Sygn. akt: KIO 1432/19

WYROK

z dnia 9 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2019 r. przez wykonawcę: Drog-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Lubojence w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Województwo Opolskie reprezentowane przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu z siedzibą w Opolu przy udziale wykonawcy R. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R. B. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe TRANSKOM z siedzibą w Jaryszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1432/19 pod stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Sygn. akt KIO 1432/19

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu z siedzibą w Opolu (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Rozbudowa układu komunikacyjnego ul. Gogolińskiej w Strzelcach Opolskich oraz 2. Przebudowy i budowy sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej w ulicy Gogolińskiej w Strzelcach Opolskich”, nr sprawy WP.6021.02.2019, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało

opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 030-065986. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 25 lipca 2019 r. wykonawca DROG-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Lubojence (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez:

   A. bezpodstawne uzupełnienie przez Zamawiającego pustej pozycji kosztorysu ofertowego złożonego przez wybranego Wykonawcę (R. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. B. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe TRANSKOM z siedzibą w Jaryszowie, dalej: Przystępujący) w pozycji nr 449 i wpisanie wartości 0,00 zł,

   B. uzupełnienie pozycji nr 649 przez rozszerzenie zakresu czynności wycenionych przez Przystępującego, który to zakres nie był zgodny z opisem podanym w treści kosztorysu ofertowego, wprowadzonym przez Zamawiającego zmianą z dnia 19.03.2019 r.,

w efekcie:

   C. bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ.

   Przystępujący całkowicie pominął w ofercie czynności wskazane w pozycji nr 649 kosztorysu: „Otwarcie i zamknięcie złączy przelotowych kabli wypełnionych samonośnych o 50 parach z zastosowaniem termokurczliwych osłon wzmocnionych. Wyłączenie kabla równoległ. ze złącza kabla wypełnionego ułożonego w kanał, kablowej z zast. termokurcz. osłon wzmóc, na kablu do 50 par". Przystępujący ograniczył wycenę do określenia wartości prac określając je w następujący sposób: „Otwarcie i zamknięcie złączy przelotowych kabli wypełnionych samonośnych o 50 parach z zastosowaniem termokurczliwych osi on wzmocnionych Wyłączenie kabla". Przystępujący pominął zatem wycenę robót określonych w drugiej część zdania „równoległ. ze złącza kabla wypełnionego ułożonego w kanał, kablowej z zast. termokurcz. osłon wzmóc, na kablu do 50 par". W efekcie Przystępujący zaoferował i wycenił inną robotę, niż oczekiwał Zamawiający, składając zmodyfikowany i niezgodny z SIWZ kosztorys ofertowy.

2. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ i bezpodstawną poprawę przez Zamawiającego pozycji kosztorysu przedstawionego przez Przystępującego polegającej na zamianie opisu pozycji kosztorysowych wskazanych pod numerami 607 oraz 617. W pozycjach tych Przystępujący wpisał materiał inny, niż wskazany w kosztorysie Zamawiającego, tj. inne rury, przez co dokonał nieuprawnionej zmiany treści kosztorysu ofertowego. Wprowadzona przez Przystępującego zmiana materiału w pozycjach 607 i 617 kosztorysu stanowiła de facto złożenie przez niego oferty niezgodnej z SIWZ, co powinno spowodować jej odrzucenie przez Zamawiającego.

3. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, mimo że podlegał on wykluczeniu z postępowania, gdyż nie wykazał w sposób zgodny z pkt 4.3.1 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. nie wykazał, że posiada wymagane przez Zamawiającego:

   A. doświadczenie w zakresie budowy, przebudowy lub modernizacji sieci kanalizacji sanitarnej o łącznej długości co najmniej 0,8 km,

   B. doświadczenie dotyczące budowy, przebudowy lub modernizacji sieci wodociągowej o łącznej długości 1 km, gdyż nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających, że to Wykonawca był odpowiedzialny za wykonanie tych robót,

oraz

   C. nie przedstawił dokumentów potwierdzających że roboty przez niego wykonane został odebrane bez zastrzeżeń.

4. naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez wielokrotne wzywanie

Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunków udziału

w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, co prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

5. naruszenie art. 7 Pzp przez wybór oferty Przystępującego, mimo, że podlegał on wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu, oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy, czym Zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty poprzedzonej oceną spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu ;

2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę z uwagi na jej niezgodność z SIWZ.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty wpisu oraz uzasadnionych kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

1. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający, w SIWZ, w sposób jasny i szczegółowy określił wszelkie warunki składania ofert, przyjmując min. kosztorysową formę wynagrodzenia oraz załączył wzór kosztorysu ofertowego (załącznik nr 2a do SIWZ), w którym uzupełnieniu podlegały jedynie wartości (cena jednostkowa i łączna ich wartość), a opis poszczególnych pozycji kosztorysu i specyfikacja techniczna zostały przez Zamawiającego ściśle określone. Dokument ten stanowił podstawę do oceny ofert. Niewypełnienie przez Przystępującego niektórych pozycji kosztorysu nie mogło stanowić omyłki pisarskiej podlegającej uzupełnieniu w trybie art. 87 ust. 2 Pzp.

Zamawiający nie mógł w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp uzupełnić pustej pozycji nr 449 kosztorysu ofertowego złożonego przez Przystępującego i wpisać wartości 0,00 zł, jak również uzupełnić pozycji nr 649 kosztorysu ofertowego Przystępującego przez poprawienie go tak, aby odpowiadał wzorowi kosztorysowi załączonemu do SIWZ. Przystępujący samowolnie zmodyfikował pozycje wskazane w załączonym do SIWZ formularzu ofertowym w pozycji 649, zmieniając ich treść, a zatem również treść swojej oferty. Zamawiający bezpodstawnie potraktował to jako inną omyłkę podlegającą poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp i dokonał korekty oferty Przystępującego przez stwierdzenie, że wycenie podlega „Otwarcie i zamknięcie złączy przelotowych kabli wypełnionych samonośnych o 50 parach z zastosowaniem termokurczliwych osłon wzmocnionych Wyłączenie kabla równoległ. ze złącza kabla wypełnionego ułożonego w kanał, kablowej z zast. termokurcz. osłon wzmóc, na kablu do 50 par".

Pismem z 30 maja 2019 r. Zamawiający poinformował, że poprawił w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp pozycje 607 i 617 kosztorysu ofertowego Przystępującego, a w konsekwencji nie odrzucił jego oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Przystępujący nie był uprawniony do wprowadzenia jakichkolwiek zmian w formularzu kosztorysu ofertowego w stosunku do wzoru załączonego do SIWZ. Zmiany takiej nie można było zakwalifikować jako oczywistej omyłki, gdyż Przystępujący zmienił oferowany materiał z rury DVK 110 do kabli 110/95 na inny materiał, tj. na rurę RHPDE p 110x 6,3p. Zmiana ta miała charakter świadomy i zamierzony, nie była omyłką. Oczywistą omyłką pisarską jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń.

Kosztorys ofertowy jest dokumentem, na podstawie którego zamawiający dokonuje niezbędnych czynności merytorycznych w zakresie oceny oferty i rozliczenia robót, a w konsekwencji wymóg jego złożenia nie może być uznany za wymóg wyłącznie formalny. Przystępujący w poz. 607 oraz 617 zamiast rury DVK 110 do kabli 110/95 wskazał rury RHPDE p 110x 6,3p - rury te różnią się nie tylko materiałem i wyglądem, ale również grubością ścianki. Zamawiający wymagał rur o grubości ścianki 7,5 mm, zaś Przystępujący zaoferował rury o grubości ścianki 6,3 mm. Nie można było zatem uznać za prawidłowe wyjaśnień Przystępującego, w których wskazał, iż błąd spowodowany był błędnym przeklejeniem opisu pozycji, skoro formularz kosztorysu był już wypełniony przez Zamawiającego. Rura RHPDE o parametrach wskazanych przez Przystępującego, została wskazana np. w poz. 618 jego kosztorysu ofertowego (cena jednostkowa - 100,00 zł), jak

również w pozycji 584 kosztorysu ofertowego. W takiej samej cenie zostały również wycenione rury wskazane w pozycjach 607 i 617. Niezależnie od powyższego, Zamawiający w pkt. 13.4 SIWZ wskazał, że wykonawcy nie mogą dokonywać jakichkolwiek zmian w kosztorysie ofertowym udostępnionym przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe niedopuszczalne było uzupełnienie czy poprawa oferty Przystępującego, jeśli nie było ona zgodna z SIWZ. Oferta powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Dowody:

1. załącznik nr 2a do SIWZ,
2. pismo Zamawiającego z 29 kwietnia 2019 r.,
3. pismo Wykonawcy z 6 maja 2019 r.,
4. pismo Zamawiającego z 16 maja 2019 r.,
5. pismo Wykonawcy z 22 maja 2019 r.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp Zamawiający nie odrzucił oferty Przystępującego, mimo, że powinien on zostać wykluczony z postępowania, gdyż nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. że posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie

w zakresie budowy, przebudowy lub modernizacji sieci kanalizacji sanitarnej o łącznej długości co najmniej 0,8 km oraz doświadczenie dotyczące budowy, przebudowy lub modernizacji sieci wodociągowej o łącznej długości 1 km. Przystępujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych i niezależnych dokumentów potwierdzających, że to podmiot trzeci, na którego zasoby się powołał, wykonał te roboty. Przystępujący powołując się na zasoby Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych A. B. z siedzibą w Głubczycach (dalej: PRI Bąk), a przede wszystkim na doświadczenie tego wykonawcy, powinien wykazać, jakie doświadczenie posiada wskazany przez niego podmiot. Przystępujący powołując się w ofercie na doświadczenie, które wykonawca PRI B. uzyskał w czasie, gdy działał w ramach konsorcjum innych wykonawców, powinien szczegółowo określić jakie prace wykonał ten podmiot i potwierdzić ich prawidłowe wykonanie odpowiednimi referencjami. Trudno było uznać za wiarygodne i potwierdzające doświadczenie podmiotu trzeciego, wyjaśnienia wskazane w piśmie wykonawcy PRI B. z dnia 28 czerwca 2019 roku, w których podmiot ten wskazał jaki zakres prac wykonał w ramach realizacji zadania pn: „Uzbrojenie pola południowego na terenie Kędzierzyńsko - Kozielskiego Parku Przemysłowego”, Okoliczności te nie zostały potwierdzone w złożonym przez Przystępującego na kolejne wezwanie Zamawiającego dokumencie z dnia 23 stycznia 2015 r. sporządzonym przez Urząd Miasta Kędzierzyn Koźle.

Jak wynika z opinii Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 lipca 2019 roku nr UZP/DP/026/529(7)/18/MO sporządzonej na wniosek Prezesa Zarządu Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Drogownictwa: „gdy wykonawca polega na doświadczeniu konsorcjum, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału danego wykonawcy w realizacji zamówienia. Tym samym, wykonawca biorący samodzielnie udział w postępowaniu może powołać się na doświadczenie konsorcjum, którego był członkiem przy realizacji innego zamówienia tylko w takim zakresie, w jakim rzeczywiście uczestniczył w realizacji tego zamówienia tj. w zakresie części zamówienia, którą faktycznie wykonał”. Dlatego nie można uznać wskazanych wyjaśnień jako dokumentów, które zostały sporządzone obiektywnie i z należytą starannością przez wybranego Wykonawcę. Z dokumentów tych nie dało się bowiem wywnioskować, czy wskazane w nim roboty zostały faktycznie wykonane przez podmiot trzeci, jak również czy zostały wykonane w sposób prawidłowy.

Tym samym Zamawiający nie zastosował się do własnych wytycznych zawartych w pkt 4.4 ppkt 9 SIWZ, co doprowadziło do sytuacji, w której prowadzone przez niego postępowanie nie zapewniało zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz było zgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający wzywał wielokrotnie Przystępującego do uzupełnień, poprawek i wyjaśnień lub w jego imieniu uzupełniał, poprawiał lub wyjaśniał złożoną przez Przystępującego ofertę:

1. pismem z 16 maja 2019 roku Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia pozycji części kosztorysu ofertowego w zakresie pozycji: 460, 522, 619,623,649, aby był on zgodny z SIWZ,
2. pismem z 21 maja 2019 roku Zamawiający poprawił treść kosztorysu ofertowego

Przystępującego w zakresie pozycji: 460, 522, 619, 623, 649,

3. pismem z 30 maja 2019 r. Zamawiający poprawił treść kosztorysu ofertowego Przystępującego w zakresie pozycji: 607, 617,

4. pismem z 4 czerwca 2019 r. wezwał Przystępującego do złożenia formularza JEDZ, w tym w zakresie podmiotu trzeciego: PRI B.,

5. pismem z 10 czerwca 2019 r. wezwał wybranego Wykonawcę do złożenia dokumentów wskazanych w pkt 5.5, pkt 5.6 SIWZ oraz w zakresie podmiotów trzecich dokumentów wskazanych pkt 5.12 SIWZ.

Powyższe świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego zasady jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentacji, co stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp.

Dowody:

1. pismo z 28 czerwca 2019 r. sporządzone przez PRI Bąk,

2. pismo z 23 stycznia 2015 r. sporządzone przez Urząd Miasta Kędzierzyn-Koźle,

3. opinia Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 lipca 2019 r. nr UZP/DP/026/529(7)/18/MO,

4. pismo Zamawiającego z 16 maja 2019 r.,

5. pismo Zamawiającego z 21 maja 2019 r.,

6. pismo Zamawiającego z 30 maja 2019 r.,

7. pismo Zamawiającego z 4 czerwca 2019 r.,

8. pismo Zamawiającego z 10 czerwca 2019 r.,

9. pismo Zamawiającego z 11 czerwca 2019 r.,

10. pismo Zamawiającego z 27 czerwca 2019 r.,

11. pismo Zamawiającego z 1 lipca 2019 r.,

12. pismo Zamawiającego z 4 lipca 2019 r.,

13. pismo Przystępującego z 28 czerwca 2019 r.,

14. pismo Przystępującego z 5 lipca 2019 r.,

15. pismo Wykonawcy z 8 lipca 2019 r.

3. Zarzut naruszenia art. 7 Pzp

Wybór oferty Przystępującego mimo faktu, że powinien on zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż Zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z wskazanych wyżej dokumentów oraz o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wniósł o jego oddalenie i o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, wskazując ponadto:

Niewskazanie przez Przystępującego w poz. 449 kosztorysu ofertowego ceny jednostkowej, kwalifikować należało jako oczywistą omyłkę rachunkową. Zamawiający mógł ustalić wartość tej ceny jednostkowej przy zastosowaniu prostego działania matematycznego, tj. równania z jedną niewiadomą. SIWZ nie zabraniał określania cen jednostkowych na poziomie 0 zł. Odwołujący nie odniósł się szczegółowo do poprawy poz. 649 kosztorysu ofertowego, zatem w ocenie Zamawiającego, nie było do końca wiadomo dlaczego, Odwołujący uważał fakt poprawy za naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dokonując tej poprawy, Zamawiający działał zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa (w szczególności z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), z uwzględnieniem stanowisk orzecznictwa dotyczących interpretacji

przedmiotowego przepisu. Opis poz. 649 kosztorysu ofertowego Przystępującego został niejako „urwany", Przystępujący wskazał opis niepełny, w porównaniu do wzoru kosztorysu stanowiącego załącznik do SIWZ. Jednakże porównanie opisu wskazanego przez Przystępującego w ofercie z opisem wskazanym w kosztorysie ofertowym załączonym do SIWZ, nie budziło wątpliwości Zamawiającego, że Przystępujący omyłkowo nie wskazał pełnego opisu pozycji (nastąpiło ucięcie końcowej części opisu pozycji kosztorysowej). Omyłka Przystępującego, stanowiła zatem niedokładność spowodowaną niezawinionym błędem osoby sporządzającej kosztorys ofertowy lub urządzenia technicznego, np. programu komputerowego. Opis, który został przerwany w połowie nie dowodzi celowego działania Przystępującego - taki wniosek w okolicznościach sprawy byłby nielogiczny i przeczył profesjonalnemu charakterowi działalności Przystępującego.

Przystępujący w piśmie z dnia 6 maja 2019 roku wskazał, że popełnione omyłki w opisie poz. 607 i 617 kosztorysu ofertowego były spowodowane błędnym, omyłkowym, skopiowaniem opisu z pozycji 605 oraz 618 kosztorysu ofertowego. Przystępujący wskazał ponadto, że niezależnie od popełnionej omyłki pozycje te zostały prawidłowo wycenione, a podana cena była ceną właściwą. Ponadto wskazał, że popełniona omyłka była efektem błędu komputerowego w trakcie dokonywania czynności „kopiuj-wklej".

Zamawiający porównując opis pozycji 607 i 617 w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty Przystępującego z kosztorysem ofertowym stanowiącym załącznik do SIWZ, doszedł do wniosku, że popełnione błędy są wynikiem niezamierzonego działania, a ich poprawa nie zmieni w sposób istotny treści oferty Przystępującego.

Dodatkowym argumentem wskazującym na przyczynę zaistniałej omyłki jest sposób sporządzenia przez Zamawiającego kosztorysu ofertowego. Zamawiający jedną pozycję w kosztorysie ofertowym sporządził w oparciu o dwa wiersze w programie Excel.

Poprawa dokonana przez Zamawiającego zmieniła treść oferty Przystępującego (jak każda poprawa dokonana w trybie art. 87 ust. 2 Pzp), jednak nie zmieniła jej w sposób istotny. Rury wskazane w opisie pozycji stanowiły niewielki, wręcz marginalny element zamówienia. Wartość poz. 607 kosztorysu ofertowego opiewała na kwotę 900 zł netto, co stanowiło ok. 0,0066 % łącznej wartości przedmiotowego zamówienia netto. Z kolei wartość poz. 617 kosztorysu ofertowego to kwota 3000 zł netto - ok. 0,022 % łącznej wartości przedmiotowego zamówienia netto. Wprowadzone przez Zamawiającego poprawki dotyczyły zatem nieistotnego elementu przedmiotowego zamówienia.

W zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu Przystępujący polegał na doświadczeniu podmiotu trzeciego, tj. PRI B. . Zamawiający w należyty sposób zweryfikował doświadczenie tego podmiotu, co potwierdza treści pism znajdujących się w dokumentacji postępowania. Zamawiający sprawdził zarówno zakres robót wykonanych przez PRI B., jak i jakość tych robót potwierdzoną referencjami wystawionymi przez Gminę Kędzierzyn-Koźle.

Co do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp - Zamawiający faktycznie kilkukrotnie skorzystał z tego przepisu w stosunku do oferty Przystępującego, ale - po to by wyjaśnić zupełnie różne okoliczności, zatem zasada jednokrotnego wzywania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie została naruszona.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 Pzp Zamawiający wskazał, że wspomniane naruszenie nie stanowiło odrębnego zarzutu, a było powiązane w odwołaniu z zarzutem naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Natomiast w uzasadnieniu Odwołujący wskazał osobne uzasadnienie dla naruszenia art. 7 Pzp. Zdaniem Zamawiającego sformułowany przez Odwołującego zarzut był nieprecyzyjny - wskazano na naruszenie art. 7 Pzp, bez uszczegółowienia który ustęp przepisu (a art. 7 Pzp posiada ich cztery) miał zostać naruszony. Zamawiający stanął na stanowisku, że nie naruszył art. 7 ust. 1, ust. 1a, ust. 2, czy ust. 3 Pzp - przeprowadził przedmiotowe postępowanie z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił zgodnie z przepisami Pzp.

Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodów przeprowadzenie z następujących dokumentów:

1. SIWZ,

2. Oferty Przystępującego,

3. pisma Zamawiającego o poprawieniu omyłki z 16 maja 2019 roku, znak WP.6021.02.2019,

4. pisma Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie z art. 87 ust. 1 PZP pozycji 449, 697, 617 z 29 kwietnia 2019 roku, znak sprawy WP.6021.02.2019,

5. pisma Przystępującego z 6 maja 2019 roku,

6. pisma Zamawiającego o poprawieniu omyłki w poz. 449 kosztorysu ofertowego oraz o wyjaśnienie z art. 87 ust. 1 Pzp pozycji 460, 522, 619, 623, 649 kosztorysu ofertowego z 16 maja 2019 roku, znak WP.6021.02.2019,

7. pisma Przystępującego z 17 maja 2019 roku,

8. pisma Zamawiającego w sprawie poprawienia innych omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w pozycjach 460, 522, 619, 623, 649 z 21 maja 2019 roku,

9. pisma Przystępującego z 22 maja 2019 roku,

10. pisma Zamawiającego w sprawie poprawienia innych omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w pozycjach 607, 617 z 30 maja 2019 roku,

11. pisma Przystępującego z 30 maja 2019 roku,

12. pisma Zamawiającego w sprawie uzupełnienia oświadczenia JEDZ firmy ELEKTRIN T. F. i Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych A. B. zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 04.06.2019 r.,

13. pisma Przystępującego z uzupełnionymi oświadczeniami JEDZ z 10 czerwca 2019 r.,

14. pisma Zamawiającego w sprawie wezwania o dokumenty zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp,

15. pisma Przystępującego ze złożonymi oświadczeniami i dokumentami z 21 czerwca 2019 roku,

16. pisma Zamawiającego w sprawie wyjaśnienia doświadczenia Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych A. B. z 27 czerwca 2019 roku,

17. pisma Przystępującego w sprawie wyjaśnienia doświadczenia Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych A. B. z 28 czerwca 2019 roku,

18. pisma Zamawiającego w sprawie uzupełnienia zobowiązań podmiotów trzecich Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych A. B. i Tranzit Sp. z o.o. zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp z 4 lipca 2019 roku,

19. pisma Przystępującego z uzupełnionymi zobowiązaniami z 8 lipca 2019 roku.

Przystępujący 6 sierpnia 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie w której wyraził stanowisko analogiczne do poglądów Zamawiającego opisanych wyżej. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba uwzględniła wszystkie wnioski dowodowe Stron i przeprowadziła dowód z wskazanych przez nie dokumentów znajdujących się w aktach postępowania.

Zarzuty nr 1 i 2

Część 8 SIWZ - „Opis sposobu przygotowania oferty” zawierał następującą dyspozycję:

„8.5. Wraz z formularzem oferty sporządzonym w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym (na załączniku nr 1 do SIWZ), za pośrednictwem Platformy zakupowej: lub poprzez profil nabywcy (...) zgodnie z zasadami określonymi w punkcie 7, powinny być złożone:

1) kosztorys ofertowy w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym — na załączniku nr 2 do SIWZ)".

Wzór kosztorysu ofertowego stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ miał postać tabeli z następującym opisem kolumn:

1. L.p.,
2. Nr spec. techn.,
3. Kolumna bez nazwy - zawierająca opisy poszczególnych pozycji kosztorysowych,
4. Jedn. miary,
5. Ilość,
6. Cena zł (cena jednostkowa),
7. Wartość zł (rozumiana jako iloczyn ilości i ceny jednostkowej).

Sporne pozycje kosztorysu ofertowego z oferty Przystępującego to:

1. Poz. 449 - Badania i pomiary instalacji uziemiającej (każdy następny pomiar),
2. Poz. 607 - Budowa kanalizacji kablowej pierwotnej z rur z tworzyw sztucznych o liczbie warstw 1; liczbie rur 2; liczbie otworów 2. DVK 110 osłona rurowa do kabli 110/95,
3. Poz. 617 - Budowa kanalizacji kablowej pierwotnej z rur z tworzyw sztucznych o liczbie warstw 1; liczbie rur 2; liczbie otworów 2. DVK 110 osłona rurowa do kabli 110/95,
4. Poz. 649 - Otwarcie i zamknięcie złączy przelotowych kabli wypełnionych samonośnych o 50 parach z zastosowaniem termokurczliwych osłon wzmocnionych. Wyłączenie kabla równoległ. ze złącza kabla wypełnionego ułożonego w kanał, kablowej z zast. termokurcz. osłon wzmóc, na kablu do 50 par.

Izba ustaliła, że stan faktyczny w zakresie sposobu przygotowania kosztorysu ofertowego przez Przystępującego, przedstawiony w uzasadnieniu odwołania odpowiada prawdzie.

Art. 89 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Kluczowe dla oceny działań Zamawiającego, związanych z dokonaną poprawą oferty Przystępującego jest ustalenie, czy sporna poprawa nie doprowadziła do naruszenia zawartego w art. 87 ust. 1 Pzp zakazu zmian złożonych ofert. Oceniając stan faktyczny sprawy Izba uznała, że odstępstwa w sposobie wypełnienia kosztorysu, jakich dopuścił się Przystępujący, miały charakter oczywistych omyłek, tj. omyłek, co do których od razu możliwy był do przewidzenia wynik ich ewentualnej poprawy, a poprawa ta nie mogłaby doprowadzić do zmiany treści oświadczenia woli zawartego w ofercie wykonawcy.

W pozycji 449 kosztorysu Przystępujący nie wpisał ceny jednostkowej, ale wpisał wartość całkowitą pozycji (0,00 zł) oraz ilość sztuk. W tej sytuacji możliwe było jednoznaczne wyliczenie wartości cen jednostkowych.

W pozycjach 607 i 617 Przystępujący wpisał inne, niż wymagane przez Zamawiającego rury, ale okoliczność ta została w należyty sposób wyjaśniona przez Przystępującego na etapie

oceny ofert. W ocenie Izby nie budzi zatem wątpliwości omyłkowy charakter zamiany nazw rur. Ponadto Przystępujący nie miał żadnych powodów, by zamiany rur DVK 110 na RHDPE dokonać celowo. Intencjonalne działanie musiałoby prowadzić do konkretnej korzyści po stronie Przystępującego, tymczasem oba typy rur miały te same ceny jednostkowe. Trudno zatem ustalić jakie miałyby być motywy Przystępującego, by zgodnie z twierdzeniem wyrażonym w odwołaniu, miał on celowo zaoferować Zamawiającemu odmienny niż oczekiwany rodzaj rur.

Skrócenie opisu pozycji 649 kosztorysu ofertowego Przystępującego w ocenie Izby miało oczywisty charakter - zarówno, co do jego przyczyn, jak i skutków. Cechą charakterystyczną programu Excel jest to, że nie zawsze wyświetla on pełną treść tekstu zawartego w poszczególnych komórkach arkusza kalkulacyjnego. Czasami niezbędna jest interwencja użytkownika, polegająca na zwiększeniu wysokości wiersza lub szerokości kolumny arkusza. Konwersja pliku ‚xls na .pdf bez uprzedniego, ręcznego dopasowania wysokości wierszy i szerokości kolumn, doprowadziła, w omawianym przypadku, do obcięcia części tekstu zawartego w niektórych komórkach arkusza. W żaden sposób, w przypadku przedmiotowej sprawy, nie może być to interpretowane jako zmiana oferowanego Zamawiającemu przedmiotu zamówienia, w stosunku do wymogów, wynikających z opisu przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo uznał, że w pozycjach 449, 607, 617 i 649 kosztorysu ofertowego Przystępującego wystąpiły omyłki nadające się do poprawy w oparciu o art. 87 ust. 2 Pzp. Twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający zamiast poprawiać omyłki, powinien na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucić ofertę Przystępującego, jako niezgodną z SIWZ było w ocenie Izby nietrafne, zatem zarzuty nr 1 i 2 odwołania podlegały oddaleniu.

Zarzut nr 3

W zakresie objętym odwołaniem SIWZ zawiera następujące regulacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu:

„4. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

a. nie podlegają wykluczeniu,

b. spełniają poniższe warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...)

4.3. Zdolności technicznej lub zawodowej.

4.3.1. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał (zakończył) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, minimum:

a) jedno zadanie w zakresie robót drogowych o wartości co najmniej 8.000.000 00 PLN brutto,

b) nawierzchnie warstwy ścieralnej z SMA o powierzchni co najmniej 10.000 m2 na jednym zadaniu,

c) jedno zadanie dotyczące budowy, przebudowy lub modernizacji sieci kanalizacji sanitarnej o łącznej długości co najmniej 0,8 km,

d) jedno zadanie dotyczące budowy, przebudowy lub modernizacji sieci wodociągowej o łącznej długości co najmniej 1 km. (...)

4.4. Poleganie na potencjale innych podmiotów.

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając

zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz, o których mowa w punkcie 4.7 podpunkt 2 SIWZ.

4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności

są wymagane (...).

7. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu, składa jednolite

dokumenty dotyczące także tych podmiotów (...).

8. Na wezwanie zamawiającego wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Prawo zamówień

publicznych, zobowiązany jest do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów

dokumentów wymienionych w punkcie 5.7 SIWZ, oraz właściwych dokumentów wskazanych w punktach 5.5 i 5.6 SIWZ odpowiednio do udostępnianych zasobów.

9. W celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający żąda dokumentów, które określają w szczególności:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,

2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego,

3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego,

4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą".

Przystępujący zadeklarował w swojej ofercie, że wykonanie robót związanych z budową sieci kanalizacji sanitarnej oraz sieci wodociągowej powierzy na zasadzie podwykonawstwa wykonawcy PRI B. . W JEDZ Przystępującego znalazła się informacja o poleganiu przez niego na potencjale podmiotów trzecich. Wraz z ofertą złożony został m.in. JEDZ dotyczący wykonawcy PRI B. oraz zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia Przystępującemu zasobów - wiedzy i doświadczenia w zakresie sieci kanalizacji sanitarnej oraz sieci wodociągowej przewidzianych do realizacji zamówienia. Jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów PRI B. wskazał bezpośredni udział w realizacji części robót związanych z budową sieci kanalizacji sanitarnej oraz sieci wodociągowej. PRI B. zadeklarował, że weźmie udział w realizacji przedmiotowego zamówienia w ww. zakresie, a także innych prac i robót oraz doradztwa i konsultacji w całym okresie realizacji.

W toku oceny oferty Przystępującego, Zamawiający weryfikował faktyczne doświadczenie PRI B. . W oparciu o pisma zawarte w dokumentacji postępowania, w szczególności korespondencję między Zamawiającym i Przystępującym Izba ustaliła, że wbrew twierdzeniom Odwołującego możliwe jest ustalenie jaki zakres robót wykonał PRI B. w ramach realizacji zadania na rzecz Gminy Kędzierzyn-Koźle (która to inwestycja została wskazana przez PRI B. na potwierdzenie spełniania warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy).

Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został

zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. W ocenie Izby przesłanki wskazane w przytoczonym przepisie, obligujące Zamawiającego do wykluczenia Przystępującego z postępowania nie zostały wypełnione. Izba uznała, że Zamawiający zachował należytą staranność podczas sprawdzania zdolności Przystępującego do realizacji przedmiotu zamówienia. Zarówno zakres udostępnienia potencjału przez PRI B. na rzecz Przystępującego jak i doświadczenie tego podmiotu w stosunku do wymagań Zamawiającego wynikających z warunków udziału w postępowaniu, nie budzą wątpliwości. W tej sytuacji Izba uznała, że zarzut nr 3 odwołania jest niezasadny.

Zarzut nr 4 i 5

Izba przeprowadziła dowód ze znajdujących się w dokumentacji postępowania pism składających się na korespondencję między Zamawiającym a Przystępującym dotyczącą uzupełnień oferty Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wbrew stanowisku Odwołującego Izba ustaliła, że Zamawiający nie złamał zasady jednokrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Celem wspomnianego zakazu jest umożliwienie wykonawcom jednokrotnego poprawienia oferty - jednak wbrew twierdzeniu Odwołującego - dopuszczalny zakres poprawy wynika z treści wezwania zamawiającego. To on określa jaka część oferty podlega poprawie w określonym momencie procesu jej oceny.

Art. 26 ust. 3 Pzp stanowi: „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”. Treść przepisu nie budzi wątpliwości - to zamawiający jest podmiotem decydującym o zakresie koniecznego uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę oraz momencie, w jakim to uzupełnienie winno nastąpić. Dla zachowania zasady jednokrotności wezwania konieczne jest, by zamawiający nie wzywał dwukrotnie (i więcej) do uzupełnienia tego samego dokumentu (oświadczenia) bądź potwierdzenia tej samej okoliczności. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie złamał tej zasady.

O ile do Przystępującego skierowanych zostało kilka wezwań w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, to za każdym razem dotyczyły one innej okoliczności. W tej sytuacji nie ma podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający nie przestrzegał zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym samym nie potwierdził się zarzut nr 5 odwołania.
O ile Odwołujący faktycznie nieprecyzyjnie określił jaki przepis miał naruszyć Zamawiający (art. 7 Pzp) to z treści uzasadnienia odwołania można wywnioskować, że Odwołujący wskazał na naruszenie wspomnianych zasad uczciwej konkurencji. Zarzut ten został postawiony jako wynikowy, tj. jako skutek naruszeń przepisów Pzp wskazanych w zarzutach nr 1 - 4. Wobec niepotwierdzenia się tych zarzutów oddaleniu podlegał również zarzut nr 5.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).