach nr 2, 3, 4 i 5”*. Odwołujący przyznał więc, że rozważa naruszenie wymagań w zakresie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę usług grup interwencyjnych. Ponadto z zacytowanego powyżej fragmentu odwołania wynika, że – pomimo wcześniejszych twierdzeń z odwołania – w oświadczeniu dotyczącym zakresu zamówienia, które Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom, Odwołujący wcale nie miał na myśli powierzenia podwykonawstwu w takim zakresie, jaki nie jest z tej możliwości wyłączony. Twierdzenia Odwołującego są ze sobą sprzeczne, co potwierdza, że zostały wykreowane wyłącznie na potrzeby odwołania. Na str. 8 odwołania Odwołujący wskazał, że *„ubiegając się o aktualne zamówienie jak również poprzednie, ani nie kwestionował powyższego wymogu na etapie poprzedzającym złożenie ofert ani też nie przewidywał w złożonej ofercie jak również w fazie wykonywania zamówienia, realizacji usług w zakresie wyłączonym z podwykonawstwa, siłami podmiotów trzecich (...) do dnia dzisiejszego świadczy na rzecz Zamawiającego usługi ochrony fizycznej w zakresie części nr 1, 3, 6 i w ich trakcie świadczy usługi w zakresie realizacji usługi Grup Interwencyjnych Dworców Premium siłami własnymi z wyłączeniem podwykonawstwa”*. Jednakże na str. 18 odwołania Odwołujący wskazał odmienny zamiar, tj.: *„Odwołujący rozważa*

zaangażowanie podwykonawców do czynności opisanych w punktach nr 2, 3, 4 i 5".

Po siódme, Odwołujący w żadnym zakresie nie przedstawił uzasadnienia, w jaki sposób Zamawiający miał naruszyć art. 239 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Do naruszenia tego przepisu dochodzi w sytuacji, gdy zamawiający niezgodnie z postanowieniami w zakresie kryteriów oceny ofert dokonuje oceny złożonych ofert, np. przyznaje wykonawcy punkty w zakresie kryteriów oceny ofert niezgodnie z opisem wynikającym z SWZ albo stosuje kryterium niewynikające z SWZ. Odwołujący nie wskazał, aby Zamawiający dopuścił się jakiegokolwiek naruszenia w zakresie oceny ofert według kryteriów oceny ofert. Analogiczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w:

1) wyroku z dnia 17 września 2021 r., w którym wskazała, że: „Odnosząc się do stanowiska Odwołującego i Przystępujących po jego stronie, należy wskazać, że skonstruowanie zarzutu naruszenia art. 239 w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 w zw. z art. 99 ust. 1 PrZamPubl bez wykazania, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty nastąpiła wbrew treści określonego w SWZ, kryterium oceny ofert czyni ten zarzut oczywiście bezzasadnym. Wymaga przypomnienia, że zgodnie z przepisem art. 239 PrZamPubl, z którego Odwołujący wywodzi zarzut odwołania Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Z akt sprawy wynika, że wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił na podstawie kryterium oceny ofert (vide: pkt XVIII SWZ), a zatem twierdzenie Odwołującego jest gołosłowne” ,

2) wyroku z dnia 2 maja 2023 r., w którym wskazała, że „Odwołujący nie wykazał w ogóle w swoim odwołaniu, aby Zamawiający w toku postępowania przetargowego dokonał oceny ofert niezgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami oceny albo aby w sposób niewłaściwy zastosował wybrane przez siebie kryteria oceny ofert. Sam wadliwy, według opinii Odwołującego, wybór oferty innego wykonawcy nie oznacza automatycznie, że doszło do naruszenia kryteriów oceny ofert i podstawowych zasad prawa zamówień publicznych” . Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp jest więc w sposób oczywisty bezzasadny.

(...)

2. Zarzut zaniechania wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty w zakresie Części nr 1, 3 oraz 7.

(...)

Po pierwsze, z treści art. 223 ust. 1 Pzp nie wynika zobowiązanie Zamawiającego do skierowania do wykonawcy wezwania mającego na celu wyjaśnienie treści oferty.

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

Oznacza to bowiem, że żądanie od wykonawców wyjaśnień jest jedynie możliwością zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. Fakultatywność wezwania przez Zamawiającego wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert potwierdza również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 października 2016 r. stanowiąc, że: „Przepis ma charakter fakultatywny - zamawiający może żądać, ale nie jest zobowiązany. Z treści przepisu (...) wynika jednoznacznie: regulacja art. 87 ust. 1 (obecnie art. 223 ust. 1 zd. 1) ustawy Pzp powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji zamawiającego, czyli prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień”. Zamawiający nie był więc zobowiązany do skierowania wezwania do Odwołującego. To do oceny Zamawiającego należy, czy w ofercie Wykonawcy występują wątpliwości, które wymagają wyjaśnienia.

Po drugie, w ofercie Odwołującego nie było wątpliwości, które wymagałyby wyjaśnienia, a w związku z tym nie było podstaw do skierowania wezwania do Odwołującego. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 marca 2010 r.: „W szczególności art. 87 ust. 1 (obecnie art. 223 ust. 1 zd. 1 Pzp) ustawy odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem (por. wyrok sądu okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r. XII GA 429/2009), lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał” . Jak również wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 kwietnia 2023 r.: „Z przepisu art. 223 ust. 1 p.z.p. wynika norma uprawniająca zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. W pewnych okolicznościach skorzystanie z tego uprawnienia staje się obowiązkiem zamawiającego. Nie sposób uznać, że rzeczony uprawnienie czy obowiązek powstaje w sytuacji, gdy treść oferty nie budzi wątpliwości”. Jak już wskazano powyżej, w treści oferty Odwołującego znalazło się jednoznaczne oświadczenie co do zakresu, w jakim Odwołujący zamierza skierować podwykonawców do realizacji zamówienia. Odwołujący w jakikolwiek sposób nie zaznaczył, że jedynie część usług w zakresie grup interwencyjnych zamierza

powierzyć do realizacji podwykonawcom. Treść oświadczenia Odwołującego nie zawierała w tym zakresie żadnej wzmianki (których przykłady przedstawiono powyżej) o zamiarze skorzystania w części z grup interwencyjnych podwykonawców. Nie było więc podstaw, aby Zamawiający powziął jakąkolwiek wątpliwość co do części, która ma być realizowana przez podwykonawców. Jedynie zaś wątpliwości mogą podlegać wyjaśnieniu w trybie wezwania z art. 233 ust. 1 Pzp (a nie braki).

Po trzecie, zastosowanie procedury wezwania z art. 223 ust. 1 Pzp doprowadziłoby w rzeczywistości do zmiany treści oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 223 ust. 1 zd. 2 Pzp „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”. Niewątpliwie Odwołujący powinien w sposób jednoznaczny określić swój zamiar co do części zamówienia, których realizację zamierza powierzyć podwykonawcom. W toku badania i oceny ofert zadaniem Zamawiającego nie jest bowiem domyślanie się czy coś innego nie kryje się pod sformułowaniami wykonawcy, które zostały uznane za niezgodne z warunkami zamówienia. Stwierdzając niezgodność oferty z warunkami zamówienia, zamawiający nie mógłby za każdym razem rozmyślać czy na pewno wykonawca składający daną ofertę miał to na myśli. Byłoby to sprzeczne z zasadami udzielania zamówień publicznych. Ewentualne udzielenie przez Odwołującego odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego doprowadziłoby w rzeczywistości do zmiany oświadczenia, które złożył on w ofercie. Na obecnym etapie postępowania Odwołujący, po otrzymaniu wezwania Zamawiającego, mógłby ponownie przeanalizować zapisy dokumentów zamówienia, i – mając wiedzę o swojej pozycji w rankingu oceny ofert – zmienić swoje zamiary co do części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom. Procedura wyjaśniająca w rzeczywistości dałaby Odwołującemu możliwość konwalidowania treści oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, a to jest niezgodne z przepisami Pzp. „W przypadku, gdy stwierdzona została niezgodność w treści oferty odwołującego z treścią SWZ, to nie sposób błędów tych następnie sanować, na drodze wezwania do wyjaśnień”. Krajowa Izba Odwoławcza w orzecznictwie wielokrotnie podkreślała zaś, że nie jest dopuszczalne przeprowadzenie procedury wyjaśniającej, która w rzeczywistości prowadzi do zmiany treści oferty. Takie stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w szczególności:

- 1)w wyroku z dnia 12 maja 2023 r.: „Podkreślić należy, iż obowiązkiem wykonawcy jest skonkretyzowanie na moment składania ofert w sposób jednoznaczny przedmiotu oferowanego świadczenia w odpowiedzi na wymogi Zamawiającego, a doprecyzowanie treści oferty po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalne”<sup>10</sup>,
- 2)w wyroku z dnia 11 kwietnia 2023 r. gdzie wskazała, że: „Z przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. nie wynika możliwość, aby po etapie badania i oceny ofert możliwa byłaby zmiana złożonej oferty, albowiem co do zasady oferta jest niezmiennalną (z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie - art. 223 p.z.p.) 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 p.z.p. jest oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem” ,
- 3)w wyroku z dnia 21 marca 2023 r.: „Procedura udzielenia zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną, a treść złożonych w toku postępowania ofert, co do zasady, jest niezmienna. Jednak Zamawiający, jeśli poweźmie jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Granicą ich dopuszczalności jest brak możliwości zmiany oferty. Złożenie oferty wiąże się bowiem z określonymi przez Zamawiającego wymaganiami. To tym wymaganiom - wymaganiom Zamawiającego wykonawca zobowiązany jest sprostać. Profesjonalny wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne zobligowany jest więc do szczegółowego zapoznania się z treścią dokumentacji, tak by składana przez niego oferta i dokumenty w pełni odpowiadały wymogom postawionym przez Zamawiającego w dokumentacji oraz przepisach prawa” ,
- 4)w wyroku z dnia 19 września 2016 r. podkreśliła, że: „ W przypadku jakichkolwiek błędów w ofercie niedopuszczalne jest odgadywanie rzeczywistej intencji wykonawcy: albo omyłka jest nieistotna i w oczywisty sposób łatwa do skorygowania, albo też oferta jest niezgodna z SIWZ. W przypadku, gdy nie jest możliwe jednoznaczne zdekodowanie rzeczywistego zamiaru wykonawcy, występującego w postępowaniu, jako profesjonalista, zamawiający nie może domyślać się, jaka powinna być treść oferty, lecz bezwzględnie powinien ją odrzucić, bowiem każda próba dokonania ewentualnej poprawy takich omyłek prowadzić musi do niedozwolonej przepisem art. 87 ust. 1 p.z.p. (aktualnie art. 223 ust. 1 zd. 2 Pzp) negocjacji treści oferty” .

W związku z powyższym, doprecyzowanie treści oferty po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalne, gdyż obowiązkiem Odwołującego było skonkretyzowanie oferty w momencie składania oferty. „Nie każda niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia podlega wyjaśnieniu czy poprawieniu w odpowiednim trybie i instrumenty te nie mogą zwalniać wykonawcy, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, z obowiązku sporządzenia oferty w sposób kompletny, pozbawiony sprzeczności i zrozumiały” .

**W piśmie procesowym z dnia 19/01/2024 Przystępujący 2 (Impel) podał w szczególności:**

(...)



Zamawiający trafnie wykazał luki i sprzeczności w stanowisku Odwołującego, zawartym w odwołaniu. Podkreślić w tym miejscu należy bierność Odwołującego na etapie po publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym przez Zamawiającego, a przed terminem składania ofert. Odwołujący nie zadawał pytań, dotyczących zakresu dopuszczalnego podwykonawstwa, ani też nie zgłaszał żadnych wątpliwości, co do sposobu wypełnienia formularzy, przygotowanych przez Zamawiającego. Odwołujący nie skorzystał również ze środków ochrony prawnej. Obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o zamówienia publiczne jest współdziałanie z zamawiającym, rozwiewanie ewentualnych wątpliwości. Współdziałanie to może polegać także na zadawaniu pytań, dotyczących treści SWZ w trybie art. 135 ustawy PZP, co rodzi obowiązek Zamawiającego udzielenia rzetelnych i zrozumiałych wyjaśnień. Niekorzystanie z tych uprawnień przez wykonawcę nie może na późniejszym etapie stanowić zarzutu, iż zapisy SWZ mogły być różnie interpretowane, co zdaje się próbować czynić w swoim odwołaniu Odwołujący. Z uzasadnienia odwołania można wywnioskować, iż Odwołujący zadziałał w sposób schematyczny, przygotowując swoją ofertę niejako automatycznie na podstawie dokumentów złożonych w poprzednim postępowaniu, organizowanym przez Zamawiającego w zakresie podobnego przedmiotu zamówienia. Tezę tę potwierdza fakt, iż Odwołujący, jako jeden ze swoich zarzutów, podniesionych w odwołaniu, wskazuje, iż w poprzednim postępowaniu wypełnił on przygotowane przez Zamawiającego formularze w podobny sposób i wówczas nie budziły one zastrzeżeń Zamawiającego. Zamawiający precyzyjnie wyjaśnił Odwołującemu brak podstaw prawnych do powoływania się na „poprzednie postępowania”. Stanowisko doktryny i orzecznictwa w sposób jednoznaczny wskazuje, iż argumenty Odwołującego w tym zakresie nie mogą być brane pod uwagę. W każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się wyłącznie przepisy prawa powszechnie obowiązujące, zwłaszcza ustawę PZP oraz SWZ z tego postępowania. Nie mają żadnej mocy prawnej uregulowania zawarte w poprzednich SWZ, nawet jeśli przedmiot zamówienia jest tożsamy lub podobny. Przyjęta przez Odwołującego karkołomna konstrukcja sztucznego podziału realizacji usługi Grup Interwencyjnych na składowe, gdzie w odniesieniu do niektórych składowych korzystanie z podwykonawcy jest dopuszczalne i tych, gdzie jest to zabronione, pozostaje tylko sofizmatem, próbą zmiany złożonego przez Odwołującego w ofercie oświadczenia, co do korzystania z podwykonawstwa w obszarze, w którym Zamawiający wymagał od każdego wykonawcy osobistej realizacji usługi. Bez żadnych wątpliwości wymóg osobistej realizacji usługi Grup Interwencyjnych w odniesieniu do dworców „premium” zrozumieli i zaakceptowali wszyscy pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, czemu dali oni wyraz w swoich ofertach, precyzyjnie określając, że w odniesieniu do usługi Grup Interwencyjnych, wykonywanej na dworcach „premium”, nie będą korzystać z podwykonawców. Oświadczenie złożone przez Odwołującego w jego ofercie jest w tym zakresie jednoznaczne, nie zostawia miejsca na żadne domysły lub wątpliwości i jest w całości sprzeczne z treścią SWZ. To literalne brzmienie oświadczenia Odwołującego, zawarte w Formularzu ofertowym, przesądza o jego treści, albowiem w sprawie nie występują żadne okoliczności uzasadniające jego wykładnię w sposób inny, niż literalny. W szczególności brak jakichkolwiek językowych i logicznych podstaw do przyjęcia, że sformułowanie „reakcja grup interwencyjnych” jest równoważna ze sformułowaniem typu „reakcja grup interwencyjnych z wyłączeniem obiektów – dworców kategorii Premium”.

Tym samym Zamawiający nie mógł wezwać Odwołującego do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień w odniesieniu do tak sformułowanego oświadczenia o skorzystaniu z podwykonawstwa, gdyż nie było ku temu ustawowych przesłanek. Zamawiający nie może w tym przypadku kierować się żadnymi subiektywnymi odczuciami - muszą bowiem istnieć obiektywne przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. Nie do jej modyfikacji, o co de facto wnioskuje w odwołaniu Odwołujący.

W tym stanie rzeczy, Przystępujący popiera w całej rozciągłości stanowisko Zamawiającego i wnosi o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołania nie podlegają uwzględnieniu.

Odwołujący 1, 2 i 3 wnieśli odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz odrzucenia ich oferty odpowiednio w zakresie: części 1, 3 i 7 (sygn. akt: KIO 71/24) oraz części 4 ((sygn. akt: KIO 72/24) i części 6 (sygn. akt: KIO 74/24). Na posiedzeniu, co do części 7 w pierwszej ze spraw Odwołujący 1 złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. W tym zakresie zatem nastąpiło umorzenie postępowania odwoławczego, a w zakresie pozostałych części nastąpiło rozpoznanie na rozprawie podnoszonych w odwołaniach zarzutów.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w którym zostały wniesione odwołania jest: „Świadczenie usług ochrony fizycznej osób i mienia na dworcach kolejowych 2024-2026”. Zamawiający w piśmie z dnia 28/12/23 poinformował Odwołujących o decyzji odrzucenia ich ofert złożonych w zakresie wskazanych zadań (części).

We wskazanej decyzji z dnia 28/12/23 w zakresie Zadania nr 1, 3 i 7 jak i nr 4 a także nr 6 podał, że oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ponieważ ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym decyzji podał: „Na podstawie art. 462 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może

żądać wskazania przez Wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Zgodnie natomiast z art. 60 pkt 1 i art. 121 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez odpowiednio poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na usługi. Zamawiający wymagał:

I. Zgodnie z Rozdziałem XI SWZ Informacja o możliwości powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom:

1. Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj.:

- 1) realizacji usług ochrony stałej dla dworców, dla których przewidziano ten rodzaj usługi w OPZ dla 1-6;
- 2) realizacji usługi Grup Interwencyjnych w przypadku dworców kategorii Premium wskazanych w Zadaniach nr 1-6 (tabela OPZ dla 1-6),
- 3) realizacji usług ochrony stałej dla dworców, dla których przewidziano ten rodzaj usługi w OPZ dla 7-8 oraz Grupy Interwencyjne.

2. Wykonawca zobowiązany jest wskazać w oświadczeniu JEDZ, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do SWZ, oraz Formularzu Oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać nazwy podwykonawców (o ile są znane na obecnym etapie).

3. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby Wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca jest obowiązany wykazać Zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub Wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby Wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

4. Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia.

II. Zgodnie z § 18 ust. 1 i ust. 2 Wzoru umowy dla Zadań 1 -6 stanowiącego Załącznik nr 9a do SWZ (PODWYKONAWCY):

1. W przypadku dworców objętych usługą ochrony stałej, Wykonawca zobowiązany jest wykonywać czynności ochronne przy użyciu własnych zasobów osobowych.

2. Na dworcach objętych usługą ochrony czasowej, podjazdowej i usługi zamykania/otwierania dworców, Zamawiający dopuszcza realizację usługi przez podwykonawców. Realizacja usługi przez podwykonawców dopuszczalna jest także w przypadku GI, z wyłączeniem dworców o kategorii Premium.

III. Zgodnie z § 18 ust. 1 Wzoru umowy dla Zadań 7-8 stanowiącego Załącznik nr 9b do SWZ (PODWYKONAWCY):

Wykonawca zobowiązany jest wykonywać czynności ochronne przy użyciu własnych zasobów osobowych - Zamawiający wyraża zgodę na zlecenie podwykonawstwa tylko w przypadku posterunku stałego wewnętrznego - pracownika dedykowanego do obsługi platformy dla osób z niepełnosprawnością.

IV. Jednocześnie w Załączniku nr 1a do SWZ stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy tj. Opis Przedmiotu Zamówienia dla Zadań 1-6, Zamawiający wskazał w ust. 8 w Tabeli:

1) dla Zadania nr 1 OGN Gdańsk:

L.p. 1 Dworzec kolejowy/ miejscowość Bydgoszcz Główna o kategorii dworca: PREMIUM;

L.p. 5 Dworzec kolejowy / miejscowość Gdańsk Główny o kategorii dworca: PREMIUM;

L.p. 7 Dworzec kolejowy/ miejscowość Gdynia Główna o kategorii dworca: PREMIUM 2) Dla Zadania nr 3 OGN Kraków:

L.p. 11 Dworzec kolejowy/ miejscowość Lublin Główny o kategorii dworca: PREMIUM;

V. Natomiast w Załączniku nr 1b do SWZ stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy tj. Opis Przedmiotu Zamówienia dla Zadań 7-8, Zamawiający wskazał w ust. 7 w Tabeli: Zadanie 7 – Dworzec Kraków Główny – Dworzec PREMIUM. (...)

Odnosnie części 1, 3 i 7 podał, że Wykonawca Konsorcjum firm w składzie: EKOTRADE Sp. z o.o. (...) (Lider Konsorcjum); EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o. (...); AGOPOL-EKOTRADE Sp. z o.o. Zakład Pracy Chronionej (. Partnerzy Konsorcjum - (...) w ust. 9 w Tabeli w pozycji 1 dla Zadania nr 1, 3 i 7 w Formularzu ofertowym (zgodnym z wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ) oświadczył:

Odnosnie części 4 podał, że Wykonawca, Konsorcjum firm: EKOTRADE Sp. z o.o., (lider Konsorcjum) EKOTRAD SECURITY Sp. z o.o. (...), AGOPOL-EKOTRADE Sp. z o.o. ZPChr (...), SIGN Polska Sp. z o.o. (...), SIGN 4 Security z o.o. (...), SIGN Polska Sp. z o.o. Sp. k(...) - (Partnerzy Konsorcjum) – (...) w ust. 9 w Tabeli w pozycji 1 dla Zadania nr 4 w Formularzu ofertowym (zgodnym z wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ) oświadczył:

Odnosnie części 6 podał, że Wykonawca, Konsorcjum firm: EKOTRADE Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), EKOTRAD SECURITY Sp. z o.o. (...), AGOPOL-EKOTRADE Sp. z o.o. ZPChr (...), Agencja Ochrony VIP-Guard Sp. z o.o. (. Partnerzy Konsorcjum – (...) w ust. 9 w Tabeli w pozycji 1 dla Zadania nr 6 w Formularzu ofertowym (zgodnym z wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ) oświadczył:

Dalej odnośnie każdej z części podał, że: „Zamawiający określił w Zadaniach nr 1- 6 różne kategorie dworców:

regionalne, lokalne, aglomeracyjne, wojewódzkie oraz premium i wymagał, zgodnie z powyższym osobistego wykonywania realizacji usługi Grup Interwencyjnych w przypadku dworców kategorii Premium. Natomiast w Zadaniu 7 -8 Zamawiający dopuścił podwykonawstwo tylko w przypadku posterunku stałego wewnętrznego - pracownika dedykowanego do obsługi platformy dla osób z niepełnosprawnością. Zamawiający zrezygnował we wskazanych przypadkach z podwykonawstwa nie bez powodu, gdyż dopuszczenie podwykonawców na wskazanych obiektach może doprowadzić do całkowitego zachwiania systemu bezpieczeństwa fizycznego na wskazanych obiektach. Realizacja usługi przez podwykonawców może spowodować zakłócenia w ciągłości funkcjonowania ochrony, co bezpośrednio przełoży się na obniżenie poziomu bezpieczeństwa. Wykonawca bowiem będzie mógł zawrzeć umowę z kilkoma podwykonawcami *na realizację usługi na danym obiekcie, co w konsekwencji doprowadzić może do tego, że jednego dnia, na jednej zmianie usługę ochrony świadczyć będą osoby zatrudnione przez inne podmioty i mogą pojawić się problemy, m.in. z:*

- wyłonieniem dowódcy zmiany (każdy reprezentujący danego podwykonawcę może uznać, że dowodzić zmianą powinien właśnie on)*

- wykonywaniem poleceń wydanych przez pracownika podwykonawcy innego niż ten u którego osoba została zatrudniona;*

- nieobsadzeniem posterunków ochrony;*

- brakiem właściwej komunikacji pomiędzy pracownikami obecnymi na zmianie;*

*Pojawia się więc wątpliwość podjęcia sprawnej reakcji w przypadku wystąpienia zdarzeń niekorzystnych bezpośrednio wpływających na bezpieczeństwo osób i mienia. Istnieje zatem uzasadniona obawa, co do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Pracownicy zatrudniani bezpośrednio przez Wykonawcę – znają się, ufają sobie nawzajem, stanowią dla siebie wsparcie przy podejmowaniu interwencji – wprowadzenie osób zatrudnionych przez różne podmioty może spowodować dalece idącą ostrożność we wspólnej realizacji obowiązków, a w przypadkach kluczowych – brak wsparcia przy rozwiązywaniu sytuacji trudnych. Wprowadzenie podwykonawstwa wpłynie również na zwiększenie rotacji wśród pracowników ochrony, co może doprowadzić do sytuacji, w której pracownicy na czas nie zdążą się zaznajomić ze specyfiką danego obiektu. Każdy z dworców kolejowych posiada swój Plan Zabezpieczenia Dworca, z którym pracownik musi być dobrze zapoznany. Dworce kolejowe są obiektami, które posiadają charakterystykę zagrożeń. Wymaga się od pracowników bezbłędnej znajomości charakterystyki danego dworca, trasy jego patrolu, znajomości potencjalnych zagrożeń dedykowanych dla konkretnego obiektu czy też wiedzy dotyczącej informowania w przypadku powstania sytuacji kryzysowej dla danego obiektu. Nie jest to wiedza ogólna, a szczegółowa i inna dla każdego dworca. Zastosowanie podwykonawstwa na dworcach, na których jest przewidziana ochrona stała (są to dworce cechujące się znacznym przepływem podróżnych w ciągu doby) w przypadku zagrożenia może doprowadzić do niewłaściwej ochrony życia lub zdrowia osób przebywających na obiekcie. Jest to wiedza, poparta doświadczeniem w pracy na danym dworcu, którą nie sposób przyswoić po jednorazowym przeszkoleniu. Sposób i jakość wykonywanych usług przez agencje ochrony bezpośrednio rzutuje na odbiór PKP S.A. przez podróżnego oraz ma wpływ na opinię publiczną. Niewłaściwa realizacja usług wiązać się może z zwiększoną ilością skarg na pracę pracowników ochrony oraz zaangażowaniem mediów lub zewnętrznych instytucji np. UTK. Dlatego też należy dochować staranności aby usługi były realizowane w sposób należyty, który nie doprowadzi do naruszenia dobrego wizerunku PKP S.A. Natomiast w przypadku Zadań nr 7-8 wyłączeniu podlegają kluczowe obiekty dworcowe o szczególnym charakterze pozostające w bezpośrednim zainteresowaniu Dyrektora Rządowego Centrum Bezpieczeństwa, Ministra Infrastruktury, Wojewodów i Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, a zapewnienie odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa na tych dworcach ma fundamentalne znaczenie.*

*Zamawiający dokonał analizy złożonych dokumentów stwierdzając iż wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 128 ustawy Pzp we wskazanej sytuacji będzie dopuszczało możliwość dostosowania oświadczenia woli Wykonawcy do wymagań Zamawiającego, co z punktu widzenia zasad udzielania zamówień publicznych, wskazanych w art. 16 ustawy Pzp jest niedopuszczalne, co podnosił Sąd Okręgowy w wyroku z 25.11. 2022r. (...)*

Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania decyzji Zamawiającego, co do odrzucenia oferty w każdej ze wskazanych części. Zgodnie z OPZ – załącznik 1a- zostały wyodrębnione rodzaje usług. Z kolei w SWZ w odniesieniu do realizacji usługi Grup Interwencyjnych w przypadku dworców kategorii Premium wskazanych w Zadaniach nr 1-6 zastrzeżono do osobistego wykonywania przez oferenta i to w pełnym zakresie a nie częściowym jak to uzasadniał wykonawca (str 18 odwołania) tylko co do takich działań jak: (1) 6. *Grupa interwencyjna kieruje się do obiektu, z którego wygenerowano sygnał alarmowy;* (2) 7. *Grupa interwencyjna dociera do obiektu i podejmuje interwencję.* Izba mając zatem na uwadze treść złożonych w ofertach oświadczeń Odwołujących podzieliła stanowisko zarówno Zamawiającego jak i Przystępujących wykonawców, że brak jest podstaw do przyjęcia, że sformułowanie „*reakcja grup interwencyjnych*” jest równoważna ze sformułowaniem typu „*reakcja grup interwencyjnych z wyłączeniem obiektów – dworców kategorii*

Premium". Wyrażone wprost oświadczenie, zawarte w ofertach Odwołujących, nie zawiera elementów, na które Odwołujący wskazują w treści ich odwołań.

Wywody Odwołujących, co do różnic pomiędzy ujętym w SWZ pojęciu „realizacja usługi Grupy Interwencyjnej”, a użytym w formularzu ofertowym Odwołujących pojęciu „reakcja grup interwencyjnych” z powołaniem się na ciąg działań techniczno – organizacyjnych nie znajduje oparcia w postanowieniach SWZ oraz w ich ofertach. Ponadto odniesienia do innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z lat ubiegłych, na które powoływali się Odwołujący, w tym organizowanego przez tego samego Zamawiającego i dotyczące analogicznego przedmiotu zamówienia, treści dokumentów, wymaganych przez zamawiającego w ramach innego postępowania, a także wskazywanych decyzji i czynności, podjętych, niewątpliwie nie stanowią warunków, dokumentów, decyzji i czynności w ramach tego postępowania, z którym związane są przedmiotowe odwołania. Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – co do zasady - są odrębne i niepowiązane ze sobą. Także ewentualne oceny występujące w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą mieć bezpośredniego wpływu na przedmiotowe postępowanie. W stanie faktycznym tej sprawy Odwołujący jednoznacznie wskazali, że zamierzają powierzyć podwykonawcom wykonanie zamówienia w zakresie „reakcji grup interwencyjnych”, bez wyłączenia z zakresu podwykonawstwa obsługi dworców kategorii Premium. Tym samym także należało zgodzić się z Zamawiającym, że nie był on uprawniony ani zobowiązany do zastosowania trybu żądania udzielania wyjaśnień ofert na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp. Oferty Odwołujących w zakresie oświadczenia o zamiarze powierzenia podwykonawcom „reakcji grup interwencyjnych” nie zawierały – jak już wskazano - żadnych wyłączeń, co do dworców kategorii Premium. Ewentualne wskazanie w ramach wyjaśnień na takie wyłączenie prowadziłoby do rekonstrukcji oświadczeń woli wykonawców, a zatem dostosowania treści ofert do wymagań Zamawiającego, co stanowiłaby niedopuszczalną zmianę (uzupełnienie) oferty.

Wobec tych ustaleń Izba w konkluzji stwierdza, że za niezasadne należało uznać podnoszone w odwołaniach zarzuty naruszenia w przedmiotowym postępowaniu art. 239 ust 1 Pzp oraz art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp w zw z art. 16 Pzp i art. 223 ust 1 Pzp

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....