

Sygn. akt: KIO 1525/22

WYROK
z dnia 1 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2022 roku przez **Wykonawcę Indemar Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Zarząd Infrastruktury Miejskiej w Słupsku**,

przy udziale **Wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia: Jantar Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku i Era Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Indemar Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Indemar Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od Odwołującego – Indemar Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie na rzecz Zamawiającego – Zarządu Infrastruktury Miejskiej w Słupsku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 825 zł 00 gr (słownie: osiemset dwadzieścia pięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie oraz kwotę 230 zł 00 gr (słownie: dwieście trzydzieści złotych zero groszy) stanowiącą inne uzasadnione wydatki Strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Infrastruktury Miejskiej w Słupsku – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp mające za przedmiot *Budowę monitoringu miejskiego w ramach projektu „Rozwój sieci monitoringu”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 kwietnia 2022 r. pod numerem: 2022/BZP 00106030/01.

W dniu 1 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przedmiotowego postępowania.

W dniu 6 czerwca 2022 r. Wykonawca Indemar Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie od następujących czynności Zamawiającego:

1. niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na niezasadnej ocenie ofert i wyborze oferty Konsorcjum, jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 b i c ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w ramach pkt VII SWZ ppkt 4 lit a oraz niezłożenia w przewidzianym przez Zamawiającego terminie podmiotowego środka dowodowego w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
2. niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na niezasadnej ocenie ofert i wyborze oferty Konsorcjum, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo, że złożona przez tego wykonawcę oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 5 ustawy Pzp jako nieodpowiadająca SWZ, w tym w szczególności co do oczekiwanego przez Zamawiającego zakresu wykonanych robót, bowiem kosztorys Wykonawcy zawiera pozycje, które Zamawiający wyraźnie wyłączył z zakresu przedmiotu umowy, a cena oferty zawiera wynagrodzenie za prace, których Zamawiający nie zamawiał;
3. niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na odrzuceniu oferty Indemar Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie - na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia - pomimo, że oferta tego wykonawcy była ofertą najkorzystniejszą, odpowiadała warunkom przedmiotowym sformułowanym przez Zamawiającego w SWZ oraz zawierała najniższą cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

naruszenie przepisów ustawy Pzp tj. art. 16 pkt 1 i 2, art. 17 ust. 2, art. 57 pkt 2; art. 239 ust. 1; 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c PZP, art. 226 ust. 1 pkt 5; art. 128 ust. 1 PZP, art. 17 ust. 2 PZP; art. 273 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez:

1) nieodrzućenie oferty Przystępującego Konsorcjum pomimo niespełniania przez ww. Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu – jako naruszające w szczególności art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c w zw z art. 57 pkt 2 ustawy Pzp;

2) nieodrzućenie oferty Przystępującego Konsorcjum pomimo, że oferta ta nie była zgodna z SWZ co do oczekiwanego przez Zamawiającego zakresu prac oraz zawierała cenę za roboty niezamówione przez Zamawiającego – jako naruszające w szczególności art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp;

W zakresie odrzucenia oferty Indemar Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie pomimo, że oferta ta odpowiadała treści SWZ, wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta była ofertą najkorzystniejszą, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego Konsorcjum;
2. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego:
 - badania i oceny ofert;
 - wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego Konsorcjum.

W toku rozprawy Odwołujący oświadczył, że uzupełnia żądanie zawarte w odwołaniu wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

W dniu 1 kwietnia 2022 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot „Budowę monitoringu miejskiego w ramach projektu „Rozwój sieci monitoringu”.

W ramach punktu IV Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu instalacji telewizji dozorowej CCTV z zasilaniem wraz z budową połączenia światłowodowego na terenie śródmiejskiego odcinka bulwarów rzeki Słupi wraz z dowiązaniem

łącza światłowodowego do nowej siedziby Zarządu Infrastruktury Miejskiej w Słupsku przy ul. Grottgera oraz przyłączem kamer na skrzyżowaniu ulic Szczecińskiej z Sobieskiego. W ramach zamówienia przewidziano także budowę przyłącza telekomunikacyjnego do budynku biurowo - administracyjnego przy ul. Grottgera 13, w którym mieścić się będzie centrum monitoringu CCTV.

Zgodnie z punktem IV ppkt 4 SWZ przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany za pomocą dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, które stanowią załączniki do SWZ. W punkcie 3 rozdziału IV SWZ ustalono, że przedmiot zamówienia obejmuje doprowadzenie kanalizacji teletechnicznej wraz ze światłowodem do istniejącej studni przy budynku Grottgera 13 wraz z wpięciem do rozdzielni światłowodowej. Wskazana w dokumentacji budowa studni przy budynku Grottgera 13 wraz z pracami wewnątrz budynku (budowa koryta kablowego PCV 100x60) realizowana jest w ramach odrębnego zadania i nie jest przewidziana do wykonania w ramach niniejszego zamówienia.

Pomimo zapisu rozdziału IV PKT 3 SWZ, Zamawiający w ramach załączonego do SWZ przedmiaru robót oraz kosztorysu wskazał, w poz. 1: „budowa studni kablowych prefabrykowanych rozdzielczych SKR-1 w gruncie kategorii III”, w ramach poz. 2: montaż elementów mechanicznej ochrony przed ingerencją osób nieuprawnionych w istniejących studniach kablowych – montaż pokryw dodatkowych z listwami rama ciężka lub podwójna lekka”, w ramach poz. 3: budowa rurociągu kablowego na głębokości 1 m w wykopie wykonanym ręcznie w gruncie kat III - rury w zwojach - 1 rura HDPE 40 mm w rurociągu.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2022 r. Zamawiający, działając w trybie art. 284 ust. 6 ustawy Pzp, udostępnił pytania wykonawców i wyjaśnienia SWZ. Odwołujący zwrócił uwagę na pytanie nr 16 i udzieloną na nie odpowiedź. Odwołujący przytoczył treść pytania: „Czy zamawiający w związku ze zrezygnowaniem z zakresu części budynkowej przy ul. Grottgera, przewiduje montaż przełącznicy światłowodowej w ww. obiekcie (poz. 1.6. kosztorysu ofertowego oraz powiązane z tym punktem związane z pomiarami linii optycznych i wyposażeniem przełącznicy). Czy ma być to panel obsługujący trzy relacje, jeśli nie to w jaki sposób przewód będzie zakończony po stronie ul. Przemysłowej (relacja do ul. Grottgera i ul. Szczecińskiej) i czy nie wpływa to na ilość przyłącznie, osprzętu i spawów w przedmiarze i kosztorysie ofertowym?” Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający informuje, że kabel relacji Bulwary rzeki Słupi - ZIM, Przemysłowa 73-ZIM Grottgera powinien być ułożony od Bulwarów rzeki Słupi do nowej siedziby ZIM, ul. Grottgera. W związku z brakiem części budynkowej, kabel musi być zakończony w zewnętrznych ODF. Do czasu funkcjonowania serwerowni w siedzibie ZIM, ul. Przemysłowa 73, kabel należy przeciągnąć i wprowadzić do obecnej serwerowni na ODF, w przyszłości w miejscu przecięcia na podstawie odrębnych zleceń, umów ww. kabel zostanie połączony w złączu lub innych uzgodnień z Zamawiającym

w zależności od postępów prac przy adaptacji budynku Grottgera 13.”

Odwołujący wskazał, że zgodnie z przywołanym pismem z dnia 25 kwietnia 2022 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 16 potwierdził, że z przedmiotu umowy wyłączony jest zakres robót związanych z częścią budynkową. Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w związku z licznymi pytaniami i wątpliwościami Wykonawców dokonał modyfikacji przedmiaru robót i kosztorysu wskazując, iż „*przekazuje nowy obowiązujący przedmiar robót oraz kosztorys ofertowy*”.

Zgodnie z rozdziałem VII pkt 2 ppkt 4a SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunek zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający ustalił, że uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie jedną robotę budowlaną (umowę), której przedmiotem była budowa i/lub rozbudowa sieci monitoringu CCTV opartego na łączach światłowodowych o wartości brutto nie mniejszej niż 100 000,00 zł brutto albo dwie roboty budowlane (umowy), których przedmiotem była budowa i/lub rozbudowa sieci monitoringu CCTV opartego na łączach światłowodowych, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 100 000,00 zł.

Dnia 13 maja 2022r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z rozdziałem IX pkt 4 SWZ w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym w szczególności wykazu robót

Wykonawca Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych złożył zestawienie – załącznik nr 6 do SWZ w którym wskazał, że na rzecz Scholz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie zrealizował usługę montażu i wdrożenia systemów monitoringu CCTV IP w oparciu o łącza światłowodowe na podstawie umowy z dnia 13 grudnia 2017 r., przy czym w okresie luty 2018 - marzec 2018 umowę wykonywał w Oddziale w Krakowie; a w okresie od kwietnia do maja 2018 w Oddziale w Inowrocławiu, przy czym łączna wartość robót przekraczała 100.000,00 PLN. Wraz z wykazem Wykonawca przedłożył list referencyjny, który potwierdzał wykonanie na rzecz Scholz Polska Sp. z o.o. w ramach jednej umowy usługi montażu i wdrożenia systemów monitoringu CCTV IP w oparciu o łącza światłowodowe w Oddziale w Inowrocławiu - o wartości 71.250,00 netto oraz w Oddziale w Krakowie – o wartości 78.786,00 netto. List potwierdzał należyte wykonanie usługi. Podpis pod nim złożył Pan M.B..

Pismem z dnia 25 maja 2022 r. Zamawiający, działając w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wskazując w uzasadnieniu, że na podstawie wykazu robót złożonego w dniu 13 maja 2022 r. niemożliwa jest ocena spełnienia przez Wykonawcę stawianego warunku

udziału w postępowaniu, bowiem prace wskazane przez Wykonawcę polegają na wykonaniu usługi montażu i wdrożenia systemów monitoringu CCTV IP w oparciu o łącza światłowodowe.

Następnie Odwołujący wskazał, że w dniu 31 maja 2022 r. Jantar Sp. z o.o. jako Lider Konsorcjum przedłożył oświadczenie podmiotu Scholz Polska Sp. z o.o. podpisane przez Pana M.B. z dnia 30 maja 2022 r. W ww. oświadczeniu stwierdzono, że realizacja montażu i wdrożenia systemów monitoringu CCTV IP stanowiła roboty budowlane w rozumieniu art. 7 pkt 21 ustawy z dnia 11 września 2019 r.

Zamawiający ocenił, że Konsorcjum Jantar Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku i ERA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie spełniło warunki udziału w postępowaniu.

W dniu 1 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Wykonawcę Konsorcjum oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że nie przedłożył wraz z ofertą kosztorysu ofertowego dotyczącego „budowy przyłącza światłowodowego do budynku biurowego administracyjnego Grottgera”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezachowanie zasady, o której mowa w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp, tj. zasady przejrzystości prowadzonego postępowania. W ocenie Odwołującego Zamawiający opublikował sprzeczne wewnętrznie zapisy dotyczące zakresu przedmiotu umowy – pomimo wyłączenia w rozdziale IV pkt 3 SWZ z przedmiotu umowy zakresu prac dotyczących budowy studni przy ul. Grottgera 13 wraz z pracami realizowanymi wewnątrz budynku opublikował w ramach dokumentacji technicznej przedmiar robót i kosztorys dotyczących tych prac: Przedmiar sieci teletechniczne wraz z kosztorysem zawierającym 7 pozycji, gdzie pierwsze trzy odnosiły się do wyłączonego z przedmiotu umowy zakresu.

Odwołujący wskazał, że zrodziło to wątpliwości po stronie wykonawców oraz wynikającymi z tego licznymi pytaniami. W ramach odpowiedzi na pytania w tym w szczególności odpowiedzi na pyt. Nr 16 zamawiający potwierdził wyłączenie z zakresu wskazanych w rozdziale IV pkt 3 prac.

Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w zakresie przedmiaru prac i kosztorysu wskazując, że wraz z modyfikacją SWZ przekazuje nowy obowiązujący przedmiar robót i kosztorys ofertowy.

Odwołujący podniósł, że oferta Wykonawcy Konsorcjum jest niezgodna z SWZ i powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na fakt, że załączono do oferty kosztorys „budowy przyłącza światłowodowego do budynku biurowego administracyjnego Grottgera” pomimo, że Zamawiający w ramach rozdziału IV pkt 3 SWZ wyłączył z zakresu prac roboty wskazane w trzech pierwszych punktach wzmiankowanego kosztorysu, a następnie potwierdził to

wyłączenie w odpowiedziach na pytania Wykonawców. Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez Wykonawcę Konsorcjum zawiera wynagrodzenie za roboty nieobjęte SWZ i wyłączone z OPZ. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Zamawiający w ramach wyjaśnień i zmiany treści SWZ z dnia 25 kwietnia 2022 r. wskazał nowy przedmiar robót i nowy formularz kosztorysowy. Odwołujący wskazał, że w ramach SWZ rozdziału XIII pkt 3 ppkt 6 Zamawiający przewidział jako załącznik do oferty Kosztorys w liczbie pojedynczej, a nie kosztorysy.

Z uwagi na powyższe w ocenie Odwołującego oferta złożona przez Wykonawcę Konsorcjum jest niezgodna z warunkami SWZ i powinna podlegać odrzuceniu. Odwołujący wskazał, że *a contrario* oferta Odwołującego jako zgodna z SWZ powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Następnie Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu spoczywa na Wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że dowody składane przez Wykonawców nie mogą pozostawiać swobody w interpretacji wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – takie ukształtowanie zapisów SWZ uniemożliwiłoby zachowanie zasady uregulowanej w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz zasady uczciwej konkurencji i prowadziłyby do sytuacji udzielenia zamówienia wykonawcy, który w rzeczywistości nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca Konsorcjum nie przedłożył stosownych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu ani wraz z ofertą, ani w odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie. Z przedłożonych przez Konsorcjum referencji wynika wprost, że wskazane przez Wykonawcę prace nie są robotami budowlanymi, lecz stanowią usługę montażu i wdrożenia systemu monitoringu. W opinii Odwołującego oceny tej nie zmienia oświadczenie przedłożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że zamieszczone w wykazie prac roboty realizowane były w roku 2018, a więc nie ma do nich zastosowania ustawa Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. i wprowadzone tą ustawą definicje.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, co następuje:

1. o charakterze prawnym wykonanych prac nie przesądza przekonanie stron co do ich kwalifikacji, lecz wyłącznie charakter stosunku prawnego łączącego strony wynikający z praw i obowiązków poszczególnych stron;
2. oświadczenie strony danej czynności prawnej co do okoliczności prawnych mających znaczenie prawne nie stanowi dowodu w zakresie charakteru prawnego tych czynności. Okoliczności te powinny zostać wykazane w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

3. oświadczenie w imieniu Scholz SP. z o.o. złożyła osoba nieposiadająca umocowania do składania oświadczeń woli w imieniu powołanego podmiotu.

Pismem z dnia 24 czerwca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność Zamawiającego.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili Wykonawcy wspólnie ubiegający się o uzyskanie zamówienia Jantar Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku i Era Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne.

Zgodnie z treścią rozdziału IV ust. 1 SWZ – Opis przedmiotu zamówienia – przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu instalacji telewizji dozorowej CCTV z zasilaniem wraz z budową połączenia światłowodowego na terenie śródmiejskiego odcinka bulwarów rzeki Słupi wraz z dowiązaniem łącza światłowodowego do nowej siedziby Zarządu Infrastruktury Miejskiej w Słupsku przy ul. Grottgera oraz przyłączem kamer na skrzyżowaniu ulic Szczecińskiej z Sobieskiego. W ramach zamówienia przewidziano także budowę przyłącza telekomunikacyjnego do budynku biurowo-administracyjnego przy ul. Grottgera 13, w którym mieścić się będzie centrum monitoringu CCTV.

Zgodnie z rozdziałem IV ust. 2 pkt 11 SWZ, zakres przedmiotu zamówienia obejmuje

w szczególności budowę studni kablowych SKR-1.

Jak stanowi rozdział IV ust. 3 SWZ – Opis przedmiotu zamówienia – przedmiot zamówienia obejmuje doprowadzenie kanalizacji technicznej wraz ze światłowodem do istniejącej studni przy budynku Grottgera 13 wraz z wpięciem do rozdzielni światłowodowej. Wskazana w dokumentacji budowa studni przy budynku Grottgera 13 wraz z pracami wewnątrz budynku (budowa koryta kablowego PCV 100x60) realizowana jest w ramach odrębnego zadania i nie jest przewidziana do wykonania w ramach niniejszego zamówienia.

Zgodnie z treścią rozdziału IV ust. 4 SWZ, przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany za pomocą dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, które stanowią załączniki do SWZ.

W Projekcie Techniczno-Budowlanym pkt 2.2. – Studnie kablowe – wskazano, że na trasie projektowanego rurociągu kablowego zaprojektowano 2 studnie kablowe SKR-1 z logo UM Słupsk.

Na mapie umieszczonej na stronie 15 Projektu Techniczno-Budowlanego w różnych lokalizacjach na trasie projektowanej kanalizacji kablowej umieszczone zostały dwie projektowane studnie kablowe SKR-1.

W przedmiarze dotyczącym sieci teletechnicznej w pozycji nr 1 w kolumnie „opis i wyliczenia” wskazano „Budowa studni kablowych prefabrykowanych rozdzielczych SKR-1 w gruncie kategorii III. W kolumnie „j.m.” wskazano „szt.”, natomiast w kolumnie „poszczególne” wskazano „1,000”.

Zgodnie z rozdziałem XIII ust. 3 pkt 6 SWZ wraz z ofertą Wykonawcy zobowiązany był złożyć kosztorys ofertowy.

W myśl rozdziału XIV ust. 1 SWZ wynagrodzenie określone w ofercie jest wynagrodzeniem kosztorysowym.

Dokumentacja projektowa stanowiąca załącznik do SWZ zawierała:

1. dokumentację dotyczącą kanalizacji teletechnicznej, w skład której wchodził kosztorys ofertowy, przedmiar oraz projekt techniczno-budowlany;
2. dokumentację dotyczącą monitoringu, w skład której wchodzi m.in. kosztorys ofertowy, przedmiar oraz STWiORB.

Zgodnie z rozdziałem VII ust. 2 pkt 4 lit. A SWZ Zamawiający ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert (...) jedną robotę budowlaną (umowę), której przedmiotem była

budowa i/lub rozbudowa sieci monitoringu CCTV opartego na łączach światłowodowych o wartości brutto nie mniejszej niż 100.000,00 zł brutto albo dwie roboty budowlane (umowy), których przedmiotem była budowa i/lub rozbudowa sieci monitoringu CCTV opartego na łączach światłowodowych, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 100.000,00 zł.

Podmiotowym środkiem dowodowym wymaganym na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu był wykaz robót budowlanych wykonanych (...) wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, wraz z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje lub inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane (...).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o uzyskanie zamówienia Jantar Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku i Era Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie złożył wykaz, w którym wskazał: Usługę montażu i wdrożenia systemów monitoringu CCTV IP w oparciu o łącza światłowodowe – na podstawie umowy z dnia 12 grudnia 2017 r.; Oddział Inowrocław: termin realizacji: kwiecień 2018 – maj 2018; Oddział Kraków: termin realizacji: luty 2018-marzec 2018; Nazwa i adres odbiorcy, dla którego wykonano roboty budowlane: Scholz Polska Sp. o.o. (...), wartość brutto wykonanych robót budowlanych w zł: powyżej 100.000,00 zł.

Wraz z wykazem Wykonawcy wspólnie ubiegający się o uzyskanie zamówienia Jantar Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku i Era Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie złożyli list referencyjny potwierdzający, że ww. prace zostały wykonane „(...) sprawnie, profesjonalnie oraz z pełnym zaangażowaniem (...)”.

Pismem z dnia 25 maja 2022 r. Zamawiający wystąpił do Wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia Jantar Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku i Era Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie z wezwaniem do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający stwierdził w treści wezwania, że na podstawie złożonego wykazu nie jest możliwa ocena warunku udziału w postępowaniu w zakresie robót budowlanych – wskazano prace polegające na wykonaniu usługi montażu i wdrożenia (...).

W odpowiedzi na powyższe pismo wezwani Wykonawcy wspólnie ubiegający się o uzyskanie zamówienia Jantar Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku i Era Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie złożyli oświadczenie z dnia 30 maja 2022 r. wystawione przez podmiot Scholz Polska Sp. z o.o., podpisane przez Pana M.B..

Z treści ww. oświadczenia wynika, że prace wskazane w wykazie wykonanych robót budowlanych stanowiły roboty budowlane w rozumieniu art. 7 pkt 21 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 1 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o

uzyskanie zamówienia Jantar Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku i Era Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że Wykonawca był zobowiązany do złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą uproszczoną według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarze robót. Odwołujący nie załączył do oferty kosztorysu dotyczącego budowy przyłącza światłowodowego do budynku biurowego administracji Grottgera. Zamawiający wskazał, że kosztorys ofertowy nie podlega procedurze uzupełniania.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu oznaczonego numerem I.1 *petitum* odwołania, tj. zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Jantar Sp. z o.o. i Era Sp. z o.o. z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba uznała, że podmiotowe środki dowodowe złożone przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia – Konsorcjum Jantar Sp. z o.o. i Era Sp. z o.o. wraz z oświadczeniem z dnia 30 maja 2022 r. pochodzącym od wystawcy referencji w sposób wystarczający wykazały, że prace, na które powołał się ww. Wykonawca w złożonym Wykazie wykonanych robót budowlanych stanowią roboty budowlane. W ocenie Izby oświadczenie z dnia 30 maja 2022 r. wystawione przez wystawcę referencji – podmiot, na rzecz którego wykonane zostały prace wskazane w wykazie robót budowlanych – na poziomie wyczerpującym potwierdza, że prace w nim wskazane stanowiły roboty budowlane. Mając na uwadze treść złożonych na tę okoliczność dokumentów, w szczególności oświadczenia z dnia 30 maja 2022 r. pochodzącego od podmiotu Scholz Polska Sp. z o.o., brak jest podstaw do kwestionowania charakteru prac określonych jako „usługa montażu i wdrożenia systemów monitoringu CCTV IP w oparciu o łącza światłowodowe”. Kluczowym dla ustalenia ich charakteru nie jest bowiem nazwa nadana tym pracom, ale ich rzeczywisty zakres i przebieg. Prace te zostały z kolei zdefiniowane jako stanowiące roboty budowlane w rozumieniu przepisu art. 7 pkt 21 ustawy Pzp przez ich odbiorcę w oświadczeniu z dnia 30 maja 2022 r. Bez znaczenia dla oceny przydatności ww. oświadczenia dla potwierdzenia spełniania kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu jest fakt, że podpis pod nim złożył Pan M.B. – osoba nieuprawniona do samodzielnej reprezentacji podmiotu Scholz Polska Sp. z o.o. Złożone przez podmiot Scholz Polska Sp. z o.o. oświadczenie z dnia 30 maja 2022 r. ma

bowiem charakter oświadczenia wiedzy osoby je składającej. Wystarczającym jest zatem, by pochodziło ono od osoby, która ma wiedzę co do okoliczności, o istnieniu których świadczy – nie musi to być osoba bądź osoby ujawnione w Krajowym Rejestrze Sądowym jako uprawnione do reprezentacji. Do złożenia tego rodzaju oświadczenia nie jest bowiem wymagane zachowanie zasad reprezentacji wynikających z Krajowego Rejestru Sądowego, ale posiadanie wiedzy stanowiącej merytoryczną zawartość oświadczenia.

Jednocześnie, rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej – nie dowiódł, by kwestionowane przez niego prace wskazane w Wykazie wykonanych robót budowlanych stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ złożonym przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Jantar Sp. z o.o. i Era Sp. z o.o. nie stanowiły robót budowlanych.

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut wskazany w punkcie I.2 *petitum* odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia Jantar Sp. z o.o. i Era Sp. z o.o. pomimo, że ww. oferta była niezgodna z warunkami zamówienia co do oczekiwanego zakresu prac oraz zawierała cenę za roboty nieobjęte przedmiotem zamówienia.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przy czym zgodnie z poglądem doktryny „(...) Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 Pzp, która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91–98 Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. (...)”. (Prawo za-

mówień publicznych. Komentarz, pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 719).

Jako przykłady okoliczności, które powinny skutkować odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, doktryna wskazuje zdarzenia, które mogą dotyczyć „(...) zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego, przedłożenie dokumentów przedmiotowych (próbek), które nie potwierdzają, że produkt spełnia określone przez zamawiającego wymogi (...))” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 719).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy w pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba ustaliła, iż Zamawiający ustalił, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu instalacji telewizji dozorowej CCTV z zasilaniem wraz z budową połączenia światłowodowego na terenie śródmiejskiego odcinka bulwarów rzeki Słupi wraz z dowiązaniem łącza światłowodowego do nowej siedziby Zarządu Infrastruktury Miejskiej w Słupsku przy ul. Grottgera oraz przyłączeniem kamer na skrzyżowaniu ulic Szczecińskiej z Sobieskiego. W rozdziale IV ust. 2 pkt 11 SWZ wskazano, że zakres przedmiotu zamówienia obejmuje w szczególności budowę studni kablowych SKR-1. Zgodnie z rozdziałem IV ust. 3 SWZ, przedmiot zamówienia obejmuje doprowadzenie kanalizacji technicznej wraz ze światłowodem do istniejącej studni przy budynku Grottgera 13 wraz z wpięciem do rozdzielni światłowodowej. Przy czym Zamawiający dodał, że wskazana w dokumentacji budowa studni przy budynku Grottgera 13 wraz z pracami wewnątrz budynku (budowa koryta kablowego PCV 100x60) realizowana jest w ramach odrębnego zadania i nie jest przewidziana do wykonania w ramach niniejszego zamówienia.

Zgodnie z treścią rozdziału IV ust. 4 SWZ, przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany za pomocą dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, które stanowią załączniki do SWZ. W Projekcie Techniczno-Budowlanym pkt 2.2. – Studnie kablowe – wskazano, że na trasie projektowanego rurociągu kablowego zaprojektowano 2 studnie kablowe SKR-1 z logo UM Słupsk.

Na mapie umieszczonej na stronie 15 Projektu Techniczno-Budowlanego w różnych lokalizacjach na trasie projektowanej kanalizacji kablowej umieszczone zostały dwie projektowane studnie kablowe SKR-1.

W przedmiarze dotyczącym sieci teletechnicznej w pozycji nr 1 w kolumnie „opis i wyliczenia” wskazano „Budowa studni kablowych prefabrykowanych rozdzielczych SKR-1 w

gruncie kategorii III. W kolumnie „j.m.” wskazano „szt.”, natomiast w kolumnie „poszczególne” wskazano „1,000”.

Zgodnie z rozdziałem XIII ust. 3 pkt 6 SWZ wraz z ofertą Wykonawcy zobowiązany był złożyć kosztorys ofertowy.

Dokumentacja projektowa stanowiąca załącznik do SWZ zawierała:

1. dokumentację dotyczącą kanalizacji teletechnicznej, w skład której wchodził kosztorys ofertowy, przedmiar oraz projekt techniczno-budowlany;
2. dokumentację dotyczącą monitoringu, w skład której wchodzi m.in. kosztorys ofertowy, przedmiar oraz STWiORB.

Mając na uwadze powyższe postanowienia i informacje dostępne w dokumentacji postępowania należy stwierdzić, że Zamawiający określił wymogi co do treści oferty oraz zakresu objętego przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby analiza dokumentacji postępowania prowadzi do wniosku, że zawiera ona postanowienia, które określają po pierwsze, że wraz z ofertą ma być złożony kosztorys ofertowy. Po drugie, określają zakres przedmiotu zamówienia obejmujący dwie studnie kablowe, spośród których jedna – zlokalizowana przy budynku przy ul. Grottgiera 13 została wyłączona do innego zadania – zatem finalnie przedmiotem niniejszego zamówienia objęta jest jedna studnia wskazana na mapie. Po trzecie, dokumentacja projektowa stanowiąca załącznik do SWZ zawiera dwa kosztorysy: jeden odnoszący się do kanalizacji teletechnicznej, drugi odnoszący się do monitoringu.

W wyniku modyfikacji SWZ dokonanej pismem z dnia 25 kwietnia 2022 r. Zamawiający dokonał zmiany treści przedmiaru robót oraz kosztorysu ofertowego oraz załączył ww. dokumenty w wersji uwzględniającej nowe brzmienie określając je jako: przedmiar robót „Rozwój sieci monitoringu” po zmianach i kosztorys ofertowy „Rozwój sieci monitoringu” po zmianach – wersja edytowalna. Jednocześnie w treści pisma z dnia 25 kwietnia 2022 r. Zamawiający wskazał, że pozostałe zapisy SWZ nie zostały zmienione.

Tym samym należało uznać, że kosztorys dotyczący kanalizacji teletechnicznej obowiązuje wciąż w wersji niezmienionej i należy go złożyć wraz z ofertą. Powyższa dokumentacja wskazuje zatem, że należało złożyć dwa kosztorysy odpowiadające każdemu z wymienionych zakresów prac: jeden dotyczący rozwoju sieci monitoringu – w wersji uwzględniającej zmiany oraz drugi – dotyczący kanalizacji teletechnicznej.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, zgodnie z którym zapisy SWZ są wewnętrznie sprzeczne wobec faktu uwzględnienia w przedmiarze dotyczącym sieci teletechnicznej i kosztorysie dotyczącym sieci teletechnicznej pozycji, które zostały wyłączone z zakresu przedmiotu zamówienia. Jak bowiem wynika z dokumentacji postępowania, z zakresu zamówienia została wyłączona budowa studni kablowej zlokalizowanej przy budynku przy

ul. Grottgera 13 wraz z pracami wewnątrz budynku. Odwołujący pominął jednak fakt, że przedmiotem zamówienia objęta jest budowa drugiej przewidzianej w projekcie techniczno-budowlanym studni kablowej SKR-1.

W efekcie powyższego Odwołujący błędnie uznał, że fakt złożenia wraz z ofertą przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Jantar Sp. z o.o. i Era Sp. z o.o. kosztorysu dotyczącego „budowy przyłącza światłowodowego do budynku biurowego administracyjnego Grottgera” pomimo wyłączenia z zakresu prac robót wskazanych w trzech pierwszych punktach tego kosztorysu (budowa studni kablowych, montaż elementów mechanicznej ochrony przed ingerencją osób nieuprawnionych w istniejących studniach kablowych, budowa rurociągu kablowego) stanowi o niezgodności oferty złożonej przez ww. Wykonawcę z warunkami zamówienia.

Tymczasem z ustaleń Izby wynika, że kwestionowany przez Odwołującego kosztorys był dokumentem wymaganym do złożenia wraz z ofertą. Jednocześnie objęte nim prace związane z budową jednej spośród dwóch studni kablowych umieszczonych na mapie ujętej w projekcie techniczno-budowlanym nie zostały wyłączone z przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyłączył bowiem z niego jedynie budowę jednej studni kablowej – zlokalizowanej przy budynku Grottgera 13. Zatem uwzględnienie tych prac w ofercie złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia Jantar Sp. z o.o. i Era Sp. z o.o. nie stanowi o niezgodności oferty z treścią warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego.

Tym samym ww. zarzut Izba uznała za nieznajdujący potwierdzenia w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i argumentację Izba uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut wskazany w punkcie II petitum odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niezgodne z tym przepisem odrzucenie oferty Odwołującego.

Izba wskazuje, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego był fakt niezłączenia przez Odwołującego do oferty kosztorysu ofertowego dotyczącego budowy przyłącza światłowodowego do budynku biurowego administracyjnego Grottgera.

W tym miejscu należy dostrzec, że jak wskazano powyżej kosztorys ofertowy dotyczący budowy przyłącza światłowodowego do budynku biurowego administracyjnego Grottgera był dokumentem wymaganym do złożenia wraz z ofertą. Jednocześnie objęte nim prace związane z budową jednej spośród dwóch studni kablowych umieszczonych na mapie ujętej w projekcie techniczno-budowlanym nie zostały wyłączone z przedmiotu zamówienia. Należy podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nadał kosztorysowi ofertowo-

wemu rangę elementu treści oferty. Wycena zakresu prac opisanych w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego stanowi zatem kluczowy element oferty. Co za tym idzie, obowiązkiem wykonawców ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia było dokonanie wyceny przedmiotu zamówienia w oparciu o opisy pozycji umieszczone przez Zamawiającego w załączonych do SWZ kosztorysach ofertowych.

Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy kosztorysy ofertowe jako stanowiące merytoryczną treść oferty nie podlegają uzupełnieniu.

Mając na uwadze wskazane okoliczności należy przyjąć, że Odwołujący w złożonej ofercie określił sposób realizacji zamówienia w sposób odmienny, aniżeli wymagany przez Zamawiającego – nie uwzględnił bowiem robót budowlanych dotyczących kanalizacji teletechnicznej. Tym samym Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo stwierdził, że treść oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia i w konsekwencji podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

